

**RECOMENDACIÓN 1/2002, DE 19 DE ABRIL, SOBRE INCAUTACIÓN PARCIAL DE GARANTÍAS DEFINITIVAS EN VIRTUD DEL DECRETO 213/1998, DE 17 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARA APOYAR LA ESTABILIDAD Y CALIDAD EN EL EMPLEO.**

**ANTECEDENTES**

Por diversos servicios de la Comunidad de Madrid se ha puesto en conocimiento de esta Junta Consultiva las dificultades que se plantean en la tramitación que se viene siguiendo para hacer efectivas las penalidades previstas en el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad en el empleo.

En aplicación de lo que dispone el artículo 3 del citado Decreto, relativo a las facultades de comprobación de la Administración y responsabilidades del contratista, los órganos de contratación imponen las penalidades por incumplimiento de éste, para cuya efectividad se ha de hacer uso en muchos casos de la facultad de acordar la incautación parcial de la garantía definitiva al darse la circunstancia de que se ha satisfecho en su totalidad el precio del contrato. Estas actuaciones en los casos en que las garantías se han constituido mediante aval o seguro de caución, que son los más frecuentes, originan una compleja tramitación que resulta desproporcionada si se tiene en cuenta la escasa entidad económica que habitualmente tienen las penalidades.

El artículo 119 del texto refundido de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (LCAP), dispone que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa podrá exponer directamente a los órganos de contratación o formular con carácter general las recomendaciones pertinentes, si de los estudios sobre contratación administrativa o de un contrato particular se dedujeran conclusiones de interés para la Administración.

El Reglamento de Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 4/1996, de 18 de enero, establece entre las competencias de la citada Junta en su artículo 2 e) la de establecer criterios de actuación en el ámbito de la Comunidad de Madrid.

## CONSIDERACIONES

1.- El Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, regula en su artículo 3 las responsabilidades del contratista en caso de incumplimiento de sus obligaciones y compromisos o de no quedar acreditadas las circunstancias por él declaradas respecto de la calidad y estabilidad del empleo y establece las penalidades máximas a imponer, distinguiendo tres supuestos:

1.1.- Incumplimiento de la obligación del contratista de tener empleados durante la vigencia del contrato a trabajadores minusválidos en al menos un 2 por 100 de la plantilla de la empresa, si ésta alcanza el número de 50 o más trabajadores y el contratista está sujeto a tal obligación de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos. Para este supuesto se prevé la imposición de una penalidad económica consistente en detraer de las certificaciones o facturas pendientes de pago la cantidad que resulte de aplicar a la garantía definitiva un porcentaje que como máximo será del 10 por 100 de la misma. Se tomará únicamente en consideración a estos efectos la garantía del 4 por 100 y no las especiales y complementarias previstas en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 36 de la LCAP. Aun cuando el Decreto 213/1998 no menciona el citado apartado 5 por ser éste anterior a la modificación efectuada en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, ha de entenderse igualmente excluido.

1.2.- No concurrencia en la empresa de las circunstancias que se hayan hecho constar en la declaración responsable respecto de la estabilidad de la plantilla de la empresa y el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido, que dará lugar a la imposición de una penalidad económica en la cantidad que resulte de aplicar al precio del contrato un porcentaje equivalente a la mitad de la puntuación otorgada por cada criterio incumplido.

1.3.- Incumplimiento del compromiso de ejecución directa del objeto del contrato por trabajadores de la plantilla y de realizar nuevas contrataciones, que dará lugar a la imposición de una penalidad económica en la cantidad que resulte de aplicar al precio del contrato un porcentaje que como máximo será equivalente a la puntuación otorgada a cada criterio incumplido.

El importe de la penalidad se graduará en función del porcentaje o grado de incumplimiento.

2.- La comprobación del órgano de contratación respecto de las obligaciones previstas en el apartado 1.1. deberá realizarse en cualquier momento de la vigencia del contrato o en todo caso antes de la devolución de la garantía definitiva. Respecto de los apartados 1.2 y 1.3 podrá solicitar del contratista durante la ejecución del contrato la documentación que estimen pertinente a efectos de comprobar que se cumple lo declarado por él responsablemente.

La realización de dicha comprobación durante la ejecución del contrato permitiría hacer efectivo el importe de las penalidades con cargo a las facturas o certificaciones pendientes de pago, agilizando la gestión y evitando dirigirse después contra la garantía.

3.- El Decreto 213/1998 establece en su artículo 3.1 el procedimiento a seguir en los casos de incumplimiento contractual de las obligaciones contenidas en el mismo que han sido asumidas por el contratista, de aplicación a los tres supuestos citados en la consideración 1:

Comprobado el incumplimiento total o parcial, el órgano de contratación, ordenará la incoación del procedimiento para la determinación de responsabilidades en el que se dará audiencia al interesado e impondrá, previo informe del Servicio Jurídico, la penalidad económica que corresponda. A los efectos de audiencia al interesado hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCAP para el supuesto de garantías prestadas por terceros, dando en su caso trámite de audiencia al avalista o asegurador y notificándole la resolución.

Si el precio del contrato hubiese sido satisfecho en su totalidad o las certificaciones o facturas pendientes de pago no fuesen suficientes para atender el importe de la penalidad, responderá de ella la garantía definitiva. En los casos en que se hubiese dispensado o excepcionado de constituir garantía definitiva o ésta resultase insuficiente, se exigirá al contratista el importe correspondiente a la penalidad o al exceso y si no hiciese efectivo el pago en el plazo que se determine en la resolución del órgano de contratación, se seguirá el procedimiento administrativo de apremio con arreglo a las normas de recaudación.

4.- Pese a que con frecuencia las cuantías a que ascienden estas penalidades son de escasa importancia, la ausencia de norma específica en el Decreto 213/1998 que prevea el ingreso voluntario de su importe por el contratista, motiva que el procedimiento desemboque en la ejecución de la garantía definitiva, lo que conlleva en los casos en que se halle constituida mediante aval o seguro de caución, que son los más numerosos, una compleja tramitación.

Los trámites resultarían simplificados y agilizada la gestión si la comprobación que debe realizar el órgano de contratación se lleva a cabo durante la ejecución del contrato, lo que como se ha indicado, permitiría hacer efectivo el importe de las penalidades con cargo a las facturas o certificaciones pendientes de pago. En los supuestos en que por las circunstancias del contrato esto no sea posible, se podría conceder la opción al contratista de hacer efectivo el abono de la penalización antes de proceder contra la garantía, sin perjuicio de que si no se realizase el pago en el plazo que se determine en la resolución del órgano de contratación, se siga el procedimiento administrativo de incautación de la garantía.

El hecho de que esta opción esté prevista en el artículo 3.1 del Decreto 213/1998 para los supuestos en que se hubiese dispensado o excepcionado la constitución de garantía definitiva o ésta resulte insuficiente, no impide su aplicación a los casos en que el importe de la garantía fuera suficiente para responder de las penalidades impuestas, en aplicación de los principios de eficacia y eficiencia que deben regir la actuación de la Administración consiguendo el cumplimiento de sus fines con el mínimo empleo de medios. En este sentido, en la resolución de imposición de penalidad se podrá conceder al contratista un plazo para que proceda al abono de su importe, con advertencia expresa que de no hacer el ingreso dentro del plazo establecido se actuará contra la garantía.

Las resoluciones que se dicten por los órganos de contratación en relación con la imposición de estas penalidades deberán comunicarse a la Tesorería Central de la Comunidad de Madrid o Caja en las que estén depositadas, una vez que sean firmes en vía administrativa.

5.- En todo caso la devolución o cancelación de la garantía no procede hasta que no haya transcurrido el plazo de garantía y se hayan cumplido satisfactoriamente todas las obligaciones del contrato, como dispone el artículo 44 de la LCAP y aquélla responde, entre otros conceptos, de las penalidades impuestas cuando no se puedan deducir de las certificaciones, según prevé el art. 43.2 a) de la LCAP.

Por ello la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su reunión de 19 de abril de 2002, en uso de las facultades que le han sido atribuidas por el artículo 2 de su Reglamento de Régimen Orgánico y Funcional, aprobado por Decreto 4/1996, de 18 de enero, acuerda exponer su criterio y dirigir a los órganos de contratación las siguientes

## RECOMENDACIONES

1.- La comprobación por el órgano de contratación del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, en relación con el empleo y trabajadores minusválidos es aconsejable realizarla durante la vigencia del contrato, lo que permitiría en caso de incumplimiento retener el importe de las penalidades impuestas de las facturas o certificaciones pendientes de pago, simplificando trámites y agilizando la gestión.

2.- La posibilidad de exigir al contratista el ingreso del importe de la penalidad, prevista en el artículo 3.1 del Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, para los supuestos en que no existe garantía o ésta resulta insuficiente, podrá aplicarse también a los supuestos en que exista garantía definitiva suficiente para atender tales obligaciones, con carácter previo a proceder contra la misma.

Se acompaña como Anexo el modelo de Orden/Resolución de imposición de penalidades para el supuesto de incautación parcial de garantía definitiva por no existir pagos pendientes y sin que se deriven otras responsabilidades.

3.- Las resoluciones que se dicten por los órganos de contratación en relación con la imposición de estas penalidades deberá comunicarse a Tesorería Central de la Comunidad cuando sean firmes en vía administrativa.

## ANEXO

### **MODELO DE ORDEN/RESOLUCIÓN DE IMPOSICIÓN DE PENALIDADES DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN RELACIÓN CON LA CALIDAD Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y CON LA OBLIGACIÓN DE TENER EMPLEADOS TRABAJADORES MINUSVÁLIDOS.**

**Supuesto en el que se dan conjuntamente las circunstancias siguientes:**

**C No es posible hacer efectiva la penalidad mediante retención por no haber pagos pendientes.**

**C Existe garantía definitiva en cuantía suficiente para cubrir la penalidad.**

**C Ha transcurrido el periodo de garantía sin que haya otras responsabilidades.**

Antecedentes de hecho relativos a la comprobación del incumplimiento, trámite de audiencia, graduación del importe de la penalidad, etc. ...

Fundamentos de derecho con referencia al artículo 3 del Decreto 213/1998, de 17 de diciembre...

### DISPONGO/RESUELVO

1.- Imponer a .....(*empresario adjudicatario*), con NIF/CIF número ..... una penalidad por importe de ..... \_ por el incumplimiento de las obligaciones contractuales estipuladas en la/s cláusula/s ..... del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de .....(*título del contrato*), relativas a ..... (*consignar las obligaciones incumplidas*).

2.- Incautar la cantidad de ..... \_ de la garantía definitiva constituida por .....(*contratista*) con NIF/CIF nº....., mediante ..... (*aval/seguro de caución/valores, etc.*) ante ..... (*órgano de contratación*) para responder de las obligaciones derivadas del contrato de ..... (*título del contrato*), depositada en ..... (*órgano depositario*) con fecha ..... y número de justificante ....., por importe total de ..... \_.

3.- Devolver/cancelar la cuantía restante, hasta el importe de ..... \_ de la garantía citada, por no deducirse otras responsabilidades a las que deba quedar sujeta.

4.- El ingreso por el contratista en la Tesorería de la Comunidad de Madrid del importe correspondiente a la penalidad impuesta, dentro del plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de la presente Orden/Resolución, dejará sin efecto la incautación parcial de la garantía definitiva.

El abono, en su caso, de la penalidad deberá acreditarse ante ..... (*Servicio o unidad que se determine*) mediante la presentación en el plazo indicado de la correspondiente carta de pago.

La falta de abono en dicho plazo dará lugar sin más trámite a proceder a la incautación de la garantía.<sup>1</sup>

Madrid, a.....

EL .....

Fdo.:

Destinatarios:

CONTRATISTA  
AVALISTA/ASEGURADOR  
SERVICIO DE .....  
TESORERÍA DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

---

<sup>1</sup> Si el contratista efectúase el abono de la penalidad en el plazo de un mes, el órgano de contratación deberá dictar Orden/Resolución de devolución o cancelación total de la garantía definitiva.

En todo caso, en la notificación de esta Orden/Resolución deben indicarse los recursos que procedan contra la misma.