

¿Puede desistir la Administración de un contrato ya celebrado por falta de presupuesto?

Una solución innovadora

Pilar Cuesta de Loño

Letrada del Consejo de Estado

Grupo de Contratos del Sector Público de Gómez-Acebo & Pombo

José Luis Palma Fernández

Letrado del Consejo de Estado

Socio de Gómez-Acebo & Pombo Abogados

La situación económica actual comienza a hacer menos excepcional que la Administración se vea abocada a la resolución de contratos vigentes a consecuencia de la imposibilidad financiera de continuarlos.

De la misma manera que la insolvencia financiera del contratista no lo exonera de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios que tal circunstancia proyecta sobre un contrato vigente y especialmente sobre la otra parte, 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 tres 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 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 en el momento de iniciación de un expediente de resolución contractual concurra 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 manifiesto, 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.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible modificó el listado de causas generales de resolución de los contratos contenido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público para introducir una nueva: «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 efectuada en éste por dicha norma, de tal modo que 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](#) TRLCSP¹, esto es, sólo 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.

Esta causa fue introducida para 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, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios².

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 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, como es la falta de consignación presupuestaria, no puede acudir-se al artículo 223g TRLCSP (art.206g LCSP) sino al 237c TRLCSP (art. 220c 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 desistimiento³ del contrato⁴ y determina la necesaria aplicación de la causa de resolución tipificada en el artículo que corresponda (220c 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 se ha admitido en muchas ocasiones 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 obras⁵.

Ahora bien, para que el desistimiento de la Administración resulte ajustado a derecho debe justificarse con razones de interés público que

¹ Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

² Como resaltaba el Consejo de Estado en su dictamen 215/2010, de 18 de marzo (sobre el anteproyecto de ley de economía sostenible).

³ El desistimiento es una causa legal de resolución de los contratos de obras (art. 237c TRLCSP), de suministro (art. 299b TRLCSP) y de servicios (art. 308b TRLCSP), en los que se prevé una indemnización del 6 % en los de obras y suministro y del 10 % en los de servicios.

⁴ Dictamen 1916/2011, de 21 de diciembre del 2011.

⁵ Dictamen 4350/97, de 6 de noviembre de 1997.

aconsejen la resolución del contrato. En este sentido dice el dictamen 1208/2008, de 16 de octubre, 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— el desistimiento lleva aparejados los efectos previstos en el artículo 239 TRLCSP (222 LCSP), en concreto:

- «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, la aplicación de una causa de resolución —desistimiento— en lugar de otra —imposibilidad— incide de forma notable en la liquidación del contrato y sus efectos económicos para el contratista, cuya indemnización puede resultar duplicada.