

DICTAMEN N° 364 /2013, de 31 de julio de 2013

Contratos administrativos.

Expediente relativo a la resolución del contrato de obra de “Construcción del Nuevo Hospital de Cáceres, Expte 0-06.014”, ante el incumplimiento culpable del contratista, al existir oposición por parte del mismo.

Ha sido Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Manuel Rodríguez Barrigón con la asistencia del Letrado Don José Manuel Rodríguez Muñoz, acordándose el Dictamen por unanimidad, y resultando los siguientes,

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha de 18 de julio de 2013 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo Consultivo solicitud de Dictamen remitido por la Presidencia de la Junta de Extremadura, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.1 de la Ley 16/2001, del Consejo Consultivo, y 14.c de la Ley 1/2002, de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en virtud de los cuáles este Consejo emitirá Dictamen en cuantos asuntos someta a su consulta el Presidente de la Comunidad Autónoma, a iniciativa propia o a solicitud del Consejo de Gobierno o de cualquiera de sus miembros.

Se cursa solicitud de Dictamen a iniciativa del Excmo. Consejero de Salud y Política Social de la Junta de Extremadura, en relación con el expediente de resolución del contrato de obras referido en el encabezamiento.

No se requiere la evacuación de la consulta por el procedimiento de urgencia.

SEGUNDO.- El expediente remitido a este Consejo Consultivo incluye los documentos y actuaciones que, seguidamente, se relacionan:

1.- Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato de Obras para la construcción del nuevo Hospital de Cáceres.

2.- Informe Técnico para la construcción del nuevo Hospital de Cáceres, Expte. 0-06-014, redactado por el Servicio de Infraestructuras Sanitarias, con fecha 20 de febrero de 2006.

3.- Contrato de Obras suscrito el día 22 de enero de 2007, por el Secretario General del Servicio Extremeño de Salud y D. José María , como

representante de la UTE **X**, estableciendo un plazo de ejecución de la obra de 42 meses.

4.- Resguardo para la constitución de Depósito en Aval, de fecha 8 de enero de 2007.

5.- Acta de comprobación de Replanteo de la Obra “Construcción del Nuevo Hospital de Cáceres. Expte. 0-06-014.”, de fecha 3 de marzo de 2007.

6.- Proyecto Modificado nº 1 del Proyecto de Construcción del nuevo Hospital de Cáceres, de fecha 4 de diciembre de 2009, presentado por la constructora, solicitando al SES autorización de redacción del proyecto de modificado, lo que representaría aproximadamente el 19,95 % sobre el presupuesto de ejecución material del proyecto original, e instándole igualmente a una ampliación de plazo de 5 meses sobre la fecha de finalización prevista.

7.- Escrito de fecha 2 de septiembre de 2010, de solicitud de ampliación de plazo de ejecución de la obra (prórroga sin penalización del contratista) con motivo de variaciones surgida en la fase de redacción del proyecto de modificado, presentado por D. José María .

8.- Resolución del Secretario General del SES, de fecha 7 de septiembre de 2010, acordando la ampliación del plazo de ejecución de las citadas obras.

9.- Con fecha 3 de noviembre de 2010 se concede un trámite de audiencia al contratista.

10.- Certificación del Consejero de Administración Pública y Hacienda y Secretario del Consejo de Gobierno, de la sesión celebrada el día 4 de febrero de 2011 en la que se autoriza al SES para la realización del “Modificado nº1 obras de construcción del nuevo Hospital de Cáceres” Expte. 0-06-014”, con un presupuesto de 9.429.220,74 €.

11.- Contrato de Modificado nº 1 de las obras de construcción del nuevo Hospital de Cáceres, suscrito por el Secretario General del SES y D. José María , con fecha 4 de marzo de 2011.

12.- Resguardos para la constitución de Depósito en Aval, de fechas 17 y 22 de febrero de 2011.

13.- Escrito de fecha 21 de noviembre de 2011, de solicitud de ampliación de plazo de ejecución de la obra (prórroga sin penalización del contratista) con motivo de retrasos producidos por distintos imprevistos, presentado por D. José María .

14.- Resolución del Secretario General del SES, de fecha 23 de noviembre de 2011 acordando la ampliación del plazo de ejecución de las obras citadas.

15.- Escrito dirigido a la Subdirección de Obras, Instalaciones y Equipamiento del SES, de fecha 9 de febrero de 2012, suscrito por la Dirección Facultativa de la Obra, informando acerca de la disminución considerable del número de operarios en la obra, de la facturación de la misma, y consecuentemente del decremento de ritmo de producción de la obra; se manifiesta, además, la imposibilidad de cumplir el plazo previsto de finalización.

16.- El 10 de febrero de 2012, el Director Gerente de **X** y el representante de **X**, manifiestan al SES que existe una orden de embargo contra **X**, una de las empresas integrante de la UTE, y solicitan que se declare por el SES la inembargabilidad de los derechos de cobro referentes a la ejecución de la obra.

17.- Escrito del Servicio Extremeño de Salud, de fecha 23 de febrero de 2012, solicitando a la empresa adjudicataria informe acerca de los motivos de descenso de producción o paralización de la obra puestos de manifiesto por la Dirección Facultativa. El informe es evacuado por la Dirección facultativa con fecha 9 de mayo de 2012.

18.- Con fecha 25 de junio de 2012 la UTE adjudicataria solicita al SES la aprobación del Modificado nº 2 del contrato y subsidiariamente la ampliación del plazo de ejecución de las obras, todo ello motivado en nuevas necesidades surgidas.

19.- Mediante Resolución de fecha 9 de julio de 2012, el Secretario General del SES acuerda la no procedencia del modificado y la no ampliación del plazo de ejecución solicitado, instando a la empresa constructora la aportación del programa de trabajo a realizar para reconducir la situación.

20.- Mediante reiterados escritos de fechas 30 de julio y 15 de noviembre de 2012, la empresa adjudicataria vuelve a solicitar la redacción del modificado, siendo ambas desestimada por la Subdirección de Obras del SES.

21.- Con fecha 18 de febrero de 2013, la Subdirección de Obras, Instalaciones y Equipamiento del SES informa sobre la situación de paralización de la obra y propone que se inicien los trámites correspondientes para la resolución del contrato.

22.- Mediante Resolución del Secretario General del SES, de fecha 8 de abril de 2013, se acuerda iniciar el expediente para la resolución del contrato de Obras para la Construcción del nuevo Hospital de Cáceres, Expte. 0-06-014, por demora del contratista en el plazo de ejecución, concediendo al mismo un plazo de diez días para el trámite de audiencia.

23.- Durante el trámite de audiencia se presentan los siguientes escritos de alegaciones:

- Escrito de fecha 26 de abril de 2013, del Banco **X**, en su condición de avalista, manifestando que no se podrá exigir cantidad alguna al fiador

solidario en tanto no se liquide el contrato y esté fijado el saldo en contra del contratista.

- Escrito del representante de la UTE adjudicataria, de fecha 26 de abril de 2013, manifestando su oposición.

- Comparecencia de **X**, habiéndosele dado traslado de la documentación solicitada.

24.- Informe de la Dirección Facultativa de la obra, de fecha 30 de abril de 2013, relativo a los incumplimientos de la UTE adjudicataria.

25.- Con fecha 16 de mayo de 2013, se procede al Acto de Comprobación, Medición y Liquidación de las Obras.

26.- Acuerdo del Secretario General de SES, de fecha 18 de junio de 2013, por el que se procede a suspender el plazo de resolución y notificación del expediente para la resolución del contrato de Obras para la “Construcción del nuevo Hospital de Cáceres, Expte. 0-06-014”.

27.- Propuesta de Resolución relativa al Expediente de Resolución del Contrato de Obras “Construcción del Nuevo Hospital de Cáceres, Expte. 0-06-014.”, de fecha 18 de junio de 2013.

TERCERO.- Por resolución de la Presidencia de este Consejo de la fecha de su registro, la consulta fue admitida, se ordenó continuar la evacuación de la misma por el procedimiento ordinario y se turnó ponencia según orden preestablecido, correspondiendo como queda indicado en el encabezamiento dando cuenta al Pleno de tales determinaciones.

CUARTO.- No habiéndose considerado necesaria la práctica de diligencias adicionales quedó concluida esta fase del procedimiento de la consulta con la documentación obrante en el expediente, elevándose por la Ponente propuesta de dictamen que fue incluida en el orden del día de la sesión plenaria que figura en el encabezamiento.

QUINTO.- En la referida sesión plenaria el Ponente informó del contenido del proyecto de dictamen y, sometido a la deliberación del Pleno, el Consejo estimó, por unanimidad, la suficiencia de dicho informe y su conformidad con la propuesta, por lo que se acordó aprobar el proyecto de dictamen sin necesidad de debate en ulterior sesión.

II.- OBJETO Y ALCANCE DE LA CONSULTA

Se somete a la consideración del Consejo Consultivo, el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de “Construcción Nuevo Hospital de Cáceres, Expte. 0-06.014”, suscrito por el Servicio Extremeño de Salud con la UTE Nuevo Hospital de Cáceres, Expte. 0-06.014, fundada en la demora en el cumplimiento de los plazos imputable al contratista.

Es objeto de la consulta determinar si procede o no la resolución contractual, por lo que habrá de examinarse la legalidad del procedimiento administrativo sustanciado, así como, la concurrencia de causa que ampare la resolución contractual y, en su caso, los efectos que de la misma pudieran derivarse.

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

I. 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.

II. 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, al haberse acordado la resolución por el órgano de contratación; haberse dado audiencia al contratista por plazo de diez días

naturales, al tratarse de una propuesta de oficio; haberse otorgado audiencia, también en el plazo de diez días naturales, a los avalistas, por haberse propuesto la incautación de la garantía; y al haberse solicitado, por fin, el dictamen de este Consejo Consultivo, exigencia requerida cuando existe oposición por parte del contratista.

Por todo ello, este Órgano consultivo no efectúa ninguna objeción sobre el procedimiento seguido para la resolución de este contrato, que se considera plena y totalmente acorde con las previsiones normativas aplicables al caso; ello es así incluso en lo relativo al plazo para resolver, habida cuenta la suspensión acordada por el órgano competente en fecha 18 de junio de 2013, al amparo de lo previsto en el artículo 42.5.c] de la Ley 30/1992, que permite a la Administración suspender el plazo máximo de resolución “*[c]uando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.*” Esta circunstancia está presente por la necesidad de recabar el Dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Extremadura.

III. Examen del concreto asunto sometido a consulta de éste Órgano.

El Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto en diferentes sentencias (entre otras, las 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*. Sobre la base de esta caracterización, vinculada a las exigencias deducidas de que una de las partes en el contrato sea una Administración Pública, esto es, una persona jurídico pública, que está sometida al principio de legalidad y sujeta al servicio objetivo de los intereses generales, se puede explicar la existencia de prerrogativas a favor de la Administración. Estas prerrogativas constituyen el elemento esencial de la diferenciación entre los contratos administrativos y los contratos privados de las Administraciones públicas, y que se contemplan en el artículo 59 del TRLCAP, objeto de desarrollo en otros preceptos de dicha norma, en particular en la regulación de cada uno de los contratos administrativos típicos o nominados. Entre estas prerrogativas apuntadas se encuentra la resolución de los contratos administrativos, si bien dentro de las causas y con los límites que la propia Ley establece.

Debe evocarse con carácter preliminar lo dispuesto en el artículo 110.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que 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. Sobre este presupuesto, el artículo 111 del mismo texto normativo señala, en su letra e), como una de las causas de resolución del contrato la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en el artículo 71.2, letra d).

Además, conviene tener presente que el artículo 113 señala como efectos de la resolución, cuando el contrato se resuelve por incumplimiento culpable del contratista, la incautación de la garantía e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración que excedan del importe de la garantía incautada.

Este artículo hemos de ponerlo en relación con lo establecido 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, que 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”*.

En cuanto al contrato de obras, el mismo TRLCAP de 2000, dispone en su artículo 149 que son causas de resolución específicas del contrato de obras, además de las señaladas en el artículo 111, las siguientes:

“c) El desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración”.

Y el artículo 95 del mismo cuerpo legal, dispone que:

“1. El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.

2. La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.

3. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 20 por cada 100.000 pesetas (0,12 por 601,01 euros) del precio del contrato.

El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo anterior cuando, atendiendo a las especiales

características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.

4. Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades.

5. La Administración tendrá la misma facultad a que se refiere el apartado anterior respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total.

6. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.

Del análisis pormenorizado del expediente de resolución de contrato se deduce claramente que ha existido una dejación de la obligación de *cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo*. Ello se traduce en un palmario incumplimiento por parte de la empresa adjudicataria de los plazos y ritmos que rigen el mismo, y más concretamente en la ausencia de una dedicación suficiente de los medios humanos y materiales al cumplimiento del contrato, que son elementos fundamentales en la ejecución de una obra pública, y básicos para la correcta ejecución de los plazos fijados en el contrato, cuya asociación con el interés general es patente al tener por objeto la construcción de un establecimiento hospitalario que garantizará la prestación del servicio público al que se encuentra relacionado.

La ejecución de las obras en el plazo previsto y con los ritmos adecuados de ejecución de las diversas unidades resultan un requerimiento exigible objetivamente en base a las condiciones que rigieron en su día el concurso, a las que se comprometió la empresa adjudicataria, primero con su proposición como licitadora, y luego como adjudicataria.

La dedicación de todos los medios tanto humanos como materiales que se exigieron en los Pliegos compromete a la empresa en la ejecución de la obra con la firma del contrato, lo que resulta tan fundamental para la buena ejecución del mismo que la dilación temporal es motivo bastante para comprometer la ejecución del contrato, hasta un punto en el que justifica el ejercicio de la prerrogativa administrativa consistente en la resolución culpable que nos ocupa.

Este Órgano consultivo considera suficientemente probada la existencia del incumplimiento, que se desprende no sólo de la abundante y exhaustiva documentación de la administración contratante que acredita el control y seguimiento de la ejecución del contrato, sino también de las propias manifestaciones de la adjudicataria. Ello es así por cuanto en las alegaciones formuladas en oposición a la resolución se admite implícitamente la dilación y el retraso en la ejecución, conteniendo expresiones alusivas a “dificultades para terminar la obra”, o incluso de los intentos de responsabilizar a la administración, sin ningún tipo de prueba, con argumentos tales como “la causa fundamental que ha impedido que la obra se termine en el plazo fijado son los graves problemas económicos de recortes por parte de la administración”.

Frente a estas alegaciones, se aprecia con sobresaliente detalle en la documentación evacuada por la dirección de obra, así como por la instrucción en el procedimiento de resolución, que desde el mes de febrero de 2012 las obras prácticamente están paralizadas.

Asimismo, se ha de valorar la alegación de la UTE adjudicataria que relaciona el retraso con la existencia de modificaciones del contrato que fueron firmadas y aceptadas por la administración. Sin embargo, esta causa no puede ser acogida en la medida en que la propia administración argumenta y acredita que para la realización de tal modificación se concedió el plazo adicional correspondiente.

En la misma línea, tampoco puede considerarse justificado el retraso, tal y como pretende la UTE contratante, en el ofrecimiento a la administración de otro modificado por condiciones y unidades imprevistas que han surgido, toda vez que esta propuesta de modificación del contrato se formula a partir de junio de 2012, fecha en la que ya acumulaba la ejecución de la obra un notable retraso y, además, se había producido ya *de facto* la paralización de los trabajos.

Igualmente, carece de fundamento la ya mencionada pretensión de imputar la responsabilidad de la dilación en la ejecución a la administración por los pretendidos recortes económicos, afirmación que no se acredita por la UTE con los impagos de certificaciones de obra realizadas; antes al contrario, en el expediente constan certificaciones por acopio por cantidades significativas que no se corresponden con la argumentación alegada.

Finalmente, este Órgano consultivo debe manifestar su acuerdo con el rechazo manifestado por la administración ante el ofrecimiento planteado por la UTE de resolver de mutuo acuerdo el contrato. Como hemos señalado reiteradamente en numerosos dictámenes, la existencia de un incumplimiento culpable no hace posible acogerse a la resolución pactada por las partes en tanto subsista la causa de resolución culpable por una de las partes.

Además, no cabe en modo alguno aceptar como defensa del comportamiento de la UTE la mala situación económica de una de las empresas que la forman, y que se pretende hacer valer como justificación de la falta de dedicación de medios y del retraso en la ejecución, toda vez que estas obligaciones asociadas al cumplimiento del contrato están presentes en los pliegos y en la oferta de la adjudicataria, de modo que eran perfectamente conocidos por las empresas que constituyeron la UTE.

La adjudicataria era en todo momento consciente de las condiciones del contrato, de las exigencias de los pliegos, y por supuesto, mucho más, del compromiso que adquiriría al realizar una oferta que mejoraba esas condiciones de los pliegos, y que, junto con los demás criterios valorables, fueron la causa de su elección como empresa adjudicataria de la obra.

Con todo, ha de subrayarse que la apreciación de la demora en el cumplimiento de los plazos en orden a su estimación como causa resolutoria debe hacerse ponderando en cada caso concreto las circunstancias que concurren y que afecten al interés público, sin que proceda en modo alguno de forma automática. Así lo ha expresado el Tribunal Supremo en su jurisprudencia (recogida, entre otras, en las Sentencias de 14 de diciembre de 2001, Ar. RJ 2002\1433, y de 14 de junio de 2002, Ar. RJ 2002\8053, en las que se examinan supuestos en los que se ha incumplido el plazo final de ejecución), conforme a la cual *“la mera constatación del vencimiento del plazo contractual sin que el contratista haya cumplido satisfactoriamente sus obligaciones no determina, por sí misma e indefectiblemente, la resolución del contrato, pues habrá que ponderar, en relación a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución y nueva apertura del procedimiento de selección de contratistas”*.

Sin perjuicio de lo anterior, según reiterada jurisprudencia *“el contrato de obras es típicamente un contrato de resultado. De ahí que tanto la Ley como el Reglamento, al desarrollar la ejecución de este contrato, hagan hincapié en los preceptos mencionados para resaltar la obligación del contratista de cumplir tanto los plazos parciales fijados para la ejecución sucesiva, como el general o final para su total realización. Ítem más, para la constitución en mora del contratista no se requiere interpelación o intimación previa por parte de la Administración; hasta tal punto que una racional presunción de incumplimiento del plazo final, deducido de la conducta del contratista en el desarrollo de la obra permite a la Administración optar por la resolución del contrato”* (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1986, 20 de marzo de 1989 y 12 de marzo de 1992).

Cabe asimismo invocar la Sentencia de 17 de octubre de 2000, del mismo Tribunal, en la que se señala que *“el plazo fijado para el cumplimiento de la prestación contractual constituye el elemento básico de la relación jurídica establecida, de forma que cuando éste aparece como un elemento relevante (y,*

en el presente caso, era esencial finalizar los trabajos para no tener que devolver la subvención concedida por la Administración Autonómica, así como evitar el deterioro que se pueda generar en el interior del edificio en obras por encontrarse inacabadas las relativas a la impermeabilización de los parámetros exteriores del edificio y obras necesarias en el interior del mismo) es una determinación esencial que no accesoria o agregada a la esencia de la prestación, de donde se desprende que si el plazo transcurrió el contrato quedó sustancialmente afectado por dicha situación y el incumplimiento resultó claramente imputable al contratista, resultando ajustada a derecho la resolución acordada por la Administración con la consecuencia de la incautación de la fianza constituida por el contratista como efecto propio del acuerdo resolutorio".

Además, y según la jurisprudencia, la empresa contratista no puede en ningún caso llevar a cabo unilateralmente la paralización de las obras sin que previamente se haya solicitado a la Administración, la cual mantiene en todo caso el privilegio de la interpretación del contrato y de su resolución y/o suspensión.

Sobre la base de lo expuesto, cabe considerar procedente la causa de resolución que alega la administración. Y considerando que se ha producido un incumplimiento culpable del contratista, la Junta de Extremadura tiene derecho a incautar la garantía constituida por el mismo, puesto que, como declarara el Tribunal Supremo en su Sentencia 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. Esta formulación ha sido recogida en nuestra legislación, y más concretamente en el artículo 113.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, precepto en el que, además, se dispone que el contratista deberá asimismo indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

Esta previsión normativa debe entenderse en los términos que ha señalado el Consejo de Estado (entre otros en los dictámenes núm. 923/1997, de 5 de junio, y núm. 1016/1997, de 5 de junio), que destaca que, ante un incumplimiento culpable del contratista, la incautación de la garantía presenta la naturaleza de una cláusula penal; consecuentemente, ello no es incompatible con el efecto reparador que se deriva de la resolución contractual, es decir, con la determinación y exigencia al contratista de los daños y perjuicios causados a la Administración.

En cuanto a la existencia de dichos 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”.

Y en su sentencia de 6 de julio de 1968 ha mantenido que para que la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato pueda ser estimada será necesario que quien la exige haya cumplido fielmente sus obligaciones y hubiere demostrado que la parte contraria incurrió en dolo, negligencia o morosidad.

Por lo tanto, y a juicio de este órgano consultivo, procede la resolución culpable, con incautación de la fianza y, además, la apertura del oportuno procedimiento para el resarcimiento por la administración de los daños y perjuicios cometidos por la empresa por su incumplimiento contractual.

Todo ello debe entenderse, lógicamente, sin perjuicio de la oportuna liquidación de las posiciones de las partes, con abono de las unidades de obra efectivamente ejecutadas, que se efectuará una vez resuelto el contrato, y no antes, como también incorrectamente alega la UTE adjudicataria, y sin perjuicio además de la apertura de procedimiento contradictorio para declarar, en su caso, la prohibición de contratar de las empresas formantes de la UTE, en los términos que la Ley dicta.

Igualmente se recuerda a la administración la necesidad de resolver todos y cada uno de los contratos complementarios anudados por dependencia al que nos ocupa (aquellos cuyo objeto se considere necesario para la correcta realización de la prestación o prestaciones objeto del contrato principal), al amparo de lo previsto en el artículo 214 d) del TRLCAP, por cuanto los contratos complementarios quedarán resueltos, en todo caso, cuando se resuelva el contrato principal.

CONCLUSIÓN

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

“Que teniendo presentes las consideraciones contenidas en el cuerpo del presente dictamen, procede la resolución del contrato de obra de “resolución del contrato de obra de “Construcción del Nuevo Hospital de Cáceres, Expte. 0-06.014”, por concurrir la causa resolutoria alegada por la administración instructora, con los efectos indicados y expresados en el Fundamento Jurídico Tercero”.