

EL DESISTIMIENTO UNILATERAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Las consecuencias que para el contratista y la Administración tiene la resolución de un contrato son muy diversas en función de la causa determinante de la extinción y de a qué parte resulte ésta imputable. La actual coyuntura económica de restricciones presupuestarias en el sector público y dificultades financieras en el sector privado alumbrará cada vez más situaciones en las que en la extinción de los contratos coexisten diversas causas de resolución o se acude a causas previstas para supuestos de hecho diversos de aquellos a los que se pretende reconducir la resolución del contrato. Una correcta aplicación de ciertas reglas – y la aplicación de una causa de resolución en lugar de otra – puede provocar consecuencias económicas favorables para el contratista, con incidencia directa en su situación financiera.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

En la situación de contracción económica actual comienza a hacerse menos excepcional la aparición de situaciones en las que la Administración se ve abocada a la resolución de contratos vigentes a consecuencia de la imposibilidad financiera de continuarlos.

En tal circunstancia no debe perderse de vista que, de la misma manera que la insolvencia o incapacidad financiera del contratista no le exonera de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios que la incidencia de tal circunstancia proyecta sobre un contrato vigente y por ende sobre la otra parte en el contrato, tampoco la Administración puede extinguir una relación contractual por una causa que le es imputable sin indemnizar oportunamente al contratista.

A este respecto es interesante tomar en consideración dos premisas:

1.- Para la resolución de un contrato por parte de la Administración es preciso el **concurso de alguna de las causas** previstas en la legislación de contratos del sector público o en el clausulado del contrato.

2.- Ante una eventual concurrencia de causas de resolución debe atenderse siempre a la **primera en el tiempo**.

3.- El **desistimiento de la Administración** no tiene encaje en la "la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos", sino que se configura como una **causa distinta con consecuencias diversas**.

Estas premisas son de vital importancia en tanto que, en una situación económica desfavorable para todos los agentes implicados en el mercado de la contratación pública, resulta cada vez más habitual que concurren en el momento de iniciación de un expediente de resolución contractual, más de una causa legal o contractual de extinción del contrato. No es improbable, por ejemplo, un incumplimiento del contratista que se superpone a una declaración de concurso que coexiste con una iniciativa – expresa o implícita – del órgano de contratación en orden a la resolución del contrato.

En estos supuestos debe atenderse siempre a la primera razón que se haya puesto de manifiesto¹, sin que sea posible elegir libremente de entre las causas de resolución aquella que mejor convenga a quien promueve la extinción del contrato.

Pero además es preciso que la causa al amparo de la cual se proceda sea efectiva y real y **responda efectivamente al supuesto de hecho de que se trate**.

Como es sabido², la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible modificó el listado de causas generales de resolución de los contratos contenida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público para introducir una nueva causa de resolución: "la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos".

Esta causa de resolución opera en aquellos supuestos en los que **no sea posible modificar el contrato** conforme a lo dispuesto en el título V del libro I tras la reforma operada en el mismo por dicha norma³.

¹ Dictamen del Consejo de Estado número 681/2009, de 21 de mayo de 2009.

² Así se expuso en el artículo del GCSP Nº 25

³ Ahora Título V del Libro I del TRLCSP.

Conforme a tal criterio sólo cabe modificar el contrato cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107 TRLCSP⁴, esto es, solo por las causas previstas en el apartado 1 del referido artículo y siempre que la modificación no altere las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, entendiéndose en todo caso que sí alteran las condiciones de licitación y adjudicación las modificaciones del contrato que igualen o excedan, en más o en menos, el 10 % del precio de adjudicación del contrato.

Se está por tanto ante una **nueva causa de resolución que opera de forma autónoma** frente a las restantes y produce **consecuencias propias y distintas de las generales**, tales como la **reducción de la indemnización por beneficio industrial únicamente al 3% del importe de la prestación dejada de realizar** y la obligación del contratista afectado por la resolución de adoptar medidas durante la tramitación del expediente de resolución y hasta la formalización de un nuevo contrato con el mismo objeto a favor de otro contratista.

Pues bien, no cabe a la Administración amparar la **falta de consignación presupuestaria** en la causa de extinción prevista en el artículo 223.g) del TRLCSP (206.g de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), que permite resolver los contratos administrativos ante "la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos".

Esta causa fue introducida con el objetivo de restringir la posibilidad de modificación de los contratos públicos a la vista del dictamen motivado que la Comisión Europea remitió al Reino de España (en el seno de la fase precontenciosa del procedimiento por incumplimiento del Derecho europeo), al considerar que el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación, tal y como estaba regulado en la versión originaria de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, infringía los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios⁵.

Como complemento de este nuevo régimen, en el que las posibilidades de modificación contractual son mucho más limitadas, el legislador introdujo la causa de resolución referida, con el objetivo de permitir poner fin al vínculo convencional

⁴ Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto-legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

⁵ Como resaltaba el Consejo de Estado en su dictamen 215/2010, de 18 de marzo (sobre el anteproyecto de ley de Economía Sostenible).

en aquellos supuestos en los que el contrato no puede ser modificado, pero tampoco ejecutado en los términos inicialmente pactados, motivo por el cual la resolución conlleva, como regla general, el derecho del contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa de resolución le sea imputable.

Pues bien, atendiendo al origen y exégesis de esta causa de resolución, puede concluirse que cuando la ejecución del proyecto en las condiciones pactadas no resulta técnica ni físicamente imposible, sino que simplemente lo es para la Administración por razones financieras que en nada atañen al contratista, no puede acudirse al artículo 223.g) TRLCSP (artículo 206.g) LCSP) sino al 237.c) TRLCSP (artículo 220.c) LCSP).

Así las cosas, cuando la **única incidencia** habida en la ejecución contractual es la **decisión del órgano de contratación de**, por razones de gasto público, **poner término al contrato** - de obras, suministro o servicios -, dicha actuación implica un **verdadero desistimiento⁶ del contrato⁷** y determina la necesaria aplicación de la causa de resolución tipificada en el artículo que corresponda - 220.c) LCSP (237 TRLCSP) relativo al contrato de obras -, "*el desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración*".

El **desistimiento unilateral** por parte de la Administración, ha sido en muchas ocasiones admitido como **causa resolutoria de los contratos**, sin perjuicio de cualquier posible pacto de mutuo disenso y siempre y cuando el contratista haya cumplido sus obligaciones de acuerdo con lo establecido en la legislación reguladora de los contratos públicos y ello porque el desistimiento unilateral viene admitido en términos generales en el artículo 1594 del Código Civil por lo que se refiere a contratos de obras⁸.

Ahora bien, para que el desistimiento de la Administración resulte ajustado a Derecho debe justificarse en **razones de interés público que aconsejen la resolución del contrato**. En este sentido dice el dictamen 1.208/2008, de 16 de octubre, también del Consejo de Estado, que "el interés público que justifica el desistimiento unilateral de la Administración se ha venido apreciando en aquellas relaciones contractuales que, por una alteración sobrevenida de las circunstancias, han perdido su objeto".

En tal caso - desistimiento unilateral de la Administración en un contrato de obras - dicho desistimiento lleva aparejados los efectos previstos en el artículo 239 TRLCSP (222 LCSP), en concreto

⁶ El desistimiento es una causa legal de resolución de los contratos de obras - artículo 237.c) TRLCSP-, de suministro - artículo 299.b) TRLCSP - y de servicios - artículo 308.b) TRLCSP -.

⁷ Dictamen 1.916/2011, de 21 de diciembre de 2011.

⁸ Dictamen 4.350/97, de 6 de noviembre de 1997.

"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.

(...)

4. En caso de desistimiento o suspensión de las obras iniciadas por plazo superior a ocho meses, el contratista tendrá derecho al 6 % del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, entendiéndose por obras dejadas de realizar las que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el contrato primitivo y sus modificaciones y las que hasta la fecha de notificación de la suspensión se hubieran ejecutado.

En definitiva, resulta de lo expuesto que la aplicación de una causa de resolución en lugar de otra incide de forma notable en la liquidación del contrato y sus efectos económicos para el contratista.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Alejandro Hernández del Castillo y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)