

ENTIDADES LOCALES. TOMA DE DECISIONES SOBRE UNA EXPROPIACIÓN FORZOSA

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa y Profesor del CEF

EXTRACTO

El supuesto aborda distintas cuestiones jurídicas producidas en el Ayuntamiento de Madrid. Así, en primer lugar se plantea la legalidad de la actuación de su Junta de Gobierno tanto en lo que se refiere a un acuerdo de expropiación forzosa adoptado en sesión extraordinaria de forma individualizada y sin que formara parte de ningún proyecto de obras, al objeto de edificar un mercado municipal, como en lo relativo a su correcta constitución atendiendo al quórum de asistencia a la sesión. A continuación, se lleva a cabo la expropiación forzosa de los terrenos para aquella construcción, planteándose la legalidad o no de determinadas actuaciones municipales, tales como el desalojo forzoso de un arrendatario o la retención de bienes de este para afrontar los gastos que se produjeron. Finalmente, se examina el contrato de obras realizado, en lo relativo al ajuste a derecho de la determinación del presupuesto aproximado del contrato, la fijación del precio, la solicitud de concurso de la contratista y su incidencia en el contrato, la publicación del anuncio de licitación del mismo y la formalización del mismo.

Palabras claves: funcionamiento de órganos de Gobierno, expropiación y contrato administrativo de obra.

Fecha de entrada: 02-05-2013 / Fecha de aceptación: 03-05-2013

LOCAL AUTHORITIES. DECISION-MAKING ON A COMPULSORY PURCHASE

ABSTRACT

The course deals with different legal issues produced in the city of Madrid. So, first there is the legality of the actions of the Board of Governors both in regard to a compulsory purchase agreement in extraordinary session taken individually and not to form part of any construction project in order to build a municipal market, and in relation to its properly constituted quorum attending to the session. Then takes place the expropriation of land for construction that, considering the legality of certain municipal actions, such as the forced eviction of a tenant or retention of his property to meet the expenses occurred. Finally, we examine the works contract made, as regards the right fit determining the approximate budget of the contract, the pricing, the application of insolvency of the contractor and its impact on the contract, the publication of the notice of it and its formalization.

Keywords: operation of government bodies, expropriation and labor contract.

ENUNCIADO

La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid ha adoptado un acuerdo por el que decide, de manera individualizada, la expropiación forzosa de varios inmuebles al objeto de construir un mercado municipal en uno de los distritos o barrios de la ciudad, toda vez que el existente se ha quedado pequeño para el número de usuarios del mismo y, además, se encuentra muy deteriorado.

La convocatoria de esa Junta de Gobierno extraordinaria que tomó el acuerdo a que nos hemos referido se realizó el día 3 de septiembre de 2012, a las 12.00 horas, fijándose para su celebración a las 11.00 horas del día 4 de septiembre.

Publicado el acuerdo en el Diario Oficial de Madrid y notificado a los interesados afectados, la Junta de Gobierno acuerda desconcentrar la competencia para la aprobación de los bienes y derechos sujetos a expropiación y para la tramitación de los correspondientes procedimientos en el concejal-presidente del correspondiente distrito donde se iba a ubicar el mercado y donde se encontraban los inmuebles rústicos y urbano a expropiar.

El titular de un inmueble rústico afectado por expropiación tiene constituida sobre la finca una servidumbre de paso. El titular de esta ha solicitado su conservación para poder seguir accediendo a su finca, porque, de otra manera, quedaría sin entrada a aquella. El concejal-presidente resuelve en sentido desestimatorio la solicitud. Ante ello, el afectado presenta recurso de alzada ante la Junta de Gobierno.

Publicado y notificado el acuerdo de necesidad expropiación, un expropiado presenta recurso de reposición contra el mismo, acordándose, entonces, la suspensión del procedimiento expropiatorio para todos los expropiados.

En una de las parcelas afectadas existe una nave con una pequeña industria dedicada a la reparación de vehículos, en régimen de arrendamiento. El arrendatario ha solicitado de la Administración expropiante que, en tanto se determina de forma definitiva el justiprecio, se le permita continuar con la explotación del negocio y se acepte la percepción de las rentas que iba abonando con anterioridad al dueño de la finca. La Administración no solo no ha aceptado tal petición del arrendatario, sino que le ha avisado de que si llegado el momento no desaloja voluntariamente la nave, retendrá los bienes que encuentre en su interior para cubrir los gastos que el desalojo forzoso le ocasione.

El ayuntamiento se plantea si cabe reconocer algún derecho indemnizatorio al arrendatario, a qué vía procedimental deberá acudir para instrumentar la extinción del arrendamiento y si es preciso autorización judicial en el caso de que se niegue voluntariamente a abandonar la nave expropiada.

El arrendatario amenaza con entablar una acción de responsabilidad patrimonial si se lleva a cabo el desalojo forzoso.

Finalizadas las expropiaciones necesarias, para la construcción del mercado la Junta de Contratación constituida en el ayuntamiento saca a licitación, mediante el procedimiento restringido y con varios criterios de adjudicación, las obras. El valor estimado del contrato se eleva a la cantidad de 6.800.000 euros, IVA incluido. Se aplicaron las reglas del expediente de tramitación de urgencia porque, al tratarse de un servicio público importante, era conveniente acelerar la adjudicación.

En el contrato, se establece que el precio al contratista será abonado por los futuros adjudicatarios de los múltiples puestos a adjudicar, una vez esté en funcionamiento el mercado. Es de significar que, con posterioridad, fue anulada esta cláusula.

En la redacción de las cláusulas del contrato se planteó la duda de que si la empresa adjudicataria, ejecutándose las obras, hubiera solicitado la declaración de concurso, a quién habrían de abonarse las facturas pendientes.

La convocatoria o anuncio de licitación se publicó en el perfil del contratante del órgano de contratación, en el Diario Oficial de Madrid y en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Madrid.

La adjudicación del contrato se produjo el día 12 de mayo, remitiéndose a los licitadores el día 16 de igual mes. El día 23 de mayo, se produjo la formalización del contrato en documento administrativo.

Ante el incumplimiento del plazo total, por causa imputable al contratista, para la ejecución del contrato, el órgano de contratación decide resolver el mismo, incautando la fianza definitiva y, además, acordando la indemnización de daños y perjuicios. El procedimiento para la resolución se inició el día 5 de diciembre, notificándose la resolución adoptada, consistente en resolver el contrato, el día 29 de marzo del año siguiente.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Fue ajustada a derecho la expropiación acordada por la Junta de Gobierno?
2. Comente la legalidad o no del día en que se celebró la sesión y el quórum de la misma.
3. ¿Fue ajustada a derecho la resolución que denegó la subsistencia de la servidumbre de paso?
4. Comente el recurso de alzada contra la resolución del concejal-presidente del distrito que denegó dicha subsistencia.
5. ¿Fue ajustada a derecho la suspensión del procedimiento acordada?

6. ¿Resulta viable la pretensión del arrendatario de entregar las rentas provisionalmente a la Administración expropiante?
7. ¿Cabe reconocer algún derecho indemnizatorio al arrendatario?
8. ¿A qué vía procedimental puede acudir la Administración expropiante para instrumentar la extinción del arrendamiento?
9. ¿Se requerirá autorización judicial para el desalojo?
10. ¿Es posible la retención de bienes existentes en la nave?
11. ¿Cabe considerar los derechos indemnizatorios por la vía de la responsabilidad patrimonial?
12. Comente la legalidad o no respecto a la actuación de la junta de contratación como órgano de contratación en este caso.
13. ¿Está correctamente determinado el valor aproximado del contrato?
14. ¿Qué opina respecto a que se haya aplicado la tramitación de urgencia?
15. ¿Qué opinión le merece la forma de determinación del precio del contrato?
16. ¿A quién se pagarán las facturas en caso del concurso del contratista?
17. ¿Está correctamente publicado el anuncio de licitación del contrato? Si no fuera así, ¿qué consecuencias podría originar?
18. ¿Está correctamente realizada la formalización del contrato?
19. Comente todas las incidencias jurídicas producidas ante el incumplimiento del plazo total que llevó al órgano de contratación a resolver el contrato, incautando la garantía definitiva y acordando, además, la indemnización de daños y perjuicios.

SOLUCIÓN

1. En cuanto a la expropiación realizada por la Junta de Gobierno, no fue ajustada a derecho. La Ley 2/2006, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid, atribuye, en su artículo 17 f), a la misma la competencia para la aprobación de la relación de bienes y derechos sujetos a expropia-

ción y la aprobación de proyectos expropiatorios, pero ni la junta ni ningún otro órgano municipal puede acordar, de forma aislada o individualizada, la expropiación de ningún bien, sino que deberá ser como consecuencia de proyectos de obras expropiatorios. Para la expropiación forzosa por parte de un ayuntamiento o la declaración de utilidad pública o interés social se declara por ley (art. 9 de la Ley de Expropiación Forzosa –LEF–, de 16 de diciembre de 1954) o se entiende implícita en planes de obras y servicios del municipio (art. 10 de la LEF). En conclusión, de seguirse adelante con esa expropiación forzosa, la Administración estaría incurriendo en vía de hecho.

2. Respecto a la convocatoria de la sesión extraordinaria de la Junta de Gobierno realizada el día 3 septiembre, a las 12.00 horas, para su celebración el día 4 de igual mes, a las 11.00 horas, no es ajustada a derecho.

El Reglamento Orgánico del Gobierno y Administración del Ayuntamiento de Madrid, de 31 de mayo de 2004, en su artículo 20.2, exige una antelación mínima de 24 horas entre la convocatoria y la celebración, que, en este caso, no se cumple. Por otra parte, el plazo se computaría desde la última notificación realizada a los miembros de la junta.

Ahora bien, en principio, de acuerdo con el artículo 63 de la Ley 30/1992, al ser un defecto de término o plazo, se trata de una irregularidad no invalidante. Para que constituyera vicio de anulabilidad se tendría que demostrar que ha causado perjuicio o indefensión material a alguien.

3. En cuanto a la solicitud de subsistencia de la servidumbre de paso constituida sobre una finca para entrar en otra finca, señala el artículo 8 de la LEF que la cosa expropiada se adquiere libre de carga. Sin embargo, podrá conservarse algún derecho real sobre el objeto expropiado si resulta ser compatible con el nuevo destino que haya de dedicarse al mismo y existiera acuerdo entre el expropiante y el titular del derecho.

Por su parte el artículo 9.2 del Reglamento de Expropiación Forzosa (REF), aprobado por el Decreto de 26 de abril de 1957, señala que corresponde a la Administración la decisión sobre la subsistencia del derecho, debiendo oír previamente al titular expropiado principal y al del derecho cuya continuación se propone. Su valoración es de la competencia del Jurado de Expropiación, con arreglo a las normas generales.

4. En relación con el recurso de alzada contra la resolución dictada por el concejal-presidente del distrito desestimando la subsistencia de la servidumbre, no es ajustada a derecho.

El artículo 53 de la Ley de Capitalidad señala que ponen fin a la vía administrativa los actos dictados por los órganos municipales cuando ejerzan competencias atribuidas por el alcalde y la Junta de Gobierno mediante la técnica de la desconcentración prevista en la citada ley (esto es lo que ha ocurrido en el presente caso).

Por su parte, el artículo 17.2 permite la delegación y desconcentración de la Junta de Gobierno en concejales y órganos directivos.

Ahora bien, en virtud del famoso principio *in dubio pro actione* derivado del artículo 110.2 (el error en la calificación del recurso no será obstáculo para su tramitación si se deduce su carácter), podría considerarse como recurso de reposición y tramitarse como tal.

5. Respecto a la suspensión del procedimiento expropiatorio acordada para todos los expropiados con ocasión de un recurso interpuesto por uno solo de ellos contra el acuerdo de necesidad de ocupación, no es ajustado a derecho.

Es cierto que el artículo 22.3 de la LEF le da carácter suspensivo al citado recurso, sin embargo el artículo 21.6 de la REF señala que el procedimiento continuará su tramitación en cuanto se refiera a bienes y derechos cuyos titulares no hubieren deducido recurso contra el acuerdo de necesidad de ocupación.

6. Con relación a si es viable la pretensión del arrendatario de entregar las rentas provisionalmente a la Administración expropiante debemos señalar que no es viable jurídicamente la subrogación pretendida por el arrendatario, en la posición de la arrendadora por parte de la corporación expropiante.

El artículo 123.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL) aprobado, por el Real Decreto 1382/1986, de 13 de junio, señala que, desde el momento en que se acordare la expropiación de la finca, la corporación local se abstendrá de establecer o continuar con los ocupantes cualquier relación arrendaticia y de iniciarlas con quienes no ostentan aquella condición.

7. Sobre si cabría algún derecho indemnizatorio a favor del arrendatario por el mero hecho de poner fin a su relación contractual con el propietario, debemos señalar que la respuesta es negativa. El artículo 123.2 del RBEL señala que «tampoco se podrán reconocer o convalidar de manera tácita situaciones de hecho creadas antes o después de comenzar la expropiación».

Otra cuestión es que –como interesado– perjudicado por el expediente expropiatorio tenga derecho al justiprecio derivado del procedimiento que, además, recibirá con independencia del justiprecio del propietario de la nave.

Según el artículo 85 de la LEF, «las expropiaciones... que, en cualquier caso, realicen las entidades locales, se ajustarán a lo expresamente dispuesto en la Ley de Régimen Local y demás aplicables, y en lo no previsto en ellas, al contenido de la presente, con las modificaciones siguientes: 1.ª Para la determinación del justo precio se seguirán las reglas y el procedimiento establecido en el Capítulo III del Título II de esta ley». Por lo tanto, se tratará de determinar amistosamente mediante convenio el justiprecio, y de no llegarse a un acuerdo, el interesado realizará su hoja de aprecio, que si no es aceptada por la Administración, realizará la suya, y si esta tampoco la admite el expropiado, el expediente pasará al Jurado de Expropiación para que lo determine.

8. En cuanto a qué vía podría acudir la Administración expropiante para instrumentar la extinción del arrendamiento, el artículo 121.3 del RBEL señala que «los titulares de los derechos de ocupación extinguidos serán desahuciados conforme a las normas del presente título».

Por su parte, el artículo 130 del RBEL añade que «Si a pesar del requerimiento que se dirigirá a quienes ocupan el inmueble expropiado, con título o sin él, no lo desalojaren dentro de los respectivos plazos, la corporación procederá, por sí, a ejecutar el desahucio por vía administrativa». Siempre es preciso que con carácter previo se haya abonado o consignado el valor del justiprecio.

El artículo 128.1 señala que «fijado el importe de la indemnización los arrendatarios y, en general, los titulares de derechos personales relativos a la ocupación del predio, vivienda o local de negocio deberán desalojarlos dentro del término que reste del vencimiento del plazo de los cinco meses, a contar desde la notificación, a que se refiere el párrafo 5.º el artículo 126».

9. En cuanto a si se requería autorización judicial para el desalojo, debemos señalar que corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, mediante auto, la entrada en el domicilio y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiere el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración (art. 8 de la Ley 13/1998, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

El artículo 18.2 de la Constitución española se refiere a la inviolabilidad del domicilio, para cuya entrada es preciso la autorización del titular o la autorización judicial.

Como en este caso no estamos en presencia de domicilio puesto que se trataba de una nave dedicada a la reparación de vehículos, no es aplicable el derecho constitucional consagrado en el referido artículo 18.2. Los establecimientos comerciales o de negocios, en principio, no resultan protegidos constitucionalmente, desde el punto de vista de su inviolabilidad, por la previsión contenida en el artículo 18.2 de la Constitución española.

En conclusión, aun sin el consentimiento del titular, la Administración podía entrar en la nave para llevar a cabo la ejecución forzosa del acto administrativo del desahucio.

10. En cuanto a si es posible la retención de los bienes existentes en la nave, está previsto en el artículo 131 del RBEL al señalar que los gastos a que dé lugar el lanzamiento o depósito de bienes son de cuenta del desahuciado, pudiendo retener la corporación los bienes que considere suficientes para atender al pago de los gastos de ejecución, y podrán enajenarlos por el procedimiento de premio.

11. Respecto a si cabe considerar derechos indemnizatorios por la vía de la responsabilidad patrimonial por la ejecución forzosa, debemos señalar que no.

Si se siguió el procedimiento de expropiación forzosa y se respetaron todas sus determinaciones, especialmente el previo pago o consignación, el desalojo no fue antijurídico ya que el ocupante de la finca estaba obligado a soportarlo toda vez que, en el plazo que se le dio para que voluntariamente lo abandonara, no lo hizo.

12. En cuanto a la actuación de la junta de contratación, como órgano de contratación en este caso, no fue ajustada a derecho.

La disposición adicional segunda del TRLCSP, en su regla 4.^a, permite la actuación de la junta de contratación cuando se trate de obras que tengan por objeto trabajos de reparación simple, de conservación y mantenimiento (menoscabo producido por causas fortuitas o accidentales o deterioros por el uso, según el art. 122.4 y 5 del TRLCSP). En este caso se trata de una obra de primer establecimiento que da lugar a la creación de un inmueble.

13. En cuanto a si está determinado correctamente el valor aproximado del contrato, la respuesta es negativa. El presupuesto fijado es de 6.800.000 euros, y añade el relato de hechos que iba incluido, cuando debió ser excluido.

El contrato quedará sujeto a regulación armonizada pues, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14.1 del TRLCSP, el presupuesto es igual o superior a 5.000.000 de euros.

14. La tramitación del expediente de urgencia está permitida, según el artículo 112.1 del TRLCSP, para los expedientes correspondientes a contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación convenga acelerar por razón del interés público. Se declarará motivadamente por el órgano de contratación.

Este caso, en el que se trata de construir un mercado municipal, podía quedar encuadrado dentro del supuesto a que nos hemos referido, al tratarse de un servicio público importante. De cualquier manera, habría que conocer las circunstancias concretas y la justificación que el órgano de contratación establezca.

La tramitación del expediente de urgencia supone:

- Que el expediente goza de preferencia para su despacho por los órganos que intervengan en su tramitación, disponiendo de cinco días para emitir informes o cumplimentar los trámites correspondientes.
- Los plazos para licitación, adjudicación y formalización se reducirán a la mitad, salvo el de 15 días hábiles establecido en el artículo 156.3, párrafo primero, como periodo de espera antes de la formalización del contrato (se refiere a los contratos sujetos a regulación armonizada).

15. No resulta ajustado al derecho establecer el precio del contrato para que lo abonen los distintos adjudicatarios de los puestos del mercado. Ello supondría financiar un expediente de contratación actual con cargo a unos eventuales futuros contratos con otros contratistas. El ente contratante es el ayuntamiento y debe correr de su cargo el gasto del contrato; siendo requisito esencial para contratar con un tercero la existencia de consignación presupuestaria adecuada y suficiente para hacer frente a los gastos del contrato.

En este sentido, debe recordarse el artículo 173.5 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo,

que, cuando regula la limitación de los compromisos de gastos, dispone que no podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de plenos derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar. Es decir, es necesaria la correspondiente retención de crédito para iniciar un procedimiento de contratación.

En igual sentido, se recoge este requisito en el artículo 109 del TRLCSP cuando dispone que la celebración de contratos, por parte de las Administraciones públicas, requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de esta ley. Añadiendo que, entre otros documentos, deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya y la fiscalización previa de la intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

16. Respecto a quién se deben pagar las facturas pendientes si una vez iniciada la ejecución del contrato la contratista ha solicitado la declaración del concurso, se realizará al contratista y no a la Administración concursal. En primer lugar, porque todavía no se ha declarado el concurso, sino que simplemente se ha solicitado, por lo que, en este momento, no existe administración concursal. Y, en segundo lugar, porque, una vez declarado el concurso, la regla general es que el concursado no pierde las facultades de administración, sino que queda sometido en el ejercicio de estas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad en el caso de concurso voluntario, que es cuando lo solicita el deudor. En caso de concurso necesario, que lo solicitan otros legitimados, especialmente los acreedores, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales.

Sin embargo, debemos señalar que el artículo 40 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, donde se regula lo anteriormente expuesto, prevé que, en caso del concurso voluntario, el juez podrá acordar la suspensión de sus facultades, o en caso del concurso necesario, la mera intervención, cuando justificadamente así se motive. Por otra parte, a solicitud de la Administración concursal y oído el concursado, el juez, mediante auto, podrá acordar en cualquier momento el cambio en las situaciones de intervención o suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio.

Por otra parte, el artículo 61 de la misma ley regula la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, y señala que, en los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración de concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que correspondan al deudor se incluirán, según proceda, en la masa activa o en la masa pasiva. Añadiendo que la declaración del concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte.

En conclusión, el solo hecho de la declaración de concurso no afecta al cumplimiento de las obligaciones pendientes en el momento de la declaración. Por tanto, el pago debe hacerse a

la empresa contratista, con la única precaución de que el pago se realice mediante transferencia bancaria a la cuenta corriente a la que se hicieron los anteriores pagos, para que quede constancia de que el pago se ha efectuado a la empresa, y así evitar que el empresario pueda ingresar esos importes en otras cuentas que no sean de la empresa.

17. En cuanto a la publicación del anuncio de licitación del contrato de obras en el perfil del contratante, en el Boletín Oficial de Madrid y en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Madrid, y no en el Boletín Oficial del Estado, es ajustado a derecho. El artículo 142.1 del TRLCSP lo permite si la entidad contratante es una comunidad autónoma, una entidad local o una entidad de derecho público dependiente de ellas.

Ahora bien, lo que no resulta ajustado a derecho es que no se haya publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea pues el contrato, por su cuantía, está sujeto a regulación armonizada, siendo obligatoria la publicación en el referido diario, sin que ninguna otra publicación pueda sustituir a esta. Además, esa publicación (el envío del anuncio) debe preceder a cualquier otra publicación.

Al no haberse hecho así, a tenor del artículo 40.1, podría recurrirse a través del recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 del TRLCSP, pues, en su apartado segundo, permite este recurso contra los pliegos y documentos contractuales que establezcan las condiciones de contratación, así como contra los anuncios de licitación.

Por otra parte, podría solicitarse el supuesto especial de nulidad contractual previsto en el artículo 37.1 a) del TRLCSP, cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, cuando sea preceptivo, de conformidad con el artículo 142 del TRLCSP. El plazo para interponerlo es de 15 días hábiles desde la publicación de la adjudicación del contrato. Ahora bien, habría que esperar a la adjudicación para ejercitar esta acción de nulidad especial.

18. Respecto a la formalización del contrato no fue ajustada a derecho. Es cierto que, al tratarse de expediente de tramitación de urgencia, el artículo 112 del TRLCSP permite que los plazos para la licitación, adjudicación y formalización se reduzcan a la mitad. Sin embargo, exceptuaba expresamente de esta reducción el plazo fijado en el artículo 156.3, que prevé que un contrato sujeto a regulación armonizada no podrá formalizarse antes de que transcurran 15 días hábiles desde la remisión de la adjudicación a los licitadores, porque, precisamente, es el plazo que existe para interponer el recurso especial en materia de contratación por cualquier legítimo para ello. En este caso, la adjudicación se produjo el día 12 de mayo, remitiéndose a los licitadores el día 16 de mayo. Luego, el día 23 de mayo, en que se produjo la formalización, no había transcurrido el plazo mínimo de 15 días hábiles exigido por el artículo citado.

19. Respecto a la resolución acordada por el órgano de contratación incautándose de la garantía definitiva y, acordando, además, la indemnización de daños y perjuicios, lo primero que tenemos que decir es que, al tratarse de un contrato de obras, la fianza definitiva, según el artículo 95.1 del TRLCSP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, era del 5% del importe de adjudicación, excluido el IVA, y era obligatoria.

Por su parte, el artículo 212.4 del TRLCSP permite al órgano de contratación, cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiera incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato.

Ahora bien, dos cuestiones son de resaltar en esta resolución:

- Con relación a que el órgano de contratación acordara la incautación de la garantía definitiva, por un lado y, por otro, la indemnización de daños y perjuicios, no parece ajustada a derecho. En este sentido, el artículo 208.4 del TRLCSP señala que «cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada». Por lo tanto, este precepto nos dice ya lo que decía el derogado artículo 113.4 del Texto Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas en el sentido de que el incumplimiento culpable no supone automáticamente la incautación de la garantía definitiva y además la indemnización de daños y perjuicios, sino lo que procede, en la actualidad, es la indemnización de daños y perjuicios que, en primer lugar, se hará efectiva sobre la garantía. Por tanto, debe entenderse con la nueva regulación que el importe de la garantía ya no es una indemnización de carácter mínimo y de cuantía objetivada, ni que se trata de una pena convencional.

Respecto al procedimiento de la indemnización de daños y perjuicios, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 101 del TRLCSP, que establece dos normas al respecto:

- La primera es que, para hacer efectiva la garantía, la Administración contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título del que derive su crédito.
 - Por su parte, la segunda norma es que, cuando la garantía no sea bastante para cubrir las responsabilidades a las que esta afecta, la Administración procederá al cobro de la diferencia mediante el procedimiento administrativo de apremio, con arreglo a lo establecido en las normas de recaudación.
- En cuanto al procedimiento para la resolución del contrato, a tenor del artículo 213, deberá acordarse por el órgano de contratación, previa audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de este, se precisa el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la comunidad autónoma respectiva.

Observamos que, en el presente caso, no se ha respetado el plazo de duración máxima del procedimiento, que, en defecto de previsión expresa, según el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común, será de tres meses. En este caso, el procedimiento se inició el día 5 de noviembre y se notificó el día 29 de marzo del año siguiente. Ahora bien, como el procedimiento fue iniciado de oficio, el silencio será desestimatorio o negativo, por lo que la resolución tardía de la Administración no estará vinculada por el sentido del silencio.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Constitución española, art. 18.2.
- Decreto de 26 de abril de 1957 (Rgto. LEF), art. 9.2.
- Ley de 16 de diciembre de 1954 (LEF), arts. 8, 9, 10, 21, 22 y 85.
- Ley 30/1992 (LRJPAC), arts. 62, 63 y 110.
- Ley 22/2003 (Concursal), arts. 40 y 61.
- RDLeg. 2/2004 (TRLRHL), art. 173.
- RDLeg. 3/2011 (TRLCAP), arts. 14, 37, 40, 95, 101, 109, 112, 113, 142, 156, 208, 212 y disp. adic. segunda.
- RD 1372/1986 (Rgto. Bienes de Entidades Locales), arts. 121, 123, 128, 130 y 131.
- Rgto. Orgánico de Gobierno y Administración del Ayuntamiento de Madrid de 31 de mayo de 2004, art. 20.
- Ley Madrid 2/2006 (Capitalidad y Régimen Especial), arts. 17 y 53.