



Exp. Junta Consultiva: RES 10/2013

Resolución del recurso especial en materia de contratación

Exp. de origen: contrato de servicios de limpieza y mantenimiento del complejo residencial de Marivent

CONTR 2011/5291

Consejería de Presidencia

Recurrente: Lireba Serveis Integrats, SL

**Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 20 de febrero de 2014, por el que se resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Lireba Serveis Integrats, SL contra la Resolución del consejero de Presidencia por la que se aprueba la liquidación del contrato de servicios de limpieza y mantenimiento del complejo residencial de Marivent<sup>1</sup>**

## Hechos

1. El 23 de junio de 2011 el consejero de Presidencia aprobó el expediente de contratación, los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares y la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de limpieza y mantenimiento del complejo residencial de Marivent, por procedimiento negociado sin publicidad.
2. El 25 de julio de 2011 el consejero de Presidencia adjudicó el contrato de servicios de limpieza y mantenimiento del complejo residencial de Marivent a la empresa Lireba Serveis Integrats, SL.

---

<sup>1</sup> El 31 de marzo de 2014 la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa aprobó el Acuerdo por el que se rectifican los errores materiales observados en esta Resolución. En concreto, estos errores afectan a las referencias que, en relación con la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista y con el hecho de que el acuerdo de resolución debe contener un pronunciamiento expreso sobre la garantía que, en su caso, haya sido constituida, se hacían a los apartados 4 y 5 del artículo 208 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y que son erróneas, dado que, en realidad, en la redacción de la Ley 30/2007 aplicable al contrato de servicios de limpieza y mantenimiento del complejo residencial de Marivent, la regulación de estas cuestiones se incluye, respectivamente, en los apartados 3 y 4. Los fundamentos de derecho que se corrigen son el 7, el 8 y el 9.



3. El 28 de julio de 2011 el consejero de Presidencia y los representantes de la empresa Lireba Serveis Integrats, SL firmaron el contrato de servicios de limpieza y mantenimiento del complejo residencial de Marivent.
4. El 15 de octubre de 2012 el consejero de Presidencia dictó la Resolución por la que se resolvió el contrato de servicios de limpieza y mantenimiento de Marivent por incumplimiento culpable del contratista de sus obligaciones esenciales y se retuvo la garantía, a fin de garantizar la indemnización a la Administración por los daños y perjuicios que se hubieran podido ocasionar y que tenían que determinarse y cuantificarse en la fase de liquidación del contrato. Esta Resolución se notificó a Lireba Serveis Integrats, SL, el 18 de octubre.
5. El 7 de diciembre de 2012 la jefa del Servicio de Coordinación de Contratación y Subvenciones de la Consejería de Presidencia comunicó por teléfono y por correo electrónico al representante de Lireba Serveis Integrats, SL, que, dado que el contrato se había resuelto por incumplimiento culpable, no tendría lugar el acto de recepción que se había previsto inicialmente —y que la Ley prevé para constatar el cumplimiento del contrato—, sino que se liquidaría directamente el contrato.
6. El 25 de febrero de 2013 la jefa del Servicio de Coordinación de Contratación y Subvenciones de la Consejería de Presidencia y la coordinadora de Marivent, con el visto bueno de la secretaria general de la Consejería de Presidencia, emitieron un informe referente al cálculo de la liquidación del contrato de servicios de limpieza y mantenimiento del complejo residencial de Marivent.
7. El 26 de febrero de 2013 —por error la fecha que se indica en el documento es el 26 de enero— la secretaria general de la Consejería de Presidencia elevó al órgano de contratación la propuesta de resolución por la que se aprueba la liquidación del contrato de servicios de limpieza y mantenimiento del complejo residencial Marivent, se devuelven varias facturas al contratista para su rectificación, y se incauta la garantía depositada como consecuencia de la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista. Esta propuesta se notificó al contratista el 5 de marzo de 2013, indicándole que disponía de un plazo de diez días naturales para efectuar las alegaciones que considerase pertinentes.
8. El 21 de marzo de 2013 el representante de Lireba Serveis Integrats, SL, presentó ante la Consejería de Presidencia un escrito de alegaciones en el que manifestaba su disconformidad con la liquidación del contrato, dado que entendía que la liquidación del contrato era extemporánea y errónea en cuanto al cálculo de los



intereses de demora y a las facturas que debían abonarse, y consideraba que la incautación de la garantía no podía efectuarse de forma automática.

9. El 20 de septiembre de 2013 el consejero de Presidencia dictó la Resolución por la que se aprueba la liquidación del contrato y se incauta la garantía como consecuencia de la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista y para la indemnización de daños y perjuicios. Esta Resolución se notificó a Lireba Serveis Integrats, SL el 25 de septiembre de 2013, y al avalista el 1 de octubre de 2013.
10. El 24 de octubre de 2013 el representante de Lireba Serveis Integrats, SL interpuso, ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, un recurso especial en materia de contratación contra la Resolución del consejero de Presidencia por la que se aprueba la liquidación del contrato de servicios de limpieza y mantenimiento del complejo residencial Marivent.
11. De acuerdo con el artículo 112 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se ha dado audiencia al avalista.

### **Fundamentos de derecho**

1. El acto objeto de recurso es la Resolución por la que se liquida un contrato de servicios, tramitado por la Consejería de Presidencia.

Dado que se trata de un acto no susceptible del recurso especial en materia de contratación que prevé el artículo 310 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en la redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, y vigente en el momento en que se aprobaron los Pliegos, contra el mismo se puede interponer el recurso administrativo que proceda. Este recurso, en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, es el recurso especial en materia de contratación que prevé el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y lo tiene que resolver la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.



La competencia para resolver este recurso corresponde a la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Illes Balears, de acuerdo con el apartado 13 del artículo 2 y el artículo 7 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, por el que se crea esta Junta Consultiva.

Dado que la tramitación del expediente de contratación se inició en 2011, le es de aplicación la normativa vigente en aquel momento, en concreto, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), todo ello de acuerdo con la disposición transitoria primera del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

2. El recurso especial interpuesto por el representante de Lireba Serveis Integrats, SL se fundamenta en las siguientes alegaciones:

— La caducidad del procedimiento de liquidación.

El recurrente alega que la Resolución del consejero de Presidencia por la que se aprueba la liquidación del contrato de servicios de limpieza y mantenimiento del complejo residencial de Marivent se dictó cuando el procedimiento ya había caducado, dado que habían transcurrido más de seis meses entre la fecha en que se inició el procedimiento, el 26 de enero de 2013, y las fechas en que se resolvió y se notificó la liquidación, respectivamente, el 20 y el 24 de septiembre de 2013.

El recurrente considera que, a falta de previsión expresa en la LCSP sobre los efectos del vencimiento del plazo máximo para dictar la resolución en los procedimientos de liquidación de un contrato resuelto por incumplimiento, es aplicable supletoriamente el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que hace referencia a la caducidad de los procedimientos, todo ello en relación con el artículo 42 del mismo texto legal, relativo a la obligación de resolver.

— La extemporaneidad y “judicialización” de la liquidación y la preclusión.

El recurrente afirma que la liquidación del contrato es extemporánea de acuerdo con el artículo 205.4 de la LCSP, dado que no se ha acordado y notificado en el plazo de un mes a contar desde la fecha en que se resolvió el contrato por



incumplimiento culpable, que tuvo lugar el 15 de octubre de 2012. También afirma que se ha producido la liquidación tácita del contrato.

Además, el recurrente alega que todos los aspectos que recoge la Resolución por la que se aprueba la liquidación han sido objeto de un recurso contencioso-administrativo y que, por tanto, la Consejería debería abstenerse de dictar nuevas resoluciones que pudieran implicar una paralización, demora o confusión en el procedimiento judicial que se está tramitando.

– La incautación de la garantía no opera de forma automática.

Finalmente, el recurrente manifiesta que la incautación de la garantía es improcedente, dado que no puede operar de forma automática por el mero hecho de que se considere que existe un incumplimiento culpable del contratista, sino que es necesaria una declaración previa de unos eventuales daños y perjuicios, que no se han producido en este caso.

Por todo ello, el recurrente solicita que se declare la caducidad del expediente de liquidación del contrato y se acuerde el archivo de las actuaciones. Subsidiariamente solicita lo siguiente:

– Que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa indique a la Consejería de Presidencia que acate la resolución del recurso contencioso-administrativo que dicte el Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y que abone, en el seno de ese procedimiento judicial, los intereses que correspondan.

– Que la Junta Consultiva apruebe una liquidación de 167.599,34 euros a su favor, más 15.664,45 euros de intereses, y declare que no procede la incautación del aval y que se le devuelva.

3. El primer motivo de impugnación se refiere a la caducidad del procedimiento de liquidación del contrato. El recurrente alega que entre la fecha en que se inició el procedimiento y la fecha en que se dictó y posteriormente notificó la Resolución por la que se aprueba la liquidación del contrato han transcurrido más de seis meses y que, por tanto, se ha producido la caducidad del procedimiento.

Como ya hemos dicho antes, el recurrente considera que, a falta de previsión expresa en la LCSP sobre los efectos del vencimiento del plazo máximo para dictar la resolución en los procedimientos de liquidación de un contrato resuelto por incumplimiento, es aplicable supletoriamente el artículo 44.2 de la Ley



30/1992, que hace referencia a la caducidad de los procedimientos, todo ello en relación con el artículo 42 del mismo texto legal, que dispone que la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

El apartado 2 del artículo 44 de la Ley 30/1992 establece, bajo el epígrafe “Falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio”, lo siguiente:

En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:

[...]

2. En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92.

En los supuestos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución.

Como fundamento de su pretensión aduce la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2007, que se pronuncia sobre la aplicabilidad de la caducidad prevista en el artículo 44 de la Ley 30/1992 a un procedimiento de resolución contractual —y no a la liquidación de un contrato, como es el caso de la Resolución objeto de recurso.

En concreto, esta Sentencia configura la resolución del contrato como un procedimiento administrativo autónomo de la relación contractual en sí misma, con una regulación específica, que tiene por objeto resolver la relación contractual existente, y también afirma que debe considerarse que el hecho de que la normativa en materia de contratación no regule un plazo de caducidad de este procedimiento no implica que no le sea aplicable el instituto de la caducidad, sino que, por el contrario, debe aplicarse supletoriamente la Ley 30/1992 dado que es la normativa general aplicable a todos los procedimientos administrativos y que la propia Ley de Contratos remite expresamente a la Ley 30/1992 como norma supletoria.

4. Ciertamente, ni la LCSP ni el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, regulan el plazo para acordar y notificar la resolución de un contrato.



También es cierto, como lo era con la normativa aplicada en la Sentencia mencionada, que la disposición final octava de la LCSP disponía que los procedimientos regulados en esta Ley se regían, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992 y normas complementarias.

La falta de regulación del plazo para acordar y notificar la resolución de los contratos y la falta de regulación de los efectos del incumplimiento de la obligación de resolver y notificar es una cuestión con relevancia práctica que no ha quedado resuelta en la normativa de contratación pública y que ha dado lugar a un debate y a numerosos pronunciamientos, tanto en el ámbito jurisdiccional como en el ámbito consultivo, sobre si debe aplicarse a esta cuestión la regulación que en relación con ello contiene la Ley 30/1992, lo cual evidencia que la postura de la Sentencia alegada por el recurrente no es unánimemente compartida.

Veamos, a continuación, las dos interpretaciones existentes sobre esta cuestión.

Por un lado, en cuanto a la primera interpretación, diversas sentencias consideran que el instituto de la caducidad no es aplicable a la resolución de un contrato.

En este sentido se pronuncian, entre otras, la Sentencia de 14 de julio de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y la Sentencia de 20 de septiembre de 2002 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

También existen diversos pronunciamientos de órganos consultivos en este mismo sentido. Así, el Consejo de Estado, a raíz de expedientes relativos a procedimientos de resolución de contratos por causa imputable al contratista, ha concluido que no resulta aplicable a estos procedimientos la caducidad prevista en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992 y ello con base en diferentes argumentos, que se recogen, entre otros, en los dictámenes 277/2002, 1077/2002, 78/2003, 2294/2004, 370/2005, 1379/2005, 692/2006, 1255/2006 y 265/2007.

El Consejo de Estado ha utilizado principalmente los siguientes argumentos:

- En materia de contratación la aplicación de la Ley 30/1992 es solamente supletoria, y la existencia de una regulación legal y reglamentaria del procedimiento de resolución de los contratos determina la improcedencia de



aplicar la caducidad a que hace referencia el artículo 44.2 de la Ley 30/1992. El Consejo de Estado considera que la ausencia de regulación del plazo para resolver el procedimiento o de la caducidad es una especialidad de estos procedimientos, en los que existe una relación contractual continuada entre la Administración y el contratista, y que la sujeción de este a las prerrogativas de que goza la Administración hacen inaplicable a esta relación la *ratio legis* que inspira el artículo 44.2 de la Ley 30/1992.

– El artículo 44.2 de la Ley 30/1992 circunscribe el efecto de la caducidad a los procedimientos en que la Administración ejerce potestades sancionadoras o, en general, de intervención, y, en cambio, esto no sucede en materia de contratación, dado que existe una relación contractual que presupone necesariamente un vínculo entre las partes que excluye la relación general de sujeción en la que pueden ejercerse las potestades de sanción o intervención; y en relación con estas últimas, el órgano consultivo ha afirmado que en el ejercicio de sus potestades de intervención la Administración normalmente actúa sobre relaciones jurídicas de las que no forma parte, lo cual no sucede en el caso de los contratos, en los que la Administración, como parte contractual, goza de las potestades contractuales que le concede la normativa y no tiene necesidad de utilizar potestades de intervención ajenas al contrato.

Además, la memoria del Consejo de Estado de 2008 afirmaba que la aplicación del instituto de la caducidad a estos casos no es conforme con el espíritu de la Ley ni con su tenor literal, ni tampoco respeta adecuadamente la necesaria ponderación de los intereses públicos que concurren en los mismos, y que la prerrogativa de resolver los contratos no era una medida de intervención sino una facultad que se insertaba plenamente en la relación contractual. Finalmente, sugería una modificación normativa para evitar la aplicación de la caducidad a los procedimientos de resolución contractual.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado se pronunció en el Informe 16/2000, de 11 de abril, sobre la aplicación de la Ley 30/1992 a los procedimientos de contratación y manifestó lo siguiente:

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 este Informe la Junta Consultiva concluyó que en los procedimientos para la adjudicación, modificación, resolución y cesión de contratos deben cumplirse los trámites y producirse los efectos previstos en la legislación de contratos, con independencia de las normas que sobre duración y efectos del silencio contiene la Ley 30/1992.

Por otro lado, en cuanto a la segunda interpretación, otras sentencias consideran que el instituto de la caducidad sí es aplicable a la resolución de un contrato.

En este sentido, entre otras, las sentencias de 14 de octubre de 2004, de 17 de enero de 2005 y de 27 de febrero de 2007 de la Audiencia Nacional; la Sentencia de 23 de mayo de 2005 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y las sentencias de 27 de enero de 2006, de 14 de marzo de 2006, de 18 de septiembre de 2006 y dos de 19 de septiembre de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en este mismo sentido en las sentencias de 2 de octubre de 2007, de 13 de marzo de 2008, de 9 de septiembre de 2009, de 8 de septiembre de 2010, de 28 de junio de 2011 y de 22 de marzo de 2012.

Es necesario destacar la importancia de la Sentencia de 2 de octubre de 2007, que tuvo una gran influencia en posteriores pronunciamientos judiciales y consultivos. Esta Sentencia distingue entre las incidencias de la ejecución del contrato que se enmarcan en el desarrollo de la relación contractual —que no considera verdaderos procedimientos administrativos y, por tanto, no se someten a la caducidad— y los procedimientos independientes y autónomos,



con sustantividad propia —entre los que se halla el procedimiento de resolución contractual, que está regulado reglamentariamente—, a los que es aplicable el artículo 44.2 de la Ley 30/1992 y, por tanto, el instituto de la caducidad.

Además, la Sentencia de 13 de marzo de 2008 señala que no existe ninguna incompatibilidad entre la caducidad del procedimiento prevista en la Ley 30/1992 y los principios generales que inspiran la materia de la contratación administrativa.

También existen diversos pronunciamientos de órganos consultivos que consideran aplicable el instituto de la caducidad.

En este sentido, entre otros, los dictámenes 479/2010, 1940/2010, 2116/2010 y 604/2013 del Consejo de Estado —que, aun manteniendo su opinión originaria, sigue la línea jurisprudencial más reciente—, el dictamen 232/2012 del Consejo Consultivo de Canarias, y los dictámenes 270/2009 y 466/2009 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

5. Pese a que el recurrente alega, como fundamento para que se declare la caducidad del procedimiento de liquidación del contrato, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2007 antes citada, lo cierto es que el acto objeto del recurso no es la resolución del contrato de servicios de limpieza y mantenimiento del complejo residencial de Marivent, sino su liquidación, motivo por el que el debate sobre la aplicación del instituto de la caducidad a la resolución de los contratos y los pronunciamientos a los que se ha hecho referencia no son aplicables automáticamente a un acto diferente, como es la liquidación del contrato.

La liquidación del contrato es una consecuencia de la extinción del contrato y está prevista o mencionada en los artículos 35, 82, 90, 205, 207, 218, 222 y 279 de la LCSP, y también en el Reglamento General, en concreto, respecto del contenido del pliego de cláusulas administrativas generales, en el artículo 66, y, respecto de la liquidación de los contratos de obras, en los artículos 106, 120, 149, 166, 169, 172 y 179. El Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, también se refiere a la liquidación en las cláusulas 75, 78 y 79.



El artículo 204 de la LCSP dispone que los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución. El artículo 205, bajo el epígrafe “Cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación”, dispone lo siguiente:

1. El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación.

2. En todo caso, su constatación exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de sus características. [...]  
[...]

4. Excepto en los contratos de obras, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 218, dentro del plazo de un mes, a contar desde la fecha del acta de recepción o conformidad, deberá acordarse y ser notificada al contratista la liquidación correspondiente del contrato y abonársele, en su caso, el saldo resultante. Si se produjera demora en el pago del saldo de liquidación, el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Por tanto, la finalidad y el contenido esencial de la liquidación de los contratos es el abono, en su caso, de los saldos resultantes, como también se indica en el apartado 1 del artículo 35 de la LCSP, el cual, bajo el epígrafe “Efectos de la declaración de nulidad”, dispone que:

La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor.

Y también en el apartado 1 del artículo 222, relativo a los efectos de la resolución de los contratos de obras, establece que:

La resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista.

Así pues, debe tenerse en cuenta que en el caso de la liquidación, igual que sucede en relación con la resolución de los contratos, ni la LCSP ni el



Reglamento General regulan el plazo para acordar y notificar la liquidación de un contrato. Aun así debe decirse que la liquidación del contrato es un acto de naturaleza diferente.

A diferencia de la resolución del contrato —que constituye una de las prerrogativas de que goza la Administración, que se puede ejercer o no, y cuyo ejercicio está sujeto al cumplimiento de los requisitos que establecen la LCSP y el Reglamento General, que incluso incluyen la intervención del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma en el caso de oposición por parte del contratista, y a la que, según la interpretación por la que se opte, puede ser aplicable el instituto de la caducidad a que se refiere el artículo 44.2 de la Ley 30/1992—, la liquidación de un contrato es, al mismo tiempo, una obligación que tiene la Administración de reponer al contratista en sus haberes, y un derecho del contratista de carácter económico para garantizar que recibe íntegramente el abono de la prestación llevada a cabo y que no existe un desequilibrio económico ni un enriquecimiento injusto de ninguna de las partes del contrato, de manera que en la liquidación del contrato se determinan los saldos a favor o en contra de cada una de las partes.

En este sentido, puede entenderse que la liquidación de un contrato, que es un acto obligado en todos los contratos una vez que han finalizado, de acuerdo con el artículo 205.4 de la LCSP, no es ningún procedimiento administrativo autónomo ni siquiera tiene un verdadero carácter de procedimiento, no supone el ejercicio de ninguna potestad sancionadora ni de intervención, y difícilmente puede considerarse que tenga efectos desfavorables para el contratista<sup>2</sup>, sino que, atendiendo a su consideración de obligación de la Administración y, fundamentalmente, de derecho del contratista, es la consecuencia natural de la extinción del contrato, un mero trámite en el expediente de contratación, una fase del contrato (la fase final), o, dicho de otra manera, un acto o un procedimiento conexo y accesorio de la recepción o finalización del contrato, al

---

<sup>2</sup> De acuerdo con la memoria del Consejo de Estado de 2008, la expresión *efectos desfavorables o de gravamen* a que hace referencia el artículo 44.2 de la Ley 30/1992 es una expresión típica del derecho público que alude a los supuestos en que la situación general de libertad de los particulares sufre restricciones y limitaciones en razón de la intervención administrativa y más concretamente cuando se sujeta la acción de los particulares al requisito de la autorización. El alto órgano consultivo afirma que en el marco de la relación contractual los efectos derivados del ejercicio de la facultad de resolución son, igual que en el derecho privado, los propios de las obligaciones y del vínculo contractual, pero que no supone ningún efecto desfavorable sino una simple consecuencia adversa de las vicisitudes de un contrato. En el mismo sentido se pronuncia en relación a la liquidación de un contrato, respecto de la cual afirma que es una consecuencia económica de la extinción del contrato que no es desfavorable sino que respeta la conmutatividad esencial del contrato en los términos contemplados por la Ley, y también en cuanto a la incautación de la garantía.



cual no es de aplicación el artículo 44.2 de la Ley 30/1992 ni, por tanto, el instituto de la caducidad. Se trata, eso sí, de un acto susceptible de recurso.

En consecuencia, el primer motivo de impugnación del recurrente debe desestimarse.

Ciertamente, llama la atención que el recurrente, que tiene un derecho de cobro y es el beneficiario del saldo que la Administración debe abonarle a raíz de la liquidación del contrato, haya interpuesto contra ella un recurso en el que no ataca el contenido material de la resolución de liquidación ni manifiesta que exista ningún error en los cálculos que figuran en esta, sino que mediante la alegación de la caducidad de la liquidación pretende que vuelva a realizarse este trámite, con el efecto de un retraso en el reconocimiento de los saldos a su favor, lo cual hace plantearse si, en realidad, la interposición de este recurso, en el que se alega simultáneamente a la caducidad —con la contradicción que esto supone— que la liquidación se ha producido de manera tácita, no tiene sino un propósito dilatorio y obstructivo de la actuación de la Administración dirigida a poner fin a la relación contractual.

6. El segundo motivo de impugnación se refiere al hecho de que, por un lado, la liquidación del contrato es extemporánea, y, por otro, que todos los aspectos que recoge la Resolución por la que se aprueba la liquidación han sido objeto de un recurso contencioso-administrativo, lo que implica la “judicialización” de la liquidación y la preclusión, y que, por tanto, la Consejería debería abstenerse de dictar nuevas resoluciones que pudiesen implicar una paralización, demora o confusión en el procedimiento judicial que se está tramitando.

En cuanto a la alegación relativa al hecho de que la liquidación del contrato es extemporánea, el recurrente manifiesta que según su parecer la liquidación es extemporánea de acuerdo con el artículo 205.4 de la LCSP, dado que no se ha acordado y notificado en el plazo de un mes a contar desde la fecha en que se resolvió el contrato por incumplimiento culpable, hecho que tuvo lugar el 15 de octubre de 2012. Además, afirma que se ha producido la liquidación tácita del contrato.

A diferencia de lo previsto para los casos en que el contrato se ha cumplido a satisfacción de la Administración, en que el artículo 205.4 de la LCSP dispone que la liquidación del contrato debe acordarse y notificarse en el plazo de un mes a contar desde la fecha de recepción o conformidad —que es el acto que tiene lugar cuando el contrato se ha cumplido adecuadamente—, la LCSP no



contiene ningún precepto análogo para los casos en que el contrato se resuelve por incumplimiento culpable del contratista, como es el caso objeto de recurso.

Por tanto, en principio este plazo no sería aplicable a este caso, sobre todo si se tiene en cuenta que cuando la ejecución del contrato no es fluida ni pacífica, sino accidentada y llena de discrepancias sobre su adecuado cumplimiento, como en el caso que nos ocupa —que efectivamente está “judicializado”, no solo en vía contenciosa sino también en vía penal—, el plazo de un mes resulta muy difícil de cumplir.

Además, debe decirse que la propia LCSP prevé la posibilidad de que la liquidación se lleve a cabo en un momento diferente y le anuda unas consecuencias. En concreto, el apartado 5 del artículo 90, relativo a la “Devolución y cancelación de las garantías”, dispone que:

Transcurrido un año desde la fecha de terminación del contrato, sin que la recepción formal y la liquidación hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista, se procederá, sin más demora, a la devolución o cancelación de las garantías una vez depuradas las responsabilidades a que se refiere el artículo 88.

Cuando el importe del contrato sea inferior a 1.000.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 100.000 euros, en el caso de otros contratos, el plazo se reducirá a seis meses.

Como puede apreciarse, la liquidación tácita que pretende el recurrente no es ninguna de las consecuencias de la normativa, ni tiene sentido alguno en este contexto. Además, esta alegación del recurrente resulta contradictoria con su primera alegación relativa a la caducidad del expediente, ya que si se hubiese producido una liquidación tácita sería incoherente que el recurrente pretendiese la caducidad, como hace en su primer motivo de impugnación.

Como derecho que es del contratista, nada obsta a que solicite la liquidación del contrato.

El Tribunal Supremo se pronunció en la Sentencia de 1 de febrero de 1988 sobre el plazo para liquidar el contrato y manifestó que no se trataba de un plazo de caducidad sino de un plazo de protección a favor del contratista. En concreto, esta Sentencia indicaba lo siguiente:

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.

Y es que en efecto la normativa prevé, en el apartado 4 del artículo 205, los efectos de la demora en el pago del saldo de la liquidación en los casos en que el contrato se ha cumplido a satisfacción de la Administración, que consisten en un derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Si bien es cierto que entre la Resolución por la que se resuelve el contrato de servicios de mantenimiento y limpieza de Marivent por incumplimiento culpable del contratista de sus obligaciones esenciales y la Resolución por la que se aprueba la liquidación del contrato transcurrieron más de cuatro meses, este hecho no tiene ninguna trascendencia jurídica, más allá de considerar que se ha producido un retraso por parte de la Administración —comprensible si nos atenemos a las circunstancias del caso, afectado por la continua rectificación de facturas en las que se han facturado unos servicios que supuestamente no se han prestado o cuya prestación no ha quedado suficientemente acreditada.

Incluso en el caso de que se considerase que el plazo de un mes establecido en el artículo 205.4 es aplicable a los casos de resolución del contrato, este incumplimiento sería una irregularidad administrativa no invalidante y no una causa de nulidad o de anulabilidad de la liquidación impugnada.

Por tanto, este segundo motivo de impugnación, en cuanto a la extemporaneidad, debe desestimarse. También debe desestimarse la pretensión del recurrente de que la Junta Consultiva apruebe una liquidación del contrato y reconozca un saldo a favor del recurrente por un principal de 167.599,34 euros y unos intereses de demora por facturas ya abonadas de 15.664,45 euros, no solo



porque ello es una competencia que corresponde al órgano de contratación y que excede claramente las competencias que tiene esta Junta Consultiva, sino también porque, como ya hemos dicho antes, el recurso no contiene ninguna alegación que haga referencia a posibles errores en los saldos de la liquidación, motivo por el que la pretensión del recurrente resulta incoherente.

En cuanto al hecho de que, según el parecer del recurrente, todos los aspectos que recoge la Resolución por la que se aprueba la liquidación han sido objeto de un recurso contencioso-administrativo y que, por tanto, la Consejería debería abstenerse de dictar nuevas resoluciones que pudiesen implicar una paralización, demora o confusión en el procedimiento judicial que se está tramitando, hay que recordar que el artículo 56 de la Ley 30/1992 dispone que los actos de las administraciones públicas sujetos al derecho administrativo son ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, y el apartado 1 del artículo 57 dispone que los actos de las administraciones públicas sujetos al derecho administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

Así pues, la liquidación objeto de recurso es un acto plenamente ejecutivo y, por tanto, produce efectos inmediatamente. En consecuencia, la pretensión del recurrente de que la Administración se abstenga de actuar mientras el Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears no dicte una sentencia sobre el recurso contencioso interpuesto contra diversas resoluciones previas del mismo procedimiento de contratación, no es ajustada a derecho y, en consecuencia, debe desestimarse. Como es obvio, la Administración de la Comunidad Autónoma acatará la sentencia que se dicte o, en el ejercicio de sus derechos, la impugnará, sin que sea necesario que esta Junta Consultiva haga ninguna indicación o recomendación sobre ello.

7. El tercer motivo de impugnación hace referencia al hecho de que, según el recurrente, la incautación de la garantía no es procedente, dado que la incautación no puede operar de forma automática por el mero hecho de que se considere que existe un incumplimiento culpable del contratista, sino que es necesaria una declaración previa de unos eventuales daños y perjuicios, que no se han producido en este caso.

Así, el recurrente manifiesta que la LCSP ha supuesto un cambio normativo respecto a la legislación anterior y que ahora, de acuerdo con esta norma, la incautación de la garantía ha dejado de ser automática. Como fundamento de esta afirmación el recurrente menciona el Dictamen 54/2012, de 28 de marzo,





del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, que, después de destacar la existencia de una polémica doctrinal sobre esta cuestión, sostiene que en el caso en que exista un incumplimiento culpable del contratista la resolución del contrato no lleva aparejada la incautación automática y directa de la fianza, sino que esta queda vinculada a la determinación de los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido la Administración.

Veamos a continuación cuál es la regulación de la garantía definitiva en los contratos y cuál ha sido el cambio normativo que ha dado lugar a un debate sobre si la incautación de la garantía en los casos de resolución de un contrato por causa imputable al contratista es automática o no.

En cuanto a la regulación de la garantía definitiva aplicable al contrato objeto de recurso, el artículo 88 de la LCSP, bajo el epígrafe “Responsabilidades a que están afectas las garantías”, señala que la garantía exigida al adjudicatario de un contrato responde de los siguientes conceptos:

- a) De las penalidades impuestas al contratista conforme al artículo 196.
- b) 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.
- c) De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido.
- d) Además, en el contrato de suministro la garantía definitiva responderá de la inexistencia de vicios o defectos de los bienes suministrados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato.

El artículo 90 de la LCSP, bajo el epígrafe “Devolución y cancelación de las garantías”, establece en los apartados 1 y 2 que:

1. 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.
2. Aprobada la liquidación del contrato y transcurrido el plazo de garantía, si no resultaren responsabilidades se devolverá la garantía constituida o se cancelará el aval o seguro de caución.

El acuerdo de devolución deberá adoptarse y notificarse al interesado en el plazo de dos meses desde la finalización del plazo de garantía. Transcurrido el mismo, la Administración deberá abonar al contratista la



cantidad adeudada incrementada con el interés legal del dinero correspondiente al período transcurrido desde el vencimiento del citado plazo hasta la fecha de la devolución de la garantía, si ésta no se hubiera hecho efectiva por causa imputable a la Administración.

En cuanto al cambio normativo que ha dado lugar a este debate, es necesario prestar atención a la redacción de los preceptos sobre esta cuestión.

El artículo 113.4 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP), preveía la incautación de la garantía como un efecto propio y necesario de la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, y establecía que:

Quando 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.

Posteriormente, la LCSP, en la redacción aplicable al contrato objeto de recurso, estableció en los apartados 3 y 4 del artículo 208, que regulaba los efectos de la resolución de los contratos, lo siguiente:

3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

4. 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. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.

Así, si bien el TRLCAP manifestaba expresamente que en estos casos debía incautarse la garantía, que operaba así como un mínimo —y si los daños y perjuicios reales superaban el importe de la garantía incautada la Administración podía dirigirse contra el contratista por el exceso—, el artículo 208 de la LCSP no es tan claro, dado que no contiene esta frase, sino que tan solo impone



expresamente la necesaria indemnización a la Administración de la totalidad de los daños y perjuicios que se le hayan causado.

Este cambio en la redacción del precepto ha generado dos interpretaciones claramente diferenciadas sobre si la incautación de la garantía en los casos de resolución de un contrato por causa imputable al contratista sigue siendo automática o ya no lo es.

El debate se ha evidenciado, principalmente, en los pronunciamientos de los órganos consultivos, siendo escasa la jurisprudencia sobre el régimen de la LCSP, ya que esta norma se aprobó el año 2007.

8. En relación a la primera interpretación, existen pronunciamientos a favor de considerar que ha habido un cambio sustancial en la regulación y que, por tanto, la incautación de la garantía definitiva en los casos de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista ya no es automática.

Posiblemente la lectura inicial de los apartados 3 y 4 del artículo 208 de la LCSP podría llevar a concluir que la nueva ley ha querido alterar el régimen hasta ese momento aplicable, en el sentido de entender que en el caso de que el contrato se resuelva por causa imputable al contratista este únicamente ha de indemnizar los daños y perjuicios causados, y la garantía definitiva sería un instrumento para asegurar, al menos hasta su importe, estos daños y perjuicios, de manera que la pérdida de la garantía no sería un efecto necesario asociado a la resolución del contrato con culpa del contratista. Es decir, el artículo 208 de la LCSP ya no impondría, a diferencia de la regulación anterior, la incautación automática de la garantía si no se han ocasionado daños y perjuicios a la Administración o estos son inferiores a la totalidad de la garantía.

Así, el Consejo de Estado parece que considera que la incautación de la fianza ya no es automática, si bien la fianza puede retenerse hasta la aprobación del expediente contradictorio en el que se cuantifiquen los daños causados a la Administración. En este sentido se pronuncian los dictámenes 318/2012, 1121/2012 y 646/2012.

En el Dictamen 318/2012 el Consejo de Estado manifestó lo siguiente:

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 cuál 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 cuál 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.

Y en el Dictamen 646/2012 el Consejo de Estado manifestó lo siguiente:

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 afecta al pago de la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la Administración.

En esta misma línea se han pronunciado diversos órganos consultivos autonómicos. Así, cabe destacar, entre otros, el Dictamen 992/2011 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, los dictámenes 286/2011 y 54/2012 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, el Dictamen 297/2012 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, y diversos dictámenes del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, como por ejemplo los dictámenes 656/2012, 657/2012, 658/2012, 659/2012 y 660/2012.

El Dictamen 297/2012 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias señala 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.

Los dictámenes del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid manifestaron, con un voto particular, lo siguiente:

Del precepto transcrito [en referencia al apartado 3 del artículo 208 de la 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 Consejo Consultivo de las Illes Balears también se ha pronunciado en este mismo sentido en el Dictamen 18/2012, de 15 de febrero, en el cual manifestó que:

Como es sabido, el artículo 113.4 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000 disponía una automaticidad en la incautación de la garantía ante un incumplimiento culpable. En cambio, con la Ley 30/2007 se suprimió esta automaticidad, tal como antes ya había matizado el Tribunal Supremo, por ejemplo en la Sentencia de 9 de abril de 2008. La doctrina del Consejo Consultivo contenida, entre otras, en los dictámenes 172/2010 y 31 y 32/2011 manifiesta que el citado artículo 208.4 establece que, en caso de incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar por los daños y perjuicios, los cuales, si los hay, se harán efectivos, en primer lugar, sobre la garantía.

La incautación de la garantía no se prevé, pues, como un efecto inherente y automático a la resolución por incumplimiento culpable del contratista, sino que queda vinculada a los daños y perjuicios que la situación de incumplimiento ha causado a la Administración y, por tanto, es necesario, antes, determinarlos y cuantificarlos. [...]



9. En relación con la segunda interpretación, existen pronunciamientos a favor de considerar que no ha habido ningún cambio sustancial en la regulación y que, por tanto, la incautación de la garantía definitiva en los casos de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista sigue siendo automática.

De acuerdo con esta posición, el artículo 208 de la LCSP permite que la incautación de la fianza opere de forma automática, igual que con el TRLCAP, se demuestre o no que existen daños y perjuicios reales y efectivos que hayan de indemnizarse, dado que la incautación responde, en todo caso, de los perjuicios que es evidente que el incumplimiento del contrato imputable al contratista ha causado a la Administración. De esta manera, la garantía definitiva operaría como un mínimo y si se demuestra la existencia de daños y perjuicios el contratista deberá indemnizarlos en lo que exceda del importe de la garantía incautada.

En este sentido se han pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la Sentencia de 31 de mayo de 2012, que entiende que la incautación de la fianza es adecuada a derecho, y diversos órganos consultivos.

Así, cabe destacar, entre otros, el Dictamen 403/2012, de 16 de mayo, del Consejo Consultivo de Andalucía, los dictámenes 232/2012 y 447/2012 del Consejo Consultivo de Canarias, el Dictamen 85/2011 del Consejo Consultivo de Extremadura, los dictámenes 153/2010 y 481/12 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, el Dictamen 163/2012 del Consejo Consultivo de Aragón, el Dictamen 149/2011 de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, el Dictamen 575/2012 del Consejo Consultivo de Galicia, el Dictamen 261/2012 de la Comisión Jurídica de la Región de Murcia y el Dictamen 261/2011 de la Comisión Jurídica Asesora del País Vasco.

El Consejo Consultivo de Andalucía, en el Dictamen 403/2012, de 16 de mayo, manifestó lo siguiente:

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 cuáles 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 Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en el Dictamen 481/2012, de 26 de julio, consideró, de la interpretación sistemática de los artículos 208 y 90 de la LCSP, que la incautación de la garantía era automática, y manifestó lo siguiente:

De la redacción de este precepto [en referencia a los apartados 3 y 4 del artículo 208 de la LCSP] en combinación 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 Consejo Consultivo de Canarias afirmó 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 contenido de estos pronunciamientos es posible añadir los siguientes argumentos:

– La literalidad del artículo 88 de la LCSP, relativo a las responsabilidades a que están afectas las garantías, que no solo afirma expresamente, en la letra *b*, que la garantía responde de la correcta ejecución de las prestaciones establecidas en el contrato —como cuestión diferente de los daños y perjuicios, a los que hace referencia a continuación—, sino que, de hecho, las demás responsabilidades enumeradas son circunstancias relacionadas precisamente con la correcta ejecución del contrato.





– Desde un punto de vista práctico, si se interpreta que la incautación de la garantía no es automática ello supondría que en la mayoría de casos la resolución del contrato por culpa del contratista no tendría efectos económicos negativos directos para el contratista, a causa de la dificultad que puede tener la Administración de demostrar y cuantificar los daños y perjuicios sufridos.

– La literalidad de la redacción de los apartados 3 y 4 del artículo 208 de la LCSP no permiten llegar a una conclusión clara y definitiva. Aunque la redacción del apartado 3 otorga un gran protagonismo a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, una lectura atenta del precepto, en relación con el artículo 88 c, permitiría sostener que el régimen de la LCSP es similar al anterior, dado que en definitiva dispone que el importe de los daños y perjuicios se cobra con cargo a la garantía constituida, y que la responsabilidad del contratista subsiste en aquello que exceda del importe de la garantía.

– La LCSP prevé que la garantía definitiva pueda incautarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que establezca el propio contrato o esta Ley. Esta posibilidad se enuncia con carácter general en el artículo 88 c, y también con carácter particular, para determinados contratos, en dos preceptos en los que prevé que si el contrato se resuelve por causa imputable al contratista se incaute la garantía y también que el contratista indemnice a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados. Así sucede en los artículos 247.4 y 286.3 de la LCSP, que se refieren respectivamente al concesionario de una obra pública y al contratista de un contrato de servicios que consista en la elaboración íntegra de un proyecto de obras. Si esto se pone en relación con el artículo 208, que se refiere expresamente a la incautación o pérdida de la garantía, se deduce fácilmente que se trata de una posibilidad que debe operar en todos los contratos, dado que, además, no tendría ningún sentido que tan solo fuera así en determinados contratos.

– La redacción del apartado 1 del artículo 90 de la LCSP *a contrario sensu*. Este precepto liga la devolución o cancelación de la garantía al hecho de que se cumpla satisfactoriamente el contrato o al hecho de que, si se resuelve el contrato, sea sin culpa del contratista. Así pues, si el contrato no se cumple satisfactoriamente o se resuelve con culpa del contratista la garantía no debe devolverse ni cancelarse.



– La necesidad de realizar una interpretación integradora de la LCSP que atienda no solo a la literalidad de los apartados 3 y 4 del artículo 208 sino también al resto de preceptos que se refieren a la resolución de los contratos y, muy especialmente, a la naturaleza, finalidad y regulación de la garantía definitiva, de manera que no se haga una interpretación aislada y excluyente de un precepto legal. Ciertamente, que el artículo 208 no indique expresamente que deba incautarse la garantía no significa que esto no sea así por aplicación de otros preceptos.

10. Sea como fuere, con independencia de la postura que se considere más acertada en relación con la incautación de la garantía en los casos de resolución de un contrato por causa imputable al contratista, deben tenerse en cuenta algunos otros pronunciamientos que se refieren al hecho de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares del contrato, en línea con la letra c del artículo 88 de la LCSP –que dispone que el contrato y, por tanto, los pliegos, se pronuncien sobre la incautación de la garantía en los casos de resolución de un contrato–, prevén que en estos casos debe incautarse la garantía.

Diversos órganos consultivos que mantienen la tesis relativa a la imposibilidad de incautar la garantía de forma automática han afirmado que esta incautación, si está prevista en los pliegos, es ajustada a derecho. En este sentido, el Dictamen 646/2012 del Consejo de Estado y también el Dictamen 286/2011 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Este último indica lo siguiente:

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 Pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato de servicios de limpieza y mantenimiento del complejo residencial Marivent contiene una previsión referida a la ejecución incorrecta o defectuosa de la prestación, como es el caso que nos ocupa. En concreto, la cláusula 25.5 del Pliego establece lo siguiente:



En el caso de que el contratista realice defectuosamente el objeto del contrato, o incumpla el compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello, a que se refieren las cláusulas 5.2 y 14.1.1.f y la letra F.5 del Cuadro de características del contrato de este Pliego, el órgano de contratación podrá optar por resolver el contrato con incautación de la garantía constituida, o bien imponer una penalización económica proporcional a la gravedad del incumplimiento, en una cuantía que podrá alcanzar el 10% del presupuesto del contrato.

El artículo 129.1 de la LCSP dispone que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y que el hecho de presentarlas supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

El Tribunal Supremo mantiene una línea interpretativa muy clara en cuanto a este aspecto. Así, por ejemplo, en las sentencias de 18 de abril de 1986, de 3 de abril de 1990, de 12 de mayo de 1992, de 4 de noviembre de 1997, de 9 de febrero de 2001 y de 28 de junio de 2004. También la mantienen otros tribunales, como el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la Sentencia 42/2003, de 14 de enero.

En este expediente no consta que el recurrente haya presentado ninguna alegación ni recurso contra el Pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato, motivo por el cual el recurrente queda sometido plenamente al mismo y procede incautar la garantía definitiva, de acuerdo con la cláusula 25.5 y el hecho de que se ha resuelto el contrato por causa imputable al contratista, y todo ello con independencia de que se determine que se han producido daños y perjuicios. En consecuencia, el tercer motivo de impugnación debe desestimarse.

11. Una vez examinados el contenido del recurso, el Pliego de cláusulas administrativas particulares, los documentos que obran en el expediente, el procedimiento seguido y la Resolución impugnada, no consta que el órgano de contratación haya actuado de manera arbitraria, ni se advierte que se haya vulnerado la normativa en ningún aspecto.



En consecuencia, no se aprecia la concurrencia de ningún vicio que pueda determinar la nulidad de pleno derecho o la anulabilidad de la Resolución impugnada.

Por todo ello, dicto el siguiente

### **Acuerdo**

1. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Lireba Serveis Integrats, SL contra la Resolución del consejero de Presidencia por la que se aprueba la liquidación del contrato de servicios de limpieza y mantenimiento del complejo residencial Marivent y, en consecuencia, confirmar el acto.
2. Notificar este Acuerdo a los interesados y a la Consejería de Presidencia.

### **Interposición de recursos**

Contra este Acuerdo —que agota la vía administrativa— puede interponerse un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a aquel en que se reciba la notificación, de acuerdo con los artículos 10.1 *a* y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.