



Roj: **STS 3092/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3092**

Id Cendoj: **28079130042019100288**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **30/09/2019**

Nº de Recurso: **3556/2017**

Nº de Resolución: **1277/2019**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **ATS 11692/2017,**
STS 3092/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.277/2019

Fecha de sentencia: 30/09/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3556/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/09/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 3556/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1277/2019

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente, presidente

D. Segundo Menéndez Pérez



D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D^a. Maria del Pilar Teso Gamella

D. Jose Luis Requero Ibañez

En Madrid, a 30 de septiembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA-3556/2017, interpuesto por el procurador don Gabriel De Diego Quevedo en nombre y representación de Mapfre Global Risks, Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros S.A. bajo la dirección letrada de don Francisco Díez Peña contra la sentencia 189/2017, de fecha 17 de febrero de 2017 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, que desestimó el recurso de apelación núm. 115/2016 interpuesto contra la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2015 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Sevilla en el P .O. N° 284/2015.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento contencioso-administrativo número 115/2016, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, dictó sentencia el 17 de febrero de 2017 , cuyo fallo dice literalmente:

"Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad MAPFRE GLOBAL RISKS, COMPAÑÍA INTERNACIONAL DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., representada por el Procurador D^o. Francisco José Pachecho Gómez, contra la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2015 que dictó el Juzgado de lo Contencioso administrativo Número 13 de Sevilla en el Procedimiento Ordinario n° 284/2015, que confirmamos íntegramente. Imponemos las costas a la parte apelante hasta el límite máximo de 800 €."

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de Mapfre Global Risks, Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros S.A. recurso de casación, que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía tuvo por preparado mediante Auto de 17 de mayo de 2017 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 11 de diciembre de 2017 , cuya parte dispositiva dice literalmente:

"Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación de la entidad MAPFRE GLOBAL RISKS, COMPAÑÍA INTERNACIONAL DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. contra la sentencia de 17 de febrero de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección primera) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede de Sevilla- en el recurso de apelación núm. 115/2016 .

Segundo. Precisar que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la relativa a si, como sostiene la sentencia recurrida, el artículo 208, apartados 3 y 4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público , cuyo tenor literal reproduce el vigente artículo 225, apartados 3 y 4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, habilita a la Administración a la incautación automática u *ope legis* de la garantía constituida por el contratista en el caso de resolución del contrato por incumplimiento culpable de éste, o bien si dicha garantía queda afecta a la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento y hasta la cuantía que por este concepto se fije, procediendo su devolución en la suma remanente tras hacerse efectiva la indemnización.

Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los apartados 3 y 4 del artículo 208, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (apartados 3 y 4 del vigente artículo 225 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto. Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto. "

CUARTO.- Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 19 de diciembre de 2017, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó el procurador don Gabriel de Diego Quevedo, en representación de Mapfre Global Risks por escrito de fecha 5 de febrero de 2018, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: "dicte sentencia por la que con estimación del recurso interpuesto, case y anule la sentencia recurrida, así como las resoluciones de las que trae causa, y resuelva sobre las pretensiones y pronunciamientos contenidos en el presente escrito."

QUINTO.- Por providencia de 26 de febrero de 2018 queda el recurso concluso y pendiente de señalamiento, al no haberse personado el Servicio Andaluz de Salud.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por providencia de 19 de junio de 2019 se señala este recurso para votación y fallo el día 24 de septiembre de 2019, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Planteamiento del recurso y sentencia de instancia.*

La representación de la entidad mercantil MAPFRE GLOBAL RISKS, COMPAÑÍA INTERNACIONAL DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. interpone recurso de casación 3556/2017 contra la sentencia dictada por la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede de Sevilla- de 17 de febrero de 2017, desestimando el recurso de apelación deducido contra la dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 13 de Sevilla con fecha 9 de diciembre de 2015 desestimando el recurso contencioso-administrativo deducido por aquella mercantil contra la resolución del Director Gerente del Hospital Universitario San Cecilio de Granada y Virgen de las Nieves de Granada, de fecha 12 de junio de 2013, por la que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 9 de abril de 2013, mediante la que se acordó la resolución del contrato formalizado en el expediente nº 11C8823P029, por incumplimiento culpable del contratista (Brassica Group, S.A.), con incautación de la garantía definitiva constituida (el certificado individual de seguro nº 7411121254416, por importe de hasta 410.105,43 euros emitido el 19 de agosto de 2011 por Mapfre caución y crédito.

La sentencia del TSJ Andalucía (completa en Cendoj Roj: STSJ AND 17233/2017 - ECLI:ES:TSJAND:2017:17233) en su fundamento PRIMERO identifica lo recurrido mientras en el SEGUNDO plasma la argumentación de la apelante.

Ya en el TERCERO refleja que " *La apelante en absoluto desvirtúa la reflexión sustancial del juez a quo, de no encontrar amparo legal la tesis que aquella preconiza en torno a que la garantía definitiva solo pueda quedar afecta al importe de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, una vez liquidados mediante procedimiento contradictorio.*

En efecto, de la lectura de los núms. 4 y 5 del artículo 208 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), claramente se desprende que la incautación de la garantía, o mejor dicho su pérdida, se produce de forma automática (ope legis), desde el acuerdo de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, la que queda legalmente afecta al pago de la indemnización, siendo cuestión distinta que tras liquidar los daños y perjuicios haya un remanente que deba ser devuelto.

: "Es más, atendido el carácter accesorio de las garantías constituidas sobre el contrato del que traen causa y cuyas consecuencias aseguran, si para cancelar o devolver la garantía, aun cumplido a satisfacción el contrato, hay que aguardar a que se produzca el plazo de garantía (art. 90.1. LCSP), con mayor motivo entonces procederá su inmediata retención de ser el incumplimiento culpable del contratista la causa de resolución contractual, sin condicionarse a la exigencia que trata de imponer el garante, carente de cobertura legal, de una previa liquidación de los daños y perjuicios irrogados a la Administración".

En el CUARTO señala que carece de fundamento el alegato de que la administración demorara *sine die* el inicio de expediente contradictorio en razón de los instrumentos otorgados a la aseguradora conforme al art. 85.2 LCSP .

SEGUNDO.- *La cuestión sometida a interés casacional y las normas jurídicas a considerar.*

El ATS de 11 de diciembre de 2017 consideró que la cuestión de interés casacional objetivo es la atinente a si, como sostiene la sentencia recurrida, el artículo 208, apartados 3 y 4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de



Contratos del Sector Público, cuyo tenor literal reproduce el todavía vigente artículo 225, apartados 3 y 4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, habilita a la Administración a la incautación automática *u ope legis* de la garantía constituida por el contratista en el caso de resolución del contrato por incumplimiento culpable de éste, o bien si dicha garantía queda afectada a la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento y hasta la cuantía que por este concepto se fije, procediendo su devolución en la suma en su caso (del) remanente tras hacerse efectiva la indemnización.

Se identificaron como normas jurídicas que, en principio, deberán ser objeto de interpretación son los apartados 3 y 4 del artículo 208, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (apartados 3 y 4 del vigente artículo 225 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

TERCERO .- *La argumentación de la recurrente.*

La representación de la entidad mercantil MAPFRE GLOBAL RISKS, COMPAÑÍA INTERNACIONAL DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. sostiene que la sentencia dictada por la Sala *a quo* ha infringido el artículo 208, apartados 3 y 4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público manteniendo una interpretación contradictoria respecto a lo dicho por el TSJ de Madrid, 21 de enero de 2016, 16 de octubre de 2015.

Argumenta que, si bien con anterioridad a esta norma era posible mantener la procedencia de la incautación automática de la garantía definitiva, tras su entrada en vigor, en virtud de lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 208, no es posible mantener dicha interpretación.

Defiende que la interpretación correcta del precepto implica que en los supuestos en los que se acuerde la resolución del contrato administrativo por incumplimiento culpable del contratista procede la retención de la garantía definitiva hasta que se determine, mediante el oportuno procedimiento contradictorio, el importe concreto de los daños y perjuicios que el incumplimiento del contratista haya podido causar, en su caso, a la Administración.

Arguye que así lo ha dicho el Consejo de Estado, dictamen 255/16 de 12 de mayo de 2016 y el consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en su dictamen 25 de septiembre de 2013, 410/2013.

Afirma que la interpretación realizada por la sentencia recurrida podría suponer el enriquecimiento injusto de la Administración beneficiaria de la garantía definitiva, que requiere al garante el importe total de la misma cuando los daños y perjuicios resarcibles con cargo a la garantía son inferiores o incluso inexistentes.

Por ello pide fijar la interpretación del artículo 208, apartados 3 y 4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre (y de los apartados 3 y 4 del artículo 225 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) en el sentido de que no autoriza a la Administración a la incautación automática de la garantía en caso de resolución del contrato por incumplimiento del contratista, sino que es necesario que, con carácter previo a la incautación, se valoren los daños y perjuicios ocasionados a la Administración.

Añade que, dentro de los términos del debate, se declare:

- a) La improcedencia de la incautación de la garantía definitiva constituida ante la falta de valoración por la Administración de los daños y perjuicios que, en su caso, se le hayan podido ocasionar.
- b) La procedencia de la devolución de la cantidad de 410.105,43 € que satisfizo el 10 de julio de 2014, incrementadas con los intereses legales correspondientes desde la fecha de su ingreso (10.07.2014) hasta el día en que se efectúe el reintegro.

CUARTO.- *Las sucesivas leyes de contratación vigentes desde el 2007 al 2017.*

l) Art. 208, 3 y 4 Ley 30/2007, vigente en la fecha de celebración del contrato.

"El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinara para aquella, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista.

4. 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.

5. 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."

II) Art. 225, 3 y 4 Real Decreto Legislativo 3/2011 , vigente al tiempo de resolverse el contrato.

"2. El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista.

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"

III) Art. 213, 2 y 3 Ley 9/2017, de 8 de noviembre , actualmente vigente.

"2. El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquella, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista.

3. Cuando 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.

4. Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 211, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista o este rechace la modificación contractual propuesta por la Administración al amparo del artículo 205.

+5. 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."

QUINTO.- *Los esgrimidos dictámenes del Consejo de Estado.*

A tenor de nuestra vigente Constitución, art. 107 , el Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno cuya competencia regulará una Ley orgánica, en el momento presente la LO 3/1980, de 22 de abril.

Emite informe preceptivo en los supuestos enumerados en el art. 21 de la antedicha LO 3/1980 , cuyo apartado 11 hace mención a todo asunto en que, por precepto expreso de una ley, haya de consultarse al Consejo de Estado en Pleno. Mientras el art. 22, también apartado 11, atribuye a la Comisión Permanente la emisión de informe caso de resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos previstos en la legislación de contratos del Estado.

El art. 211, apartado 3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , insiste en la preceptividad del informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de resolución cuando se formule oposición por parte del contratista. Por ello, en el caso de autos el informe fue emitido por el Consejo Consultivo de Andalucía.

El antedicho dictamen proyecta su eficacia en el marco del acto administrativo que dicte la administración competente mas no vincula a la jurisdicción contencioso- administrativa encargada del control de la legalidad de la actuación administrativa, art. 106. CE .

Sin perjuicio de lo anterior en modo alguno cabe deducir del dictamen 255/2016, de 12 de mayo, esgrimido por la recurrente, que el Consejo de Estado hubiere dicho que no cabe la incautación de la garantía ante la falta de valoración de los daños y perjuicios. Reitera lo dicho en dictamen 318/2012, de 19 de abril.

Resulta claro del antedicho dictamen que se limitará a indicar " *que procede tramitar un procedimiento contradictorio a fin de determinar el montante de los daños y perjuicio irrogados a la administración pública reteniendo hasta la terminación de este la garantía, toda vez que el importe de los referidos daños deberá hacerse efectivo en primer término con cargo a ella*".

SEXTO .- La posición de la Sala a partir de lo acreditado en autos y la legislación aplicable.

De la normativa reflejada en el fundamento cuarto se colige que las distintas redacciones de la legislación contractual declaran que la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista conlleva la obligación de pronunciarse acerca de la garantía que hubiere sido constituida.

Tal pronunciamiento se encuentra en la prolija Resolución de 9 de abril de 2013 en razón de las múltiples incidencias (suministro de mermelada con moho, entrega de fruta podrida, carne no apta para el consumo,

productos caducados, etc.) acontecidas en el contrato de suministro de los víveres necesarios para la elaboración de las dietas de los centros vinculados a la plataforma provincial de logística integral de Granada-Jaén Sur y el servicio de transporte de las comidas elaboradas a dichos centros dependientes de la Consejería de Salud de la Junta Andalucía

Consta en la meritada Resolución que al iniciarse el procedimiento para la resolución del contrato mediante Resolución de 27 de septiembre de 2012 ésta fue notificada no solo al contratista sino también al avalista para que formularan las oportunas alegaciones. Se cumplió, pues la preceptiva audiencia al avalista como parte interesada en el procedimiento de resolución contractual.

La avalista aquí recurrente recurrió en reposición la incautación de la fianza acordada al extinguir el contrato. Contestó la administración que el aval había sido incautado no solo en razón de la resolución antedicha sino de un embargo declarado por un juzgado de primera instancia en un proceso cambiario. Añadió que dicha incautación, por razón de la preferencia en la ejecución de garantías establecidas en la legislación contractual, tenía lugar hasta que se cuantifiquen los daños que están en proceso de valoración.

Significa, pues, que no puede atenderse a la pretensión ejercitada de que la garantía definitiva solo puede quedar afectada al pago del importe de los daños y perjuicios ocasionados a la administración contratante, una vez determinado su importe en proceso contradictorio.

La previsión normativa es justamente contraria a lo pretendido por la entidad aseguradora aquí recurrente.

La incautación constituye una medida de la administración en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados en los casos de resolución del contrato, amparada por el art. 88 de la Ley 30/2007, del 30 de octubre, y actualmente el art. 110, d) de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por lo que no resulta preciso la valoración previa de los daños para acordar aquella.

SÉPTIMO.- Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, en relación con el artículo 93 LJCA, en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, si bien aquí tal criterio carece de proyección al no haberse personado la parte recurrida.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- No ha lugar al recurso de casación deducido por la representación de la entidad mercantil MAPFRE GLOBAL RISKS, COMPAÑÍA INTERNACIONAL DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede de Sevilla- de 17 de febrero de 2017, desestimando el recurso de apelación deducido contra la dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 13 de Sevilla con fecha 9 de diciembre de 2015 desestimando el recurso contencioso-administrativo deducido por aquella mercantil contra la resolución del Director Gerente del Hospital Universitario San Cecilio de Granada y Virgen de las Nieves de Granada, de fecha 12 de junio de 2013, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 9 de abril de 2013, mediante la que se acordó la resolución del contrato formalizado en el expediente nº 11C8823P029, por incumplimiento culpable del contratista (Brassica Group, S.A.), con incautación de la garantía definitiva constituida (el certificado individual de seguro nº 7411121254416, por importe de hasta 410.105,43 euros emitido el 19/08/2011 por Mapfre caución y crédito.

SEGUNDO.- En cuanto a las costas estése al último fundamento de derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.