

Dictamen 2/00 (Ref. A.G. Entes públicos). Efectos de la resolución por falta de formalización imputable al contratista: Incautación de la garantía y posibilidad de exigir la indemnización de daños y perjuicios.

Así pues, partiendo de la interpretación sistemática de los artículos 55.3 y 114 de la LCAP, así como de la doctrina del Consejo de Estado mencionada, sería razonable, en principio, sostener el criterio favorable a la acumulación parcial en el supuesto de que se trata, de modo que la garantía incautada debe aplicarse a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, pero sin perjuicio de que proceda la reclamación de los mismos en cuanto excedan de la cuantía de aquella y puedan efectivamente acreditarse en su realidad y cuantía como superiores al importe de la garantía provisional.

Resta, finalmente, por analizar si, además de incautar la garantía provisional prestada, procede (...) la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, que (...) la entidad consultante funda en el artículo 55.3 de la LCAP, más arriba transcrito.

Estos dos efectos jurídicos de la falta de formalización del contrato por causas imputables al contratista se contemplan en el precepto citado, pero, como sucedía con el artículo 53 de la anterior LCE, su correcta interpretación plantea la cuestión de si la incautación de la garantía constituye en sí misma una forma de indemnizar a la Administración a tanto alzado y mediante una cuantificación objetiva o si, por el contrario, dicha incautación no excluye el derecho de la Administración a reclamar del adjudicatario la indemnización de los daños y perjuicios que éste haya ocasionado efectivamente a aquélla. Y, a su vez, en éste segundo caso, cabe aún discutir si la incautación de la garantía provisional y la indemnización de daños y perjuicios son acumulables o si, por el contrario, tales daños y perjuicios se indemnizan ya a través de la incautación misma de la garantía provisional hasta el importe de la misma.

Estas cuestiones han sido muy debatidas, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, predominando la tesis doctrinal y jurisprudencial que condiciona la compatibilidad de los dos aludidos efectos del incumplimiento contractual a que se hubiera pactado así expresamente, sobre la base de atribuir a la incautación de la fianza la naturaleza de una verdadera sanción (como afirma desde antiguo el Tribunal Supremo, vgr. en sentencia de 3 de marzo de 1942), pero que, al modo de «pena convencional», impediría la simultánea reclamación de daños y perjuicios, salvo pacto expreso en contrario, por aplicación del artículo 1152 del Código Civil (sentencias de 19 de junio, 13 y 27 de diciembre de 1980 y de 25 de febrero de 1981).

Por otra parte, es doctrina del Consejo de Estado desde el año 1972, como indica en un dictamen de 29 de septiembre de 1994 (nº 1.268/94, sección 4ª), que «los principios de aquel precepto legal (artículo 53 LCE) resultan aplicables a los supuestos de resolución por falta de formalización del contrato imputable al contratista, de manera que la indemnización es una consecuencia añadida a la pérdida de la fianza provisional (tres dictámenes de fecha 20 de abril de 1972, números 38.099, 38.100 y 38.101, dictamen de 15 de junio de 1972, nº 38.144).(...) Por lo que se refiere a la cuantía del resarcimiento, también ha señalado este Consejo en otras ocasiones que el porcentaje previsto para la fianza provisional no puede operar como tope o máximo (dictamen de 10 de abril de 1986, nº 48.824). Esto se infiere de la compatibilidad entre incautación de la fianza e indemnización de perjuicios».

La cuestión suscitada debe examinarse actualmente a la luz del artículo 114.4 de la LCAP, que al regular los efectos de la resolución por incumplimiento culpable del contratista (debe entenderse que derivado de una causa distinta de la falta de formalización, supuesto al que se refiere el artículo 114.1 con remisión al artículo 55.3), dispone que

«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».

Al añadir este último inciso «en lo que excedan del importe de la garantía incautada», supera la LCAP las dudas que suscitaba la interpretación del artículo 53 de la LCE, optando por la tesis intermedia entre la que negaba y la que afirmaba la acumulación, pues ésta se admite sólo en cuanto el importe de los daños y perjuicios exceda de la cuantía de la garantía incautada.

Y conforme a la doctrina del Consejo de Estado citada en el dictamen de 29 de septiembre de 1994, los mismos principios deben entenderse aplicables a los supuestos de resolución por falta de formalización imputable al contratista, a los que propiamente no se refiere el apartado 4 del artículo 114, sino su apartado 1, que se remite al artículo 55.3, que no contiene la misma previsión respecto a la relación entre el importe de la garantía incautada y el de la indemnización de daños y perjuicios.

Así pues, partiendo de la interpretación sistemática de los artículos 55.3 y 114 de la LCAP, así como de la doctrina del Consejo de Estado mencionada, sería razonable, en principio, sostener el criterio favorable a la acumulación parcial en el supuesto de que se trata, de modo que la garantía incautada debe aplicarse a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, pero sin perjuicio de que proceda la reclamación de los mismos en cuanto excedan de la cuantía de aquella y puedan efectivamente acreditarse en su realidad y cuantía como superiores al importe de la garantía provisional.