



CONSULTA 095/2024, de 31 de octubre de 2024. Resolución del contrato. Indemnización de daños y perjuicios por la contratista.

CONSULTA (discurso directo)

1

“En relación con el expediente de referencia, se ha tramitado la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la contratista. Se ha procedido a incautar la garantía y a la liquidación del contrato. Para poder reparar los desperfectos producidos en la obra por la contratista y terminar la obra se ha tramitado un encargo de emergencia a TRAGSA. Una vez recepcionadas las obras de emergencia se nos plantea la posibilidad de tramitar, de conformidad con el art.113 del RGLCAP, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar la contratista. Los daños y perjuicios superan el importe incautado por la garantía.

Nuestra duda es sobre los plazos para poder iniciar este procedimiento de determinación de daños y perjuicios a la Administración por incumplimiento culpable de la contratista y cual sería el procedimiento a seguir e informes necesarios, puesto que en los informes y sentencias se hace referencia a un procedimiento contradictorio. Una vez determinado un importe a abonar a la Administración, ¿Cómo se hace el pago de ese importe por parte de la contratista?

La resolución de este contrato está en este momento recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa.”

RESPUESTA

Se refiere la consulta a los efectos de la resolución del contrato que, con carácter general, se regulan en el artículo 213 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 (LCSP, en adelante). En concreto, en los casos en que la resolución contractual trae como causa el incumplimiento culpable de la contratista, el citado artículo, en su apartado tercero, preceptúa lo siguiente:



“3. 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”.

Sobre este particular, también el artículo 113 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 (en adelante, RGLCAP), establece 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 su parte, y respecto del contrato de obras, el artículo 246 de la LCSP prevé:

1. La resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. Será necesaria la citación de este, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición.

(...).

5. Cuando las obras hayan de ser continuadas por otro empresario o por la propia Administración, con carácter de urgencia, por motivos de seguridad o para evitar la ruina de lo construido, el órgano de contratación, una vez que haya notificado al contratista la liquidación de las ejecutadas, podrá acordar su continuación, sin perjuicio de que el contratista pueda impugnar la valoración efectuada ante el propio órgano. El órgano de contratación resolverá lo que proceda en el plazo de quince días”.

En el caso que nos ocupa, el órgano de contratación, según se infiere de lo indicado en la consulta, ha hecho uso de la facultad que le brinda el artículo 246.5 de la LCSP, y ha procedido a ejecutar, (entendemos que, una vez se haya hecho la liquidación que proceda de las unidades de obra ejecutadas), subsidiariamente, lo que no se cumplió en el contrato de obras que se ha resuelto: *reparar los desperfectos producidos en la obra por la contratista y terminar la obra*, indica la consultante. Del texto de la consulta podemos inferir que el montante económico que ha supuesto para el órgano de contratación tener que acometer estas nuevas obras, es lo que



se pretende hacer efectivo mediante la reclamación a la contratista incumplidora de la indemnización de los daños y perjuicios que se le han irrogado, por esta causa.

Para una mejor comprensión de la respuesta, hemos considerado dividirla en varios apartados que responden a cada una de las cuestiones expuestas en la consulta.

3

✓ **Existencia real y efectiva del daño**

Tal y como señala Ignacio Calatayud Prats, en su artículo [“Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: la liquidación del contrato \(RPA\) y la indemnización de daños y perjuicios”](#): *“En Derecho español, la indemnización del interés contractual positivo es la regla general como indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual (arts. 1101 y 1124 CC), que permite colocar al acreedor en la posición en que se encontraría si el contrato se hubiera cumplido perfectamente”*.

Así pues, la exigencia de indemnización de daños y perjuicios que dirige el órgano de contratación al contratista que ha incumplido el contrato, permite colocar a aquél en la misma situación en que se hubiera encontrado de haberse llevado a cabo la ejecución del contrato; es decir, de haberse cumplido satisfactoriamente el contrato.

El Consejo Consultivo de Castilla y León, en su Dictamen 727/2013, de 21 de noviembre manifiesta que, para la fijación de los daños y perjuicios, en su caso, *“deberá tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ya en Sentencia de 9 de diciembre de 1980 declaró que debe “(...) 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 aquellos 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”* (el resaltado es nuestro).

En este mismo sentido, se manifiesta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 27/99 de 30 de junio (el resaltado es nuestro):

Los daños y perjuicios indemnizables por el contratista, en caso de resolución por causa imputable al mismo, son los efectivamente sufridos por la Administración contratante y



*aunque la cuestión de su fijación concreta es una cuestión de prueba que, en caso de discrepancia entre las partes, suele remitirse a la determinación de los Tribunales de Justicia, en el caso que contemplamos una de las partidas fácilmente acreditable que debe integrar la indemnización de daños y perjuicios la constituye **la diferencia entre el importe del contrato adjudicado que se resuelve y el nuevo importe por el que se contrate la ejecución de las obras**, pues si esta diferencia no se abonase a la Administración soportaría injustificadamente unos gastos que entran de lleno en la categoría de daños y perjuicios indemnizables”.*

Con la ejecución de las obras por TRAGSA, el órgano de contratación ha visto satisfecha la necesidad que motivó la licitación del contrato, pues las obras, que eran el fin de aquélla, se han ejecutado finalmente. Además, el nuevo contrato hace posible que se puedan determinar los daños y perjuicios que la resolución ha ocasionado al órgano de contratación, pues la ejecución de esas obras que ha tenido que contratarse para poder satisfacer esas necesidades, ha supuesto la correlativa obligación de pago para la entidad contratante, debiendo quedar resarcida por ello, dado que, si el contrato se hubiera cumplido satisfactoriamente, dicho desembolso no habría tenido lugar. Desconoce este servicio si, además, se han producido otros daños que, cumpliendo con los requisitos expuestos, serían igualmente reclamables.

✓ **Momento para reclamar los daños**

Por tanto, y teniendo en cuenta que la cuantificación de los daños, en el caso que nos ocupa, puede realizarse teniendo en cuenta el gasto que ha comportado para el órgano de contratación la adjudicación del nuevo contrato, este servicio considera que la reclamación al contratista debe realizarse una vez que se ha celebrado el contrato que ha reemplazado al que se formalizó originariamente (momento en que se puede considerar la existencia efectiva del daño) y que se vio resuelto de forma anticipada por incumplimiento culpable de la contratista, pues hasta entonces no ha sido posible determinar económicamente los daños que la resolución ha irrogado al órgano de contratación.

✓ **Procedimiento contradictorio**

El artículo 113 del RGLCAP, indica que *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. Para ello, tal y como indica la doctrina, el órgano de contratación debe tramitar el correspondiente procedimiento de contradictorio. Así, el Dictamen Núm. 18/2023, del Consejo Consultivo Principado de Asturias, indica (el resaltado es nuestro):

*“(...) Como hemos señalado en los Dictámenes Núm. 145/2019 y 212/2022, este precepto recupera la redacción de las disposiciones anteriores a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y con ello la clara determinación de que la resolución contractual **en casos de incumplimiento culpable del contratista conllevará la incautación automática de la garantía en su totalidad** con independencia de que existan o no daños y perjuicios que deban ser indemnizados y de cuál sea su importe. De este modo, en los contratos que se rigen por la LCSP -como el que ahora analizamos- la garantía definitiva cumple la función de cláusula penal o de indemnización de carácter mínimo, **ligada al resarcimiento de perjuicios genéricos o indeterminados**; todo ello sin perjuicio de que, **cuando la garantía constituida no alcance a cubrir el importe de los daños ocasionados, la Administración pueda proceder a su liquidación y cobro en expediente contradictorio.***

*En consecuencia, y **en tanto no se acredite mediante expediente contradictorio** que la resolución contractual ocasiona daños que superen el importe del seguro de caución constituido en garantía de la ejecución del contrato (... €), la responsabilidad del contratista quedaría saldada con la incautación de dicha fianza.*

(...)”.

Dentro de la relación contractual de carácter público, el órgano de contratación goza de especial preeminencia para determinar la indemnización de daños y perjuicios; recordemos que, conforme a lo dispuesto en el artículo 190 de la LCSP, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de acordar la resolución del contrato y **determinar los efectos de esta**. No obstante, dicha determinación debe realizarse con carácter “contradictorio”; ello implica que las partes tengan la posibilidad de ser oídas y exponer lo que a su derecho convenga en defensa de su postura. A estos efectos, el órgano de contratación debe conceder trámite de audiencia (tal y como señala el artículo 113 del Reglamento). Esta misma necesidad de dar audiencia se indica en el artículo 191 de la LCSP, cuyo apartado primero dispone: “*En los procedimientos que*



se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a las prerrogativas establecidas en el artículo anterior, deberá darse audiencia al contratista”. Más allá de este trámite, la normativa contractual no regula cuáles otros deben incluirse en este procedimiento contradictorio.

Por otra parte, hemos de tener en cuenta la supletoriedad de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y sus normas complementarias, que rige en el procedimiento de contratación (disposición final cuarta de la LCSP).

Así pues, este servicio considera que en el procedimiento contradictorio, en el que la contratista debe tener siempre la oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga, debe existir resolución de inicio del órgano de contratación; la audiencia de la contratista y el informe del servicio competente que justifique qué daños se han producido, cómo se han corregido y cuáles, finalmente, el importe al que asciende la reclamación de indemnización que el órgano de contratación exija a la contratista incumplidora; el informe, si es el caso, del Servicio Jurídico y de la Intervención, así como cualesquiera otros que el órgano de contratación estime necesarios para concretar los daños; en su caso, los medios de prueba que se estime oportunos; la resolución motivada del órgano de contratación y la subsiguiente notificación a la contratista. De todas formas, y dado que se trata de la tramitación de un procedimiento para el que no existen en la normativa contractual trámites específicos, aplicándose supletoriamente los de la Ley 39/2015, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se aconseja al órgano de contratación, si lo estima necesario, solicitar informe sobre esta cuestión al Servicio Jurídico de su organismo.

✓ **Modo en que debe realizarse el pago de la indemnización**

Finalmente, y por lo que respecta al modo en que debe llevarse a cabo el pago del importe de la indemnización por la contratista, hemos de partir de lo dispuesto en el artículo 110, que regula las responsabilidades a que está afecta la garantía definitiva, respondiendo, entre otros conceptos, *“de la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido”*.

Por su parte, el artículo 213.3 de la LCSP establece, tal y como ya se ha señalado que (el resaltado es nuestro) *“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”.

Asimismo, el artículo 113.2 de la LCSP, que establece que (el resaltado es nuestro): *“Cuando la garantía no sea bastante para cubrir las responsabilidades a las que está afecta, la Administración procederá al cobro de la diferencia mediante el procedimiento administrativo de apremio, con arreglo a lo establecido en las normas de recaudación”.*

7

En consecuencia, y dado que en el caso que nos ocupa, el importe de la garantía incautada no ha sido suficiente para cubrir los daños y perjuicios que la resolución ha ocasionado al órgano de contratación, deberá reclamar esa diferencia a través del procedimiento administrativo de apremio. Para conocer más sobre este procedimiento, recomendamos la lectura de la [consulta 32/2023](#), que resuelve sobre esta cuestión. No obstante, y dada la materia sobre la que versa, se aconseja que se consulte con el órgano competente en materia presupuestaria y tributaria.

La consultante ha advertido que *La resolución de este contrato está en este momento recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa*; por tanto, todo lo hasta aquí expuesto se realiza sin perjuicio de lo que se indique o se haya podido indicar en el orden procesal contencioso-administrativo con ocasión de la resolución recurrida.

De lo expuesto podemos extraer las siguientes **conclusiones**:

- Para que el órgano de contratación pueda reclamar a la contratista la indemnización de los daños y perjuicios causados con ocasión de la resolución del contrato, debe acreditarse la existencia real y efectiva de aquéllos, así como su cuantificación económica, fundada en valores reales. El importe de las obras que reemplazan a las que se han resuelto es un elemento de prueba para cuantificar efectivamente los daños a reclamar. Otros daños que se hayan podido realizar podrán ser igualmente exigibles siempre que, tal y como se ha expuesto, se haya acreditado su existencia y cuantía.
- La reclamación al contratista debe realizarse una vez que se han hecho efectivos los daños y se hayan cuantificado; en el caso que nos ocupa, podría llevarse a cabo una vez que se haya celebrado el contrato de obras que sustituye al que ha sido resuelto.



- La reclamación debe hacerse a través de procedimiento contradictorio, siendo preceptivo el trámite de audiencia a la contratista. El resto de trámites deberán cumplimentarse conforme a lo dispuesto en la Ley 39/2015, para el procedimiento administrativo común.
- El cobro de la reclamación, en lo que exceda del importe de la garantía definitiva incautada deberá hacerse efectivo mediante el procedimiento administrativo de apremio.

Finalmente, indicar que la presente respuesta a la consulta planteada tiene carácter meramente informativo y, en ningún caso, resulta vinculante.

Es muy importante para el servicio InfocontrataCLM valorar la calidad de la atención que ofrecemos; por ello, hemos incorporado una breve encuesta anónima de cuatro preguntas a la que pueden acceder haciendo clic en cualquiera de las caritas que aparecen a continuación. Estaríamos encantados de recibir su opinión para poder seguir mejorando. ¡Muchas gracias por su colaboración!

**EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y NORMALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE
CONTRATACIÓN**