

& Análisis - Contratación pública

Análisis - Contratación pública 01/2010

EL PLAN ESTRATÉGICO DE INFRAESTRUCTURAS 2009-2012: RESOLUCIÓN Y MODIFICACIÓN DE CONTRATOS EN EJECUCIÓN. RECISIÓN DE CONTRATOS PARA SU NUEVA LICITACIÓN

EL 22 JULIO DE 2010 EL MINISTRO DE FOMENTO HA COMPARECIDO EN LA COMISIÓN DE FOMENTO DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS PARA INFORMAR DE LOS PLANES DEL MINISTERIO EN EL NUEVO ESCENARIO PRESUPUESTARIO DISEÑADO EN EL MARCO DEL PLAN DE AUSTERIDAD Y EL PLAN DE EFICIENCIA, ASÍ COMO DE LOS RECORTES QUE SE VAN A ABORDAR EN MATERIA DE OBRA PÚBLICA. AUN CUANDO LAS MEDIDAS ANUNCIADAS POR EL TITULAR DEL DEPARTAMENTO SE ENMARCAN EN EL DENOMINADO PLAN EXTRAORDINARIO DE INFRAESTRUCTURAS Y SE JUSTIFICAN POR EL NECESARIO RECORTE DE GASTO QUE LA SITUACIÓN ACTUAL IMPONE A TODOS LOS MINISTERIOS, NO ES MENOS CIERTO QUE LAS MISMAS SUPONDRÁN PERJUICIOS DE GRAN CALADO PARA LAS EMPRESAS CONTRATISTAS DE INFRAESTRUCTURAS OBJETO DE REVISIÓN O RESCISIÓN.

Pilar Cuesta de Loño

*Miembro del Consejo Asesor de Gómez-Acebo & Pombo
Letrado del Consejo de Estado*

El Ministerio de Fomento ha concretado una amenaza que venía oyéndose en los círculos de la construcción desde hace unos meses y que consiste, ni más ni menos, en la reducción de las inversiones en infraestructuras y en la anulación y modificación del 20% de los contratos actualmente vivos y en fase de ejecución.

Los planes del Ministerio pretenden continuar la licitación y ejecución de inversiones si bien desde el empleo masivo de la fórmula de colaboración público-privada, y previa la reducción de las cantidades ya comprometidas en contratos cuya resolución o reprogramación se prevé. Una de las medidas que más asombro – y recelos – ha causado es sin duda la de la “rescisión” de 32 contratos de obra nueva de más de un millón de euros, y la “reprogramación” de 199 contratos de las mismas características: rescisión y reprogramación que no son otra cosa que anulación y modificación de contratos vivos.

La rescisión de muchos de los contratos afectados por las medidas persigue en realidad una nueva licitación de los mismos bajo fórmulas de contratación más ventajosas para el Ministerio, en especial mediante la colaboración público-privada, que permite la no consolidación de deuda a efectos del SEC 95, y se articula sobre una notable financiación privada del objeto del contrato.

En relación con los contratos cuya resolución se proyecta, a diferencia de lo que ocurre en

el ámbito de la contratación civil, la legislación de contratos administrativos atribuye a la Administración, en concreto al órgano de contratación, la prerrogativa de declarar unilateralmente resuelto el contrato. Ello no obstante debe recordarse que por un lado, la causa de resolución debe estar prevista en la ley que resulte de aplicación (TRLACP o LCSP) o en el contrato; y por otro, que el contratista tiene una serie de derechos que puede ejercitar frente al acuerdo de resolución.

Las causas de resolución de los contratos se enumeran, con carácter general, en el artículo 206 LCSP, y entre ellas se incluyen tres cláusulas de contenido amplio:

- “El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en el pliego o en el contrato” (206.g).
- “Las establecidas expresamente en el contrato” (artículo 206.h LCSP).
- “Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en la ley” (206.i).

Así las cosas resulta indubitado que la Administración encontrará la base normativa o contractual en la que apoyar la resolución de los contratos que pretende extinguir, pues a falta de cualquiera de ellas siempre le queda la posibilidad de acudir al mutuo disenso.

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

& Análisis - Contratación pública

Interesa sin embargo retener que, dado que se van a anular 32 contratos en 11 Comunidades Autónomas, los contratistas afectados disponen de mecanismos en vía administrativa y contencioso administrativa para luchar contra tal medida, o contra las consecuencias de la misma que les resulten perjudiciales.

En efecto, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa legal de acordar la resolución de los contratos y de determinar los efectos de ésta, pero el contratista tiene derecho a oponerse a la resolución, en cuyo caso deberá ser oído a tales efectos y será preceptivo el Dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la Comunidad autónoma correspondiente en su caso. El acuerdo de resolución pone fin a la vía administrativa y es impugnabile ante el Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo. En una y otra vía tiene derecho a reclamar el abono del precio en la parte que corresponda en función del grado de cumplimiento del contrato, así como la devolución de la garantía y la indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado en caso de incumplimiento de la Administración.

En cuanto a la "reprogramación" que se proyecta sobre 199 contratos (112 de carreteras y 87 de ferrocarriles), la misma comprenderá probablemente una modificación a la baja y una alteración de los plazos de ejecución, lo que obligará en todo caso al ajuste del régimen económico financiero de los contratos, y a la indemnización de los daños y perjuicios que se ocasionen.

No es improbable que la reprogramación consista en un retraso en la ejecución de los contratos, retraso derivado de una suspensión, lo que permitiría posponer tanto el compromiso de gasto derivado del abono del precio del contrato (certificaciones de obra), como el compromiso de gasto generado por la necesaria indemnización de los daños y perjuicios derivados del retraso provocado por la suspensión.

Como es sabido, los gastos derivados de la suspensión del contrato – por causa imputable al órgano de contratación -, no tienen que ser soportados por el contratista, pues la ley le reconoce el derecho a la indemni-

zación de los daños y perjuicios "efectivamente sufridos" desde el levantamiento del acta de suspensión temporal parcial.

A este respecto debe recordarse dos cosas:

- El derecho no decae por el hecho de que la Administración contratante no levante acta de suspensión temporal, pues el derecho de indemnización nace de la suspensión misma, y la omisión del acto administrativo formal y expreso – que es solo un medio privilegiado de prueba – no exonera de dicha obligación legal.
- La indemnización comprenderá los gastos efectivamente sufridos, y por tanto solo los derivados de la suspensión y en la medida en que resulten debidamente acreditados.

La reprogramación puede consistir también en una modificación a la baja de los contratos, con una reducción del precio acordado, la minoración de las tarifas, o incluso la reducción de la duración del contrato – para los de concesión de obras públicas -; circunstancias éstas que generarían un desequilibrio económico-financiero en el seno de los contratos afectados por tales medidas, lo que legitimaría a los contratistas para exigir el restablecimiento del equilibrio de un contrato que se transforma en oneroso para ellos.

Conclusión: El Ministerio de Fomento ha adoptado, en el marco del Plan estratégico de infraestructuras 2009-2012, medidas dirigidas a la reducción del gasto del Departamento consistentes en la resolución de 32 contratos y la reprogramación de otros 199 – todos ellos de cuantía superior a un millón de euros –; lo que, sin perjuicio de su oportunidad a efectos presupuestarios, supone un perjuicio considerable para el sector, que no obstante dispone de instrumentos legales a su servicio para minimizar las consecuencias desfavorables de tales decisiones.