



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **99/2014**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 9 de abril de 2014, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Agricultura y Agua (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 10 de marzo de 2014, sobre resolución de contrato "Vigilancia en el edificio sede del Laboratorio Agroalimentario y de Sanidad Animal" (expte. **78/14**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante Orden de 4 de agosto de 2010 el Consejero de Agricultura y Agua adjudicó a la mercantil "--", el contrato denominado "Vigilancia en el edificio sede del Laboratorio Agroalimentario y de Sanidad Animal (LAYSA)". El objeto del contrato consistía en dotar de los correspondientes servicios de vigilancia y seguridad a las dependencias del edificio sede del LAYSA, sito en la carretera de Mazarrón, Km. 2, de El Palmar (Murcia). El contrato se formalizó el 6 de agosto de 2010, estableciendo su cláusula quinta un plazo de ejecución de dos años prorrogables por dos más. El precio se fija en 297.558,81 euros, que se hará efectivo mediante certificaciones mensuales, según las horas y jornadas realmente ejecutadas y conformadas por el Director Técnico del contrato (apartado J del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares).

Según el apartado 4 del PCAP el plazo de ejecución empezará a contarse desde el día siguiente al de la firma del acta de inicio de los trabajos, acta que, al parecer, no se llegó a formalizar, pues ni consta incorporada al expediente ni su existencia se reseña en los antecedentes de la propuesta de inicio del procedimiento de resolución. No obstante, sí resulta acreditado que la primera certificación que se hizo efectiva correspondía a los trabajos efectuados en el mes de septiembre de 2010, de donde puede colegirse, tal como se indica en la citada propuesta, que el inicio de la ejecución del contrato tuvo lugar el día 1 de septiembre de 2010 y que, por tanto, su finalización debería producirse el día 31 de agosto de 2012.

El importe correspondiente a la garantía definitiva, 15.048'37 euros, fue avalado por la --, según se desprende del documento que obra al folio 39 del expediente.

Previas certificaciones favorables de la directora del contrato se hicieron efectivas a la contratista veintitrés mensualidades, es decir, desde la correspondiente a septiembre de 2010 hasta la de julio de 2012, ambas inclusive.

SEGUNDO.- Mediante escrito de fecha 18 de julio de 2012 la contratista pone en conocimiento de la Consejería consultante lo siguiente: *"Por medio de la presente lamentamos comunicarles que ante la imposibilidad de seguir prestando servicios en sus instalaciones, nos vemos obligados a partir del próximo día 31 a rescindir el contrato suscrito para la realización de servicios de vigilancia y seguridad en el Edificio Sede del laboratorio Agroalimentario y Sanidad Animal, conforme a la adjudicación con nº de expediente I-32/10, del 6 de agosto de 2010"*. No consta que la Administración llevase a cabo actuación alguna en relación con la situación que planteaba la empresa.

TERCERO.- Según Edicto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de los de Murcia, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 6 de febrero de 2013, resulta que en los autos núm. 342/2012, declaración de concurso, se dictó Auto de 15 de enero de 2013 declarando en concurso voluntario a la mercantil "--", con intervención de las facultades

de administración y disposición que seguirá ejerciendo el deudor.

Por la citada empresa, con fecha 14 de marzo de 2013, se solicita a la Consejería de Agricultura y Agua la devolución del aval prestado en su momento, al haber transcurrido el plazo de garantía del mismo.

CUARTO.- Con fecha 3 de junio de 2013 el Director del LAYSA emite el siguiente informe:

"(...) la empresa --, encargada del mantenimiento de la seguridad del laboratorio según consta en el expediente de contratación I-32/10 de 06 de agosto de 2010: 'Servicios de vigilancia en el edificio sede del Laboratorio Agroalimentario y de Sanidad Animal (LAYSA)', dejó de prestar servicio en el último mes de contrato, según queda demostrado mediante escrito de la propia empresa, de fecha 18 de julio de 2012, que obra en el expediente, por el que comunica la rescisión del contrato ante la imposibilidad de seguir con la prestación del servicio, a partir del día 31 del mismo mes. Por tal motivo hubo que contratar el servicio de vigilancia de las instalaciones del laboratorio a otra empresa (--) durante el mes de agosto, originándose un gasto de 1.869,12 euros (se adjunta copia de la factura).

Así mismo, -- no realizó la revisión anual del sistema contraincendios prevista para marzo de 2012 de acuerdo a lo establecido en el contrato, debiendo ser encargada dicha revisión con posterioridad a otra empresa (--) lo que originó un gasto de 1.125,59 euros (se adjunta copia de la factura)".

QUINTO.- A propuesta del Secretario General, el Consejero de Agricultura y Agua acordó el 29 de enero de 2014 la iniciación del procedimiento para la resolución del contrato en cuestión, por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales (art. 206, f) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público -en lo sucesivo, LCSP-), al haber dejado la empresa de cumplir el objeto del contrato en el mes de agosto de 2012, sin que pueda aplicarse la causa prevista en el apartado b) de dicho artículo (declaración de concurso), porque tal circunstancia no se produjo hasta el 15 de enero de 2013, es decir, con posterioridad al incumplimiento señalado en primer lugar.

Como efecto de la resolución se acuerda incautar la garantía definitiva (art. 247 LCSP), sin fijar indemnización por daños y perjuicios ya que los gastos a los que dio lugar el incumplimiento de la contratista (2.984,71 euros), fueron menores que la cantidad que se dejó de pagar como consecuencia de la no prestación del servicio en el mes de agosto de 2012 (12.398,28 euros).

SEXTO.- Según consta acreditado en el expediente dicho acuerdo de iniciación fue notificado a la contratista y a la avalista; la primera no formula alegación alguna, en tanto que la segunda comparece mediante escrito de fecha 12 de febrero de 2014, en el que, en síntesis, manifiesta lo siguiente: a) que la fecha real de adjudicación del contrato e iniciación de la actividad es la del 4 de agosto de 2010, así que en agosto del 2012 el contrato ya había finalizado; b) que la fianza se otorgó el 21 de julio de 2010 y, por lo tanto, el 21 de julio de 2012, dicha fianza caducó; c) que a tenor de lo dispuesto en el artículo 208 LCSP sólo será incautable la fianza en supuestos de concurso del contratista cuando el concurso hubiese sido calificado de culpable, no siendo este el caso; d) que reconocida expresamente la inexistencia de daños o perjuicios, la incautación tal de la fianza resulta desproporcionada (cita sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla-La Mancha y de Murcia).

SÉPTIMO.- El Servicio Jurídico de la Consejería consultante informa favorablemente la propuesta de resolución contractual, señalando que las alegaciones de la entidad avalista no desvirtúan los fundamentos sobre los que aquella propuesta se asienta.

OCTAVO.- El 4 de marzo de 2014, la Jefa del Servicio de Contratación de la Secretaría General de la Consejería de Agricultura y Agua, formula propuesta de resolución en el mismo sentido y con los mismos fundamentos expresados en el acuerdo de iniciación, añadiendo, en lo que se refiere a las alegaciones de la avalista, que las mismas no desvirtúan los hechos sobre los que se asentaba la propuesta de inicio del expediente resolutorio. En lo que a la consulta a este Órgano Consultivo se refiere, indica que si bien es cierto que el artículo 109.1.d) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), hace referencia a la preceptividad del mismo cuando se formule oposición por parte del contratista, en el presente procedimiento aunque la mercantil ha guardado silencio al respecto, la avalista, parte interesada en el procedimiento, se ha opuesto, por lo que, a su juicio, no cabe excluir el Dictamen del Consejo Jurídico.

NOVENO.- El 10 de marzo de 2014 tiene entrada en este Consejo Jurídico un oficio del Secretario General de la

Consejería de Agricultura y Agua en el que, por delegación del Consejero, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El artículo 211.3,a) TRLCSP, y en el mismo sentido el 213 para los supuestos de resolución por demora, recoge la regla ya establecida por los artículos 195 LCSP y 109 RCAP que declaran preceptivo el dictamen del Consejo de Estado, que podrá ser sustituido por el del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en los procedimientos de resolución "cuando se formule oposición por parte del contratista". Este es, como destacan la jurisprudencia y el Consejo de Estado, el único presupuesto determinante de su existencia; de ahí que el único condicionante que excluye su intervención radica en el aquietamiento del contratista. Fuera de estos casos, el dictamen del órgano consultivo es facultativo, como ya reconoció el alto órgano consultivo del Estado en su Dictamen 2470/1999, de 28 de octubre.

La Consejería consultante somete el expediente de resolución contractual a la consideración de este Consejo Jurídico porque estima que la oposición manifestada por el avalista, parte interesada en el procedimiento, conlleva que no se pueda prescindir de nuestro Dictamen. Tanto el artículo 97.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo, TRLCSP) como el artículo 109.1,b) RCAP, confieren al avalista o asegurador la condición de parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada en los términos previstos en la LPAC, y le reconocen, por consiguiente, su derecho a un trámite de audiencia si se propone la incautación de la garantía. Antes incluso de la regulación normativa de este trámite, la jurisprudencia había precisado ya el alcance de su participación, señalando que ha de tenerse por parte desde que se le produjo algún perjuicio y, en todo caso, desde el acuerdo de incautación, aunque naturalmente sólo en el ámbito de lo que concierne a sus posibilidades defensivas, no a las que quedan fuera de él. Se reconoce, pues, su condición de interesado y el derecho a intervenir en el procedimiento. Las consecuencias de la omisión o defectuoso cumplimiento del trámite de audiencia deberán valorarse de acuerdo con la indefensión que hubieran podido, en su caso, ocasionar. El protagonismo del avalista en el procedimiento resolutorio es, pues, relevante, de modo que la omisión de dicho trámite puede viciar de nulidad radical al acuerdo resolutorio, si sus intereses legítimos se hubiesen visto afectados en el caso de incautarse la garantía, sin haber tenido la oportunidad de alegar lo que a su defensa convenga. Pero, sin perjuicio de lo anterior, su mera oposición a la resolución, sin que vaya acompañada de la del contratista, no determina la preceptividad del Dictamen del Consejo de Estado u Órgano Consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, ya que, como decíamos ante, esta oposición constituye el único condicionante para que la intervención de estos órganos consultivos sea preceptiva e ineludible. Resulta, pues, que si nos atenemos al único supuesto alegado por la Consejería, el presente Dictamen se emitiría con carácter facultativo (art. 11 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia -LCJ-).

Ahora bien, cuándo pueda entenderse que existe oposición del contratista a la resolución a efectos de determinar la necesidad del dictamen del Órgano Consultivo, es algo de lo que se ha ocupado tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina del Consejo de Estado, concluyendo ambos en que la necesidad de dictamen constituye un trámite ineludible del que únicamente puede prescindirse en el caso de existir aprobación o asentimiento por parte del contratista, puesto que el ejercicio por la Administración de su potestad de autotutela sobre la resolución del contrato supone una facultad exorbitante, por lo que el citado dictamen es una garantía tanto de los derechos del contratista en el procedimiento como de la legalidad y acierto de la decisión adoptada por la Administración, lo que lleva a mantener que no se debe realizar una interpretación rigurosa y restrictiva respecto de la forma en la que el contratista debe manifestar su oposición a la resolución contractual, sin que quepa exigir en todo caso la existencia de un escrito de oposición a la resolución explícitamente calificable como tal (STS de 23 de julio de 2001), ni que la oposición sea total, basta que se oponga a la causa invocada por la Administración o a alguno de los efectos de la resolución contractual para que se considere que se ha opuesto a ésta en los términos en que la Administración pretender acordarla (Dictamen 147/2012, de este Órgano Consultivo).

En el supuesto que nos ocupa si bien es cierto que la mercantil no se ha personado en el trámite de audiencia concedido por la Administración, también lo es que existen en el expediente suficientes elementos de juicio para

considerar que la contratista no se opone a la resolución del contrato, es más, puede decirse que mediante el escrito que formuló el 18 de julio de 2012 estaba instando, aunque fuese de forma inadecuada, su resolución. Pero lo que también resulta evidente es su voluntad de que tal resolución no se considere causada por incumplimiento culpable suyo (subyace la declaración de concurso como justificadora de la imposibilidad de continuar con la prestación contractual); asimismo es patente su oposición a la incautación de la fianza, ya que de modo expreso solicita su devolución mediante escrito de 14 de marzo de 2013. Lo anterior permite mantener que no existe por parte de la mercantil un asentimiento a la resolución contractual en los términos en que la Administración pretender acordarla y que, en consecuencia, el Dictamen sea preceptivo (art. 12.7 LCJ).

SEGUNDA.- Normativa de aplicación, procedimiento y plazo para resolver.

I. Dentro de las prerrogativas que ostenta el órgano de contratación se encuentra la de acordar su resolución y determinar los efectos de ésta (artículo 194 LCSP, hoy 210 TRLCSP), lo que sustenta el presente procedimiento, siendo la normativa de aplicación la LCSP, conforme al PCAP (cláusula 5, régimen jurídico) y a la Disposición transitoria primera, 2 TRLCSP.

Es precisamente el momento de la adjudicación del contrato el que determinará el régimen jurídico sustantivo aplicable en lo relativo a sus efectos, cumplimiento y extinción (Dictamen núm. 22/09 de este Consejo Jurídico), de conformidad con la redacción de la Disposición transitoria primera, 2 TRLCSP anteriormente citada, por lo que si en el supuesto sometido a consulta, la adjudicación se produjo mediante Orden del Consejero de Agricultura y Agua de 4 de mayo de 2010, el contrato se regirá en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción por la LCSP. También, en lo que no se oponga, por lo dispuesto en el RCAP.

Por otra parte, como ha indicado este Consejo Jurídico en varios Dictámenes (por todos el núm. 66/12), de acuerdo con reiterada doctrina del Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes números 1767/2005, 2315/2004, 2314/2004, 2382/2003, 142/2003, 8/2003, 1598/2002, 527/2000 y 3437/99), la determinación de la Ley aplicable al procedimiento de resolución del contrato y la competencia del órgano que debe acordarla se rige por criterios diferentes, distinguiendo a efectos de régimen transitorio entre aspectos materiales y procedimentales y aplicando a estos últimos la norma bajo cuya vigencia se inicia el procedimiento en cuestión. En el supuesto ahora sometido a consulta esta norma es el TRLCSP, toda vez que entró en vigor el 16 de diciembre de 2011, y el procedimiento de resolución contractual se inicia por Orden del titular la Consejería consultante el 29 de enero de 2014.

II. Procedimiento seguido.

El procedimiento ha seguido, en lo esencial, lo establecido por los artículos 211 TRLCSP y 109 RCAP, constando en el expediente el informe del servicio jurídico de la Consejería, la audiencia a la contratista y a la entidad avalista, así como la propuesta de resolución.

III. Plazo para resolver.

El plazo máximo de resolución y notificación en procedimientos como el presente (de tres meses y de caducidad, según jurisprudencia y doctrina consultiva ya asentada y conocida), se inició el 29 de enero de 2014 (Antecedente Quinto), sin que dicho plazo se haya suspendido al solicitar el Dictamen de Órgano Consultivo, según permite el artículo 42.5, c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), con lo que la Consejería consultante dispone hasta el día 29 de abril de 2014 para su pronunciamiento y notificación, de modo que si tal fecha acaece sin que dichas actuaciones se hayan llevado a cabo habría que declarar la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo.

TERCERA.- Análisis de diversas circunstancias que suscita el expediente.

I. Incidencia de la resolución instada por la mercantil.

La resolución del contrato administrativo se configura en el Ordenamiento Jurídico como una prerrogativa de la Administración, de modo que el contratista no puede declarar resuelto el contrato, ni tampoco instar su resolución ante los tribunales, sino que deberá solicitar la iniciación del procedimiento de resolución a la otra parte contratante -el órgano de contratación- que podrá o no acordarlo, si estima que concurre o no la causa de resolución alegada. Por otro lado el contratista que insta la resolución no está facultado para paralizar la ejecución

del mismo y tiene que esperar hasta que se acuerde por la Administración la resolución.

En el supuesto que nos ocupa la contratista, según se indica en el Antecedente Segundo, hizo llegar un escrito a la Administración comunicando su voluntad de rescindir el contrato ante la imposibilidad de continuar con su cumplimiento, sin concretar causa alguna para ello. El órgano de contratación no solicitó aclaración alguna sobre las circunstancias que motivaban la alegada imposibilidad ni se inició el correspondiente procedimiento en el que instruir y dar cumplida respuesta a la situación planteada. La consecuencia que ahora nos interesa es la de la pervivencia del contrato en el momento en el que la Consejería acuerda iniciar el expediente de resolución contractual.

II. Sobre la declaración de concurso como causa resolución contractual.

El artículo 67 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), señala que los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial, remitiendo por tanto a las normas contractuales de aplicación (en el presente caso, la LCSP).

El artículo 206,b) LCSP establece como causa de resolución la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento. Por su parte, el artículo 207.2, señala que la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato y que, en los restantes casos, la resolución podrá instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma, incluida la Administración.

Por otro lado, el apartado 5 de ese mismo artículo establece que *"en caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución"*.

De la interpretación conjunta de los anteriores preceptos resulta que es necesario que se haya producido la declaración de concurso (no la solicitud de éste ni la presentación de la comunicación del artículo 5 bis LC, ni el inicio o perfección de un acuerdo de refinanciación), y en el supuesto que nos ocupa tal circunstancia no se produce hasta que se dicta el Auto del Juzgado de lo Mercantil de 28 de enero de 2013. Pero es más, el concurso de acreedores que se declara tiene la consideración de voluntario, y el deudor mantiene sus facultades de administración y disposición bajo la intervención de los administradores, por lo que nada hubiese obstado para que pudiera haber cumplido su obligación contractual, siempre y cuando hubiese prestado garantía suficiente a juicio de la Administración para su ejecución, ya que la resolución obligatoria sólo se da en el supuesto previsto en el artículo 207.2 LCSP, es decir, con la apertura de la fase de liquidación.

No cabe, en consecuencia, la aplicación de la declaración de concurso como causa de resolución automática en el presente caso, y en este sentido, previas las aclaraciones que hubiese precisado, debió la Administración haberse manifestado frente a la pretensión del contratista de "rescindir" el contrato, ello sin perjuicio de que, como se analiza en la siguiente Consideración, una vez que la mercantil abandonó la prestación del servicio resultaba imposible, desde este punto de vista, considerar viable la resolución del contrato basada en la declaración de concurso de la mercantil, ya que ésta es de fecha posterior al incumplimiento.

III. El alegado cumplimiento contractual por el transcurso del tiempo previsto para su ejecución.

Según la entidad avalista atendiendo a la fecha de adjudicación del contrato (4 de agosto de 2010), y al plazo de duración del mismo (dos años), no se habría producido incumplimiento contractual al no prestar servicio en el mes de agosto de 2012, porque el contrato ya se habría extinguido por el transcurso del plazo de ejecución fijado en el mismo. Al margen del error que supone identificar la fecha de adjudicación con la de iniciación de la ejecución del contrato, cabe recordar que a tenor de lo establecido en el artículo 204 LCSP los contratos se extinguen *"por cumplimiento o por resolución"*. En el presente caso no puede entenderse cumplido el contrato por la adjudicataria, pues ésta no ha ejecutado la totalidad de su objeto a satisfacción de la Administración, por lo que cabe resolver el vínculo contractual, sin que desvirtúe esta conclusión el hecho de que haya transcurrido el período previsto de dos años.

CUARTA.- Abandono de la prestación de servicio como causa de resolución.

La Consejería propone la resolución del contrato por la causa prevista en la letra f) del artículo 206 de la LCSP, consistente en *"el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en los pliegos o en el contrato"*, aclarando que, según consolidada doctrina de este Órgano -por todos cita el Dictamen 261/2012-, cuando se invoquen dos causas de resolución distintas (aquí la declaración de concurso y el incumplimiento del objeto del contrato), la resolución ha de proceder por una sola causa, la primera en el tiempo o la que haya de operar por disposición de la ley, entre otras cosas por las diferentes consecuencias que puedan derivarse de unas y otras.

Coincide el Consejo Jurídico con la propuesta de resolución en el sentido de que cuando se produce la declaración de concurso, enero de 2013, ya se había producido el abandono del servicio, agosto de 2012 y, por lo tanto, sin perjuicio de lo que se ha dicho en la anterior Consideración, la concurrencia entre ambas causas debe revolversse a favor de la prevista en el artículo 206, f) LCSP.

En cuanto a la realidad del incumplimiento que se imputa habrá que atender al escrito presentando por la contratista por el que anuncia que dejará de prestar servicio en el LAYSA, circunstancia que a tenor del informe emitido por el Director de dicho laboratorio (no impugnado de contrario) se produjo. Ante la inminente declaración de concurso, pero antes de que se produjera, la contratista renunció al contrato y abandonó la prestación del servicio, lo que constituye el incumplimiento de la obligación esencial del contrato que es, sin lugar a dudas, el cumplimiento de su objeto.

No puede olvidarse que en los contratos administrativos y, por lo tanto, también en el que nos ocupa, lo que subyace es la realización de una actividad (aquí la prestación de un servicio), que tiene como fin último la satisfacción directa de una necesidad pública, y es este juego del interés público al que debe servir objetivamente la Administración lo que explica su especial posición jurídica y sus potestades en la contratación, así como la subordinación jurídica del contratista respecto a la Administración. En efecto, el contratista se presenta como colaborador de la Administración para llevar a buen fin la obra pública o el servicio público objeto del contrato, y como tal tiene que actuar en coordinación con aquélla y en sintonía con el interés público.

Consecuentemente con lo anterior, el contratista no puede decidir, como aquí hizo, la renuncia al contrato y el posterior abandono en la prestación del servicio, de ahí que deba coincidir con el órgano de contratación en la consideración de que se ha producido el incumplimiento de una obligación esencial del contrato y que, por lo tanto, resulta procedente su resolución.

QUINTA.- Efectos de la resolución contractual.

A la luz de lo expuesto puede concluirse que existió un incumplimiento imputable al contratista de sus obligaciones contractuales, en la medida en que no concurría justificación alguna para el abandono en la prestación del servicio. Ello habilita la resolución del contrato por causa imputable al contratista, debiendo compartirse en este punto lo pretendido por el órgano de contratación.

Sin embargo no coincide este Órgano Consultivo en que forzosamente tal apreciación conlleve la incautación de la garantía debido al carácter punitivo que la misma tiene. En efecto tal y como hemos apuntado en diversos Dictámenes (198/2012, 220/2010 y 103/2003), de un incumplimiento imputable al contratista no se deriva necesariamente que el mismo sea tan culpable como para determinar la pérdida de la fianza.

En nuestro Dictamen nº 103/2003, de 30 de junio, recogíamos el criterio jurisprudencial y doctrinal sobre la procedencia, en determinados casos, de excluir la pérdida de la fianza aun habiéndose decretado la resolución del contrato por causa imputable al contratista. Así, expresábamos lo siguiente:

"Ya durante la vigencia de la Ley de Contratos del Estado de 1965 la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado venían a coincidir en señalar el diferente plano en que operaban las potestades administrativas de resolución contractual y de incautación y pérdida de la fianza prestada por el contratista. Así, la resolución contractual procedía en tanto se produjera un incumplimiento objetivamente imputable al contratista para el que, conforme a la legislación, estuviese previsto dicha consecuencia resolutoria.

Sin embargo, también insistían en destacar que el entonces vigente artículo 53 de dicha Ley exigía, para la pérdida automática de la garantía, la "culpa" del contratista, sin que un incumplimiento imputable a éste significase necesariamente su culpabilidad (a estos concretos efectos de determinar la pérdida de la fianza, se entiende).

Así, por todas, es expresiva la STS, Sala 3ª, de 24 de agosto de 1985:

"... no ocurre lo mismo en cuanto a pérdida de la fianza también acordada en los conjugados actos administrativos objeto de la actual impugnación contenciosa; pues tal privación expropiatoria del bien económico sujeto a carga real con causa obligacional, requiere para su efectividad la agregación del factor subjetivo de la culpa o relación psicológica de causalidad entre agente y hecho determinante de la resolución, como así, acudiendo al aquí relevante elemento teleológico de interpretación (artículo 3.1 del Código Civil), resulta de los artículos 53 de la Ley y 160 y 168 del Reglamento mencionado, sistemáticamente coordinados con los preceptos de anterior cita; de tal manera que, en la metodología de aplicación de las incautaciones de fianza y aparte el caso de cláusula penal, no cabe reducción al simplismo de la antítesis, o culpa de contratista, o culpa de la Administración contratante, cuando es legítima la resolución; pues ese reduccionismo conduciría a una infundada presunción de culpa en función del sólo hecho de incumplimiento contractual determinante de la resolución, cuando, sujeto el cumplimiento del contrato al principio general de buena fe (artículo 1.258 del Código Civil), que abre un margen de ponderación de circunstancias objetivas, concluyentes de culpa en su citada y distinta acepción subjetiva, que tanto obliga a la Administración, como vincula al Tribunal revisor, a valorar en su conjunto el ámbito circunstancial en que la conducta de incumplimiento se produce para incautar o no la fianza..."

(...)

"Por otra parte, y en la misma línea, el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado también han reconocido, ante las especiales circunstancias del caso concreto, la necesidad de moderar el grado de culpabilidad del contratista, pues, aun existiendo ésta, razones de equidad y proporcionalidad pueden obligar a moderar, a su vez, el pronunciamiento sobre la pérdida de la fianza. Así, por ejemplo, las SS.T.S. Sala 3ª, de 5 de marzo de 1985, y 11 de noviembre de 1987 y Dictámenes del Consejo de Estado de 12 de mayo de 1977, 19 de octubre de 1989, 22 de noviembre de 1990, 7 de noviembre de 1991 y 14 de octubre de 1993, entre otros. En estos casos, y conforme a las circunstancias concurrentes, unas veces se sostiene la procedencia de incautar automáticamente parte del importe de la garantía o a incautarla sólo cuando se determinara contradictoriamente la existencia de los daños y perjuicios que hubiera causado el incumplimiento y, en tal caso, por el importe necesario para resarcir tales daños. Las circunstancias justificativas de estas soluciones son muy variables, pero tienen un denominador común: que la culpabilidad del contratista esté atenuada por la concurrencia de especiales circunstancias, ya sea la existencia simultánea de algún incumplimiento por parte de la Administración, ya la escasa trascendencia de perjuicios para el interés público, etc."

También cabe citar la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2012, en la que, tras citar jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la incautación de la garantía definitiva de los años 1977 a 1988 considera que "(...) así pues, a la luz doctrina jurisprudencial expuesta, la incautación de la garantía al contratista solo puede acordarse por el órgano de contratación en el caso de resolución del contrato, pero no por cualquier causa, sino exclusivamente en caso de incumplimiento culpable de aquel, es decir, se exige un incumplimiento total y doloso y no simplemente parcial por culpa o negligencia".

Por otro lado el Consejo de Estado (Dictámenes 420/1992, 1.363/91 y 52.254/89, entre otros), afirma que en ocasiones, atendidas las circunstancias particulares del caso, es posible moderar los efectos que desde un punto de vista formal derivarían de una aplicación rígida de la legislación vigente sobre contratos. Esta moderación, que obviamente tiene un carácter excepcional, coadyuva, teniendo en cuenta tales circunstancias particulares, a la justicia del caso concreto, evitando así los efectos perniciosos que de otra manera derivarían de la aplicación literal de dicha legislación sobre contratos.

Es especialmente significativo, por la afinidad existente con el caso que nos ocupa, el que fue objeto del Dictamen del Consejo de Estado núm. 46.546, de 20 de junio 1984:

"Dado que no es un caso de incumplimiento total sino de irregularidad en el cumplimiento, la incautación de fianza (superior a cuatro millones de pesetas) no debe practicarse necesariamente sobre la totalidad de su importe sino que debe estarse, de acuerdo con lo sostenido con anterioridad por este Consejo de Estado (dictamen de 5 de marzo de 1984, expediente número 46.105), al principio de moderación equitativa de la pena que se desprende del artículo 1.154 Código Civil, incautando un porcentaje de la fianza igual al que represente la valoración de los daños y perjuicios"

Tal solución es la que, a juicio de este Consejo Jurídico, en un examen global de las actuaciones y ponderando las

singularidades del caso, ha de aplicarse aquí.

En efecto, como hemos razonado en la Consideración anterior, no cabe duda de que la contratista abandona conscientemente la prestación del servicio, lo que supone, ciertamente, un grado de culpabilidad por su parte, pero las circunstancias que a continuación se indican imponen una moderación de la misma y de sus consiguientes efectos:

1.^a El incumplimiento no es total sino parcial y en un porcentaje mínimo, ya que de los veinticuatro meses en los que la contratista debía llevar a cabo las labores de vigilancia del LAYSA, cumplió satisfactoriamente en veintitrés ocasiones, dejándolo de hacer sólo en una.

2.^a Aunque no pueda aplicársele como causa de resolución la declaración de concurso por haberse aprobado éste con posterioridad al incumplimiento, este último tuvo su origen en las dificultades económicas por las que atravesaba la mercantil.

3.^a No se produce un daño irreparable al interés público, pues según consta acreditado en el expediente el servicio se prestó por otra empresa.

4.^a El incumplimiento culpable de la contratista no ha causado daños y perjuicios a la Administración, ya que la nueva contratación de las prestaciones dejadas de realizar no sólo no originó mayores costes que los que se hubieran derivado de la correcta ejecución del contrato, sino que supuso un ahorro para el órgano de contratación. En efecto, según se razona en la propuesta de resolución contractual el importe de la certificación correspondiente al mes de agosto de 2012 hubiese ascendido a 12.398,28 euros, cantidad que, obviamente, no se llegó a hacer efectiva al no haberse prestado el servicio, en tanto que el importe de los gastos realizados para dotar al LAYSA del servicio de vigilancia en dicho mes, más la revisión anual de las instalaciones, sólo alcanzaron la cantidad total de 2.994,71 euros, según facturas incorporadas al expediente.

En el presente caso, pues, procede declarar la resolución contractual por causa imputable a la contratista, pero sin los efectos anejos a tal declaración en lo que a la garantía y a la indemnización de daños y perjuicios se refiere, haciendo uso en definitiva de la posibilidad citada de atemperar los efectos que se derivarían de una aplicación rígida de la vigente legislación de contratos.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Por lo que se refiere al plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento objeto de Dictamen, debe tenerse en cuenta lo expresado en la Consideración Segunda, III.

SEGUNDA.- Procede acordar la resolución del contrato de referencia por causa imputable al contratista, derivada del incumplimiento de las condiciones esenciales de aquél, en los términos que se señalan en la Consideración Cuarta, sin incautación de la garantía atendiendo a las circunstancias particulares del caso según se indica en la Consideración Quinta.

TERCERA.- De acuerdo con lo anterior, se informa favorablemente la propuesta objeto de Dictamen en lo que se refiere a la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, y desfavorablemente en lo que se refiere a la incautación de la garantía.

No obstante, V.E. resolverá.