



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 153/2018

(Sección 2ª)

La Laguna, a 11 de abril de 2018.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de servicios para la Dirección Facultativa conjunta de las obras del «Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura», suscrito con la empresa (...) el 18 de octubre de 2012 (EXP. 99/2018 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Presidente del Cabildo de Fuerteventura, es la Propuesta de Resolución por la que se resuelve el contrato de servicios para la Dirección Facultativa conjunta de las obras del «Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura».

2. La empresa contratista se ha opuesto a la resolución contractual. Esta oposición determina la preceptividad del Dictamen según el art. 211.3, a) de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (norma aplicable en virtud de la DT 1ª.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014), en relación con el art. 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. De este último y del 12.3 de la misma Ley se desprende, respectivamente, la competencia del Consejo para emitir el Dictamen y la legitimación del Presidente del Cabildo de Fuerteventura para solicitarlo.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

3. Es de aplicación, además del TRLCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor.

4. Remitida con anterioridad solicitud de Dictamen sobre el mismo objeto, en el Dictamen 410/2017, de 7 de noviembre, apreciamos la caducidad del procedimiento, lo que impidió un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sin perjuicio de la procedencia de tramitar un nuevo procedimiento, en el que, tras nueva audiencia al contratista y a su avalista y redactar la correspondiente Propuesta de Resolución, se remita de nuevo a este Consejo, como así ha sucedido.

II

1. Los hechos más relevantes son los siguientes:

- El contrato de servicios para la Dirección Facultativa conjunta de las obras del «Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura», que se pretende resolver, fue suscrito el 18 de octubre de 2012 entre el Cabildo Insular y el contratista (...), por importe de 170.000,00 € excluido IGIC. El impuesto General Indirecto Canario asciende a la cantidad de 8.500,00 €.

- La duración del contrato se extiende desde el día siguiente a la firma del contrato de obras al que está vinculado hasta la finalización del mismo más el plazo estimado para proceder a la liquidación de las obras a que hace referencia el art. 235.3 TRLCSP, de conformidad con lo establecido en el art. 303.4 del mismo texto legal.

- La ejecución de las obras se dividía en dos fases, una referente al edificio de formación y congresos, que se inició el 26 de diciembre de 2012, y una segunda referente a la plaza pública y aparcamiento subterráneo del citado edificio, que se inició el 23 de marzo de 2014. El acta de recepción de los dos proyectos se suscribió el 28 de abril de 2014, comenzando en ese momento el plazo de garantía de las obras, establecido en dos años según lo dispuesto en la cláusula 24 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el contrato de obras.

- El 1 de febrero de 2017, el Responsable del Contrato convoca a la empresa (...) a una reunión el 17 del mismo mes en el Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura, con el fin de supervisar el estado de las obras y emitir informe en el que se señale si los defectos de la obra (si los hubiere), se refieren a deficiencias en la ejecución de la obra y no al uso de lo construido.

Esta convocatoria no fue recibida por el destinatario, reiterándose la misma por correo electrónico el 15 de febrero. Ante la premura de la notificación, el representante de (...), también por correo electrónico, comunica la dificultad de convocar al equipo de Dirección Facultativa para el día 17.

El 2 de marzo, el Órgano de Contratación reitera la convocatoria de una reunión en el inmueble el 17 de marzo con el fin señalado anteriormente. Con fecha 19 de abril, el Órgano de Contratación reitera, por tercera vez, la emisión del citado informe, concediendo un plazo de tres días hábiles para su entrega, y comunicando que transcurrido ese plazo sin recibir el informe solicitado, se iniciarán los trámites oportunos para proceder a la resolución del contrato de servicios.

- El contratista (...), presenta escrito el 3 de abril de 2017 solicitando la devolución de la fianza definitiva del contrato, por importe de 8.500,00 € emitida por la entidad (...).

- Mediante resolución de fecha 7 de julio de 2017 se incoa procedimiento de resolución del contrato de servicios para la Dirección Facultativa conjunta de las obras «Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura» por causa imputable al contratista.

- Por providencia de 29 de septiembre de 2017, el Presidente del Cabildo insular acuerda suspender el plazo para dictar la resolución del procedimiento con base en lo dispuesto en el art. 22.1, d) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por el tiempo que medie entre la solicitud del Dictamen y la emisión del mismo. Providencia que se notifica al contratista el 6 de octubre de 2017, mientras que al avalista -que es parte en el procedimiento (art. 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), ya que se propone incautar la fianza que garantiza el cumplimiento del contrato- se le notifica el 9 de octubre.

2. En el citado Dictamen 410/2017, de 7 de noviembre, este Consejo concluía que el procedimiento de resolución contractual está caducado, por lo que no procede entrar a conocer el fondo del asunto, debiendo acordarse tal caducidad y el inicio, en su caso, de nuevo procedimiento de resolución contractual.

3. Mediante resolución de fecha 19 de enero de 2018, se incoa nuevamente expediente de resolución del contrato de servicios para la Dirección Facultativa

conjunta de las obras «Edificio de formación y Congresos de Fuerteventura» por causa imputable al contratista, en los mismos términos que los descritos en el expediente de resolución del contrato iniciado el 7 de julio de 2017 y caducado el 9 de enero de 2018.

4. El 22 de enero de 2018 se concede trámite de audiencia al contratista (...) y avalista (...), respectivamente.

- El 27 de febrero de 2018, la representación de (...) presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta, en síntesis, las siguientes alegaciones:

1. Inaptitud de incumplimientos contractuales atribuidos al contratista a efectos de la resolución de contrato al estimar que:

A. «(...) la resolución del contrato no es la única opción posible de que dispone la Administración para reaccionar frente a esos supuestos de inobservancia del contratista de sus compromisos pactados, dado que aquella cuenta con otro mecanismo alternativo a su alcance como es, sin dar por concluida la relación contractual, forzar al contratista al estricto cumplimiento de sus obligaciones con la posible imposición de penalidades por demora, alternativa que aparece reflejada en el artículo 196.4 de/a LCSP. (...)».

B. No concurren los dos requisitos para la viabilidad de la opción resolutoria: uno de carácter objetivo, referente a la entidad del incumplimiento; y otro subjetivo, relativo a la culpa del contratista.

Escasa entidad: «(...) no existe constancia de incumplimiento grave y cualificado que como consecuencia dé lugar a la resolución contractual. En este sentido podríamos señalar que la emisión del Informe requerido sobre posibles desperfectos (si los hubiere), vicios ocultos, así como su posible causa e imputación no tiene la calificación de esencial en el contrato; hasta el punto de que dicha labor no constituye ningún hito independiente dentro del contrato.

(...)

El carácter no esencial de la emisión del Informe queda de manifiesto cuando la propia Administración ha asumido su emisión y procedido con la aprobación de la liquidación, devolución de garantías y declaración del contrato de obras extinguido por cumplimiento. Por tanto cabe señalar que la emisión del Informe por parte de la Dirección de Obra no ha resultado un requisito imprescindible e ineludible para la liquidación del contrato de obras».

A su vez se muestra disconforme sobre la «arbitraria y desproporcionada valoración realizada por parte del Cabildo de Fuerteventura sobre la emisión del Informe: 5% del importe de adjudicación (8.500,00 €).

Si atendemos al artículo 13.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, como pago parcial se estipula “el 5% del mismo, se abonará una vez se haya producido la liquidación del contrato de obras a que hace referencia el artículo 235.3 TRLCSP”. Como ya hemos señalado anteriormente la emisión del Informe por parte de la Dirección de Obra no constituye un hito independiente como tal, y tampoco ha sido una causa que haya impedido al Cabildo de Fuerteventura liquidar el contrato de obra. En conclusión, no resulta motivado que se valore la presentación del Informe con el importe total de un hito de pago parcial.

Por todo ello, el Excmo. Cabildo de Fuerteventura no estaría facultado para resolver el contrato administrativo, toda vez que es evidente que el pretendido incumplimiento imputado a esta parte no supondría una inobservancia total del contrato».

Ausencia de culpa: «(...) la resolución por incumplimiento de un contrato administrativo ha de limitarse a los supuestos en que sea patente “una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista”.

(...)

En definitiva, no concurriendo tampoco el requisito subjetivo de la culpa del contratista, es evidente que no cabe resolver el contrato administrativo ni, incautar la fianza definitiva».

2. Oposición a la incautación y ejecución de garantía presentada por (...)U. al considerar que la empresa ha venido cumpliendo en sus obligaciones derivadas del contrato de servicios.

El citado escrito de alegaciones concluye con la solicitud de que desde esta Administración se resuelva:

«No haber lugar a la resolución del contrato administrativo de servicios para la “DIRECCIÓN FACULTATIVA CONJUNTA DE LAS OBRAS DEL EDIFICIO DE FORMACIÓN Y CONGRESOS DE FUERTEVENTURA” por causa imputable al contratista PROINTEC, SAU.

No haber lugar a la incautación y ejecución de la garantía prestada por (...), y en su caso proceda a declarar la devolución de la misma.

Con carácter subsidiario, (...) muestra su disposición para llegar a una solución que permita la resolución del contrato por mutuo acuerdo, y el consiguiente cierre definitivo del presente expediente».

5. La Propuesta de Resolución desestima las alegaciones formuladas por (...) y resuelve el contrato de servicios para la Dirección Facultativa conjunta de las obras «Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura» por incumplimiento culpable del contratista, fundamentando tal decisión en:

La existencia de incumplimiento del contrato por parte del contratista.

B. La trascendencia de los trabajos no realizados por el contratista en el plazo legal establecido y los efectos que en el contrato de obras se pudieran derivar de su incumplimiento.

C. La existencia de culpa del contratista en el incumplimiento del contrato, desatendiendo incluso, en tres ocasiones, los requerimientos realizados por esta Administración; resultando evidente una voluntad rebelde a su cumplimiento al no atender los requerimientos formulados por esta Administración con la finalidad de que cumpliera con su obligación.

La Administración debió ejecutar los trabajos dejados de realizar por el contratista en el plazo legalmente establecido e incoar el expediente para la resolución del contrato de servicios, dado que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 221 del TRLCSP, los contratos se extinguen por cumplimiento, resultando en este caso imposible; o bien por resolución, en este caso, por incumplimiento culpable del contratista.

La Propuesta justifica que, en caso de no poder resolver el contrato por esta causa, se encontraría con un contrato eterno y en una situación absurda al no poder resolverlo por mutuo acuerdo, ya que existe causa de resolución imputable al contratista, y en consecuencia, ello impide que pueda proceder a su liquidación y a la devolución de la garantía que corresponda.

III

1. Este Consejo coincide con la Propuesta de Resolución en la existencia de dicha causa de resolución contractual puesto que del expediente se deduce que existe incumplimiento del contrato y que ese incumplimiento no es solo imputable al contratista, sino que es culpable.

En efecto, la cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el citado contrato de servicios (en adelante, PCAP), relativa al «Objeto del contrato» establece literalmente: «1.1. El objeto del presente contrato consiste en la prestación del servicio de asistencia técnica para la supervisión de proyecto y dirección facultativa de obra (dirección de obra, dirección de obras de ingeniería, dirección de

ejecución material de la obra y coordinador de seguridad y salud) conforme a las características definidas en el pliego de prescripciones técnicas particulares».

Por su parte, el pliego de prescripciones técnicas particulares (en adelante, PPTP), que rige el contrato de servicios, en la cláusula 4, relativa a las «condiciones y contenido de los trabajos que se deberán ejecutar para el desarrollo del presente contrato», y concretamente en el apartado 4, relativo a los «trabajos para la recepción y liquidación de las obras», establece literalmente lo siguiente:

«Posterior a la recepción y durante el plazo de garantía de la obra realizada, el adjudicatario deberá atender cuantas veces sea requerido por el Cabildo Insular de Fuerteventura para mediar en las responsabilidades derivadas de la garantía de la obra ejecutada, dando instrucciones a la Contrata para que esta atienda y subsane cualquier reclamación que sea presentada como consecuencia de defectos en la construcción.

Dentro del plazo de quince días anteriores a la fecha prevista para la finalización del período de garantía, el Director de Obra revisará detalladamente el estado de las obras y emitirá un informe en el que se expresarán los desperfectos, vicios ocultos, así como su posible causa e imputación que en su caso pudieran observarse, fijando un plazo en el que estos deberán ser subsanados por la Contrata. Una vez corregidos los desperfectos, emitirá el Informe de Liquidación del Contrato. Una vez emitido el informe favorable por parte del Director de Obra, se formulará por éste la propuesta de liquidación de las realmente ejecutadas, tomando como base para su valoración las condiciones económicas establecidas en el contrato.

La propuesta de liquidación se notificará al contratista para que en el plazo de diez días preste su conformidad o manifieste los reparos que estime oportunos».

Por otra parte, la cláusula 18 del PCAP, relativa al «Cumplimiento del contrato» establece literalmente:

«18.1. El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado la totalidad de su objeto, de conformidad con lo establecido en este pliego y en el de prescripciones técnicas particulares y a satisfacción de la Administración, cuya conformidad se hará constar de forma expresa dentro del mes siguiente a la entrega del objeto del contrato».

Además, debemos tener en cuenta que este contrato de servicios es complementario del contrato para la elaboración del proyecto de ejecución y ejecución de las obras correspondientes del «Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura», en la medida en que la presencia de la dirección facultativa es preceptiva y necesaria para la correcta realización del contrato; pero además, este

carácter complementario está establecido en la cláusula 4.1 del PCAP, relativa a la duración del contrato, que establece:

«4.1. La duración del contrato se extiende desde el día siguiente de la firma del contrato de obras al que está vinculado hasta la finalización del mismo más el plazo estimado para proceder a la liquidación de las obras a que hace referencia el artículo 235.3 del TRLCSP, de conformidad con lo establecido en el artículo 303.4 del mismo texto legal».

De lo anterior se infiere que una de las prestaciones del objeto del contrato de Dirección Facultativa era la revisión detallada del estado de las obras y la emisión de un informe en el que se expresarán los desperfectos, vicios ocultos, etc. Ese informe debía ser emitido por el Director de obra dentro del plazo de quince días anteriores a la fecha prevista para la finalización del período de garantía del contrato principal (contratación conjunta de elaboración de proyecto y ejecución de obras) que finalizó el 28 de marzo de 2017, de conformidad con el art. 235.3 del TRLCSP, relativo al plazo de garantía del contrato de obras. En consecuencia, se trata de un plazo legal.

Está acreditado en el expediente que para la realización de esos trabajos en el plazo establecido en los Pliegos y en la ley, el responsable del contrato, mediante escrito de fecha 1 de febrero de 2017, convocó al contratista a una reunión a celebrar el 17 de febrero 2017 en el Edificio de Formación y Congresos de Fuerteventura, con el objeto de supervisar el estado de las obras y proceder a efectuar la liquidación del contrato.

Con la misma finalidad, el órgano de contratación mediante escrito de fecha 1 de marzo de 2017, convocó al equipo que conformó la Dirección facultativa de las obras para realizar la visita al inmueble el viernes 17 de marzo de 2017, a las 10:00 horas.

Por tercera vez, mediante escrito de 19 de abril 2017, el órgano de contratación reiteró la solicitud, concediendo un plazo de tres días hábiles para la entrega de los trabajos, y comunicando que transcurrido ese plazo sin recibir el informe solicitado, se iniciarán los trámites oportunos para proceder a la resolución del contrato de servicios.

Transcurrido el plazo concedido, el contratista no solo no aporta el informe, sino que mediante correo electrónico de fecha 11 de mayo de 2017, el representante del contratista pregunta al responsable del contrato si puede emitir la última factura correspondiente con la liquidación de las obras, por lo que es evidente la existencia de incumplimiento (que el contratista ni siquiera niega).

Por lo que respecta a la calificación como esencial o no de ese incumplimiento, nada afecta que la Administración haya asumido la realización del informe y continuado con la gestión del contrato de obras, dado que, como razona la Propuesta de Resolución, el incumplimiento del contratista no puede suspender ni paralizar la actividad administrativa y el incumplimiento por parte de la Dirección Facultativa contratada tampoco exime a la Administración del cumplimiento de sus compromisos con el contratista de la obra, dado que, en todo caso, está obligada a cumplirlos en tiempo y forma, bien con medios propios o ajenos.

2. En cuanto a la entidad o trascendencia del incumplimiento del contratista, el Director facultativo de la obra, durante el plazo de garantía de la misma, tiene la obligación, en defensa del interés público, de vigilar la evolución de la obra para comprobar el grado de cumplimiento de las obligaciones de conservación y policía, que ha de desarrollar el contratista de la obra, de modo que es responsable del total cumplimiento del contrato hasta que se apruebe su liquidación. Una vez aprobada la liquidación por el órgano de contratación, el Director facultativo quedará completamente liberado de sus obligaciones respecto a la dirección de la obra.

Es decir, sus obligaciones no se extinguen con la recepción y expedición de la certificación final de obra, sino que debe vigilar la obra durante el plazo de garantía, dando las oportunas instrucciones al contratista, respecto a la conservación y policía de las obras, redactar el «informe sobre el estado de las obras» y, transcurrido el plazo de garantía, deberá formular la «propuesta de liquidación de las obras» realmente ejecutadas, concluyendo sus obligaciones cuando expida la certificación de liquidación de la obra.

Este informe sobre el estado de las obras es de suma importancia ya que dará paso a la extinción del contrato de obras, liberando al contratista de la obra de toda responsabilidad, salvo la responsabilidad por vicios ocultos, y debiendo ser elaborado por el Director facultativo de la obra en el plazo taxativamente establecido por la Ley; esto es, dentro del plazo de quince días anteriores a la fecha prevista para la finalización del período de garantía del contrato de obra (art. 235.3 TRLCSP).

Este plazo legal no es susceptible de ampliación y, una vez finalizado, también expiran las acciones que contra el contratista de la obra pudieran ejercitarse por el mal estado de las obras, sin que sea posible, con posterioridad efectuar reclamación alguna al contratista; excepto la derivada de los vicios ocultos. En ese caso, solo procede, por parte de la Administración, practicar la liquidación del contrato y

devolver la garantía definitiva en el plazo establecido en la normativa de contratación y en caso de demora abonar los intereses que correspondan.

Por lo expuesto, no es posible acoger la alegación del contratista, referida a la escasa entidad del incumplimiento del contrato, que estima que el pretendido incumplimiento imputado no supone una inobservancia total del contrato, pues es evidente la trascendencia del incumplimiento dado los efectos legales que, en el contrato de obras, se derivan de la no realización de los trabajos de la Dirección Facultativa, por lo que se ha de concluir que se incurre en la causa de resolución contractual prevista en el art. 223, apartado d), TRLCSP (demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista) porque este nunca emitió el informe previsto.

En relación a si ese incumplimiento del contrato puede refutarse culpable y, sobre la base de lo anteriormente expuesto, este Consejo coincide nuevamente con la Propuesta de resolución en que no concurre causa que permita calificar ese incumplimiento como no imputable a su propia actuación, pues ante los reiterados requerimientos de la Administración, el adjudicatario en ningún momento manifiesta voluntad de cumplir con el contrato.

3. Por su parte, que la resolución del contrato no sea la única opción posible de que dispone la Administración para reaccionar frente a esos supuestos de inobservancia del contratista de sus compromisos, puesto que cuenta con otro mecanismo alternativo a su alcance como es, sin dar por concluida la relación contractual, forzar al contratista al estricto cumplimiento de sus obligaciones con la posible imposición de penalidades por demora, no impide que pueda resolver el contrato, máxime teniendo en cuenta que la Administración le requirió en varias ocasiones sin que el contratista manifestara voluntad de ejecutar los trabajos.

En efecto, los apartados 2 y siguientes de la cláusula 4 del PCAP, relativa a la duración del contrato, establece respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos fijados en el pliego de prescripciones técnicas particulares para la emisión de los informes y demás documentos, que la Administración podrá optar, indistintamente, o por la resolución del contrato con pérdida de garantía o por la imposición de las penalidades que se establecen en el art. 212.4 del TRLCSP.

Además, en el presente supuesto no cabía la aplicación de la imposición de penalidades dado que el cumplimiento del plazo de garantía del contrato de obras exige la máxima diligencia de la actuación administrativa, para evitar, en su caso, graves perjuicios al interés público, pues una vez finalizado este plazo también expiran las acciones que contra el contratista de la obra pudieran ejercitarse por el

mal estado de las obras, no pudiendo con posterioridad efectuar reclamación alguna a dicho contratista.

4. En definitiva, concurre causa de resolución por incumplimiento culpable del contratista.

La Sentencia de 17 de octubre de 2000, del Tribunal Supremo, citada por la Propuesta de Resolución, es palmaria al afirmar 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 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».

Como decíamos en nuestro Dictamen 349/2015, de 1 de octubre, «la no presentación de informe técnico por parte del Director facultativo de la obra, dando las instrucciones precisas al contratista para la debida reparación de los defectos observados, queda acreditada en el expediente, (...) Los diversos incumplimientos en que ha incurrido la entidad encargada de la Dirección facultativa de las obras pueden considerarse suficientemente acreditados en el expediente en los términos en que han sido sostenidos en la Propuesta de Resolución, constan documentados en el expediente y afectan a las instrucciones que debió dar y a la comprobación de la ejecución de las reparaciones, que no se llevó a efecto dado que tras diversas actuaciones las deficiencias no fueron corregidas. (...).

Procede en consecuencia la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, con incautación de la garantía definitiva prestada, así como, en su caso, la indemnización a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada».

5. Por último, refutado culpable el incumplimiento del contratista en los términos expuestos, en virtud del art. 225.4 TRLCSP, la consecuencia ineludible es la incautación de la garantía.

En efecto, procede la incautación de la garantía y la indemnización de daños y perjuicios establecida en el art. 225.3 y 4 TRLCSP para el caso de incumplimiento culpable del contratista.

Como hemos señalado en el reciente Dictamen 93/2018, de 7 de marzo, la fianza definitiva cumple una función mixta, como se deriva del art. 100 TRLCSP, donde se señala que la garantía responde de los siguientes conceptos:

a) las penalidades impuestas al contratista conforme al art. 212, que es, precisamente, el relativo a la ejecución defectuosa o demora.

b) daños y perjuicios.

Así, el art. 102 del referido texto legal establece, en relación con la devolución de la garantía, que no se devolverá hasta el vencimiento del plazo de garantía o hasta que se haya cumplido satisfactoriamente el contrato o hasta que se declare su resolución sin culpa del contratista, dando por supuesto, pues, que cuando media aquella culpa no procede la devolución de la fianza.

Por tanto, en cuanto al apartado a) del citado art. 100, debe entenderse que la fianza cumple una función en cierta medida de carácter punitivo, y además opera como una indemnización a tanto alzado de los daños y perjuicios difíciles de precisar o acreditar. Aunque no exista una lesión concreta, la garantía responde como una indemnización mínima a tanto alzado.

Ello, sin perjuicio de la responsabilidad derivada de daños y perjuicios estricto sensu, tal y como señala el Supremo en su Sentencia de 21 de mayo de 2002 (RJ 2002/5084), en cuyo fundamento jurídico séptimo cita las de 14 de mayo de 1988 o 21 de marzo de 1994:

«a) La STS de 14 de mayo de 1988, confirmada por la de 1 de diciembre del mismo año (RJ 1988,9752), reconoce que la incautación de la fianza constituye en nuestro Derecho una pena convencional cuya imposición no libera al contratista de la indemnización de los daños y perjuicios concretos en el incumplimiento que haya podido producir (arts. 53 de la Ley de Contratos y 160 del Reglamento General). La indemnización se produce «además» de la pérdida de la fianza, siendo así viable la vigencia de responsabilidades “ultra vires cauciones”, pero no excluyen el carácter restrictivo que impone la cláusula de garantía que responde en los términos de los artículos 15.2 LCE y 358.2 RGCE y no puede configurarse como cláusula penal en los términos del artículo 1153 del Código Civil.

b) La STS de 21 de marzo de 1994 (RJ 1994,2452) subraya que el artículo 53, párrafo 1º de la Ley de Contratos del Estado y art. 160, párrafo 1º de su Reglamento, establecen que cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista le será incautada la fianza y deberá el contratista, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios, pero incide en un tema de inhabilitación del contratista, ajeno a este debate».

No obstante, si bien ha venido a entenderse que el alcance de la incautación de la fianza debe ser proporcionado a la gravedad del incumplimiento y a la exclusividad o concurrencia de culpas en el mismo, como ha señalado el Consejo de Estado en sus Dictámenes 113/2001, 201/2001 o 269/2005, entre otros, en el caso que nos ocupa no sólo se ha probado la culpa exclusiva del contratista y su absoluta falta de diligencia en el cumplimiento del contrato, sino que el plazo de cumplimiento resultaba esencial para el interés público en este contrato.

En todo caso, la determinación de los daños y perjuicios habrá de efectuarse en pieza separada, en la que debe concederse nueva audiencia al contratista, como establece el art. 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho, por lo que procede la resolución del contrato y la incautación de la garantía, según se razona en el Fundamento III de este Dictamen.