

DICTAMEN N° 138 /2013, de 26 de marzo de 2013

Contratos administrativos

Resolución del contrato de redacción del proyecto, ejecución de obras y concesión de la explotación de una planta de tratamiento de residuos de construcción y demolición adjudicado a la empresa X S.L., instado por el Ayuntamiento de Moraleja.

Ha sido Ponente la Excm. Sra. D^a. Rosa Elena Muñoz Blanco, con la asistencia del Letrado D. Antonio Alonso Clemente, acordándose el Dictamen por unanimidad

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 25 de enero de 2013, tuvo entrada en la Secretaría del Consejo Consultivo solicitud de Dictamen, remitido por la Consejería de Administración Pública, de la Junta de Extremadura, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.2, de la Ley 16/2001, de 16 de diciembre, de Creación del Consejo Consultivo de Extremadura, en virtud del cual emitirá Dictamen sobre cuantos asuntos legalmente previstos deban someter, preceptivamente a su consulta las Entidades Locales, efectuándose la petición por sus Presidentes respectivos a través del titular de la Consejería competente en materia de Administración Local.

Se cursa solicitud de dictamen a iniciativa del Excmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Moraleja (Cáceres), sin que se requiera la evacuación de la consulta por el procedimiento de urgencia.

SEGUNDO.- Se acompaña el expediente administrativo, tramitado al efecto, del que se ha de destacar la siguiente documental:

1.- Constan los Antecedentes en los que se fundamenta la solicitud, exponiendo que el procedimiento se inició por Acuerdo de Pleno, de fecha 25 de junio de 2006, en el que se aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y la prestación, mediante la forma de gestión indirecta, por concesión, del servicio municipal de reciclado de residuos procedentes de obras y la apertura del procedimiento de contratación, mediante concurso. La concesión implicaba la redacción del proyecto y la ejecución de las obras necesarias.

La adjudicación se realizó por acuerdo del Pleno de 26 de septiembre de 2006 a la empresa **X S.L.**

Otorgada la licencia de obras y apertura con fecha 8 de marzo de 2007 e informada favorablemente esta última por la Dirección General de Evaluación y Calidad Ambiental, el 22 de febrero de 2008, la Junta de Gobierno Local concedió licencia de obra mayor, licencia que caducó al no iniciarse las obras en el plazo de 6 meses desde su concesión, por lo que fue solicitada de nuevo y concedida, por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local el día 17 de diciembre de 2008.

Posteriormente, el 4 de junio de 2010, el Pleno del Ayuntamiento acordó resolver el contrato, procedimiento que finalizó dictándose acuerdo al respecto, a tenor de la Sentencia dictada por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 1, de Cáceres, de 15 de septiembre de 2011, disponiendo que se debió acordar la caducidad del procedimiento.

Informe-Propuesta de Secretaría de 19 de octubre de 2011, en el que informa del procedimiento a seguir y legislación concordante, en caso de optar la Administración actuante por la resolución del contrato.

Con fecha 3 de noviembre de 2011, previo Dictamen favorable de la Comisión Informativa, el Pleno acordó Iniciar expediente de resolución de contrato de la concesión antes aludida, procedimiento que finalizó por el acuerdo de Pleno de 2 de agosto de 2012 por el que se acordó: *“En consonancia con el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo archivarlo por caducidad”*.

2.- La Comisión Informativa de Economía, Hacienda, Contratación, Compras y Especial de Cuentas, en sesión celebrada el 27 de julio de 2012, acuerda resolver el contrato de redacción de proyecto, ejecución de obras y concesión de tratamiento de residuos de construcción y demolición a la empresa **X**, S.L. a causa de incumplimiento contractual culpable imputable al contratista.

3.- El Pleno, con fecha 2 de agosto de 2012 acordó iniciar el procedimiento de resolución del reiterado contrato descrito, delegar en la Junta de Gobierno Local la adopción de los actos necesarios posibles e incautar la garantía prestada por daños y perjuicios del que se adjunta certificación.

El acuerdo es comunicado a la empresa interesada en fecha 17 de agosto de 2012.

4.- Informe del Negociado de Obras, de fecha 3 de septiembre de 2012, en relación al estado de ejecución del proyecto denominado Planta para la Gestión integrada y el reciclaje de residuos procedentes de la construcción y demolición y abono orgánico, en la parcela **X**, polígono **X**, situada en el paraje denominado **“X”**.

5.- Certificación del Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el día 21 de septiembre de 2012, por el que se acordó la

ampliación del plazo previsto para la tramitación del expediente y dar traslado del acuerdo al interesado.

6.- Informe del Arquitecto Municipal del Ayuntamiento de Moraleja, de fecha 18 de octubre de 2012, valorando las posibles causas de la Resolución del contrato.

7.- El 23 de octubre de 2012, el Tesorero del Ayuntamiento de Moraleja informa que se encuentra depositado en la Tesorería del Ayuntamiento de Moraleja, aval presentado por **X** S.L., en concepto de fianza definitiva para la adjudicación de la concesión de la explotación de una planta de tratamiento de residuos de construcción y demolición por importe de 6.000,00€.

8.- El 30 de octubre de 2012, D. Enrique, en nombre y representación de **X** S.L. presenta escrito de alegaciones dirigido al Excmo. Ayuntamiento de Moraleja.

9.- Certificación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 30 de octubre de 2012, por el que se acordó conceder trámite de audiencia, por un plazo de diez días, para que presenten documentos y justificaciones que estimen pertinentes, dando traslado del acuerdo a la parte interesada.

Dentro del trámite de audiencia, la entidad mercantil interesada presenta escrito de alegaciones de fecha de registro de entrada en el Ayuntamiento de Moraleja 22 de noviembre de 2012.

10.- Certificación del negociado de registro del Ayuntamiento de Moraleja de 17 de diciembre de 2012, sobre alegaciones presentadas por la entidad contratista a los acuerdos de ampliación de plazo para la resolución de contrato y de apertura de trámite de audiencia.

11.- Dictamen de la Comisión Informativa de Economía, Hacienda, Contratación, Compras y Especial de Cuentas, en sesión celebrada el 20 de diciembre de 2012, acordando resolver el contrato de redacción de proyecto, ejecución de obras y concesión de la explotación con la empresa **X**, a causa de incumplimiento contractual culpable imputable al contratista, estimar la alegación formulada respecto de la devolución del importe abonado en concepto de ICIO (Impuesto de Construcciones, Instalación u Obra), al valorar que ha resultado acreditado en el expediente que no se ha realizado ningún tipo de obra y que asciende a 7.398,49€, que respecto al canon urbanístico, se obtuvo la calificación urbanística que conlleva el pago del canon correspondiente y, en consecuencia, la empresa estaba obligada a abonar el mencionado canon, desestimando también el abono por la tasa de expedición de licencia urbanística así como el resto de las alegaciones formuladas por la mercantil.

12.- Certificado del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 10 de enero de 2013, por el que se acordó solicitar Dictamen al éste Consejo Consultivo, ante la oposición del contratista, dar traslado al Gobierno de Extremadura y suspender el plazo máximo legal para resolver el procedimiento.

TERCERO.- Por Resolución de la Presidencia de este Consejo, de la misma fecha de su registro, la consulta fue admitida y se turnó ponencia según orden establecido, correspondiendo como se ha indicado, dando cuenta al Pleno de tales determinaciones.

CUARTO.- Instruido el expediente, por los servicios del Consejo se efectuó visita a las actuaciones propuestas, tras lo que no habiéndose considerado necesaria la práctica de diligencias adicionales se concluyó esta fase del procedimiento de la consulta con la documentación obrante en el expediente, elevándose por la Ponencia Propuesta de Dictamen que fue incluida en el orden del día de la sesión plenaria que figura mencionada.

QUINTO.- En la referida sesión plenaria la Ponencia informó del contenido del Proyecto de Dictamen y sometido a deliberación del Pleno, el Consejo estimó, por unanimidad, la suficiencia del informe y su conformidad con la Propuesta, por lo que se acordó aprobar el Proyecto de Dictamen sin necesidad de debatir en ulterior sesión.

II. OBJETO Y ALCANCE DE LA CONSULTA

Se somete a la consideración de este Consejo Consultivo, en los términos dispuestos por los artículos 12.2º y 13.1º de la Ley 16/2001, del Consejo Consultivo, la Propuesta de Resolución del contrato de ejecución de obras y concesión de la explotación de una planta de tratamiento de residuos de construcción y demolición, existiendo oposición de la empresa adjudicataria.

El objeto del Dictamen consiste en informar acerca de si procede, o no, la mencionada resolución contractual, a la vista de las alegaciones discordantes al respecto de las partes firmantes de susodicho contrato.

Se requiere Dictamen ordinario en derecho sin extenderse a cuestiones o consideraciones de oportunidad de conformidad con lo prevenido en el artículo 2.2 de la Ley de creación de esta Instancia Consultiva.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Carácter preceptivo del Dictamen

El artículo 13.1.i) de la Ley 16/2001 de 14 de diciembre, del Consejo Consultivo de Extremadura, establece el carácter preceptivo de la consulta – consulta que también se requiere por el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas- para los expedientes tramitados por las Administraciones Públicas que versen sobre la resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por ello, el Consejo Consultivo de Extremadura emite este Dictamen con carácter preceptivo.

SEGUNDO.- Consideraciones sobre la tramitación del expediente.

El expediente de resolución del contrato referido se ha instruido cumpliendo todas las formalidades y requisitos normativamente exigidos por los artículos 59 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Se ha acordado la resolución por el órgano de contratación y se ha dado audiencia a la mercantil adjudicataria. Sin embargo, no consta notificación al avalista, aunque de la propuesta de resolución parece deducirse que la garantía se constituyó en metálico por la propia adjudicataria. Si así no fuera, debería retrotraerse el expediente para dar audiencia a la entidad avalista. Y, por otra parte, se ha solicitado el dictamen de este Consejo Consultivo.

Hemos de concluir, por tanto, que el procedimiento se ajusta a las previsiones normativas.

TERCERO.- Concurrencia de las causas de Resolución del contrato de gestión del servicio público previstas en el artículo 111 g) y h) del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

El contrato que la Administración municipal pretende resolver, de indudable carácter administrativo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.2 del

RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, fue formalizado el día 20 de abril de 2007, siendo adjudicado definitivamente el 26 de septiembre de 2006. Por lo tanto, el mencionado contrato y su resolución habrá de atender a lo establecido en el citado RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y además, a lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 1ª, 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 y en la Disposición Transitoria 1ª, de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Asimismo, resulta de aplicación el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y, supletoriamente, las restantes normas de Derecho Administrativo, y en su defecto, las normas de Derecho Privado.

En este orden de cosas, procede recordar que el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto en diferentes sentencias, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1968 y de 28 de febrero de 1989, que los contratos administrativos se caracterizan por ser negocios jurídicos con una finalidad orientada a la consecución del interés general, explicándose fundamentado en esta relevante característica, al exigir que una de las partes en el contrato sea una Administración Pública, esto es, una persona jurídica pública, vinculada al principio de legalidad y sujeta al servicio objetivo de los intereses generales, la existencia de prerrogativas a favor de la Administración. Entre estas prerrogativas, se encuentra el acordar su resolución, por las causas y con los límites que la propia Ley establece.

Respecto a las prerrogativas que tiene la Administración en tales contratos, es significativa la antes citada Sentencia de 28 de febrero de 1989 que dice: *“...el artículo 18 del Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (RCL 1965/771 y NDL 7365) y su correlativo artículo 50 del Reglamento General de Contratos del Estado (RCL 1968/209, 483 y NDL 7370), conceden al órgano de contratación la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos..., así como resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, pudiendo incluso modificar, por razones de interés público, los contratos celebrados y, acordar su resolución, sin embargo ello ha de hacerse, como dichos preceptos establecen, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la citada normativa jurídica, sin que ello quiera decir que tal modificación unilateral pueda afectar a las estipulaciones esenciales del contrato...”*.

Ciertamente, el TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el artículo 59, reconoce a la Administración la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de ésta.

La resolución ha sido entendida por la doctrina como la medida última a la que acudir, siempre con el único fin de preservar el interés público insito en

cada relación contractual. Implica la terminación anormal o traumática de la concesión, produciéndose generalmente con anterioridad a la finalización de su vigencia, al existir motivos imputables a cualquiera de las partes que inciden en su buena ejecución y en el funcionamiento final del servicio público gestionado y que se incardinan en alguna de las causas recogidas de modo tasado en la Ley.

En efecto, la causa natural de finalización de un contrato, obviamente, es su cumplimiento, sin embargo, la Ley contempla otras causas de finalización del contrato que no obedecen al puro y simple cumplimiento de los derechos y obligaciones de las partes y que, por ello, obligan a la resolución del mismo. El artículo 109 del TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que *“Los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución”*. Y los artículos 111, 112 y 113, determinan las causas de resolución, el régimen de aplicación de las mismas y los efectos que de tal declaración se derivan.

El artículo 111 regula las causas de resolución que podemos agrupar en tres bloques: causas imputables al contratista, imputables a la Administración, y de mutuo acuerdo entre las partes. En función de la calificación de la causa, y de la imputación a una parte, las consecuencias serán bien diversas, y en ocasiones, van más allá de las ordinarias previstas por el ordenamiento para un incumplimiento de contrato en cualquier otro ámbito del tráfico jurídico, sobre todo, en los casos de responsabilidad del contratista, debido, sin duda, a las prerrogativas que las leyes atribuyen a la Administración Pública en su posición de contratante.

En el supuesto objeto de Dictamen, la Administración consultante señala en su propuesta de resolución, expresamente, como causas de resolución del contrato las contenidas en los apartados e], g] y h] del artículo 111 del TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, manifestando que ha existido un manifiesto incumplimiento del plazo para la ejecución de las obras y de las restantes obligaciones contractuales esenciales, así como las establecidas en el contrato.

Si el artículo 110.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, señala que el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto; el artículo 111 de siguiente señala, en su letra g), como una de las causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, dentro de las que evidentemente se incluyen los incumplimientos de las condiciones establecidas en los Pliegos de Condiciones, así como en la oferta del adjudicatario, parte integrante del contrato, como ha referido en multitud de ocasiones la jurisprudencia. Por otra parte, señala el mismo artículo, en su letra h), como causa de resolución del contrato, aquellas que se establezcan expresamente en el contrato. Y, finalmente, el epígrafe e] del

artículo 111 tipifica como causa de resolución del contrato la demora en el cumplimiento de los plazos por el contratista.

Estos preceptos se deben poner en relación con lo dispuesto en el artículo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, cuando dispone que *“en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste, se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada, previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”*.

Por otra parte, el municipio alega que una vez firmado el contrato, el 20 de abril de 2007, debieron ejecutarse las obras en el plazo de 120 días, obligación esencial del contratista, obligación incumplida flagrantemente. A este respecto son relevantes dos factores. En primer lugar, que la licencia de obras no fue concedida hasta el 22 de febrero de 2008 y que, posteriormente, ante su caducidad, por no haber iniciado las obras en el plazo de seis meses, fue, de nuevo solicitada y concedida, el 17 de diciembre de 2008. Por lo tanto, el plazo de ejecución de las obras se debe contar desde esta última fecha pues, a pesar de estar firmado el contrato, era jurídicamente imposible comenzar las obras sin contar con licencia urbanística. Autorización cuyo otorgamiento correspondía a la propia entidad local contratante y pudo agilizar en un sentido o en otro su prórroga o denegación. En cualquier caso, el plazo de 120 días habría sido superado puesto que el informe del arquitecto municipal acredita que, en fecha 18 de octubre de 2012, no había dado comienzo la ejecución de las obras.

El segundo factor a tener en cuenta es que, como alega la empresa contratista en un escrito de renuncia a las licencias urbanísticas, registrado de entrada el día 4 de junio de 2012, la aprobación del proyecto de obras para la autovía EX-A1 (Navalmoral de la Mata – Portugal) afectaba a la ejecución de las obras de edificación pactadas en el contrato de gestión de servicio público. Ciertamente es, porque así lo acredita el informe técnico antes referido, que cuando se firmó el contrato no se conocía el proyecto de construcción de la autovía (se conoció en diciembre de 2007), pero sí se conocía en la fecha en que se otorgó la licencia urbanística, lo que debió motivar el cumplimiento de la obligación de efectuar la comprobación de replanteo de las obras, como establece el artículo 142 del citado Texto Refundido de 2000, para depurar física y jurídicamente la posibilidad de su ejecución. Evidentemente sin esta comprobación el comienzo de las obras de ejecución habría podido suponer la demolición posterior de parte de ellas, si no eran compatibles con el trazado de la autovía, cuestión esta última que no ha sido acreditada en el expediente.

Sin embargo, estos aspectos pasan a segundo plano a raíz de las alegaciones formuladas por la empresa contratista, en el trámite de audiencia. El procedimiento de resolución contractual se inició mediante acuerdo plenario de fecha 2 de agosto de 2012. Es verdad que anteriormente se había iniciado otro expediente con este mismo fin, pero se declaró la caducidad y se acordó el archivo de las actuaciones, por lo que la fecha de iniciación es la fecha citada. Por otro lado, la empresa alegó, en el trámite indicado, que el día 4 de junio de 2012, había presentado un escrito renunciando a las licencias urbanísticas porque no podía ejecutar las obras. Sobre ese escrito, incorporado antes de la incoación del procedimiento de resolución contractual, fundamenta la empresa la improcedencia de la resolución del contrato, puesto que había renunciado a las licencias. Sin embargo, precisamente esa manifestación de renuncia a las licencias implica la declaración de su voluntad para no cumplimentar una obligación esencial del contrato: la ejecución de obras de construcción de una edificación para tratamiento de los residuos.

En ningún momento probó la empresa contratista la imposibilidad de ejecución o el mayor coste de las obras. De hecho, el informe del arquitecto municipal pone de manifiesto que la ejecución de la obra de la autovía afecta a parte de la parcela donde se había proyectado la planta de tratamiento, pero que podía desplazarse la edificación, dentro de la misma parcela, sin afectar a la esencia de las obras, cuestión que obliga a admitir que pudieron ejecutarse en plazo en todo caso. No consta en el expediente que la empresa manifestara estas dificultades antes del vencimiento del plazo para ejecutarlas.

A la vista de estos hechos, consideramos que la causa de resolución del contrato que concurre en este caso es la contemplada en el artículo 111.g] del Texto Refundido de la Ley de Contratos, sin que deban examinarse otras causas también concurrentes.

Ciertamente existe una reiterada doctrina jurisprudencial en esta materia -entre otras, Sentencia de 20 de septiembre de 1983- y doctrina del Consejo de Estado, en el sentido de que no basta cualquier incumplimiento del contrato para acordar la extinción anticipada del mismo, sino que es necesario que se trate de un incumplimiento grave, cualificado, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia.

Asimismo, tal y como ha mantenido el Tribunal Supremo en la Sentencia de 21 de junio de 1985, la resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que se patentice una voluntad deliberadamente rebelde a su cumplimiento, al señalar que *"... la aplicación del ordenamiento común como supletorio del administrativo y, en particular, del artículo 1.124 del Código Civil para integrar las normas de los artículos 65 y 66 del Reglamento de Contratación de las Entidades Locales, implica la asunción por esta jurisdicción de la doctrina legal establecida por la ordinaria al interpretar aquel precepto, según el cual, con el designio de que se conserven los contratos válidamente*

celebrados, se restringe su resolución limitándola a los supuestos en que se patentice una voluntad deliberadamente rebelde a su cumplimiento o se produzca un hecho obstativo que, de manera definitiva, lo impida, ...”.

Entiende este Consejo que, en el presente supuesto, dadas las circunstancias concurrentes en el expediente, los incumplimientos han sido graves por afectar a la debida prestación del servicio contratado, al no comenzar las obras precisas en el plazo señalado e incurrir en una grave demora en el comienzo en la prestación del servicio, de acuerdo al contenido de los Pliegos de cláusulas administrativas particulares por él suscritos.

Acreditado, en el presente caso, que se ha producido un incumplimiento culpable del contratista, el Ayuntamiento tendría derecho a incautar la garantía al contratista, si hubiera existido tal garantía, ya que como se declaró por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1988 (RJ 1988, 5704) la incautación de la fianza está reservada para los casos de resolución contractual por culpa del contratista, jugando entonces como indemnización previamente fijada; recogiendo legalmente este derecho en el artículo 113.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. No obstante, al no haberse exigido una garantía definitiva, con base en este mismo precepto, el contratista deberá indemnizar a la Administración municipal por los daños y perjuicios ocasionados por la deficiente ejecución del contrato, en la cantidad que se estime en la resolución del contrato, puesto que el precepto citado dispone también que *“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”.*

En cuanto a la existencia de los daños y perjuicios, el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de diciembre de 1980 ha declarado que *“... debiendo tenerse presente en esta materia de indemnización de daños y perjuicios la constante jurisprudencia que exige al que pretende hacer efectivo tal derecho que acredite la existencia real y efectiva de los daños, pues sólo podrán ser tomados en consideración aquéllos perjuicios efectivos sufridos que estén suficientemente demostrados por cálculos obtenidos de datos fundados en valores reales y no meramente hipotéticos de resultados posibles pero no seguros”.*

Ya se indicó que el art. 113 del RD 1098/2001 prevé que, en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que éste deba indemnizar se llevará a cabo por el órgano de contratación, previa audiencia del contratista, atendiendo entre otros factores al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración. Puede decidir ejecutoriamente y determinar los efectos de la resolución.

A este respecto, es preciso recordar que esa consecuencia sólo se aplica en los casos de incumplimiento culpable, es decir, doloso o culposo como interpreta la STS de dos de diciembre de 2003 (RJ 2003, 8514) en la medida en que la Administración pruebe la existencia de los daños y que son superiores al valor de la garantía (cuyo valor puede ser alto en relación con el total precio de adjudicación en determinados casos, como la baja temeraria). Antes de la Ley 13/95, en algún caso el Consejo de Estado, dictamen de 16 de febrero de 1945, se inclinaba por la exigibilidad de la totalidad de esos daños, además de la incautación de la garantía. La Sentencia del TS 12 de noviembre de 1990 señala que, cuando los daños y perjuicios son superiores al valor de la fianza, ésta no actúa como pena convencional, sino como indemnización. La de 7 de julio de 1982 dice no obstante que la fianza siempre es una pena convencional interpretando, en ese momento la regulación anterior. En el mismo sentido, las Sentencias de 14 de marzo de 1988 y 13 de junio de 1983.

Con la Ley de Contratos del Sector Público y el Texto Refundido de 2011, la obligación primordial del contratista incumplidor que ve resuelto su contrato por causa a él imputable y mediando dolo o culpa por su parte, es la de indemnizar, siendo la garantía esencialmente una forma de aseguramiento de esa obligación, sin perjuicio de que, cuando la misma se configure en el contrato como cláusula penal, se adicione a la indemnización. Por último cabe añadir que los daños, como se deduce del artículo 113 del Reglamento, se deben calcular teniendo en cuenta todos los factores; por ejemplo, los gastos que ocasione a la Administración proceder a convocar un nuevo procedimiento de adjudicación (pensemos simplemente en la publicación de los edictos correspondientes en los diarios oficiales) o el retraso en la realización del objeto del contrato. Incluso se puede admitir la subida de precios de los materiales, mano de obra etc. por el paso del tiempo; es decir, el sobreprecio del nuevo contrato respecto del que se resuelve. La STS de 26 de febrero de 1985 señala que, entre los daños y perjuicios, deben incluirse los gastos realizados por la Administración para ejecutar los trabajos necesarios para evitar los peligros, ocasionados por una obra defectuosa. Puede verse también la Sentencia de Castilla-La Mancha de 21 de enero de 2004, que en un caso en que el contrato no llega a formalizarse por causa imputable al contratista señala que la Administración sólo ha probado, como daño efectivamente producido, la diferencia de precio con la nueva adjudicación mediante subasta. La STS de 16 de mayo de 1994 afirma la improcedencia de la indemnización en un caso en que el ayuntamiento, sin incumplir claramente el contrato, se inhibió ante determinadas vicisitudes del mismo. Es asimismo significativa la de 19 de febrero de 2002, si bien en relación con los daños causados al contratista por incumplimiento imputable a la administración, donde se incluyen intereses financieros, recargos y gastos de deudas tributarias y pignoración de certificaciones impagadas.

Por último, si los gastos exceden de la garantía, pueden hacerse efectivos por la vía de apremio, conforme al artículo 101.

Finalmente, respecto a la devolución de determinados ingresos de Derecho público, tributarios (Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras y tasas) y no tributarios (canon) no han de ser objeto de liquidación con el contrato. La liquidación de éste afecta a las prestaciones objeto del mismo. Los ingresos que la empresa contratista haya satisfecho con ocasión de las autorizaciones administrativas, licencias y calificación urbanística, a los que se obligó al aceptar los pliegos, dependen de condicionantes jurídicos ajenos a la relación contractual, por lo que debe sustanciarse la posibilidad de su reintegro o no a través de los procedimientos específicos contemplados por el ordenamiento jurídico a tal fin.

CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Extremadura dictamina

“Que tenidas en cuenta las consideraciones contenidas en el cuerpo del presente Dictamen procede acordar la resolución del contrato de explotación de una planta de tratamiento de residuos de construcción y demolición adjudicado a la empresa **X** S.L., instado por el Ayuntamiento de Moraleja (Cáceres), incautando la garantía prestada por el concesionario y, en su caso, indemnizando los daños y perjuicios irrogados a la Administración”.