

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS POR IMPOSIBILIDAD.

La resolución de los contratos administrativos se ha ordenado tradicionalmente sobre la base de una enumeración tasada de las causas que permiten poner fin a los mismos y estructurada en el binomio "causas generales de resolución-causas específicas de cada modalidad contractual". La Ley de Economía Sostenible ha modificado el listado de causas generales de resolución de los contratos 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 norma. Esta nueva causa de resolución 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.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

Las resolución de los contratos administrativos tiene lugar por causas tasadas cuya enumeración acoge actualmente el artículo 206 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES), ha introducido una **nueva causa de resolución de los contratos administrativos** en el apartado g) del artículo 206 LCSP: “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, cuando **no sea posible modificar el contrato conforme** a lo dispuesto en el título V del libro I”.

Esta nueva causa de resolución responde a la radical **reforma** operada por la LES en la LCSP en materia de modificación de los contratos públicos, limitando la misma a dos posibilidades:

- La **previsión de la modificación futura** del contrato en los propios pliegos o en el anuncio de licitación, en cuyo caso deberá determinarse en los mismos los límites de dicha modificación así como las causas que la justificarían, debiendo licitarse el contrato por el importe que el mismo alcanzaría de acometerse la modificación prevista en los pliegos o en la documentación que rige la contratación.
- La modificación del contrato por el **concurso de una causa objetiva** de entre las **tasadas** por el apartado 1 del artículo 92 quáter LCSP, previa justificación suficiente de su concurso y sin que la modificación pueda alterar las **condiciones esenciales** de la licitación y adjudicación, con la peculiaridad de que el apartado 3 del artículo 92 quáter mencionado entiende que altera las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación las modificaciones del contrato que igualen o excedan, en más o en menos, el 10% del precio de adjudicación del contrato.

Fuera de estos supuestos **no cabe modificación del contrato** de modo que se hace necesaria la **resolución del mismo** y la celebración de un nuevo contrato que permita lograr la consecución del objetivo perseguido – e inviable – por aquel que se resuelve.

Para permitir articular la resolución de aquellos contratos que no pudiendo modificarse, no permiten tampoco ejecutar la prestación convenida sin modificarlos fuera de los márgenes legalmente previstos, la LES ha introducido en la LCSP “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” como **causa de resolución** de los contratos.

Para estos supuestos de “**resolución del contrato por imposibilidad**”, el artículo 208.5 LCSP prevé el **derecho del contratista a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar**, salvo que la causa sea imputable al contratista.

I.- La resolución del contrato por imposibilidad

El artículo 206.g) LCSP prevé dos supuestos de resolución del contrato que podrían incluirse bajo la rúbrica común de “resolución del contrato por imposibilidad”:

- La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados.
- La posibilidad cierta de producir una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en los términos inicialmente pactados.

A este binomio pueden añadirse otros supuestos que merezcan encaje en el concepto de “imposibilidad de ejecución o cumplimiento del contrato” por causas distintas de la necesidad e imposibilidad legal de modificación del mismo.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la imposibilidad material de ejecución del contrato derivada de la **desaparición sobrevenida de su objeto**, como ha reconocido el Consejo de Estado en alguno de sus dictámenes¹. Ello no obstante, en estos otros supuestos de “resolución del contrato por imposibilidad” distintos de los previstos expresamente en el artículo 206.g) LCSP no cabe la aplicación automática del artículo 208.5 LCSP – y por tanto la indemnización del 3% - sino que habrá de analizarse, caso por caso, las circunstancias de dicho contrato y la actuación de cada una de las partes contratantes en el mismo.

1 En dictamen 1.358/2009, de 12 de noviembre de 2009, se contempla la posibilidad de que el contrato sobre el que versa el dictamen – un contrato de consultoría y asistencia – y respecto del que la Administración Pública proponía la resolución por incumplimiento culpable del contratista, se considere terminado “por la desaparición sobrevenida de su objeto pendiente de ejecución”, concluyendo que se ha producido un cumplimiento del resto del contrato y por tanto sin que proceda la incautación de la garantía.

II.- Consecuencias de la resolución del contrato por imposibilidad

El artículo 208. 5 LCSP establece que cuando la **resolución** se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 206, **el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar**, salvo que la causa sea imputable al contratista y continúa en su apartado 6 que al tiempo de la resolución podrá iniciarse la adjudicación del nuevo contrato que vaya a celebrarse para el cumplimiento de la prestación objeto del anterior.

Deben diferenciarse dos consecuencias o efectos distintos en la resolución del contrato por imposibilidad:

1.- Liquidación del contrato.

La resolución del contrato por 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 los términos pactados determina:

- a) Con carácter general el derecho del contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar².
- b) Si la causa de resolución fuera imputable a la Administración, ésta deberá además indemnizar al contratista por los daños y perjuicios que se le irroguen³.

2 Parece que la LES ha reducido el porcentaje de indemnización tradicionalmente reconocido como beneficio industrial (del 6% para los contratos de obras – artículo 222 LCSP- y para los contratos de suministro – artículo 273 LCSP- y del 10% para los contratos de servicios – artículo 285 LCSP) para aquellos supuestos en los que la resolución del contrato se articule al amparo del artículo 206.g) LCSP.

3 La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido aceptando el tanto por cien bajo el concepto de beneficio industrial del contratista (Sentencia Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2004 en el recurso de casación 6812/2001 con cita de otras anteriores) y que dicho beneficio industrial pretende el pago del lucro cesante, es decir, el perjuicio que sufre el contratista al dejar de obtener una garantía como consecuencia de la resolución del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 25 de junio de 2002). Por ello, de ser imputable la causa de resolución del contrato a la

- c) En el caso de que el contratista resultara culpable del concurso de la causa de resolución mencionada, perdería el derecho a percibir una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar y debería indemnizar a la Administración contratante por los daños y perjuicios que le hubiera ocasionado tal actitud.

2.- Licitación de un nuevo contrato.

El artículo 208.6 LCSP prevé que **al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato** (solo en el caso de resolución por la causa prevista en el artículo 206.g), podrá **iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato**, si bien la **adjudicación** de éste quedará **condicionada** a la **terminación del expediente de resolución**.

Tanto el **procedimiento de resolución del contrato** afectado por la "imposibilidad" como el **procedimiento para la adjudicación** de un nuevo contrato con el mismo objeto serán tramitados por el **procedimiento de urgencia**.

No obstante la tramitación del expediente de resolución del contrato y hasta que tenga lugar la formalización del nuevo contrato, **el contratista quedará obligado**, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a **adoptar las medidas necesarias** por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado.

Estas medidas se adoptarán por el contratista hasta el momento de formalización del nuevo contrato, y, una vez concluidos los trabajos, tiene derecho a solicitar una **retribución por los mismos**, retribución que se fijará mediante acuerdo, y a falta del mismo, a instancia del contratista por el órgano de contratación, tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato.

La remuneración que se señale por el órgano de contratación por los trabajos realizados durante la tramitación del expediente de resolución del contrato es impugnabile por el contratista ante el mismo órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles.

Administración contratante, debería proceder además la indemnización de los daños sufridos si hubieran tenido lugar.

Así las cosas puede concluirse que la reforma operada por la Ley de Economía Sostenible **no beneficia a los contratistas**, que no solo ven reducidas las posibilidades de modificar un contrato que les ha sido adjudicado, sino que en aquellos supuestos en que, sin modificación, el contrato resulte de imposible ejecución en los términos inicialmente pactados – o pueda ejecutarse pero con grave lesión del interés público –, el contrato deberá resolverse con una **indemnización solo del 3% del importe de la prestación dejada de realizar** y siempre y cuando la causa de resolución no resulte imputable al contratista, supuesto en el que no solo pierde el derecho a indemnización, sino que debe indemnizar a la Administración contratante por los daños y perjuicios que se le hubiere irrogado.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. esta 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 Departamento de Derecho Administrativo, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)