

**CONTROL DE CAMBIOS**

<b><u>REVISIÓN</u></b>	<b><u>FECHA</u></b>	<b><u>MOTIVO</u></b>
0	21/02/12	<ul style="list-style-type: none"><li>• Publicación.</li></ul>
1	07/03/12	<ul style="list-style-type: none"><li>• Reelaboración del apartado 3.F.- <i>Incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales.</i></li><li>• Introducción de nuevas sentencias.</li><li>• Otros cambios menores de redacción.</li></ul>

**TEMA 20**  
**RESOLUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO**  
**ÍNDICE**

**1.- REGULACIÓN NORMATIVA**

**2.- NATURALEZA Y LÍMITES**

**3.- CAUSAS DE RESOLUCIÓN PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 223 TRLCSP**

**A.- MUERTE O INCAPACIDAD SOBREVENIDA DEL CONTRATISTA**

**A1.- Muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual**

**A2.- Extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista**

**B.- DECLARACIÓN DE CONCURSO O INSOLVENCIA**

**B1.- Declaración de concurso**

**B2.- Declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento**

**C.- MUTUO ACUERDO**

**D.- DEMORA EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS POR EL CONTRATISTA**

**D1.- Demora en el plazo de ejecución**

**D2.- Demora en el plazo de inicio en los expedientes de tramitación urgente**

**E.- DEMORA EN EL PAGO**

**F.- INCUMPLIMIENTO DE LAS RESTANTES OBLIGACIONES CONTRACTUALES ESENCIALES**

**G.- IMPOSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO**

**H.- CAUSAS DE RESOLUCIÓN ESTABLECIDAS EXPRESAMENTE EN EL CONTRATO**

**I.- LAS SEÑALADAS PARA CADA CATEGORÍA DE CONTRATO**

**4.- CAUSAS DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 237 TRLCSP**

**A.- DEMORA EN LA COMPROBACIÓN DEL REPLANTEO**

**B.- SUSPENSIÓN DE LA INICIACIÓN DE LAS OBRAS POR PLAZO SUPERIOR A SEIS MESES**

**C.- SUSPENSIÓN DE LAS OBRAS Y DESISTIMIENTO**

**C1.- Suspensión de las obras por plazo superior a ocho meses**

**C2.- Desistimiento unilateral de la Administración**

**5.- OTRAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN PREVISTAS EN EL TRLCSP**

**A.- NO REPOSICIÓN O REAJUSTE DE GARANTÍAS**

**B.- NO SUBSANACIÓN DE DEFECTOS OBSERVADOS EN LA RECEPCIÓN DE LAS OBRAS**

**6.- PROCEDIMIENTO Y PLAZO**

**A.- PROCEDIMIENTO**

**B.- PLAZO**

**7.- EFECTOS**

**A.- MUTUO ACUERDO**

**B.- RESOLUCIÓN POR CAUSAS ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO**

**C.- RESOLUCIÓN POR CAUSAS ESTABLECIDAS EN LA LEY**

**C1.- Incumplimiento del contratista**

**C2.- Incumplimiento de la Administración**

## **ANEXO I.- CUESTIONES**

(Las cuestiones se desarrollan al final del tema)

(C.20.01.- ¿Cabe la concurrencia y compensación de incumplimientos entre contratista y Administración?...Sí.)

(C.20.02.- ¿Puede operar el mutuo acuerdo tácito como causa de resolución del contrato?...Sí.)

(C.20.03.- ¿El transcurso del plazo señalado, habilita por sí solo a la Administración para resolver el contrato?... NO, ha de hacerse ponderando en cada caso concreto las circunstancias concurrentes y de que modo afectan al interés público.)

(C.20.04.- En el supuesto de demora por causas imputables al contratista, ¿La Administración sólo puede optar entre resolver el contrato o imponer penalidades? ¿Cabe la prórroga tácita del contrato?... Necesariamente ha de optar entre resolver el contrato o imponer penalidades. La jurisprudencia admite sin embargo la prórroga tácita en determinados supuestos, diferenciándolo de la mera tolerancia.)

(C.20.05.- Sí en el supuesto de demora por causas imputables al contratista, la Administración opta por imponer penalizaciones, otorgando un nuevo plazo al contratista ¿Habrá de estarse, para poder resolver el contrato, a este nuevo plazo señalado o, habrá de esperarse a que las penalidades alcancen un múltiplo del 5% del precio del contrato?...Caben ambas posibilidades.)

(C.20.06.- ¿Qué ocurre ante el incumplimiento de una obligación, esencial por su naturaleza, pero no recogida como tal en el pliego ó en el contrato?... Prevalece la nota de esencialidad sobre el aspecto formal, pudiendo la Administración proceder a la resolución del contrato. -Ver comentarios-.)

(C.18.04.- A los efectos de computo del límite (10%) en el incremento del gasto previsto en los artículos 107.3.d TRLCSP (92 quáter 3.d.), 234.3 TRLCSP (217.3 LCSP) y 160 RGLCAP- ¿Cabe la compensación entre aumentos y minoraciones?... (ver).)

(C.18.05.- ¿En el supuesto de modificaciones, para el cálculo del porcentaje que representa la modificación, han de compararse el precio inicial y el modificado sin aplicar tipos diferentes en el Impuesto sobre el Valor Añadido?... SI, habrá de prescindirse del IVA.)

(C.18.08.- ¿El porcentaje (10%) de los eventuales excesos de medición (Art.234.3 TRLCSP -217.3 LCSP-) se han de entender incluidos en el límite del 10% para que sea considerado como una alteración esencial prevista en el artículo 107.3.d TRLCSP -92 quater 3.d. LCSP-?... NO.)

(C.20.07.- ¿De no instar el contratista la resolución del contrato por suspensión en el inicio de las obras, podrá reclamar indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el tiempo de espera?...SI.)

(C.20.08.- ¿Cabe adicionar distintos periodos de suspensión, para alcanzar el límite de ocho meses señalados por la ley y, en consecuencia, instar la resolución del contrato?... SI.)

(C.20.09.- ¿Cabe que la Administración desista del contrato tomando como argumento fundamental la situación de crisis económica?... Si)

(C.20.10.- ¿Cabe resolver el contrato una vez firmada el acta de recepción de las obras?...NO.)

(C.20.11.- ¿Resuelto el contrato por mutuo acuerdo, cabe que el contratista presente una reclamación derivada del contrato, sobre la que en el acuerdo de resolución guardo silencio?... SI.)

(C.20.12.- ¿Resuelto el contrato por causa imputable al contratista, la indemnización de daños y perjuicios debe tener en cuenta la cuantía que resulte de la diferencia entre el importe actual del contrato y el nuevo importe por el que finalmente se contrate la ejecución de las obras?...SI, entre otros.)

(C.7.13.- ¿El propio expediente que en su caso se instruya, para resolver el contrato por causa imputable al contratista puede dar inicio al expediente para declarar la inhabilitación de éste?... NO, son expedientes distintos.)

(C.7.04.- ¿Cuándo se entienden firmes los actos administrativos que declaran la prohibición de contratar y, cuándo, una sanción administrativa?... (ver).)

(C.20.13.- ¿El cálculo de la indemnización al contratista del 3 % del precio de adjudicación, por suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses por parte de la Administración se realiza sobre la cantidad del precio de adjudicación IVA incluido, o debe, por el contrario, calcularse descontando la cantidad correspondiente al impuesto?... Debe descontarse la cantidad correspondiente al impuesto.)

## **ANEXO II.- COMENTARIOS**

(Los comentarios se desarrollan al final del tema)

*(COM.20.01. Consecuencias de la incomparecencia del contratista al acto de comprobación del replanteo.)*

*(COM.10.01.- ¿El hecho de la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, supone la pérdida de garantía y, además, la obligación de hacer frente a la responsabilidad de daños y perjuicios en lo que exceda de aquélla o, solamente, la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados?)*

*(COM.19.01.- Suspensión: Conceptos indemnizables y compatibilidad con las indemnizaciones por resolución.)*

**1.- REGULACIÓN NORMATIVA**

<b><u>TRLCSP (LCSP)</u></b>	<b>TITULO DEL ARTICULO</b>	<b><u>R.G.L.C.A.P.</u></b>	<b><u>T.R.L.C.A.P</u></b>
25 (25)	<b>Libertad de pactos</b>	---	4
60,2,a. (49,2,a)	<b>Prohibiciones de contratar</b>	varios	20
85 (73 bis)	<b>Supuestos de sucesión del contratista</b>	---	Disperso
99.2 (87.2)	<b>Constitución, reposición y reajuste de garantías</b>	60, 61 y 62	41 y 42
112.2.c. (96.2.c)	<b>Tramitación urgente del expediente</b>	---	71.2.d)
105 a 108 y 219-220 (92 bis a 92 quinquies. y 202-203)	<b>Modificación del contrato</b>	97, 101, 102 158 a 162	59, 101 y 146
150,6 (166,6)	<b>Criterios de valoración de las ofertas</b>	82, 86	varios
210 (194)	<b>Enumeración (Prerrogativas Admon.)</b>	---	59
211 (195)	<b>Procedimiento de ejercicio</b>	109; 110	59
212 (196)	<b>Ejecución defectuosa y demora</b>	99	95
213 (197)	<b>Resolución por demora y prórroga de los contratos</b>	100	96
221 (204)	<b>Extinción de los contratos</b>	---	109
223 (206)	<b>Causas de resolución</b>	---	111
224 (207)	<b>Aplicación de las causas de resolución</b>	109; 110	112
225 (208)	<b>Efectos de la resolución</b>	111; 112; 113	113
235.2 (218.2)	<b>Recepción y plazo de garantía</b>	---	147.2
237 (220)	<b>Causas de resolución (Ctto. Obras)</b>	---	149
238 (221)	<b>Suspensión de la iniciación de la obra</b>	---	150
239 (222)	<b>Efectos de la resolución (Ctto. obras)</b>	---	151
308 c. (284 c.)	<b>Causas de resolución (Servicios)</b>	--	167 y sig

Todos los artículos relacionados del TRLCSP tienen carácter básico, excepto los números 112.2.c.; 211.2; 212 apartados 3 a 8; 224 apartados 3 y 5; y 235.2.

Todos los artículos del RGLCAP tienen carácter básico, excepto los números 97, 99, 100, 110, 158 y 159.

La resolución del contrato se configura en el artículo **210** del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), como una de las prerrogativas con las que cuenta la Administración, estableciendo el artículo **211** el procedimiento general de su ejercicio y, en el **213**, el particular para el supuesto de demora del contratista en la ejecución de los trabajos. En su artículo **221** establece de manera concisa las dos formas de extinción

de los contratos “*Los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución*”. La ley regula las causas y efectos de la resolución comunes a todos los tipos de contratos en los artículos **223 a 225**; las causas y efectos específicos de la resolución del contrato de obras en los artículos **237 a 239**; El artículo **112.2.c.** (al que se remite el Art.223.d.-), contempla la posibilidad de resolución por demora del contratista en el inicio de la ejecución de los contratos tramitados de urgencia y, el artículo **212** (al cual se remite el Art. 224.6.-) trata la resolución por demora del contratista en la ejecución de los trabajos. Fuera de las causas de resolución generales relacionadas en el artículo 223, y de las específicas del contrato de obra recogidas en el artículo 237, el artículo **99.2** contempla la resolución del contrato por no reposición de la garantía, y el artículo **235.2** por no subsanación de los defectos de ejecución observados.

El Real Decreto 1098/2001 por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), regula los efectos y tramitación de la resolución de los contratos en el L.I., T.V, C.II, artículos **109 a 113**; en el L.II, T.I, C.IV, artículos **170 a 172**, regula ciertos supuestos específicos del contrato de obras.

El Decreto 3854/1970, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado (D3854/1970), establece diversas previsiones sobre el tema, y así: **Cláusula 66.** Sanciones al contratista por daños y perjuicios en caso de resolución por causas imputables al mismo.; **C.67.** Fallecimiento del contratista individual.; **C.68.** Causas de resolución del contrato referidas al caso de agrupación temporal de empresas.; **C.69.** Plazo para retirar instalaciones y equipo.

## **2.- NATURALEZA Y LÍMITES**

Hay que comenzar por señalar que la regulación de la resolución contractual contenida en la normativa de contratación pública es de aplicación a los denominados contratos administrativos, aquellos en los que es parte una Administración Pública, pero no a aquellos otros celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas, estos contratos que tienen la consideración de privados en cuanto a sus efectos (salvo en lo que se refiere a su modificación), y extinción se regirán por el derecho privado según señala el artículo 20 TRLCSP.

**Por lo tanto, en el presente tema se analiza la resolución del contrato administrativo.**

(**Nota:** No todos los contratos celebrados por una Administración Pública tienen ese carácter según señala el artículo 20.1. párrafo segundo del TRLCSP, pero si todos los contratos de obra tienen ese carácter.)

El mecanismo de la extinción anticipada del contrato por medio de su resolución, “... *constituye un medio de defensa de la parte cumplidora frente al incumplimiento de la otra parte, o frente a las alteraciones no justificadas de los términos en que fuera concebido el equilibrio contractual en el momento de la conclusión del pacto..*” ([DCE 3007/2003](#); [DCE 2205/2000](#); [DCE 2853/1997](#); etc.).

Ahora bien, sólo el órgano de contratación ostenta la prerrogativa legal de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta. El contratista no conforme con la decisión adoptada por la Administración –de resolver o de no resolver el contrato-, tiene la posibilidad de impugnarla ante la jurisdicción contencioso-administrativa y, en su caso, pedir ante la misma la suspensión de los efectos del acuerdo adoptado, pero no puede dejar de ejecutar sus prestaciones con fundamento en el incumplimiento de sus obligaciones por la Administración, salvo en aquellos casos en que la ley expresamente se lo permita.

El que la resolución del contrato sea una prerrogativa de la Administración y a ella sola corresponda acordarla, no supone que el contratista en determinados supuestos no pueda instarla, es más, concurriendo

un incumplimiento contractual de la Administración para los que la ley prevé la resolución contractual, sólo el contratista está legitimado a instarla.

En caso de concurrir **pluralidad de causas de resolución**, se habrá de estar a la primera que se hubiere producido en el tiempo ([DCE 404/2010](#); [DCE 681/2009](#); [DCE 1843/2008](#); etc.). Cuando un mismo hecho pueda ser subsumido en dos causas de resolución prevalecerá la causa de contenido más específico sobre aquella otra de contenido más general ([CC CAN 700 2011](#)).

Cuestión distinta y admitida por la jurisprudencia es la posibilidad de **conurrencia de culpas** de las partes intervinientes, que aminoren los efectos desfavorables para aquélla incurso en causa de resolución.

[\(C.20.01.-¿Cabe la concurrencia y compensación de incumplimientos entre contratista y Administración?...Sí.\)](#)

Admite el Consejo de Estado la posibilidad de que pueda acordarse la **resolución parcial**, cuando el contrato tenga distintos objetos perfectamente diferenciados y, ni la naturaleza del contrato ni la voluntad de las partes, exijan el mantenimiento total o, en aquellos casos en que existan razones -sobre todo de interés público- que justifiquen la conservación del negocio en lo realizable. ([DCE 921/2006](#); [DCE 3252/2004](#); [DCE 2416/2004](#); [DCE 2907/2004](#); [DCE 2717 2000](#); etc. ).

No procederá la resolución del contrato cuando el mismo ya se hubiera extinguido por su cumplimiento, sin perjuicio de que la Administración pudiera, en su caso, exigir al contratista la indemnización por los daños y perjuicios causados.

\*\*\*

Se estudia en los siguientes apartados (3,4 y 5) las causas de resolución, siguiendo la clasificación y el orden recogido en el TRLCSP. Advertir ya aquí, que el artículo 223 TRLCSP ([Apartado 3](#)) viene a establecer una suerte de *numerus clausus* de modo que fija como causas de resolución las previstas en los apartados a) a h), e i) *Las que se señalan para cada categoría de contrato en esta Ley*, remitiendo así en el caso del contrato de obras a las previstas en el artículo 237 ([Apartado 4](#)). Sin embargo, la propia ley prevé la resolución del contrato por otras causas no incluidas en ninguno de los dos artículos citados, en concreto, por no llevar a cabo la reposición o reajuste de las garantías (Art.99.2 TRLCSP) y, la no subsanación de defectos observados en la recepción de las obras (Art. 235.2 TRLCSP) ([Apartado 5](#)).

### **3.- CAUSAS DE RESOLUCIÓN PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 223 TRLCSP**

#### **A.- MUERTE O INCAPACIDAD SOBREVENIDA DEL CONTRATISTA**

*Son causas de resolución del contrato: (...) a.- La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85. (Art. 223.a. TRLCSP -206.a. LCSP-)*

Las garantías procedimentales que la Ley impone a la Administración para la elección del contratista reafirman la idea de que el contrato administrativo se concluye *intuitu personae*, precisamente en función de la capacidad y solvencia del contratista adjudicatario, de ahí que la desaparición de este, o su incapacidad, traiga como consecuencia la extinción del vínculo contractual. Con todo, salvo en el caso de la disolución de la sociedad, la resolución no se produce *ipso iure*, sino que la Administración queda facultada para optar entre resolver el contrato o acordar la continuación del mismo en los términos y condiciones que se desarrollan seguidamente.

### **A1.- Muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual**

*Cuando la causa de resolución sea la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores. (224.3 TRLCSP -207.3. LCSP-).*

**Muerte.** Para este supuesto –y para el de incapacidad sobrevenida- establece el artículo 224.3 TRLCSP (207.3 LCSP) y 110 RGLCAP que el acuerdo de continuación del contrato será adoptado por el órgano de contratación previa petición de los herederos o del representante del incapaz. De no acordarse la continuación del contrato, ello no dará derecho alguno a indemnización por el resto del contrato dejado de ejecutar.

Por su parte, la cláusula 67 del *Decreto 3854/1970, por el que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado* (Decreto 3854/1970), vigente en todo lo que no contradiga a la Ley o el Reglamento, establece la obligación del delegado del contratista o de sus herederos de comunicar a la Administración el fallecimiento de aquél.

De no tener lugar la comunicación y paralizarse la obra, el órgano de contratación acordará la resolución del contrato sin incautación de la garantía pero con indemnización a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados por la paralización.

De haberse comunicado el hecho de la muerte, la Administración ofrecerá a quienes acrediten su condición de herederos la continuación de las obras en las mismas condiciones previstas en el contrato. Si los herederos renunciaren a continuar las obras o, no manifestaren en el plazo de tres meses (o el superior que se señale) su intención de continuarlas, se resolverá el contrato sin incautación de la garantía ni indemnización de daños y perjuicios.

Igual efecto se producirá en el caso de que los herederos manifiesten su intención de continuar las obras pero, el órgano de contratación considere que la capacidad y solvencia económica y financiera, técnica o profesional de los mismos no es suficiente para continuarlas.

Por contra, si los herederos a juicio del órgano de contratación reúnen tales requisitos, se acordará la continuación del contrato, dando lugar a una novación subjetiva del mismo.

**Incapacidad Sobrevenida.** La incapacidad originaria –aquella existente con anterioridad a la perfección del contrato-, es causa de nulidad del contrato administrativo. Por el contrario, la incapacidad sobrevenida es causa de resolución. La incapacidad exige la declaración judicial de incapacitación en los términos previstos en la legislación civil.

Producida la declaración de incapacidad, tal y como regula el artículo 110 RGLCP para este supuesto y para el de muerte del contratista, el órgano de contratación podrá acordar la resolución del contrato ó, a petición del representante del incapaz, acordar con éste, en nombre e interés del incapacitado, la continuación en la ejecución del contrato. De no acordarse la continuación del contrato, ello no dará derecho alguno a indemnización por el resto del contrato dejado de ejecutar.

**Desaparición.** Al no contemplar la legislación administrativa los efectos que para el contrato supone la desaparición del contratista de su domicilio o de su lugar de residencia, sin tener noticias del mismo, habrá de estarse a lo dispuesto en la legislación civil (Art. 181 y 193 a 197 del Código Civil).

Cabe así que el desaparecido hubiese dejado un apoderado, o que se inste por los parientes o el Ministerio Fiscal el nombramiento de un defensor judicial, que ampare los intereses del desaparecido ante la Administración.



Cabe así mismo que se inste la declaración judicial de fallecimiento, pero tanto en este caso, como en el supuesto de que no se inste el nombramiento de defensor judicial, lo habitual será que los plazos se prolonguen sin que sea asumida la continuación de las obras, por lo que el órgano de contratación, constatada la imposibilidad de que el contrato sea ejecutado en plazo -aun cuando no haya transcurrido la totalidad del mismo-, podrá acordar su resolución.

## **A2.- Extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista**

**Disolución.** Solamente la disolución de la sociedad, supone la extinción automática del contrato. Adoptada la decisión de disolución, bien sea por la Junta General de la entidad, o por resolución judicial, la sociedad en liquidación conserva su personalidad jurídica a los solos efectos de que puedan realizarse los cobros y pagos correspondientes, sin que en ningún caso pueda continuar la ejecución del contrato.

**Fusión.** El artículo 85 TRLCSP (73.bis LCSP), prevé que en los casos de fusión -bien sea fusión en sentido estricto con otra sociedad dando lugar a la creación de otra nueva, o bien fusión por absorción de la sociedad contratista por otra-, continuará el contrato vigente con la entidad resultante de la fusión o con la entidad absorbente, subrogándose la nueva sociedad o la sociedad absorbente en todos los derechos y obligaciones dimanantes del contrato. Por lo tanto en este supuesto, no ha lugar a la resolución del contrato, pues se presupone que la sociedad resultante de la fusión o la sociedad absorbente tienen, al menos, la misma capacidad y solvencia que la empresa fusionada o absorbida.

**Escisión.** El mismo artículo 85 TRLCSP, prevé en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, la continuación del contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquélla de la ejecución del contrato. Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos, como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario.

**Transformación.** La transformación de la sociedad contratista por el cambio en su forma jurídica societaria (por ejemplo pasar de ser una S.A. a una S.L.), no supone la extinción de su personalidad jurídica, en consecuencia, este solo hecho, no afecta a la vida del contrato.

## **B.- DECLARACIÓN DE CONCURSO O DE INSOLVENCIA EN CUALQUIER OTRO PROCEDIMIENTO**

*Son causas de resolución del contrato: (...) b.- La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento. (Art. 223.b. TRLCSP -206.b. LCSP-).*

### **B1.- Declaración de concurso**

La declaración de concurso por el juez, procede en caso de insolvencia del deudor -sea éste deudor civil o mercantil- y tendrá como final consecuencia, bien la aprobación judicial del convenio, bien la liquidación del patrimonio del deudor -desde un primer momento o por incumplimiento del convenio-.

En los contratos de **carácter administrativo** la declaración de concurso no es una causa de resolución automática; el órgano de contratación potestativamente, podrá optar por la continuación del contrato, si el contratista presta garantías suficientes a juicio de aquél para su ejecución (Art. 224.5 TRLCSP -207.5 LCSP-). Por contra, la apertura de la fase de liquidación, por suponer ésta la insolvencia definitiva del deudor, supondrá siempre a la resolución del contrato (224.2 TRLCSP -207.2 LCSP-).

Tratándose de contratos del sector público que tengan **carácter privado** (Aquellos celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas y, ciertos –nunca el de obra- contratos celebrados por Administraciones Públicas –Art. 20 TRLCSP-), se regirán, en cuanto a sus efectos y extinción por lo establecido en la legislación concursal, la cual prevé (artículos 61.2, 62 y 67 de la Ley 22/2003) que la decisión de resolver el contrato, bien a petición de la administración concursal en caso de suspensión de las facultades del concursado, bien a petición de éste en caso de mera intervención, sea adoptada por el juez concursal, cuando ello sea conveniente al interés del concurso. Esta suerte de amparo judicial a favor del concursado, no tendrá lugar cuando la causa del incumplimiento sea posterior a la declaración del concurso, sin bien también en este caso, deberá ser el juez del concurso quien lo acuerde.

(**Nota:** Apréciase, que si bien vigente el contrato, según lo anteriormente expuesto, se establece una regulación diferenciada entre los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y el resto del Sector Público, sin embargo, con anterioridad a la formalización del contrato, la regulación es la misma para todo el Sector Público, estableciendo al efecto el TRLCSP en su artículo 60.b como causa de prohibición de contratar con el Sector Público el *“Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.”* ).

Para el supuesto de que la declaración del concurso afectase a alguna de las empresas integrantes de una Unión Temporal de Empresas, dispone la cláusula 68 del Decreto 3854/1970 que *“Cuando alguna de las Empresas que forman parte de una agrupación temporal quede comprendida en alguna de las circunstancias previstas en los números 4, 5 y 6 (Declaración de quiebra o suspensión de pagos del contratista) del artículo 157 del Reglamento General de Contratación, la Administración estará facultada para exigir el estricto cumplimiento de las obligaciones pendientes del contrato a las restantes Empresas que formen la agrupación temporal o para acordar la resolución del mismo.”*

Por último, cabe señalar, que el artículo 226 del TRLCSP -209 LCSP-, que trata de la cesión de los contratos, permite ésta sin que se cumpla el requisito de haber sido ejecutado el 20% del importe del contrato, cuando el adjudicatario se halle en concurso, y ello aun en el caso de que se hubiera abierto la fase de liquidación.

## **B2.- Declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento**

La declaración de insolvencia, lo puede ser tanto en un procedimiento administrativo (Por ejemplo la declaración de insolvente fallido en un procedimiento de recaudación tributaria), como judicial (Por ejemplo declaración de insolvencia en materia laboral –Art. 276 y siguientes de la Ley 36/2011 reguladora de la jurisdicción social-).

La declaración de insolvencia dará siempre lugar a la resolución del contrato. (224.2 TRLCSP -207.2- LCSP).

### **C.- MUTUO ACUERDO**

*Son causas de resolución del contrato: (...) c. El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista. (Art. 223.c. TRLCSP -206.c. LCSP-).*

\*\*\*

*La resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato. (Art. 224.4 TRLCSP -207.4 LCSP-).*

Por lo tanto, no basta con que presten su consentimiento Administración y contratista, previamente y de modo simultáneo han de darse los dos siguientes presupuestos:

- a) Que existan razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.
- b) Que no concurra otra causa de resolución imputable al contratista.

La exigencia de que **existan razones de interés público**, además de ser un motivo que debe informar en general cualquier actuación de los entes del Sector Público, supone en este campo, evitar que esta causa pueda ser utilizada como cauce para la sustanciación de transacciones solapadas, de ahí que la norma exija que en el expediente se mencionen las razones de interés público que lo justifican de modo objetivo y suficiente.

Las razones de interés público pueden ser de lo más variadas: Económicas, técnicas, por imposibilidad sobrevenida, por variación sustancial de las circunstancias bajo las que se adjudicó el contrato, etc.

La **no concurrencia de otra causa de resolución imputable al contratista**, se fundamenta en la imposibilidad de renuncia por parte de la Administración a la indemnización a la que en caso de incumplimiento culpable del contratista tendría derecho, ahora bien, de concurrir un incumplimiento del contratista, este debe ser de tal naturaleza que se recoja en la normativa como una causa de resolución, otros incumplimientos que no tengan este carácter no impiden el mutuo acuerdo.

Del mismo modo que no es posible la resolución del contrato por mutuo acuerdo, cuando haya existido un previo incumplimiento resolutorio por parte del contratista, tampoco cabe que, habiéndose convenido previamente la resolución por mutuo acuerdo, la Administración pretenda después la resolución por incumplimiento culpable del contratista (Ver [STS 11309/1994](#) y [STS 18855/1994](#)).

Tanto en la jurisprudencia del T.S. como en la doctrina del Consejo de Estado, la resolución por mutuo acuerdo es apreciada con criterio restrictivo y carácter excepcional.

[\(C.20.02.- ¿Puede operar el mutuo acuerdo tácito como causa de resolución del contrato?...Sí.\)](#)

**(Nota:** Si es posible el mutuo acuerdo como modo de resolver un contrato ya perfeccionado, con más razón cabrá el mutuo acuerdo en aquellos procedimientos de contratación que no se hallen concluidos, aunque evidentemente estos supuestos no cabrían calificarse de resolución contractual, toda vez que en ellos el contrato no se encuentra formalizado (ver [STS 4164/1988](#)).

\*\*\*

*“Cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas.” (Art. 225.1 TRLCSP -208.1 LCSP-), acordando éstas los términos de la misma (objeto, causa y condiciones), con los límites que para cualquier tipo de contratación señala el artículo 25.1 TRLCSP: “En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones,*

*siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.”*

Es lo usual que en el mutuo acuerdo se pacte el abono al contratista de las prestaciones realizadas y la devolución al mismo de la garantía constituida, sin indemnización alguna en favor de la Administración o el contratista; cabe sin embargo pactar indemnización a favor de la Administración, sin limite alguno, o a favor del contratista, que no podrá ser superior en este caso, a la que derivaría de la resolución del contrato por incumplimiento de la propia Administración.

#### **D.- DEMORA EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS POR EL CONTRATISTA**

*Son causas de resolución del contrato: (...) d.- La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112. (223.d TRLCSP -206.d. LCSP-).*

##### **D1.- Demora en el plazo de ejecución**

Causa regulada fundamentalmente en los artículos 212 y 213 TRLCSP – 196 Y 197 LCSP-.

El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva. La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.

Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del **plazo total**, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato, o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato. El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.

De optar por la imposición de penalidades, concederá la ampliación del plazo que estime resulte necesaria para la terminación del contrato (Art. 98 RGLCAP).

Cada vez que las penalidades alcancen un múltiplo del 5 % del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades (Art.224.6 TRLCSP -207.6 LCSP-).

La Administración tendrá la misma facultad respecto al incumplimiento por parte del contratista de los **plazos parciales**, cuando se hubiese previsto como causa de resolución en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP), o cuando la demora haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total.

Si la Administración optase por la resolución, ésta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquél que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva (Art.213.1 TRLCSP -197.1 LCSP-). (**Nota:** A pesar de la rotundidad del artículo 213 TRLCSP, de igual redacción al artículo 96.1. del RGLCAP, la doctrina del Consejo de Estado entiende que en este caso, ha de darse igualmente audiencia al avalista o asegurador, cuando se proponga la incautación de la garantía, de acuerdo a lo señalado en el artículo 109.1b. del RGLCAP –Ver [DCE 173/2010](#); [DCE 1246/2009](#); [DCE 1196/2007](#); [DCE 188/2003](#)-).

A pesar de que la norma parece configurar la resolución por demora del contratista como una facultad discrecional por parte de la Administración, lo cierto es que doctrina y jurisprudencia exige que se tengan

en cuenta las circunstancias que concurren en cada supuesto. (Ver más adelante cuestión 20.3).

No cabe la resolución si el retraso se debiere a **motivos no imputables** al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos, debiéndose conceder entonces por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor (Art.213.2 TRLCSP -197.2 LCSP-). La petición de prórroga por parte del contratista deberá tener lugar en un plazo máximo de quince días desde aquel en que se produzca la causa originaria del retraso, alegando las razones por las que estime no le es imputable y señalando el tiempo probable de su duración, a los efectos de que la Administración pueda oportunamente, y siempre antes de la terminación del plazo de ejecución del contrato, resolver sobre la prórroga del mismo, sin perjuicio de que una vez desaparecida la causa, se reajuste el plazo prorrogado al tiempo realmente perdido. En el caso de que el contratista no solicitase prórroga en el plazo anteriormente señalado, se entenderá que renuncia a su derecho, quedando facultada la Administración para conceder, dentro del mes último del plazo de ejecución, la prórroga que juzgue conveniente, con imposición, si procede, de las penalidades previstas por la Ley o el PCAP, salvo que considere más aconsejable esperar a la terminación del plazo para proceder a la resolución del contrato. (Art. 100 RGLCAP).

*(C.20.03.- ¿El transcurso del plazo señalado, habilita por sí solo a la Administración para resolver el contrato?... NO, ha de hacerse ponderando en cada caso concreto las circunstancias concurrentes y de que modo afectan al interés público.)*

*(C.20.04- En el supuesto de demora por causas imputables al contratista, ¿La Administración sólo puede optar entre resolver el contrato o imponer penalidades? ¿Cabe la prórroga tácita del contrato?... Necesariamente ha de optar entre resolver el contrato o imponer penalidades. La jurisprudencia admite sin embargo la prórroga tácita en determinados supuestos, diferenciándolo de la mera tolerancia.)*

*(C.20.05.- Sí en el supuesto de demora por causas imputables al contratista, la Administración opta por imponer penalizaciones, otorgando un nuevo plazo al contratista ¿Habrá de estarse, para poder resolver el contrato, a este nuevo plazo señalado o, habrá de esperarse a que las penalidades alcancen un múltiplo del 5% del precio del contrato?...Caben ambas posibilidades.)*

## **D2.- Demora en el plazo de inicio en los expedientes de tramitación urgente**

En los **expedientes de tramitación urgente**, “El plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a quince días hábiles, contados desde la formalización del contrato. Si se excediese este plazo, el contrato podrá ser resuelto, salvo que el retraso se debiera a causas ajenas a la Administración contratante y al contratista, y así se hiciera constar en la correspondiente resolución motivada.” (Art. 112.2.c. TRLCSP - 96.2.d. LCSP).

(Nota: Se diferencia así la regulación del TRLCSP (“...el contrato **podrá** ser resuelto...”) de la contenida en el TRLCAP, en el que se establecía como obligatoria la resolución transcurrido el plazo, que en este caso era de dos meses desde la adjudicación).

## **E.- DEMORA EN EL PAGO**

*Son causas de resolución del contrato: (...) e.- La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 216, o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8. (Art.223.e TRLCSP -206.e. LCSP-).*

(Nota: El plazo previsto en el artículo 216.6. es de ocho meses, permitiéndose, en su apartado 8, que las Comunidades Autónomas puedan reducirlo).

La demora en el pago tiene diferentes consecuencias (Art. 216 TRLCSP -206.e. LCSP-), en función de que el retraso de la Administración sea de 30 días, 4 meses u 8 meses. En el primer caso el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por costes de cobro, en el segundo el contratista puede proceder a la suspensión del contrato, y en el tercero puede instar su resolución. La

legislación autonómica, en su ámbito respectivo, puede reducir cualquiera de estos plazos. (Sobre demora en el pago ver [Tema 13.- certificación, pago del precio y demora en el pago](#), sobre suspensión del contrato ver [Tema 19.- Suspensión del contrato](#)).

El cómputo del plazo de ocho meses, comienza una vez transcurridos los treinta días de los que dispone la Administración para el pago del precio, a contar desde la expedición de la certificación o documento sustitutivo.

La resolución por demora en el pago **no** opera de forma automática; debe ser solicitada por el contratista y acordada por la Administración, quien sin embargo, debe limitar su labor a la constatación de la existencia de tal demora antes de proceder a la resolución, no cabe pues que, por ejemplo, transcurrido el plazo y ante la solicitud del contratista para que se resuelva el contrato, la Administración abone el precio y pretenda continuar la ejecución de la obra.

Por su parte, la aceptación por el contratista del abono tardío de una certificación supone su renuncia, por este hecho, -no por otras posibles demoras en certificaciones posteriores-, a instar la resolución contractual.

La resolución por demora **no** exige que de forma previa se hayan reclamado -transcurrido 30 días- los intereses de demora ni, -transcurrido los cuatro meses- se hubiera notificado la suspensión de la ejecución del contrato.

#### **F.- INCUMPLIMIENTO DE LAS RESTANTES OBLIGACIONES CONTRACTUALES ESENCIALES**

*Son causas de resolución del contrato (...) f.- El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato. (Art. 223.f. TRLCSP - 206.f. LCSP-).*

El TRLCSP no define el concepto de obligación contractual esencial, si bien:

**I.-** Ha de entenderse en base a la literalidad del artículo 206.f (“...de las restantes...”) que son obligaciones esenciales todas aquellas para cuyo incumplimiento la ley prevé la resolución del contrato, esto es, las recogidas en los artículos **223. d)** -demora en la ejecución- y **e)** -demora en el pago; **237 a)** -demora en la comprobación del replanteo, **b)** - suspensión en la iniciación de las obras-, y **parte del c)** -suspensión de las obras iniciadas-; **99.2** -no reajuste de garantías- y; **235.2** -no subsanación de defectos observados en la recepción de las obras-.

**II.-** En su articulado señala varias que pueden tener este carácter y así:

a) El **compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes** para ello “(...) Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f.(...)” (Art. 64 TRLCSP -Art.53 LCSP-).

b) Las **condiciones especiales de ejecución del contrato de tipo medioambiental, social etc.** a las que hace referencia el artículo 118 TRLCSP (102 LCSP), el cual contempla la posibilidad de que “ Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 223.f).(...)”

c) **Cumplimiento defectuoso** de la prestación tenida en cuenta para definir criterios de adjudicación “Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma que se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, o atribuir a la puntual observancia de estas características el carácter de obligación contractual esencial a los efectos señalados en

el artículo 223.f).” (Art.150.6 TRLCSP -134.6 LCSP-).

d) La **obligación de subcontratar una parte de la prestación**. “Los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50 % del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla. / Las obligaciones impuestas conforme a lo previsto en el párrafo anterior se considerarán condiciones especiales de ejecución del contrato a los efectos previstos en los artículos 212.1 y 223.f).” (Art.227.7 TRLCSP -210.7 LCSP-). (**Nota:** Es de destacar que a diferencia de las otras tres señaladas en este apartado, la ley otorga a esta obligación el carácter de esencialidad por el hecho de recogerse en el anuncio o en los pliegos, no siendo pues necesario que dichos documentos o el contrato señalen de modo expreso su carácter esencial)

\*\*\*

El mero incumplimiento de una obligación esencial –las únicas, por lo anteriormente expuesto, que pueden dar lugar a la resolución del contrato- no justifica por si solo la resolución del contrato, al respecto, y a modo de resumen de lo establecido por la doctrina y jurisprudencia, señala el dictamen del Consejo Consultivo de la Junta de Castilla y León, 1541/2011, ([CC CyL 1541/2011](#)), lo siguiente:

*“... existe una reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999) y del Consejo de Estado, en el sentido de que no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia. Asimismo, tal y como mantiene el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de diciembre de 2001, la resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que sea patente “una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista, como ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta Sala a tales efectos...”*”

y, en igual sentido el dictamen 125/2011 del Consejo Consultivo de Aragón ([CC ARA 125/2011](#))

*“...Porque, evidentemente y aun cuando el TRLCAP no indique más precisiones sobre el particular (...), el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato debe serlo palmario, reiterado, irremisible. Tratándose, como se trata, de un pago, nunca podría pensarse en que basta la mera ausencia del abono de una mensualidad para habilitar ya a la Administración a proceder a la resolución contractual y sin embargo, en términos literales, naturalmente que había existido la ausencia de una obligación esencial. Al contrario, esa falta de pago debe extenderse en el tiempo, dar lugar a una sensación de ausencia de pago y, además, de falta de la voluntad de pagar en cualquier caso y circunstancia, todo ello manifestado y probado en un comportamiento lineal y sin excepciones...”*”

Evidentemente, en ciertas circunstancias el incumplimiento puede ser grave y afectar a la naturaleza sustancial del contrato sin que, sin embargo no medie voluntad dolosa o culposa por parte del contratista. En estos casos procede la resolución del contrato, pero sin que ello dé lugar a la incautación de la garantía prevista para los supuestos de incumplimiento culpable. (Ver *Apartado 7.- Efectos*).

\*\*\*

En cualquier caso, para que las obligaciones no previstas expresamente en la ley, se considere que tienen un carácter esencial, han de recogerse como tal en el pliego y en el contrato. La problemática que genera esta

exigencia se recoge en la siguiente cuestión que se analiza al final del presente tema:

[\(C.20.06.- ¿Qué ocurre ante el incumplimiento de una obligación, esencial por su naturaleza, pero no recogida como tal en el pliego ó en el contrato?... Prevalece la nota de esencialidad sobre el aspecto formal, pudiendo la Administración proceder a la resolución del contrato. -Ver comentarios-\)](#)

\*\*\*

La expresión “El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales”, se habrá de entender referida al contratista, no a la Administración ya que, según establece la Ley, “El incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquél sólo en los casos previstos en esta Ley.” (224.7 TRLCSP -207.7 LCSP-), por lo que en caso contrario, solo cabe que “el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicio que por tal causa se irroguen al contratista.” (Art.225.2 TRLCSP -208.2 LCSP-), pero no la resolución del contrato. Sin embargo, es de hacer notar, que se han pronunciado sentencias que consideran procedente la resolución del contrato aun cuando la Administración incumple una obligación esencial no prevista en la Ley, así por ejemplo la [STSJ CL 7131/2010](#) o la reciente [STSJ CL 5164/2011](#) que establece:

*De conformidad con el TRLCAP, los contratos (...) se resolverán, (...), por las causas generales del artículo 111 , entre las que está incluida la de "incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales" cuya concurrencia ha sido rechazada por la Administración con base en las previsiones del artículo 112.10 , que limita la resolución por incumplimiento de imputable a la Administración a los casos previsto en la propia Ley, entre los que no estaría la falta de obtención de las autorizaciones necesarias para el inicio de la ejecución del contrato, (...)*

*Para tratar de delimitar la responsabilidad de la Administración por incumplimientos a ella imputable es preciso partir de lo dicho por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencia de 15 de julio de 1988 en cuanto a que lo determinante es que quede acreditada la voluntad de no ejecución de la obra por parte de la Administración, dato que pondría evidenciaría la relevancia - carácter esencial- de su incumplimiento y, por ello, la posibilidad de que fuese acordada la resolución por incumplimiento imputable a ella. Pues bien, en este caso, no puede haber duda de esa voluntad contraria a la ejecución del contrato desde el momento en que la Administración ni siquiera hizo uso de su facultad de suspensión del inicio de las obras -quizá para no incurrir en las causas especiales de resolución del artículo 149.b) y c) del Real Decreto Legislativo 2/2000 -, dejando con ello en una situación de indefensión plena al recurrente que, ante la pasividad e inacción de la Administración, solo podía optar por ejercitar la acción de resolución. Y esa relevancia se torna más evidente si reparamos en que la Administración contratante nunca ha alegado ni probado que haya realizado alguna actuación tendente a obtener la licencia, ni siquiera a lo largo de este proceso, o de haber reaccionado frente a la inactividad de la Administración competente para otorgarle la licencia.*

(Comentario: En principio podría pensarse que en supuestos como el expuesto, el contrato podría resolverse considerando existe un desistimiento tácito por parte de la Administración, evitando así la contradicción con lo establecido en el artículo 224 TRLCSP, sin embargo, el desistimiento supone una declaración unilateral y expresa por parte de la Administración, según se ha visto al analizar esta causa de resolución)

## **G.- IMPOSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO**

*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. (Art. 223.g. TRLCSP -206.g. LCSP-).*

La modificación del contrato solamente podrá llevarse a cabo, bien si la misma esta prevista en los pliegos o en el anuncio de licitación, bien si no estando prevista, concurre alguna de las circunstancias a las que hace referencia el artículo 107.1 TRLCSP -92 quater.1. LCSP- y, además, no se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación a las que hace referencia el artículo 107.2 TRLCSP. En todo caso, *“Los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público.”* (Art. 219.1 TRLCSP).

Recordemos (Para un análisis más detallado ver [Tema 18.- modificación del contrato](#)), que las circunstancias, que no estando previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación, permiten la modificación del contrato son las siguientes (Art. 107.1 TRLCSP):

- a.- Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.
- b.- Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.
- c.- Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.
- d.- Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.
- e.- Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

Recordemos, así mismo, que se consideran alteraciones de las condiciones esenciales de contratación y adjudicación, que no permiten la modificación del contrato, las siguientes (Art. 107.3 TRLCSP).

- a.- Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.
- b.- Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.
- c.- Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.
- d.- Cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 % del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.
- e.- En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.

Además, tal y como señala el artículo 105.2 TRLCSP, la modificación no puede tener como finalidad adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos casos, no procede la modificación del contrato primitivo, sino la adjudicación de las nuevas obras al contratista principal siempre que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 171.b. TRLCSP para las obras complementarias ó, caso contrario, proceder a la contratación de las mismas.

Cuando se resuelva el contrato por esta causa, al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato 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. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos (Art. 225.6 TRLCSP -208.6 LCSP-).

*(C.18.04.- A los efectos de computo del limite (10%) en el incremento del gasto previsto en los artículos 107.3.d TRLCSP (92 quáter 3.d.), 234.3 TRLCSP (217.3 LCSP) y 160 RGLCAP- ¿Cabe la compensación entre aumentos y minoraciones?... (ver).)*

*(C.18.05.- ¿En el supuesto de modificaciones, para el cálculo del porcentaje que representa la modificación, han de compararse el precio inicial y el modificado sin aplicar tipos diferentes en el Impuesto sobre el Valor Añadido?... SI, habrá de prescindirse del IVA.)*

*(C.18.08.- ¿El porcentaje (10%) de los eventuales excesos de medición (Art.234.3 TRLCSP -217.3 LCSP-) se han de entender incluidos en el limite del 10% para que sea considerado como una alteración esencial prevista en el artículo 107.3.d TRLCSP -92 quater 3.d. LCSP-?... NO.)*

## **H- CAUSAS DE RESOLUCIÓN ESTABLECIDAS EXPRESAMENTE EN EL CONTRATO**

*Son causas de resolución del contrato:(...) h.- Las establecidas expresamente en el contrato. (Art. 223.h. TRLCSP -206.h. LCSP-).*

Los límites a la posibilidad de establecer contractualmente otras causas de resolución, son los genéricos de la libertad de pactos que señala el artículo 1.255 del Código Civil: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.” reforzados en el caso de la contratación pública, por lo dispuesto en el artículo 25.1 del TRLCSP “En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.” Por su parte, reiterada jurisprudencia ha declarado que el pliego de condiciones en la contratación administrativa constituye la “lex contractus” con fuerza vinculante para la contratante y la Administración.

La resolución por causas establecidas expresamente en el contrato, tendrá las consecuencias que en éste se establezcan y, en su defecto, se regulara por la normativa administrativa vigente que sea aplicable por analogía. (Art. 112.1 RGLCAP).

Un supuesto habitual de pacto resolutorio será la condición resolutoria, en la que, además de lo señalado en los dos párrafos precedentes, habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 1113 a 1124 del Código Civil relativos a las obligaciones condicionales.

Comprendida dentro de esta causa de resolución, establece el artículo 112.2 RGLCAP “Se incluirá en el pliego de cláusulas administrativas particulares, a efectos del artículo 111, párrafo h) de la Ley [223.h. TRLCSP], la obligación del contratista de guardar sigilo respecto a los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato, de los que tenga conocimiento con ocasión del mismo, salvo que el órgano de contratación, atendiendo a la naturaleza y circunstancias del contrato, no lo estime aconsejable.”

Al igual que ocurre en el supuesto de incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales, aquí se habrá de entender que tratándose de obligaciones (no, por ejemplo, condiciones resolutorias), las mismas se podrán acordar respecto al contratista, no a la Administración ya que, *“El incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquél sólo en los casos previstos en esta Ley.”* (224.7 TRLCSP -207.7. LCSP-), por lo que en caso contrario, solo cabe que *“el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicio que por tal causa se irroguen al contratista.”* (Art.225.2 TRLCSP -208.2 LCSP-), pero no la resolución del contrato.

#### **I.- LAS SEÑALADAS PARA CADA CATEGORÍA DE CONTRATO**

*Son causas de resolución del contrato:(...) i.- Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley. (Art. 223.i. TRLCSP -206.i. LCSP-).*

En lo que es objeto de esta Web, se estudiarán en el apartado siguiente las que afectan al contrato de obras, reguladas en el artículo 237 TRLCSP (220 LCSP) y siguientes del TRLCSP.

#### **4.- CAUSAS DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 237 TRLCSP**

##### **A.- DEMORA EN LA COMPROBACIÓN DEL REPLANTEO**

*Son causas de resolución del contrato de obras, además de las señaladas en el artículo 223, las siguientes: a) La demora en la comprobación del replanteo, conforme al artículo 229. (Art. 237.a TRLCSP -220.a LCSP-).*

El artículo 229 TRLCSP (212 LCSP) señala que: *La ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo. A tales efectos, dentro del plazo que se consigne en el contrato que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de su formalización salvo casos excepcionales justificados, el servicio de la Administración encargada de las obras procederá, en presencia del contratista, a efectuar la comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación, extendiéndose acta del resultado que será firmada por ambas partes interesadas, remitiéndose un ejemplar de la misma al órgano que celebró el contrato.*

Del precepto reproducido se desprenden diversas notas que caracterizan la comprobación del replanteo:

a.- La comprobación del replanteo da **inicio a la ejecución de las obras**, computándose el plazo de ejecución desde el día siguiente al de la firma del acta. (Art. 139.2 RGLCAP).

b.- La comprobación del replanteo **ha de efectuarse en el plazo señalado** en el contrato y, en todo caso, salvo casos excepcionales y justificados, dentro del mes siguiente a la formalización del contrato. Con el establecimiento de un plazo para que se lleve a cabo la comprobación del replanteo se pretende erradicar la práctica de la Administración de demorar esta operación cuando, por concurrir circunstancias que impiden de hecho la iniciación de las obras, teme que la comprobación del replanteo sea fallida. El mero transcurso del plazo es suficiente para que el contratista inste la resolución, no siendo necesario el requisito del previo requerimiento a la Administración ([STSJ MAD 6781/2008](#)) -si exigible en su día por el Reglamento de la Ley de Contratos del Estado-. Ahora bien, si finalmente sobrepasado el plazo señalado, se procede a llevar a cabo la comprobación del replanteo, firmándose el acta correspondiente e iniciándose las obras, el contratista no podrá ya alegar este retraso, para instar la resolución del contrato.

Establece la Disposición final segunda TRLCSP (D.F. 7ª LCSP), que el plazo de un mes no tiene el carácter de legislación básica, por lo que puede ser modificado por las Comunidades Autónomas.

(**Nota:** Habrá de entenderse que los casos en que excepcionalmente se deba superar el plazo señalado, deberán encontrarse previstos en el contrato o en el pliego de condiciones particulares, justificándolo debidamente en el expediente de contratación. La existencia de una causa de imposibilidad sobrevenida o fuerza mayor no impide levantar el acta en que se refleje la imposibilidad del replanteo y se acuerde la inmediata suspensión de las obras).

c.- La comprobación del replanteo es llevada a cabo por la Administración, - en presencia del contratista -, en consecuencia, **el incumplimiento de este requisito sólo puede ser imputado a la Administración**. De no acudir el contratista, sin causa justificada se considerará incumplimiento del contrato con las consecuencias y efectos previstos en la ley.

[\(COM.20.01. Consecuencias de la incomparecencia del contratista al acto de comprobación del replanteo.\)](#)

Además,

d.- En cuanto a su naturaleza, El acta de comprobación del replanteo reflejará la conformidad o disconformidad del mismo respecto de los documentos contractuales del proyecto, con especial y expresa referencia a las características geométricas de la obra, a la autorización para la ocupación de los terrenos necesarios y a cualquier punto que pueda afectar al cumplimiento del contrato. (Art. 140 RGLCPA)

Por propia definición, la *comprobación* del replanteo, presupone la existencia de un **replanteo previo**, efectuado una vez aprobado el proyecto y previamente a la tramitación del expediente de contratación de la obra. La falta de este replanteo se configura como un vicio sustancial del contrato que, de todos modos no supondrá la nulidad radical del contrato celebrado, si levantada la correspondiente acta de comprobación de replanteo no se reseñaran por Administración o contratista, obstáculos que impidieran el inicio de las obras ([STSJ AND 6207/2002](#)).

En cuanto a los efectos de la resolución por esta causa habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 239.2 TRLCSP -222.2. LCSP- "Si se demorase la comprobación del replanteo, dando lugar a la resolución del contrato, el contratista sólo tendrá derecho a una indemnización equivalente al 2 % del precio de la adjudicación."

## **B.- SUSPENSIÓN DE LA INICIACIÓN DE LAS OBRAS POR PLAZO SUPERIOR A SEIS MESES**

*Son causas de resolución del contrato de obras, además de las señaladas en el artículo 223, las siguientes: (...) b. La suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses por parte de la Administración. (Art. 237.b TRLCSP -220.b LCSP-).*

Puede ocurrir que comprobado el replanteo, el resultado del mismo sea negativo por alguno de los motivos que se analizarán seguidamente., desde ese momento, la Administración dispondrá de seis meses para, solventada la causa de la suspensión, ordenar la reanudación de las obras, transcurrido dicho plazo sin dictar acuerdo sobre dicha situación y notificarlo al contratista, éste tendrá derecho a instar la resolución del contrato (Art. 238 TRLCSP -221 LCSP-). Como en el supuesto anterior, si finalmente, sobrepasado el plazo señalado, el contratista acepta expresa o tácitamente iniciar las obras no podrá ya alegar este retraso, para instar la resolución del contrato. En todo caso, como en cualquier otro supuesto en que se den las circunstancias para ello, siempre tendrá la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios que le ha acarreado la suspensión.

[\(C.20.07.- ¿De no instar el contratista la resolución del contrato por suspensión en el inicio de las obras, podrá reclamar indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el tiempo de espera?...SI.\)](#)

Evidentemente tanto en este caso como en los analizados en el apartado siguiente, el contratista podrá

exigir la resolución siempre y cuando no haya mediado en la misma causa que le sea imputable.

La comprobación del replanteo será **negativa** (Art. 139 y 140 RGLCAP), en los siguientes supuestos:

a).- Que no resulte acreditada la posesión y disponibilidad del terreno. En este caso quedará suspendida la iniciación de las obras, haciéndolo constar así en el acta y comenzando a computar desde el día siguiente a su firma el periodo de seis meses que es necesario transcurra para que el contratista inste la resolución del contrato. Si se supera la causa de suspensión, el plazo de ejecución comenzará a contar desde el día siguiente a la notificación al contratista. En el caso de obras de infraestructuras de transporte, hidráulicas y de carreteras, se podrán comenzar las obras si estuvieran disponibles los terrenos imprescindibles para ello, debiendo completarse la disponibilidad de los restantes según lo exija la ejecución de las mismas.

b).- Que en el acto de comprobación el director de las obras considere necesaria la modificación de las obras proyectadas, en cuyo caso redactara en el plazo de quince días una estimación razonada del importe de dichas modificaciones, en base a ello el órgano de contratación acordará modificar (o no) el proyecto y la suspensión temporal de las obras total o parcialmente, ordenando en este último caso la iniciación de los trabajos en las partes no afectadas por las modificaciones previstas.

c).- Que el contratista formule reservas sobre la viabilidad del proyecto. Si las mismas son estimadas por el órgano de contratación, este podrá acordar, en su caso, la suspensión de las obras. Si tales reservas resultan infundadas no quedará suspendida la iniciación de las obras ni, en consecuencia, será necesario dictar nuevo acuerdo para que se produzca la iniciación de las mismas y se modifique el cómputo del plazo de ejecución.

d).- Que el contratista, sin formular reservas sobre la viabilidad del proyecto, realice otras observaciones que puedan afectar a la ejecución de la obra, en cuyo caso la dirección, consideradas tales observaciones, decidirá iniciar o suspender el comienzo de la obra, justificándolo en la propia acta.

En cuanto a los efectos, señala la Ley (Art.239.3 TRLCSP -222 LCSP-) que: *“En el supuesto de suspensión de la iniciación de las obras por parte de la Administración por tiempo superior a seis meses el contratista tendrá derecho a percibir por todos los conceptos una indemnización del 3 % del precio de adjudicación.”*

### **C.- SUSPENSIÓN DE LAS OBRAS Y DESISTIMIENTO**

*Son causas de resolución del contrato de obras, además de las señaladas en el artículo 223, las siguientes:(...) c. El desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración. (Art. 237.c. TRLCSP -220.c LCSP-).*

#### **C1.- Suspensión de las obras por plazo superior a ocho meses**

Ha de entenderse aquí que las obras han sido ya iniciadas, pues en caso contrario estaríamos ante el supuesto analizado en el apartado anterior y recogido en el artículo 237.b TRLCSP.

Cabe recordar así mismo, que el RGLCAP, regula en sus artículos 170 y 171 la *suspensión definitiva*, figura que, con ese nombre, no se contempla en el TRLCSP, como tampoco lo había hecho en su día el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), de la que el Reglamento es desarrollo. El artículo 171.1 RGLCAP se refiere a *“La suspensión definitiva o por plazo superior a ocho meses...”*, por lo que parece diferenciar dos tipos de suspensión si bien la regulación es la misma para ambos casos. Combinando este precepto con lo dispuesto en el artículo 170 RGLCAP -*“La suspensión definitiva de las obras sólo podrá tener lugar por motivo grave y mediante acuerdo del órgano de contratación...”*- cabe concluir que la suspensión definitiva se da en aquellos supuestos en los que hay una

declaración de la Administración en tal sentido, en tanto en la suspensión por plazo superior a ocho meses, es el transcurso del plazo, sin necesidad de declaración por parte de la Administración, la que origina el derecho del contratista a instar la resolución del contrato.

(**Comentario:** En cualquier caso, no se alcanza a ver la diferencia entre la suspensión definitiva y el desistimiento, que si recoge el RGLCAP en su artículo 171.2 -“El desistimiento de las obras por parte de la Administración tendrá los mismos efectos que la suspensión definitiva de las mismas.”-, y tal vez quepa entender, que con la regulación introducida por la LCSP, ambas conforman hoy en día una misma causa de resolución).

Otra cuestión problemática es el momento en que se debe iniciar el cómputo del plazo, pues cabe que la Administración, con el fin de no hacer frente a sus responsabilidades, no acuerde la suspensión, o la acuerde en fecha posterior a aquella en que se debió adoptar. Ante ello, la doctrina consolidada del Consejo de Estado, reconoce la posibilidad de un inicio tácito de la suspensión, que corresponderá con la fecha de paralización material efectiva de las obras, y que se acreditará atendiendo a factores tales como la conducta del contratista (reclamando la resolución...), de la Administración (denegándola ...), de las ordenes de la dirección facultativa, o de terceros ajenos a la relación contractual, (Ver el Dictamen del Consejo de Estado [DCE 12 2010](#), como compendio de la citada doctrina).

El derecho a solicitar la resolución corresponde exclusivamente al contratista, y el acuerdo de resolución a la Administración, una vez constatado el transcurso del plazo. Si transcurridos más de ocho meses desde que se acordó la suspensión de las obras, la Administración ordena, y el contratista acepta expresa o tácitamente la reanudación de las mismas perderá el derecho a pedir la resolución por esta causa.

En cuanto a los efectos, determina el artículo 239.4 TRLCP -222.4 LCSP-, la indemnización a la que tiene lugar el contratista, en los siguientes términos: *“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.”*

[\(C.20.08.- ¿Cabe adicionar distintos periodos de suspensión, para alcanzar el límite de ocho meses señalados por la ley y, en consecuencia, instar la resolución del contrato?... SI.\)](#)

## **C2.- Desistimiento unilateral de la Administración**

El desistimiento entraña necesariamente una declaración expresa y unilateral, por parte de la Administración de poner fin al contrato ([STS 3530/1997](#)) además, para que resulte ajustado a Derecho, debe justificarse en razones de interés público que aconsejen la resolución del contrato ([DCE 1208/2008](#)). De esta justificación ha de tener conocimiento el contratista, para en su caso, alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público ([DCE 1336/2005](#)).

(Nota: Un análisis pormenorizado y actual de los requisitos señalados, que deben concurrir en el desistimiento, se recoge en el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid [CC MAD 442/2011](#) ).

El desistimiento por parte de la Administración puede tener lugar antes de que el contrato haya sido adjudicado o, antes de que haya sido celebrado (Art. 155 TRLCSP), pero el aquí analizado es el que se produce una vez perfeccionado el contrato. En este caso cabe, bien que se produzca una vez se hayan iniciado las obras, bien tenga lugar antes del inicio de las mismas, ahora bien, la cuestión que se plantea en este último supuesto, y que no se encuentra resuelta de modo definitivo, es si tal desistimiento habrá de entenderse como causa de resolución prevista en el artículo 237.a). Demora en la comprobación del replanteo-, en el artículo 237.b) Suspensión en el inicio por plazo superior a seis meses- o, en el artículo 237.c) Desistimiento unilateral-. La respuesta que se dé, tiene distintas e importantes consecuencias

económicas, pues como se ha visto, la indemnización a percibir por el contratista en el primer caso será el 2% del precio de adjudicación, en el segundo el 3% de dicho precio y, en el tercero, el 6% de las obras dejadas de realizar, -que en el caso que nos ocupa lo son en su totalidad-. (Véase [DCE 4337 1996](#)).

**(Comentario:** A mi entender, en este supuesto, debería ser de aplicación la causa de resolución prevista en el artículo 237.a., y los efectos previstos en el artículo 239.2 cuando el desistimiento se produce con anterioridad a la comprobación del replanteo. Firmada el acta de comprobación y ordenada la paralización de la obra si, vigente la paralización y habiendo transcurrido seis meses desde que se acordó, se produce el desistimiento por parte de la Administración, estaremos ante el supuesto previsto en el artículo 237 b. con los efectos previstos en el artículo 239.3. Cabe reseñar a favor de esta interpretación, que de la lectura del artículo 237.c. y 239.4. parece desprenderse que el desistimiento parte de la idea que las obras han sido iniciadas).

[\(C.20.09.- ¿Cabe que la Administración desista del contrato tomando como argumento fundamental la situación de crisis económica?... Sí\)](#)

## **5.- OTRAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN PREVISTAS EN EL TRLCSP**

Aunque de lo dispuesto en el artículo 223 del TRLCSP parece desprenderse que las causas de resolución se limitan a las mencionadas en el citado artículo para todos los tipos de contratos y, de acuerdo con la remisión que lleva a cabo el artículo 223.i) TRLCSP, las señaladas específicamente para cada categoría de contrato en la ley –en el caso del contrato de obras las establecidas en el artículo 237-, lo cierto es que fuera de estos preceptos, la propia ley recoge otras dos causas de resolución del contrato.

### **A.- NO REPOSICIÓN O REAJUSTE DE GARANTÍAS**

*En caso de que se hagan efectivas sobre la garantía las penalidades o indemnizaciones exigibles al adjudicatario, éste deberá **reponer o ampliar** aquélla, en la cuantía que corresponda, en el plazo de quince días desde la ejecución, incurriendo en caso contrario en causa de resolución. (Art.99.2 TRLCSP -87.2 LCSP-).*

Aunque para el caso de incumplimiento por parte del contratista de **reajustar** la garantía debido a una modificación del contrato, no prevé la Ley de modo explícito igual consecuencia –resolución- que para el supuesto de no reposición, la misma habrá de entenderse implícita, toda vez que acordada la modificación, su formalización se llevará a cabo en el modo previsto para la formalización de los contratos, procedimiento que exige la constitución de la garantía con anterioridad a la firma.

**(Nota:** Con anterioridad a la reforma operada en la LCSP por la Ley 34/2010, la no formalización del contrato en plazo (Art. 220. d.) era una de las causas de resolución del contrato, -recuérdese que el contrato se perfeccionaba con su adjudicación definitiva, no como ahora, con su formalización-, por lo que no cabía duda de que el no reajuste de la garantía habría de suponer, por la derivación apuntada en el párrafo anterior, la resolución del contrato.)

### **B.- NO SUBSANACIÓN DE DEFECTOS OBSERVADOS EN LA RECEPCIÓN DE LAS OBRAS**

*(...) Si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiere efectuado, podrá concedérsele otro nuevo plazo improrrogable o declarar resuelto el contrato.(...) (Art.235.2 TRLCSP -218.2 LCSP-).*

La recepción de las obras y el plazo de garantía se regula en el artículo 235 TRLCSP (218.2 LCSP), y en los artículos 203 y 204 del RGLCAP.

A la recepción de las obras a su terminación concurrirá el responsable del contrato o un facultativo

designado por la Administración representante de ésta, el facultativo encargado de la dirección de las obras y el contratista asistido, si lo estima oportuno, de su facultativo.

Si se encuentran las obras en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas, el funcionario técnico designado por la Administración contratante y representante de ésta, las dará por recibidas, levantándose la correspondiente acta y comenzando entonces el plazo de garantía.

Cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas se hará constar así en el acta y el Director de las mismas señalará los defectos observados y detallará las instrucciones precisas fijando un plazo para remediar aquéllos. Si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiere efectuado, podrá concedérsele otro nuevo plazo improrrogable, o declarar resuelto el contrato.

[\(C.20.10- ¿Cabe resolver el contrato una vez firmada el acta de recepción de las obras?...NO.\)](#)

## **6.- PROCEDIMIENTO Y PLAZO**

### **A.- PROCEDIMIENTO**

El procedimiento para la resolución de los contratos se recoge fundamentalmente en el artículo 211 TRLCSP (Art. 195 LCSP) y artículos 109 y 110 del RGLCAP. Habrá de tomarse en consideración igualmente, la legislación contenida en la LRJPAC.

La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista -según cual sea la causa-, una vez instruido el correspondiente procedimiento administrativo, que consta de diversos trámites e informes preceptivos que se consideran de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano competente. El expediente consta de los siguientes trámites:

#### **a) Audiencia del contratista**

Por plazo de diez días naturales en caso de propuesta de oficio -no por lo tanto si ha sido el propio contratista quien insta la resolución-, con el fin de que el contratista, en su caso pueda formular escrito de oposición.

A pesar de existir sentencias en sentido contrario, la jurisprudencia más asentada considera que la omisión del trámite de audiencia, por no producir indefensión en el interesado al continuar para éste abierta la vía judicial, no conlleva la invalidez de los acuerdos de resolución contractual adoptados. Al respecto merece la pena transcribir los argumentos recogidos en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29/09/1989, a la que se remiten múltiples sentencias de otros tribunales (Ver por ejemplo [STS 530/2008](#)):

*El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo tiene la función desde el punto de vista funcional, de asegurar la efectividad del principio de contradicción en vía administrativa, conjugando así la defensa de los administrados con la evicción de nulidades y retroacciones de procedimiento, perturbadoras de la buena marcha administrativa y perjudiciales para los particulares, optándose por el principio de economía procesal cuando como en el supuesto presente la posible indefensión del administrado quedaría reparada con la utilización de los recursos que el ordenamiento pone a disposición de aquel. La jurisprudencia de forma reiterada indica que las garantías del artículo 24 de la Constitución Española, son estrictamente judiciales y no son traspasables automáticamente al procedimiento administrativo, y una de ellas es el principio de audiencia en expedientes no sancionadores, cuya ausencia no genera indefensión, cuando el interesado recurre oportunamente.*

#### **b) Audiencia del avalista o asegurador**

En igual plazo -diez días naturales-. Este trámite será preceptivo en aquellos casos en que el órgano de



contratación haya propuesto la resolución del contrato **con** incautación de la garantía.

### **c) Informe del Servicio Jurídico**

Es preceptivo en los expedientes de resolución, - salvo en el supuesto de resolución por demora en la ejecución por parte del contratista (Art. 213.1 TRLCSP), o por falta de reposición o reajuste de la garantía definitiva (Art. 99.2 y 3 TRLCS) -, cuando la Administración contratante sea el Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales. En el resto de administraciones habrá que estar a su normativa reguladora.

Este informe no es vinculante para el órgano de contratación (Art. 83.1 LRJPAC).

### **d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma**

Es preceptivo cuando se formule oposición por parte del contratista. La omisión del dictamen es causa de nulidad de pleno derecho de la resolución contractual. El dictamen emitido no es vinculante para el órgano de contratación.

### **e) Acuerdo sobre la resolución**

El acuerdo dictado por el órgano de contratación pone fin a la vía administrativa y es inmediatamente ejecutivo, sin que la mera interposición del recurso de reposición o del recurso contencioso-administrativo suspenda sus efectos, para ello el contratista habrá de solicitarlo y el órgano de contratación (supuesto de recurso de reposición) o el órgano jurisdiccional (recurso contencioso-administrativo), acordarlo.

### **f) Comunicación al Tribunal de Cuentas**

La resolución del contrato ha de ser comunicada, en el plazo de tres meses, por el órgano de contratación del Tribunal de Cuentas o, en su caso, al órgano de control externo de la Comunidad Autónoma cuando sus cuantías excedan de las señaladas en el artículo 29 del TRLCSP.

\*\*\*

## **B.- PLAZO**

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni el TRLCSP –al igual que ocurría con la LCSP y el TRLCAP-, ni el RGCAP establecen nada al respecto. Tanto el Consejo de Estado (dictámenes nº 1255/2006 y 692/2006) como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 16/2000, de 16 de abril) consideraron que no había lugar a aplicar supletoriamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), por ser un procedimiento especial en materia de contratación en donde no se ejercitan potestades administrativas ni de intervención como de forma expresa se recoge en el artículo 44.2 de la LRJPAC. Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 ([STS 6326/2007](#)), y de 13 de marzo de 2008 ([STS 643/2008](#)) (Ver también [STS 4766/2010](#) y [STS 5567/2009](#)) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJPAC de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional Séptima del TRLCAP (e igual redacción, la disposición final Tercera, apartado 1º del TRLCSP), de forma que (Art. 42.3 LRJPAC), si no se resuelve en el plazo de **tres meses**, habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado el expediente. A partir de estas sentencias los distintos Consejos Consultivos recogen en sus dictámenes este plazo de tres meses, como el máximo para resolver el expediente ([CC MAD 408/2011](#); [CC PV 195/2011](#); [CC CL 1020/2011](#);

[CC CL 1120/2011](#), etc.).

En cualquier caso el plazo de tres meses podrá suspenderse por las causas señaladas en el propio artículo 42 LRJPAC, apartado 5º. Cabe mencionar entre estas causas las siguientes:

*a.- Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido...*

*c.- Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.*

*d.- Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.*

## **7.- EFECTOS**

La declaración por la que se resuelve el contrato no se agota en sí, sino que trae consigo una serie de efectos, -regulados fundamentalmente en el artículo **225** del TRLCSP (208 LCSP), para todos los contratos en general y en el artículo **239** TRLCSP (222 LCSP) para el contrato de obras-, que serán distintos según cual haya sido la causa de la resolución y, en su caso, a quien –Administración o contratista- le es imputable aquélla. Alguno de estos efectos ya han sido señalados en apartados anteriores, pero aquí, para facilitar su estudio, se hace referencia a todos ellos.

Conforme a lo comentado, se distinguen los siguientes supuestos:

### **A.- MUTUO ACUERDO**

En caso de mutuo acuerdo (*Art. 225.1 TRLCSP -208.1 LCSP-*), las partes acordarán los términos de la misma - objeto, causa y condiciones- con el límite que señala el artículo 25.1 del TRLCSP *“En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.”*

Es lo usual que en el mutuo acuerdo se pacte el abono al contratista de las prestaciones realizadas y la devolución al mismo de la garantía constituida, sin indemnización alguna en favor de la Administración o el contratista; cabe sin embargo pactar indemnización a favor de la Administración, sin límite alguno, o a favor del contratista, que no podrá ser superior en este caso, a la que derivaría de la resolución del contrato por incumplimiento de la propia Administración (ver [DCE 128/1997](#)), puesto que ello infringiría los principios de buena administración citados por el artículo 25.1 TRLCSP.

[\(C.20.11.- ¿Resuelto el contrato por mutuo acuerdo, cabe que el contratista presente una reclamación derivada del contrato, sobre la que en el acuerdo de resolución guardo silencio?... SI.\)](#)

### **B.- RESOLUCIÓN POR CAUSAS ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO**

Tendrá las consecuencias que se establezcan en el contrato y, en su defecto, se regulará por la normativa administrativa que sea aplicable por analogía.

**(Comentario:** A pesar de esta afirmación, recogida en el artículo 112.1 del RGLCAP y que parte del principio de libertad de pactos que señala el artículo 1255 del Código Civil y recoge en su artículo 25.1 el TRLCSP -“En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.”- es discutible que tal libertad de pactos no se encuentre limitada por lo dispuesto en el artículo 224.7 TRLCSP -207.7. LCSP-: “El incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquél sólo en los casos previstos en esta Ley.”, lo que debiera suponer en la práctica, que el contrato no podrá prever causas de resolución imputables a la Administración, cuando las mismas no se encuentren recogidas en la Ley o, en otras palabras, que la ampliación en el contrato de las causas de resolución establecidas en la ley solo podrán preverse respecto al contratista, no a la Administración –fuera de los casos previstos en la ley-).

### **C.- RESOLUCIÓN POR CAUSAS ESTABLECIDAS EN LA LEY**

Son efectos comunes a la resolución del contrato por las causas establecidas en la ley, tanto si es imputable al contratista, como si lo es a la Administración, las siguientes:

a) 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, siendo necesaria la citación de éste, para su asistencia al acto de comprobación y medición (Art.239.1 TRLCSP).

Se considerará obra efectivamente realizada a tales efectos no sólo la que pueda ser objeto de certificación por unidades de obra terminadas, sino también las accesorias llevadas a cabo por el contratista y cuyo importe forma parte del coste indirecto al que se refiere el artículo 130.3 del RGLCAP, así como también los acopios situados a pie de obra. (Art. 171.1. RGLCAP).

b) Hasta que se formalice el 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. A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de éste por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles. (Art. 225 último párrafo –y de modo similar Art. 172 RGLCAP-).

c) Acordada la resolución del contrato, la Dirección debe fijar al contratista un **plazo para abandonar la obra** y retirar las instalaciones auxiliares y el equipo aportado a la ejecución de la misma.(Cláusula 69, Decreto 384/1970).

d) Los **contratos complementarios** de servicios quedan resueltos, en todo caso, cuando se resuelva el contrato principal de obras (Art. 308.c. TRLCSP -284.c. LCSP-).

\*\*\*

Cabe recordar ciertas reglas, adelantadas ya en apartados anteriores, fijadas por la jurisprudencia y la doctrina de los Consejos Consultivos, aplicables a este tipo de resolución:

En caso de concurrir **pluralidad de causas de resolución**, se habrá de estar a la primera que se hubiere producido en el tiempo ([DCE 404/2010](#); [DCE 681/2009](#); [DCE 1843/2008](#); etc.). Cuando un mismo hecho pueda ser subsumido en dos causas de resolución prevalecerá la causa especial sobre la más general ([CC CAN 700/2011](#)).

Cabe la **conurrencia de culpas** de las partes intervinientes, que aminoren los efectos desfavorables para aquélla incurso en causa de resolución.

[\(C.20.01.-¿Cabe la concurrencia y compensación de incumplimientos entre contratista y Administración?...Sí.\)](#)

Se admite la posibilidad de que pueda acordarse la **resolución parcial**, cuando el contrato tenga distintos objetos perfectamente diferenciados y, ni la naturaleza del contrato ni la voluntad de las partes, exijan el

mantenimiento total o, en aquellos casos en que existan razones de interés público que justifiquen la conservación del negocio en lo realizable. ([DCE 921/2006](#); [DCE 3252/2004](#); [DCE 2416/2004](#); [DCE 2907/2004](#); [DCE 2717/2000](#); etc. )

### **C1.- Incumplimiento del contratista**

#### **Incumplimiento culpable**

La doctrina del Consejo de Estado considera incumplimientos culpables del contratista:

- La insolvencia calificada como culpable.
- La extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista acordada por su Junta. En el supuesto de que la extinción derive de un acuerdo adoptado por órgano judicial, habrá de estarse al contenido del mismo.
- La demora sin causa justificada, en los plazos de ejecución del contrato o el incumplimiento, igualmente injustificado, del plazo de inicio de los contratos adjudicados de urgencia.
- El incumplimiento por motivos imputables al contratista de las obligaciones contractuales esenciales.

Entiendo, que a tal relación habrán de añadirse las siguientes:

- La no reposición o reajuste de las garantías.
- La no subsanación de defectos observados en la recepción de las obras.
- La escisión del contratista -persona jurídica-, cuando no quepa la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato, las condiciones de solvencia necesarias.

\*\*\*

En el supuesto de incumplimiento culpable del contratista, el acuerdo de resolución contractual contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida.

*(COM.10.01.- ¿El hecho de la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, supone la pérdida de garantía y, además, la obligación de hacer frente a la responsabilidad de daños y perjuicios en lo que exceda de aquélla o, solamente, la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados?)*

La determinación de los daños y perjuicios se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada y previa audiencia del contratista, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y los mayores gastos que ocasione a la Administración (Art. 113 RGLCAP). Esta determinación se fijará en el mismo expediente donde se acuerde la resolución contractual, pero facultando al contratista para que en un procedimiento contradictorio se concrete lo que se acepta y lo que se rechaza para determinar la cantidad total a satisfacer ([STS 4275/1989](#)).

Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable (Art. 225.4).

Cabe pactar en el contrato, para el caso de resolución imputable al contratista, la imposición de penalidades adicionales.

*(C.20.12.- ¿Resuelto el contrato por causa imputable al contratista, la indemnización de daños y perjuicios debe tener en cuenta la cuantía que resulte de la diferencia entre el importe actual del contrato y el nuevo importe por el que finalmente se contrata la ejecución de las obras?...SI, entre otros.)*

\*\*\*

Además de las consecuencias pecuniarias apuntadas, tal y como establece el artículo 60.2.a TRLCSP “...son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las Administraciones Públicas las siguientes: a.- Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una Administración Pública”. Las notas definitorias de esta prohibición se estudian en el [Tema 07.- Prohibiciones para contratar](#), reproduciendo aquí el cuadro resumen de características:

<u>Apreciación</u>	<u>Duración Máxima</u>	<u>Plazo máximo para iniciar el procedimiento</u>	<u>Competencia para declarar</u>	<u>Alcance</u>	<u>Eficacia</u>
Declaración previa según procedimiento al efecto	2 años	3 años desde firma del acuerdo de resolución	Administración contratante	En principio con Administración declarante	Una vez inscrita en el ROLEC

*(C.7.13.- ¿El propio expediente que en su caso se instruya, para resolver el contrato por causa imputable al contratista puede dar inicio al expediente para declarar la inhabilitación de éste?... NO, son expedientes distintos.)*

*(C.7.04.- ¿Cuándo se entienden firmes los actos administrativos que declaran la prohibición de contratar y, cuándo, una sanción administrativa?... (ver).)*

### **Incumplimiento no culpable**

En el caso de incumplimiento no culpable del contratista, este no deberá abonar indemnización alguna a favor de la Administración así como tampoco procederá la incautación de la garantía constituida. (Art. 225.3 TRLCSP -208.3 LCSP- a contrario sensu) (Ver [STS 1161/2008](#) y [STS 4345/2002](#)).

En el supuesto de muerte del contratista individual, cuando el delegado del contratista o los herederos de éste no comuniquen a la Administración el fallecimiento de aquél, el órgano de contratación acordará la resolución del contrato sin incautación de la garantía pero con indemnización a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados por la paralización. Si fuera finalmente la Administración quien decidiera no continuar con el contrato, ello no dará derecho alguno a favor de los herederos a ser a indemnización por el resto del contrato dejado de ejecutar. Igual solución se prevé para el supuesto de incapacidad sobrevenida.

### **C2.- Incumplimiento de la Administración**

Son incumplimientos de la Administración que dan lugar a instar la resolución del contrato según la Ley.

- La demora en el pago por plazo superior a 8 meses (o el inferior establecido por las CC.AA.)
- La resolución por imposibilidad de modificación del contrato.
- La demora en la comprobación del replanteo.
- La suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses.
- En los expedientes de tramitación urgente, el no inicio de las obras en el plazo de quince días hábiles contados desde la formalización del contrato, por causas imputables a la Administración.
- La suspensión de las obras o desistimiento por plazo superior a ocho meses.
- El incumplimiento de la Administración de las restantes obligaciones esenciales. [[Ver punto 3. h](#)]

Con carácter general, la resolución del contrato por incumplimiento de la Administración, supondrá que

ésta deba indemnizar al contratista por los daños y perjuicios causados (Art.225.2 TRLCSP -208.3 LCSP). La procedencia de la indemnización de daños y perjuicios, conforme a reiterada jurisprudencia, exige no solo el que los mismos se concreten, sino que se acredite que son debidos a un incumplimiento concreto, en este caso de la Administración, esto es, que exista relación de causalidad entre ese incumplimiento y la lesión patrimonial sufrida por la otra parte; dado que el mero incumplimiento contractual no constituye base suficiente para la reclamación de daños y perjuicios. La indemnización debe cubrir el daño emergente y el lucro cesante, pero excluirá meras expectativas (Ver [STS 4234/2002](#)).

En cualquier caso, encontrándose debidamente acreditados, han de satisfacerse al contratista todos los perjuicios reales causados, lo que incluirá los gastos realizados en razón de operaciones concertadas de acuerdo con el propio contrato, por ejemplo gastos bancarios para la obtención de crédito, gastos de fianza por el tiempo en que estuvieron paralizadas las obras, etc.

Para ciertos supuestos, la cuantía de la indemnización se encuentra prevista en la ley:

En el supuesto de resolución por **demora en la comprobación del replanteo**, el importe de la indemnización será la equivalente al 2% del precio de adjudicación.

En el supuesto de resolución por **suspensión de la iniciación de las obras** por parte de la Administración por tiempo superior a seis meses, el contratista tendrá derecho a percibir por todos los conceptos una indemnización del 3 % del precio de adjudicación.

En caso de resolución por **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.

Para el caso de resolución por **imposibilidad de llevar a cabo la modificación del contrato**, (Art.223.g TRLCSP) el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 % del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista (Art. 225.5 TRLCSP). En este supuesto, además, podrá iniciarse al tiempo que se incoa el expediente de resolución, el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución, aplicándose la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.

*(C.20.13- ¿El cálculo de la indemnización al contratista del 3 % del precio de adjudicación, por suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses por parte de la Administración se realiza sobre la cantidad del precio de adjudicación IVA incluido, o debe, por el contrario, calcularse descontando la cantidad correspondiente al impuesto?... Debe descontarse la cantidad correspondiente al impuesto.)*

*(COM.19.01.- Suspensión: Conceptos indemnizables y compatibilidad con las indemnizaciones por resolución.)*

## **ANEXO I.- CUESTIONES**

(Nota previa: Los hipervínculos a sentencias lo son a la [página web del Consejo General del Poder Judicial](#), en ésta, y en el apartado TEXTO A BUSCAR, introducir la referencia de cada sentencia)

(C.20.01.-¿Cabe la concurrencia y compensación de incumplimientos entre contratista y Administración?...Sí.)

(C.20.02.- ¿Puede operar el mutuo acuerdo tácito como causa de resolución del contrato?...Sí.)

(C.20.03.- ¿El transcurso del plazo señalado, habilita por si solo a la Administración para resolver el contrato?... NO, ha de hacerse ponderando en cada caso concreto las circunstancias concurrentes y de que modo afectan al interés público.)

(C.20.04.- En el supuesto de demora por causas imputables al contratista, ¿La Administración sólo puede optar entre resolver el contrato o imponer penalidades? ¿Cabe la prórroga tácita del contrato?... Necesariamente ha de optar entre resolver el contrato o imponer penalidades. La jurisprudencia admite sin embargo la prórroga tácita en determinados supuestos, diferenciándolo de la mera tolerancia.)

(C.20.05.- Sí en el supuesto de demora por causas imputables al contratista, la Administración opta por imponer penalizaciones, otorgando un nuevo plazo al contratista ¿Habrá de estarse, para poder resolver el contrato, a este nuevo plazo señalado o, habrá de esperarse a que las penalidades alcancen un múltiplo del 5% del precio del contrato?...Caben ambas posibilidades.)

(C.20.06.- ¿Qué ocurre ante el incumplimiento de una obligación, esencial por su naturaleza, pero no recogida como tal en el pliego ó en el contrato?... Prevalece la nota de esencialidad sobre el aspecto formal, pudiendo la Administración proceder a la resolución del contrato. -Ver comentarios-.)

(C.18.04.- A los efectos de computo del límite (10%) en el incremento del gasto previsto en los artículos 107.3.d TRLCSP (92 quáter 3.d.), 234.3 TRLCSP (217.3 LCSP) y 160 RGLCAP- ¿Cabe la compensación entre aumentos y minoraciones?... (ver).)

(C.18.05.- ¿En el supuesto de modificaciones, para el cálculo del porcentaje que representa la modificación, han de compararse el precio inicial y el modificado sin aplicar tipos diferentes en el Impuesto sobre el Valor Añadido?... SI, habrá de prescindirse del IVA.)

(C.18.08.- ¿El porcentaje (10%) de los eventuales excesos de medición (Art.234.3 TRLCSP -217.3 LCSP-) se han de entender incluidos en el límite del 10% para que sea considerado como una alteración esencial prevista en el artículo 107.3.d TRLCSP -92 quater 3.d. LCSP-?... NO.)

(C.20.07.- ¿De no instar el contratista la resolución del contrato por suspensión en el inicio de las obras, podrá reclamar indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el tiempo de espera?...SI.)

(C.20.08.- ¿Cabe adicionar distintos periodos de suspensión, para alcanzar el límite de ocho meses señalados por la ley y, en consecuencia, instar la resolución del contrato?... SI.)

(C.20.09.- ¿Cabe que la Administración desista del contrato tomando como argumento fundamental la situación de crisis económica?... Sí)

(C.20.10.- ¿Cabe resolver el contrato una vez firmada el acta de recepción de las obras?...NO.)

(C.20.11.- ¿Resuelto el contrato por mutuo acuerdo, cabe que el contratista presente una reclamación derivada del contrato, sobre la que en el acuerdo de resolución guardo silencio?... SI.)

(C.20.12.- ¿Resuelto el contrato por causa imputable al contratista, la indemnización de daños y perjuicios debe tener en cuenta la cuantía que resulte de la diferencia entre el importe actual del contrato y el nuevo importe por el que finalmente se contrate la ejecución de las obras?...SI, entre otros.)

(C.7.13.- ¿El propio expediente que en su caso se instruya, para resolver el contrato por causa imputable al contratista puede dar inicio al expediente para declarar la inhabilitación de éste?... NO, son expedientes distintos.)

(C.7.04.- ¿Cuándo se entienden firmes los actos administrativos que declaran la prohibición de contratar y, cuándo, una sanción administrativa?... (ver).)

(C.20.13.- ¿El cálculo de la indemnización al contratista del 3 % del precio de adjudicación, por suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses por parte de la Administración se realiza sobre la cantidad del precio de adjudicación IVA incluido, o debe, por el contrario, calcularse descontando la cantidad correspondiente al impuesto?... Debe descontarse la cantidad correspondiente al impuesto.)

**C.20.01.- ¿Cabe la concurrencia y compensación de incumplimientos entre contratista y Administración?****RESUMEN**

SÍ.

**CC CAN 694/2011**

*“...Ciertamente, en el expediente se encuentra acreditado el impago por parte de la concesionaria de las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a los trabajadores de los servicios concedidos (...) No obstante, ha de insistirse ahora en que, según se advirtió en tales Dictámenes, el retraso de la Administración en el abono de las indemnizaciones reconocidas al contratista como consecuencia de las diversas vicisitudes acaecidas en la ejecución del contrato, acreditados y, en buena medida, asumidas por la propia Administración, con sus correspondientes e inevitables efectos, siendo su causa defectos mayormente imputables a actuaciones u omisiones del Ayuntamiento con incidencia en su ejecución, puede haber contribuido relevantemente al incumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social. (...) Lo que no empece a que proceda la resolución del contrato en aplicación de la señalada causa (...) sin perjuicio de que, en relación con lo expuesto en el párrafo precedente, estos hechos debieran ser atendidos en orden a considerar un incumplimiento no culpable del contratista en este concreto caso, sin proceder la incautación de la garantía.”*

**STSJ MAD 9795/2010**

*“... De lo expuesto, la Sala aprecia la existencia de concurrencia de culpas en el caso debatido. Culpa de la entidad mercantil concesionaria del servicio, quién, tal y como mantiene la Administración demandada, no supo mantener el buen orden en la prestación del servicio, (...). Pero, asimismo, existe culpa de la Administración, quién teniendo conocimiento de lo que ocurría a través de los partes diarios de incidencias, reuniones semanales etc., (...), no tomó ninguna medida para evitar y controlar la situación, a pesar de que ejercía la supervisión y control para asegurar el adecuado funcionamiento del Centro.*

*(...) Por tanto, no apreciando culpa exclusiva de la entidad recurrente, no procede ni la incautación de la garantía ni la indemnización a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda de a garantía incautada (artículo 113.4 del Texto Refundido de la LCAP). Ahora bien, tampoco procede que la*

*Administración indemnice a la recurrente de los daños y perjuicios causados, no solo, porque, tal y como se dice en el informe (...) sino también y fundamentalmente, porque no se aprecia culpa exclusiva de la Administración que genere la obligación de indemnización a favor de la contratista de los daños y perjuicios causados (artículo 113.3 del Texto Refundido de la LCAP).”*

**STS 3266/1998**

*“(...) OCTAVO.- Entendemos, en conclusión, que las consecuencias del incumplimiento deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y de buena fe, que rige específicamente en materia de contratos (artículo 1.258 del Código civil), buscando un equilibrio de los intereses en presencia en la solución del debate (sentencias de 10 de junio y 11 de noviembre de 1987 ó de 10 de julio de 1990). En cuanto el incumplimiento es imputable al contratista, como se ha razonado, deviene causa de resolución del contrato (artículo 53.1 de la LCE y 159 del Reglamento), debiendo ser mantenidas en tal sentido las resoluciones administrativas impugnadas, pero anulándolas en los pronunciamientos desfavorables restantes, ya que no se debe dar lugar, en el caso, ni a pérdida de fianza (...) ni, como se anticipó anteriormente, a indemnización de daños y perjuicios a la Administración, en cuanto la culpa de la empresa contratista queda compensada*



*por la de la Diputación Regional de Cantabria que, a su vez, debería indemnizar a la propia contratista (artículo 53 LCE y 158 de su Reglamento)."*

\*\*\*

### **C.20.02.- ¿Puede operar el mutuo acuerdo tácito como causa de resolución del contrato?**

#### **RESUMEN**

Sí.

#### **STSJ MAD 6781/2008**

"... Resta por examinar si puede entenderse que al no reclamar el contratista la comprobación del replanteo una vez que le fue adjudicado el contrato, y haber dejado pasar casi dos años (no dos años y tres meses como dice la Administración) entre la fecha de adjudicación y la fecha en la que solicita la resolución del contrato y que se le abone una indemnización, se ha producido una suerte de consentimiento tácito del contratista a la no ejecución del contrato y, en consecuencia, su resolución por mutuo acuerdo de las partes.

En primer lugar conviene dejar sentado que no siendo la resolución de mutuo acuerdo supuestamente producida expresa, sino tácita o presunta, debe interpretarse con cautela, sin que podamos presumir que el mero transcurso del tiempo implica consentimiento, dejando de lado las demás circunstancias que pudieran concurrir."

(**Nota:** En el supuesto analizado el Tribunal concluye que no ha lugar a considerar la existencia de un mutuo acuerdo tácito, dado que se acredita hubo voluntad por parte del contratista de ejecutar el contrato).

\*\*\*

### **C.20.03.- ¿El transcurso del plazo señalado, habilita por si solo a la Administración para resolver el contrato?**

#### **RESUMEN:**

NO, ha de hacerse ponderando en cada caso concreto las circunstancias concurrentes y de que modo afectan al interés público.

#### **CC CLM 180/2011**

"... La apreciación de la demora en el cumplimiento de los plazos como causa resolutoria ha de hacerse ponderando en cada caso concreto las circunstancias concurrentes y afectantes al interés público, sin que proceda aquélla de modo automático. Así lo ha expresado en Tribunal Supremo en su jurisprudencia (recogida, entre otras, en las Sentencias de 14 de diciembre de 2001, [[STS 9850/2001](#)], y de 14 de junio de 2002, [[STS 4346/2002](#)] en las que se examinan supuestos en los que se ha incumplido el plazo final de ejecución) conforme a la cual "la mera constatación del vencimiento del plazo contractual sin que el contratista haya cumplido satisfactoriamente sus obligaciones no determina, por sí misma e indefectiblemente, la resolución del contrato, pues habrá que ponderar, en relación a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución y nueva apertura del procedimiento de selección de contratistas

*Si dicho automatismo en la aplicación de la medida resolutoria no procede aun habiéndose apreciado el transcurso del plazo contractual final, a mayor abundamiento no procederá dicha consecuencia extrema*

cuando el mencionado plazo aún no ha fenecido o el retraso se ha producido en el cumplimiento de los **plazos parciales** (...) Sin hacer ponderación alguna de las circunstancias descritas -escaso retraso de dos meses y medio y desfase mínimo del presupuesto de ejecución-, el expediente resolutorio se funda por la Administración en la demora padecida, estimando el Arquitecto Coordinador que "es, de hecho y por las experiencias en obras similares, muy difícil ejecutar las obras en los [...] meses que restan".(...)

Esta pretendida motivación carece del fundamento técnico necesario para respaldar que el retraso existente "haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total", según exige el aludido artículo 196.6 de la LCSP (212.6 TRLCSP). En este caso ya se ha visto que se opta directamente por la resolución a los dos meses y medio de retraso en la realización de la demolición, afectando la demora imputable a la adjudicataria hasta ese momento a un 3 % del presupuesto de la obra."

\*\*\*

**C.20.04- En el supuesto de demora por causas imputables al contratista, ¿La Administración sólo puede optar entre resolver el contrato o imponer penalidades? ¿Cabe la prórroga tácita del contrato?**

#### RESUMEN

Necesariamente ha de optar entre resolver el contrato o imponer penalidades. La jurisprudencia admite sin embargo la prórroga tácita en determinados supuestos, diferenciándolo de la mera tolerancia.

#### DCE 444/1994 / DCE 1246/2009

"... no cabe confundir la prórroga tácita (categoría aceptada por el Tribunal Supremo) con la mera tolerancia por parte de la Administración una vez superado el plazo de ejecución de la obra. En otras palabras, del hecho de que la Administración contratante, una vez superado el plazo de ejecución, no acuerde la resolución de contrato o no imponga penalidades no cabe derivar sin más e irremediamente la existencia de una prórroga otorgada tácitamente por la Administración. Es posible, como se dice, que la Administración contratante tolere -porque sea más beneficioso al interés público, atendidas las circunstancias particulares- que el contratista prosiga ejecutando la obra fuera del plazo pactado, pero sin que ello comporte enervar el incumplimiento en que en tal caso habrá incurrido la adjudicataria (con sus consecuencias anejas, por ejemplo, en relación con una pretendida revisión de precios).

Esta distinción entre la prórroga tácita y la mera tolerancia es trascendental, pues la posición del contratista es sustancialmente distinta en uno y otro caso. Si concurriera la prórroga tácita, el contratista habría ejecutado la obra dentro del plazo (prorrogado). Si se tratase de una mera tolerancia (aconsejada, como se dice, para preservar el interés público) el contratista habría ejecutado la obra fuera de plazo y, por tanto, incumpliendo, como se dice, las cláusulas contractuales..."

#### STS 11801/1994

"... como cuando comenzada la ejecución de las obras, sobrevienen causas por las que las mismas no pueden ser acabadas dentro del plazo previsto, habrá de estimarse que la no terminación de las mismas no se es imputable al contratista, sin que pueda darse a la petición y obtención expresa de prórroga la trascendencia de requisito formal inexcusable, ya que al no instar la Administración oportunamente la resolución, habrá de entenderse que presuntivamente optó por aceptar que la terminación de los trabajos se produjera fuera del tiempo previsto, dando así lugar al otorgamiento de una prórroga tácita -considerada válida por el Tribunal Supremo en Sentencias de 4 de mayo de 1963; 23 de junio de 1978; 31 de marzo y 21 de junio de 1980; 3 de diciembre de 1984- la cual según señala la Sentencia de 2 de octubre de 1987, no es sino una aplicación de la doctrina clásica de las formas de manifestación de la voluntad, en cuanto que los actos concluyentes de la Administración pueden evidenciar la existencia de una prórroga."

**STS 4445/1989**

*“No puede sostenerse que el mero silencio o tolerancia de la Administración, se intérprete como aprobación de una prórroga no pedida.”*

**MAD 05/2006**

*“... Al tratarse de prerrogativas del órgano de contratación, su ejercicio por parte de éste es facultativo, pudiendo optar por la solución que considere más conveniente en cada caso para hacer cumplir lo convenido. No obstante lo anterior,... parece claro que las opciones con que cuenta la Administración a la vista de la regulación contractual son: bien considerar no imputable la demora al contratista, o bien, si el retraso es imputable al contratista, optar por la imposición de penalidades o por la resolución del contrato, sin que se pueda deducir en este supuesto una tercera opción que ampare la inactividad de la Administración. En este sentido, cabe mencionar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en varios de sus Informes: 4/04 de 12 de marzo y 13/04 de 7 de junio, relativos a penalidades por demora, mantiene en líneas generales que la no imposición de penalidades exige que la demora no sea debida a causas imputables al contratista. ”*

**NOTA.** En Resumen:

1º.- La demora ha de ser imputable al contratista. La NO solicitud de prórroga por parte del contratista no puede asimilarse a demora imputable al mismo, habrá de estarse a las circunstancias concurrentes en la ejecución de cada contrato; En su caso podremos estar ante una prórroga tácita del contrato.

2º.- En el supuesto de que habiendo solicitado el contratista la prórroga, el órgano de contratación ni la otorgue expresamente, ni ejerza sus potestades en orden a la resolución del contrato o a la imposición de penalidades, se entenderá que existe una **prórroga tácita**.

3º.- Diferente a la prórroga tácita es la **mera tolerancia**, (aconsejada para preservar el interés público) que en la práctica se concreta en aquellos supuestos en los que, existiendo demora por parte del contratista y no habiendo solicitado éste prórroga del contrato, el retraso no es puesto en evidencia por parte de la Administración. De este hecho no puede beneficiarse el contratista -por ejemplo solicitando en su caso una revisión de precios-, debiendo en su caso indemnizar a la Administración por los daños que le haya podido ocasionar.

\*\*\*

**C.20.05.- Sí en el supuesto de demora por causas imputables al contratista, la Administración opta por imponer penalizaciones, otorgando un nuevo plazo al contratista ¿Habrá de estarse, para poder resolver el contrato, a este nuevo plazo señalado o, habrá de esperarse a que las penalidades alcancen un múltiplo del 5% del precio del contrato?**

**RESUMEN**

Caben ambas posibilidades.

**MAD 05/2006**

*“... Si, en el supuesto establecido en el artículo 95.3 de la LCAP, (Art.212.4 TRLCSP), el órgano de contratación optase por ejercer la facultad de imponer penalidades, el artículo 98 del RGLCAP dispone que habrá de conceder al contratista la ampliación de plazo que estime precisa para la terminación del contrato. En cuanto a la determinación del plazo para la prórroga, será el órgano de contratación quien, a la vista del desarrollo de la ejecución del contrato y las circunstancias del contratista, estime y determine un plazo razonable para su finalización, pudiendo optar, si el contratista incurre nuevamente en demora, por otra ampliación del plazo, con imposición nuevamente de penalidades, o por la resolución del contrato, con*

*independencia de que las penalidades por demora hayan o no alcanzado el 5 por 100 del precio del contrato a que se refiere el artículo 95.4 de la LCAP (Art.212.5 TRLCSP). Si el contratista incurre nuevamente en demora tras serle concedida una ampliación del plazo de ejecución, la Administración se encontrará de nuevo en el supuesto establecido en el artículo 95.3 de la LCAP (Art.212.4 TRLCSP), no en el del 95.4 (Art.212.5 TRLCSP), pudiendo optar por ello en este momento nuevamente entre la resolución del contrato o la continuación del mismo con la imposición de nuevas penalidades.*

*Cuando el importe de las penalidades haya alcanzado un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, con independencia de que el contratista haya incurrido o no nuevamente en demora en el cumplimiento del plazo del contrato, el órgano de contratación está facultado, conforme a lo dispuesto en el artículo 95.4 de la LCAP 4 (Art.212.5 TRLCSP), para proceder a la resolución del contrato o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades, sin que sea preciso en este caso diferir la resolución del contrato hasta la finalización del nuevo plazo de ejecución.”*

\*\*\*

#### **C.20.06.- ¿Qué ocurre ante el incumplimiento de una obligación, esencial por su naturaleza, pero no recogida como tal en el pliego ó en el contrato?**

##### **RESUMEN**

Prevalece la nota de esencialidad sobre el aspecto formal, pudiendo la Administración proceder a la resolución del contrato. -Ver comentarios-.

##### **CC MAD 442/2011**

*“... En relación a las causas de resolución, el artículo 206 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, tipifica como tal: “g) el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”. La cláusula 44 del pliego de cláusulas administrativas particulares se remite al artículo 206 de la Ley para la fijación de las causas de resolución, sin perjuicio de tipificar otros supuestos.*

*A tenor del artículo 206 de la Ley resulta claro que para que el incumplimiento sea eficiente como causa relevante de la resolución, ha de ser un incumplimiento esencial del contrato, al referirse el precepto a las “obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”. Esta redacción de la LCSP, ha sustituido la prescripción hasta ahora vigente en el artículo 111,g) TRLCAP, tratando de poner coto, en garantía de la seguridad jurídica y el rigor en la redacción de los documentos contractuales, a los abusos interpretativos sobre la consideración de lo esencial en la práctica administrativa, a la vista de pliegos contractuales redactados sin la necesaria concreción y proporcionalidad.*

*En los pliegos contractuales que forman parte de este expediente, no hay manifestación expresa de cuales obligaciones del contrato deben tenerse por esenciales a los efectos resolutorios, puesto que como hemos indicado, la cláusula 44 del PCAP se remite al artículo 206 para determinar las causas de resolución, y el capítulo V de dicho Pliego relativo a “Derechos y obligaciones del contratista”, viene a establecer las mismas de modo genérico, sin aludir a su carácter esencial o no.*

*En este punto, la indiscutida exigencia legal (art. 206 g) y jurisprudencial (SSTS, Sala 3ª, de 26/1/01, 14/6/02 y 25/5/04) de que los incumplimientos se refieran a obligaciones “esenciales” del contrato limita en buena medida la potestad resolutoria de la Administración, **pero ello no significa que la Administración no pueda hacer uso de esa facultad ante incumplimientos del contratista esenciales pero no calificados como tales en los pliegos o en el contrato. Como ha señalado el Tribunal Supremos en numerosas sentencias (así por ejemplo SSTS, Sala 3ª, de 6/4/87 y 14/11/00), en su determinación deben ponderarse las circunstancias***

**concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, valorando, conforme a la buena fe y la equidad, el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del contratista. Además, se impone que por parte de la Administración se lleve a cabo una adecuada justificación del carácter esencial de cada uno de los incumplimientos alegados.**

*En anteriores dictámenes de este Consejo, si bien, hemos de decir, interpretando el artículo 111, g) TRLCAP, se ha entendido que cláusulas contractuales esenciales son aquellas que tienden a la determinación y concreción del objeto del contrato y que por tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato. Así, se ha dicho, la interpretación del artículo 111 g) de la LCAP debe hacerse bajo el prisma de la jurisprudencia que considera que para apreciar la existencia de una causa de resolución “el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial”, como se establece entre otras en Sentencia del Tribunal Supremo de 25 junio 2002 y Sentencia de 2 de abril de 1992.*

*De lo expuesto hasta ahora puede extraerse una conclusión esencial a los efectos que aquí interesan y es que, la potestad administrativa de resolución de un contrato administrativo ha de sujetarse a unos límites derivados del respeto de la legalidad y del principio de buena fe contractual, tal y como viene siendo entendido por la jurisprudencia cuando se trata de extinguir un vínculo de esta clase. Ello puede suponer, en algunos casos, la prohibición de una interpretación literal de determinadas cláusulas del contrato y la necesaria limitación de su alcance, en el sentido apuntado de requerirse que el incumplimiento se refiera a una obligación esencial del contrato y sea obstativo para la realización de las prestaciones en que consista su objeto.”*

\*\*\*

**(Comentario 1:** A mi entender la conclusión a la que llega el dictamen expuesto (y de modo similar el que se transcribe tras estos comentarios) es en todo punto forzada, pero tal vez, la única posible.

Forzada por que apela a unas sentencias que o bien se basa en una legislación anterior a la LCSP, (STS, Sala 3ª, de 26/1/01, 14/6/02 y 25/5/04), o bien (14/11/00), que no abordan realmente la cuestión planteada.

Forzada igualmente, por que después de explicar que con la nueva regulación se intenta “...poner coto, en garantía de la seguridad jurídica y el rigor en la redacción de los documentos contractuales, a los abusos interpretativos sobre la consideración de lo esencial en la práctica administrativa...” admite sin embargo que la Administración pueda resolver el contrato en base al incumplimiento de una obligación esencial, aunque la misma no haya sido recogida con tal carácter en el pliego.

Única posible, por las razones a las que hace referencia el comentario siguiente.)

**(Comentario 2:** A mi entender, la exigencia que establece el artículo 223. f. TRLCSP, de que la nota de esencialidad se recoja en el pliego y en el contrato, desvirtúa totalmente esta figura; en efecto, el acento **no** se pone en la naturaleza de la obligación –que sea o no esencial-, sino en un aspecto meramente formal, - que se recoja en el pliego y en el contrato con tal carácter-.

El TRLCAP establecía en su artículo 111.g como causa de resolución “*El incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales*”, siendo, aquí sí, la naturaleza de la obligación la que determinaba la causa de la resolución. Puede pensarse, que la exigencia establecida ahora en el TRLCSP, facilita las cosas y evita que sea la Administración ó, en último término los tribunales, los que fijen la nota de esencialidad de una obligación, pues con la redacción actual, el interprete debe limitarse a constatar si la obligación se recoge o no con tal carácter en el pliego y en el contrato. Ello supone sin embargo, pretender que tales documentos puedan abarcar todos los supuestos en que una obligación tiene el carácter de esencial en la vida de un contrato, lo que es en todo punto imposible -como corresponde a un concepto jurídico indeterminado como es éste-, y lo que a su vez plantea un problema clave ¿Qué ocurrirá cuando se incumpla una

obligación verdaderamente esencial por su naturaleza pero no prevista con este carácter en el pliego y el contrato?

Además, si lo que se pretendía con esta redacción era que no hubiese duda de cuales obligaciones (además de las esenciales) deben dar lugar a la resolución del contrato, esta finalidad se hubiera alcanzado con la aplicación de la causa prevista en el supuesto h) TRLCSP. Art. 223.h.- *“Las establecidas expresamente en el contrato.”* En efecto, que la exigencia de que la calificación de una obligación contractual como esencial, haya de determinarse en el pliego o en el contrato, las asimila la ley, a efectos de producir la resolución del contrato, a aquellas otras obligaciones que, sin ser calificadas como esenciales, se pueden establecer expresamente en el contrato como causa de resolución. La única diferencia entre ambas radica en que en las primeras, por el mero hecho de ser calificadas como esenciales, su incumplimiento determina la resolución del contrato, en tanto en las no calificadas como tal, se ha de preveer de modo expreso la resolución, como efecto de su incumplimiento.

En definitiva con la nueva redacción contenida en la LCSP y en su texto refundido, y ante incumplimientos de obligaciones verdaderamente esenciales pero no recogidas como tal en los pliegos y el contrato, solo cabe acudir, de manera forzada, tal y como hace el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid anteriormente expuesto, a principios generales del derecho, que en cualquier caso, son indudablemente contrarios a la letra de la ley.

\*\*\*

#### ARA 20/2011

La resolución por incumplimiento de obligaciones esenciales de un contrato administrativo, al amparo del actual artículo 206 f) LCSP, requiere que dichas obligaciones figuren de forma expresa y con tal carácter en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el contrato, y puede apreciarse de forma automática por parte de la Administración; mientras que en la resolución por otros incumplimientos graves del contratista —no identificados expresamente en los pliegos como obligaciones esenciales—, corresponde a la Administración, motivando su decisión, identificar y calificar dichos incumplimientos.

\*\*\*

**C.18.04.- A los efectos de computo del limite (10%) en el incremento del gasto previsto en los artículos 107.3.d TRLCSP (92 quáter 3.d.), 234.3 TRLCSP (217.3 LCSP) y 160 RGLCAP- ¿Cabe la compensación entre aumentos y minoraciones?**

#### **RESUMEN**

Hasta la modificación introducida en la LCSP por la Ley de Economía Sostenible (Art. 92 quáter.3.d.) la respuesta (JCCA central MEH 16\_2006) era afirmativa, a partir de ésta —parece que— la respuesta ha de considerarse negativa (en el sentido ya adelantado por el informe BAL\_10\_2003 de la JCCA de Baleares).

#### MEH 16/2006

*“...sobre si cabe posibilidad de compensar excesos y defectos de medición a efectos del cómputo del limite del 10 por 100, entiende esta Junta Consultiva que no existe ningún impedimento para ello, puesto que el artículo 160 del RGLCAP se refiere a "variaciones" y no a aumentos o reducciones en el número de unidades ejecutadas sobre las previstas de forma aislada. Por tanto, el límite del 10 por 100 ha de aplicarse sobre el saldo de dichos aumentos o reducciones, es decir teniendo en cuenta la variación total que se produce en el número de unidades ejecutadas.”*

**Nota:** El artículo 234.3 (último párrafo) TRLCSP, reproduce prácticamente en su totalidad el artículo 160.1 RGLCAP, si bien a diferencia de éste, aquél utiliza la expresión “alteración” en lugar de “variación” sin que,

opino, dicho cambio en el término, deba llevar a una conclusión diferente.

*160.1.-RGLAP. Sólo podrán introducirse variaciones sin previa aprobación cuando consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 % del precio primitivo del contrato, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido.*

*234.3 LCSP. ... No obstante, podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 % del precio primitivo del contrato.*

### **BAL 10/2003**

*"... Dicho esto y atendiendo a las anteriores consideraciones de este informe, podría afirmarse la posibilidad de proceder a compensaciones entre unidades de obra positivas y negativas siempre que ello no supusiese incremento alguno del presupuesto primitivo del proyecto o que, suponiéndolo, no representase más del 10 por 100 de éste.*

*Ahora bien, si lo anterior es cierto, no menos lo es, el que por vía de la compensación de unidades de obra positivas y negativas estemos desvirtuando el proyecto de obra modificándolo sustancialmente, en definitiva por la vía de la compensación se procedería a la modificación del objeto del contrato, en este caso de un proyecto de obra.*

*En todas estas actuaciones del "ius variandi" la solución, en cuanto afecte a la contratación pública, como ya se ha dicho, tiene que examinarse desde un punto de vista restrictivo, por lo que la compensación de unidades de obra, siendo una modificación contractual, tiene que interpretarse restrictivamente y con ello afirmar que la compensación no podrá suponer en ningún caso, una substancial variación del proyecto primitivo, ni en las calidades ni en las cantidades de las unidades de obra proyectadas y aunque con ello no se sobrepase el presupuesto primitivo del proyecto. Caso contrario tendrá que procederse a la apertura del procedimiento de modificación de los contratos."*

\*\*\*

**C.18.05.- ¿En el supuesto de modificaciones, para el cálculo del porcentaje que representa la modificación, han de compararse el precio inicial y el modificado sin aplicar tipos diferentes en el Impuesto sobre el Valor Añadido?**

### **RESUMEN**

SI, habrá de prescindirse del IVA.

### **MEH 32/1995**

*"...La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ... (entiende)... que la determinación del importe de una modificación contractual y del porcentaje que representa respecto al precio inicial del contrato no puede realizarse tomando en consideración tipos impositivos distintos del Impuesto sobre el Valor añadido, pues la diferencia de tipo impositivo, por ser extremo distinto e independiente y, en cierto modo, accidental al contrato, no puede servir para cuantificar una modificación contractual ni el porcentaje que representa respecto al precio inicial del contrato."*

\*\*\*

**C.18.08.- El porcentaje (10%) de los eventuales excesos de medición (Art.234.3 TRLCSP -217.3 LCSP-) se han de entender incluidos en el límite del 10% para que sea considerado como una alteración esencial prevista en el artículo 107.3.d TRLCSP -92 quater 3.d. LCSP-?**

**RESUMEN**

NO.

**CAN 04/2011**

*“1ª.- Dentro del límite del 10% a que se refiere el artículo 217.3 de la LCSP,(234.3 TRLCSP) las variaciones de medición de las unidades de obra realmente ejecutadas respecto a las inicialmente previstas en el proyecto, no producen en ningún caso una modificación sustancial del contrato por ser inherentes al mismo, y, por tanto, su importe no se puede considerar acumulable al importe de las modificaciones a que se refiere el artículo 92 quater, (107 TRLCSP), a efectos del cómputo del límite del 10% a que se refiere el apartado 3.d) del artículo 92 quater para determinar la incidencia de una modificación sustancial del contrato.*

*2ª.- El importe de las variaciones de medición a que se refiere el artículo 217.3 de la LCSP, (234.3 TRLCSP) cuyo importe no supere el 10% fijado en dicho artículo y que, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 160.2 del RGLCAP se recojan posteriormente en un proyecto modificado, no ha de computarse junto al importe de las modificaciones que han dado lugar al proyecto modificado, a efectos de considerar el límite del 10% que determina la alteración sustancial del contrato. En consecuencia, dichas variaciones de medición deberán reflejarse de forma diferenciada en el proyecto modificado, a fin de poder realizar el control diferenciado del cumplimiento de ambos límites.*

*3ª.- Si un pliego de cláusulas incluye expresamente la previsión de realizar posibles variaciones de medición de determinadas unidades de obra, detallando las condiciones, el alcance y los límites en que puedan realizarse, en los términos establecidos en el artículo 92 ter de la LCSP,(106 TRLCSP) tales variaciones no interfieren en la viabilidad ni en el límite establecido en el artículo 217.3 de dicha ley (234.3 TRLCSP) para aquellas otras variaciones en las mediciones que se realicen de acuerdo con lo previsto en este artículo.”*

**ARA 23/2011**

*“... El supuesto previsto en el artículo 217.3 LCSP (234.3 TRLCSP) — alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto de un contrato administrativo de obras— es un supuesto específico de modificación legal, que no se incluye entre los supuestos de modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, sin que por tanto le sean de aplicación las previsiones del artículo 92 quater LCSP (107 TRLCSP). En concreto, el límite del 10% del precio de adjudicación del contrato recogido en este último precepto para considerar alterada una condición esencial, no comprende los eventuales excesos de medición que, por su propio carácter, se pondrán de manifiesto en un momento posterior, el de la medición final de la obra.”*

\*\*\*

**C.20.07.- ¿De no instar el contratista la resolución del contrato por suspensión en el inicio de las obras, podrá reclamar indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el tiempo de espera?**

**RESUMEN**

SI

**DCE 3214/1995**

*“No obstante, el no ejercicio del derecho de resolución en el plazo preclusivo impuesto por la Ley no deja a esa suspensión "ab initio" sin el consiguiente resarcimiento de los daños que traigan causa directa e inmediata de esa paralización. El hecho de que hubiere precluido esa posibilidad no impide acceder a la indemnización que, para supuestos de suspensión, prevé el artículo 148 del Reglamento General de Contratación. En esta línea se inscribe la posición mantenida por el Consejo de Estado en el dictamen anteriormente citado (nº 52.358, de 1 de diciembre de 1988), cuando afirma: "No obstante, suspendida la*



*iniciación de las obras por plazo superior a seis meses, nace el derecho a obtener una indemnización del artículo 148 por los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el contratista, derecho que no cabe entender limitado por razón de una estipulación contractual que lo establezca si esa suspensión obedece a causa imputable a la Administración ni cabe cuantificar su importe acudiendo al sistema de revisión de precios incorporado al contrato".*

\*\*\*

**C.20.08.- ¿Cabe adicionar distintos periodos de suspensión, para alcanzar el límite de ocho meses señalados por la ley y, en consecuencia, instar la resolución del contrato?**

#### RESUMEN

SI

#### [DCE 1093/1991](#)

*"Analizadas de este modo las dos paralizaciones, cabe preguntarse si es procedente la suma de ambas a efectos del cálculo de la paralización total -y ulterior indemnización-, tal y como alega el reclamante, o si la primera de ellas, al no exceder de seis meses, enerva toda posible reclamación, como entiende la Administración. A este respecto ha de tenerse en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1981, en la que se estudiaba un contrato administrativo de obras que sufrió una paralización material ("equiparable a la suspensión", se decía) en dos ocasiones, una durante cinco meses y medio y otra durante "al menos dos meses". El Alto Órgano Jurisdiccional entendió que "nada impide adicionar los períodos de tiempo en que la obra sufrió retraso o estuvo suspendida para determinar, en fin, si alcanza la entidad prevista en el art. 49 de la ley -seis meses o la quinta parte- para originar el derecho del contratista a los daños y perjuicios efectivamente sufridos".*

#### Nota

Los periodos previstos en la Ley de Contratos del Estado son distintos de los que actualmente recoge el TRLCSP.

\*\*\*

**C.20.09.- ¿Cabe que la Administración desista del contrato tomando como argumento fundamental la situación de crisis económica?**

#### RESUMEN

SI.

#### [CC MAD 569/2011](#)

[Supuesto analizado: Desistimiento de la Administración en relación a un contrato de arrendamiento con opción a compra de un vehículo. Con anterioridad al momento de ejercitar la opción de compra, el ayuntamiento...] *"...basa la decisión de desistir del contrato en el ahorro que ello supone, ya que se señala que el Pleno del Ayuntamiento ha aprobado un Plan de Ahorro y que la resolución del contrato supone, una vez descontado el abono al contratista del 6% de las cuotas pendientes en concepto de beneficio industrial, un ahorro de 20.765,82 euros. En absoluta coherencia con dicho plan de ahorro, se decide la supresión del vehículo oficial utilizado por la Alcaldesa, por estimar que lo que el interés general demanda en el momento actual es reducir gastos considerados prescindibles en un contexto de una grave crisis económica que ha*

*llevado a la necesidad de incorporar a la Constitución, mediante la reforma del artículo 135, el establecimiento de un límite de déficit a las Administraciones estatal y autonómica y, en el caso de las entidades locales, exigir a las mismas el equilibrio presupuestario. (...)Por ello este Consejo estima que el desistimiento instado se halla amparado por una indiscutible causa objetiva de interés público que justifica la ruptura del vínculo contractual."*

#### CC PV 206/2011

*"... Las dificultades presupuestarias y la necesidad de que la Administración se ajuste a un nuevo escenario económico con menores recursos para la prestación de sus servicios y actividades, también constituyen razones cuya incidencia puede tomarse en consideración para poner fin al contrato suscrito."*

(Nota: En este supuesto el desistimiento por "...invocación del precario momento presupuestario que vive la Administración Pública..." se acompaña de un segundo motivo cual es la innecesidad de la asistencia técnica prestada.)

\*\*\*

#### **C.20.10- ¿Cabe resolver el contrato una vez firmada el acta de recepción de las obras?**

##### **RESUMEN**

NO.

#### DCE 843/2009

*"...Son, sin duda, consideraciones de seguridad jurídica las que determinan que le esté vedado a la Administración pública resolver un contrato por incumplimiento del contratista tras la recepción de conformidad de las obras ejecutadas y así lo ha sostenido el Consejo de Estado en sus dictámenes 1.274/2005, de 29 de septiembre, 1.248/99, de 10 de junio, 1.276/2005, de 29 de septiembre, 179/2004, de 11 de marzo, 2.510/2004, de 14 de octubre, 3.062/98, de 10 de septiembre, y 654/2004, de 27 de mayo, entre otros. En el supuesto sometido a consulta resulta evidente que la recepción de las obras se firmó el 15 de abril de 2008, sin objeción ni reserva por parte de la Administración. Por estas razones, estima el Consejo de Estado que no procede acordar la resolución del contrato."*

#### DCE 159/2005

*"En el asunto consultado las obras han sido recibidas de conformidad por la Administración local, sin que en el acta se consignara deficiencia alguna por parte de los representantes de ésta o de la Dirección facultativa. En consecuencia, el contrato se ha de considerar cumplido por parte del contratista, sin que ahora sea posible la resolución pretendida por el Ayuntamiento por causa de incumplimiento (...) Basta reiterar que, recibido el contrato de conformidad, la Administración local no puede luego resolverlo por incumplimiento del contratista (...) Por otra parte, no puede aducirse frente a lo anterior la existencia de una situación de incumplimiento. Pues, ha de tenerse en cuenta que el acta de recepción se levantó a la vista del grado de cumplimiento de la contratista y por considerarse que los trabajos se encontraban en condiciones de ser recibidos"*

\*\*\*

#### **C.20.11.- ¿Resuelto el contrato por mutuo acuerdo, cabe que el contratista presente una reclamación derivada del contrato, sobre la que en el acuerdo de resolución guardo silencio?**

**RESUMEN**

SI.

[STS de 22/01/1975](#) (ver página 151 del documento que aparece en este hiperenlace-

*"Pudieron las partes (...) plasmar en el negocio extintivo del contrato de obras el reconocimiento de la pretensión indemnizatoria a la sazón sometida a la Administración o constatar que el contratista se reservaba el derecho reconocido en el artículo 47 de aquella Ley, al objeto de evitar dudas en el futuro; más es lo cierto que ni por la vía de lo expreso, inferido de la literalidad de las cláusulas del convenio extintivo, ni de lo inferible del conjunto del contrato, se colige que esta cuestión fuera objeto de pacto, porque ni se comprendió en la cantidad liquidada una partida correspondiente a los intereses de demora ni por referencia alguna fluye que se afrontara esta cuestión (...) y, por otra parte, del silencio sobre el punto de la pretensión de intereses pendiente por sí, o en el conjunto de los pactos, no es dable obtener la consecuencia de que el contratista hiciera dejación voluntaria en una renuncia de significado abdicativo o de significado reconocitivo si es que el derecho era controvertido a los intereses generales por la mora en el pago de una certificación anterior; y tampoco hay base para en una conjunta contemplación del silencio y de la falta de una cláusula de reserva inferir una conducta expresiva de renuncia, que requiere, como es bien conocido, una constancia de forma clara, explícita y terminante (...)"*

\*\*\*

**C.20.12.- ¿Resuelto el contrato por causa imputable al contratista, la indemnización de daños y perjuicios debe tener en cuenta la cuantía que resulte de la diferencia entre el importe actual del contrato y el nuevo importe por el que finalmente se contrate la ejecución de las obras?.**

**RESUMEN**

SI, entre otros.

[MEH 027/1999](#)

*/"... Que la indemnización de daños y perjuicios a la Administración, por resolución por causa imputable al contratista, debe comprender los efectivamente causados, entre ellos la diferencia entre el importe del contrato resuelto y el importe del nuevo contrato a celebrar para la ejecución de las obras. "*

\*\*\*

**C.7.13.- ¿El propio expediente que en su caso se instruya, para resolver el contrato por causa imputable al contratista puede dar inicio al expediente para declarar la inhabilitación de éste?**

**RESUMEN**

NO, son expedientes distintos.

[AND 6/1996](#)

*"... no se puede confundir el expediente de resolución contractual, por más que de él pueda necesariamente derivar la declaración de inhabilitación del contratista, con el procedimiento específicamente encaminado a que esta declaración se produzca de modo expreso. La inhabilitación del contratista tiene un carácter punitivo adicional, que no es consecuencia insoslayable de la culpabilidad del contratista en el incumplimiento del contrato y tampoco mediante la resolución del contrato acordada por la Administración se puede imponer al contratista la inhabilitación para contratar.*

*... requisitos previos necesarios del procedimiento administrativo para declarar en prohibición de contratar,...*  
a) Primeramente, son condiciones ex lege, tanto la declaración de culpabilidad del contratista en la

resolución del contrato, como la firmeza del acuerdo de resolución contractual... b) En segundo lugar, es requisito sine quae non cumplimentar el procedimiento específico para declarar en prohibición de contratar, procedimiento posterior y distinto al de resolución del contrato.”

#### AND 007/1991

“... la causa de prohibición para contratar por resolución culpable de un contrato administrativo no produce efectos automáticos, siendo necesario que se den los siguientes presupuestos:

Primeramente, es necesario la firmeza del acuerdo de resolución contractual y que el contratista haya sido declarado culpable en el expediente relativo a la resolución.

En base a los mismos, es obligatorio cumplimentar el requisito procedimental específico para la declaración de prohibición para contratar...”

#### AND 004/1990

“... La cuestión de fondo que se suscita consiste en la posible prohibición para contratar en que haya podido quedar incurso el contratista... al quedar resuelto el mismo,... como consecuencia del expediente instruido por incumplimiento contractual.

... De todo lo anteriormente expuesto la CCCA considera que, en tanto no se instruya y resuelva el procedimiento que declare la causa de inhabilitación, la empresa X, por no estar de momento incurso en causa de inhabilitación, puede contratar con la Administración...”

\*\*\*

### **C.7.04.- ¿Cuándo se entienden firmes los actos administrativos que declaran la prohibición de contratar y, cuándo, una sanción administrativa?**

#### **RESUMEN**

En el caso de los actos administrativos, cuando se agota la vía administrativa, salvo que recurrido el acto en vía contenciosa el Tribunal acuerde la suspensión del mismo. En el supuesto de las sanciones (Art.60.1.c TRLCSP) cuando se agota la vía judicial (ver sin embargo comentario).

#### STS 8644/2006

“... Pues bien, la prohibición de contratar la impuso la Consejería competente y esa decisión agotaba la vía administrativa, de modo que frente a ella no había más recurso que el contencioso administrativo que se le ofreció ante la Sala de la Jurisdicción correspondiente, ... Junto a lo anterior hay que tener en cuenta que la LRJPAC expone en el artículo 56 que: "Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en la Ley" y añade en el artículo 57 que "esos actos producirán efectos desde la fecha en que se dicten quedando su eficacia demorada en circunstancias normales a su notificación, publicación o aprobación superior". De este modo es claro que ese acto que se recurrió ante la Sala era ejecutivo y producía efectos desde que le fue notificado a la empresa...En consecuencia la firmeza a la que se refiere el art. 20.c (60.2.a. TRLCSP) es la firmeza en vía administrativa, de modo que el acto por el que se impone la prohibición de contratar produce los efectos que le son propios una vez que se cumplen los requisitos previstos en cuanto a su notificación y publicación, y esos efectos sólo podrán cesar cuando recurrido el acto ante la Jurisdicción la Sala acuerde la suspensión del mismo si lo considera procedente.”

#### CAN 002/2006

“... La aportación en un procedimiento de licitación de un testimonio judicial de un auto firme en el que se declara la suspensión cautelar de una Resolución de prohibición para contratar recurrida, teniendo en

*cuenta que, a la vista de las fechas en que se acuerda el auto y la fecha en que se expide el testimonio judicial, la suspensión estaba vigente en el momento de la licitación, constituye un medio de prueba suficiente, para acreditar que, en el momento de la licitación, el licitador no está incurso en prohibición para contratar. Deduciéndose de las actuaciones practicadas, que el órgano que dictó la Resolución recurrida tiene ya a su alcance los cauces y los medios suficientes para conocer el auto suspensivo, y siendo éste firme, tanto el hecho de que se haya realizado o no su notificación formal, como la circunstancia de que el licitador continúe incluido en el registro de empresas con prohibición para contratar, son aspectos formales que no dejan sin efecto el contenido suspensivo del auto, en lo que se refiere a acreditar la capacidad de obrar del licitador en el momento de concurrir a la licitación.”*

#### **MEH 017/2002**

*“... conviene recordar que la firmeza a que se refiere la citada letra d) del artículo 20 (Art 60.1.c, TRLCSP - 49.1.c, LCSP-) ha de entenderse referida a la vía jurisdiccional, sin que, en consecuencia, proceda la instrucción de expediente ... cuando la sanción impuesta esté pendiente de recurso en dicha vía, criterio que esta Junta viene reiteradamente sosteniendo...”*

**Comentario 1:** Si bien es cierto que la LRJPAC regula de modo independiente los actos administrativos (artículo 51 y siguientes) y la potestad sancionadora (artículo 127 y ss), el ítem procedimental en lo que se refiere a la firmeza de las resoluciones adoptadas, es el mismo en ambas, por lo que no se alcanza a entender la diferencia entre la firmeza de un acto declarando la resolución de un contrato, que se señala en el momento en que se agota la vía administrativa (supuesto analizado en la sentencia [STS 8644/2006](#)) y, la no firmeza en ese mismo momento de una sanción (supuesto contemplado en MEH\_017/2002). A mi entender, la interpretación del Tribunal Supremo debe extenderse por analogía al derecho sancionador. (En cualquier caso, ha de precisarse que la doctrina judicial es vacilante, variando desde aquella que la atribuye a la prohibición naturaleza sancionadora hasta la que mantiene la posición contraria (ver al respecto la [STS 723/20007](#) y [STS 4161/2007](#)).

**Comentario 2:** Téngase en cuenta, que el momento de la firmeza de la resolución no solamente determinará si la empresa se encuentra o no en causa de prohibición para contratar, sino también, en su caso, el plazo máximo para que la prohibición pueda ser apreciada.

\*\*\*

**C.20.13.- ¿El cálculo de la indemnización al contratista del 3 % del precio de adjudicación, por suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses por parte de la Administración se realiza sobre la cantidad del precio de adjudicación IVA incluido, o debe, por el contrario, calcularse descontando la cantidad correspondiente al impuesto?**

#### **RESUMEN**

Debe descontarse la cantidad correspondiente al impuesto.

#### **MAD 03/2001**

*“... El artículo 78.1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante LIVA), establece que la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido estará constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas.*

*Por otra parte, en el apartado tercero de este mismo artículo se establece que se excluirán en la base imponible las cantidades percibidas por razón de indemnizaciones (...) que por su naturaleza y función, no constituyan contraprestación o compensación de las entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetos al*

### *Impuesto.*

*La Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda, en varias resoluciones a consultas planteadas, y en concreto en la Resolución de 12-11-1997, establece en relación con el artículo 78.3.1 de la LIVA, "que el simple hecho de que una cantidad se califique como indemnización (...) no significa, automáticamente, que la misma no constituya contraprestación de los servicios prestados por el receptor de la cantidad en virtud de un contrato. Habrá que examinar en cada caso si la cantidad abonada tiene por objeto indemnizar al perceptor por la pérdida de bienes o derechos de su patrimonio o retribuir las operaciones realizadas por dicho perceptor".*

*El artículo 152.3 de la LCAP (Art.239.3 TRLCSP) prevé una indemnización a tanto alzado por todos los conceptos que evita la prueba del perjuicio que efectivamente se le ha causado al contratista con la frustración del contrato por haberse suspendido la iniciación de la obra por un plazo superior a seis meses, haciéndose constar la circunstancia de la suspensión en el acta de comprobación del replanteo, y siempre que el contratista decida ejercer su derecho de resolver el contrato.*

*Al tratarse la resolución contractual, de un modo de extinción anómala del vínculo contractual, la naturaleza de la indemnización que prevé la LCAP, tiene por objeto indemnizar al perceptor por la pérdida de bienes o derechos de su patrimonio, por lo que de conformidad con el artículo 78.3.1 de la LIVA la referida "indemnización" no constituye hecho imponible del IVA.*

*Por tanto la indemnización del 3 % no tiene la consideración de contraprestación o compensación de entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al IVA, sino que es un porcentaje fijo que compensa los daños sufridos una vez que el contratista opta por la resolución contractual. Puesto que la indemnización por resolución de un contrato no tributa por IVA, se produciría un enriquecimiento injusto del contratista al cobrar una cantidad calculada sobre el IVA, que no va a incluir en las declaraciones tributarias del citado impuesto."*

**NOTA:** En base a los argumentos expuestos, cabe aplicar esta misma solución al supuesto previsto en el artículo 239.2 TRLCSP – demora en la comprobación del replanteo-.

\*\*\*

## **ANEXO II.- COMENTARIOS**

(Nota previa: Los hipervínculos a sentencias lo son a la [página web del Consejo General del Poder Judicial](#), en ésta, y en el apartado TEXTO A BUSCAR, introducir la referencia de cada sentencia)

*[.\(COM.20.01. Consecuencias de la incomparecencia del contratista al acto de comprobación del replanteo.\)](#)*

*[\(COM.10.01.- ¿El hecho de la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, supone la pérdida de garantía y, además, la obligación de hacer frente a la responsabilidad de daños y perjuicios en lo que exceda de aquélla o, solamente, la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados?\)](#)*

*[\(COM.19.01.- Suspensión: Conceptos indemnizables y compatibilidad con las indemnizaciones por resolución.\)](#)*

\* \* \*

### **COM.20.01. Consecuencias de la incomparecencia del contratista al acto de comprobación del replanteo**

#### **I.- Legislación**

##### **TRLCSP**

**Artículo 223.** Causas de resolución.

Son causas de resolución del contrato:

- f).- El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.
- h).- Las establecidas expresamente en el contrato

**Artículo 237.** Causas de resolución. (Contrato de obras)

Son causas de resolución del contrato de obras, además de las señaladas en el artículo 223, las siguientes:

- a).- La demora en la comprobación del replanteo, conforme al artículo 229.

**Artículo 229.** Comprobación del replanteo.

La ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo. A tales efectos, dentro del plazo que se consigne en el contrato que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de su formalización salvo casos excepcionales justificados, el servicio de la Administración encargada de las obras procederá, en presencia del contratista, a efectuar la comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación, extendiéndose acta del resultado que será firmada por ambas partes interesadas, remitiéndose un ejemplar de la misma al órgano que celebró el contrato.

##### **RGLCAP**

**Artículo 139.** Comprobación del replanteo.

La comprobación del replanteo a que se refiere el artículo 142 de la Ley (Art. 229 TRLCSP) se sujetará a las siguientes reglas:

- 1).- Si el contratista no acudiere, sin causa justificada, al acto de comprobación del replanteo su ausencia se considerará como incumplimiento del contrato con las consecuencias y efectos previstos en la Ley.

## II.- Comentario

El artículo 139 del RGLCAP establece que la ausencia del contratista sin causa justificada al acto de comprobación de replanteo se considerará como incumplimiento del contrato con las consecuencias y efectos previstos en la Ley; ahora bien ¿Cuales son las consecuencias previstas en la ley? La respuesta es que la TRLCSP no prevé, al menos de modo directo, consecuencia alguna de este incumplimiento, del mismo modo que tampoco se fijaba en el TRLCAP, del que el RGLCAP es desarrollo.

La doctrina del Consejo de Estado y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo consideraron tradicionalmente que este hecho -la incomparecencia del contratista- vulneraba una de las **obligaciones esenciales** del contrato y que, en aplicación del artículo 111 del TRLCAP, ( “*Son causas de resolución del contrato ... g) El incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales.*”), el órgano de contratación estaba legitimado a resolver el contrato ([STS 231/1992](#); [STS 241/1992](#)).

Sin embargo, la redacción del artículo 223 del TRLCSP (206 LCSP), exige que el carácter esencial de la obligación se encuentre previsto en el pliego o en el contrato, no siendo suficiente por lo tanto la remisión que el RGLCAP hace a la Ley, toda vez que el TRLCSP no contempla expresamente como causa de resolución la incomparecencia del contratista a la comprobación del replanteo.

Tampoco cabe basar la resolución del contrato en lo dispuesto en el artículo 237.a. TRLCSP (220 a. LCSP), pues de la remisión que éste hace al artículo 229, se deduce que dicha causa de resolución se prevé para el supuesto de incumplimiento de la Administración, no del contratista, así lo entendía doctrina y jurisprudencia, que como se ha señalado basaba la resolución del contrato por esta causa en el artículo 111 del TRLCAP, no en el 149.a. (idem al 237 a. TRLCSP)

De todo lo expuesto, sólo cabe concluir que, en la actualidad, supuesta la no presencia del contratista en el acto de comprobación de replanteo y, no previéndose en el pliego o en el contrato la resolución del contrato en base a este incumplimiento del contratista, la incomparecencia del mismo traerá como consecuencia las señaladas en su día -apartándose de la interpretación tradicional- en el dictamen 909/1992 del Consejo de Estado ([DCE 909/1992](#)):

*(...) Si del contratista sólo se reclama su presencia pues es el Servicio quien comprueba, su ausencia puede considerarse en ocasiones más que obligación, como sujeción al resultado desfavorable que produzca su falta de presencia en el acto de comprobación, esto es, como carga. Con ello no se cuestionan las obligaciones contractuales, sino que lo único que sucede es que el contratista no podrá formular reclamaciones basadas en circunstancias adversas que no se le habrían producido si hubiese presenciado la comprobación del replanteo, formulando las oportunas reservas. (...)*

\*\*\*

**COM.10.01.- ¿El hecho de la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, supone la pérdida de garantía y, además, la obligación de hacer frente a la responsabilidad de daños y perjuicios en lo que exceda de aquélla o, solamente, la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados?**

Los efectos económicos de la resolución del contrato, más en concreto, en lo que se refiere al juego de la incautación de la garantía / indemnización de daños y perjuicios, no ofrecía dudas vigente el TRLCAP, el artículo 113.4 de esta norma establecía:

*“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”. (Art.113.4 TRLCAP).*



Se contemplaba así una consecuencia doble; un efecto de aplicación inmediata -pérdida de la garantía-, y otro -indemnización de daños y perjuicios en lo que exceda del importe de aquella- que requería una operación de cuantificación previa; si el importe resultante del cálculo fuera superior a la garantía incautada, la Administración reclamaría al contratista por el exceso, en caso contrario, no habría lugar a la devolución del exceso incautado; la Administración hacia suya la totalidad de la garantía.

Vigente la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, y ahora su texto refundido, la doctrina del Consejo de Estado sobre el tema parecía continuar en un principio siendo la misma y así, en su dictamen [DCE 1979/2009](#), afirma:

*“...En definitiva, cabe apreciar que hay un incumplimiento de la obligación esencial y principal del contrato, que resulta imputable únicamente a la contratista. A la vista de lo anterior, debe señalarse, pues, que procede resolver el contrato por el incumplimiento imputable al contratista. De conformidad con lo establecido en el artículo 208.4 de la ley de Contratos del Sector Público,-225.4 TRLCSP- dicha resolución conlleva la incautación de la garantía definitiva. Además, de acuerdo con el artículo 208.4 -225.4 TRLCSP- de la misma ley, "cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados", debiendo hacerse efectiva dicha indemnización, en primer lugar, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido. A este respecto, la Asesoría Jurídica General ha propuesto que se siga el correspondiente expediente contradictorio, con el fin de determinar los daños causados a la Administración y la obligación de la contratista de abonar, en su caso, una indemnización por tales daños. Resulta, sin embargo, que en la tramitación del expediente de resolución del contrato, los órganos que han informado en relación con el incumplimiento de la contratista (informes reseñados en los antecedentes quinto y sexto), no han hecho referencia a la concurrencia de daños o perjuicios de la Administración derivados de la no ejecución del contrato, cuya reparación exceda del importe de la garantía definitiva. Por ello, a la vista de tales informes emitidos por los órganos que podían valorar las concretas circunstancias del incumplimiento, estima el Consejo de Estado que cabe deducir razonablemente que no existen daños más allá de los que puedan ser indemnizados mediante la cantidad correspondiente a la garantía definitiva. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen: Que procede resolver el contrato de... con incautación de la garantía definitiva".*

(Nota: Con las modificaciones introducidas por la Ley 34/2010, el artículo 208.4 de la LCSP paso a ser el artículo 208.3 de la LCSP, y actualmente el 225.3 del TRLCSP).

Ahora bien, a mi entender, lo cierto es que el contenido del artículo 225.3 TRLCSP -208.3 LCSP-, aunque similar al 113.4 TRLCAP, mantiene diferencias sustanciales con el mismo:

*“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”. (Art.225.3 TRLCSP).*

No prevé así el TRLCSP aquel doble efecto acumulativo inmediato (incautación de la garantía) y mediato (cuantificación e indemnización de los daños y perjuicios cuantificados) que si contemplaba el TRLCAP sino un mandato único, el de indemnizar los daños y perjuicios los cuales, una vez calculados se harán efectivos en primer lugar sobre la garantía, sin perjuicio de que de ser ésta insuficiente, subsista la responsabilidad del contratista, por lo que, a *contrario sensu*, debería interpretarse que de cuantificarse la responsabilidad del contratista como menor a la de la garantía constituida, **habrá de incautarse solo la parte correspondiente a los daños y perjuicios producidos, procediendo a la devolución del resto.**

No contradice esa afirmación, más bien la confirma, otras disposiciones del TRLCSP, en la que el incumplimiento si da lugar de forma automática a la incautación de la garantía, pues tales efectos son específicos de supuestos concretos y, (nótese la diferencia de redacción) así:

- Resolución del contrato de concesión de obra pública. Art.271.4 TRLCSP -247.4 LCSP- *“Cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada”.*

- Resolución del contrato de servicios (elaboración de proyectos) Art. 310.3 LCSP <sup>-286.3 LCSP-</sup> “En el primer caso (resolución del contrato) procederá la incautación de la garantía y el contratista incurrirá en la obligación de abonar a la Administración una indemnización equivalente al 25 % del precio del contrato”.

En el reciente dictamen [DCE 186/2011](#) el Consejo de Estado parece admitir esta interpretación:

“... Así las cosas, el Consejo de Estado considera que la existencia de las deficiencias referidas evidencia que el contrato de servicios no ha sido ejecutado en los términos convenidos, habida cuenta de las irregularidades mencionadas, cuya concurrencia conjunta ha dificultado el recto funcionamiento del servicio. En la medida en que tales incumplimientos atañen a las obligaciones de la contratista, debe concluirse que constituyen causa suficiente para la resolución del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 206.f) de la Ley 30/2007 [223.f) TRLCS], en conexión con el apartado 17.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares. No obstante, de acuerdo con el criterio expresado por el Servicio instructor sobre la inexistencia de daños necesitados de reparación, no se considera procedente la incautación de la fianza constituida por la contratista”.

Y lo confirma, en esta ocasión de forma directa y plena, el dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha [CC CLM 180/2011](#)

“ En la actualidad el artículo 208.3 de la LCSP (225.3 TRLCSP) dispone que “Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”. (...) Según este precepto desaparece el carácter de cláusula penal de incautación de la garantía prestada y sólo se prevé el deber de resarcimiento del contratista, en caso de incumplimiento culpable, de los daños y perjuicios causados, que se harán efectivos, en primer término, sobre la garantía. (...) A la luz del tenor literal de la nueva normativa -aplicable al presente supuesto-, y aun sin contar en la actualidad con jurisprudencia que haya analizado el significado de dicho precepto que ha levantado cierta polémica doctrinal, en el caso examinado la incautación de la fianza no procedería de modo automático y directo en su totalidad una vez dictada la eventual resolución tal como pretende el organismo proponente, sino que quedaría vinculada en su cuantía a la determinación de los reales daños y perjuicios que por la situación de incumplimiento se hubieran irrogado a la Administración, por lo que procedería previamente la determinación y cuantificación de los mismos. Para ello el órgano de contratación, en decisión motivada y previa audiencia del contratista, habría de determinar la indemnización exigible que normalmente comprendería los conceptos derivados del retraso de la ejecución contractual y los que acarrearía la nueva licitación del contrato inconcluso, así como los derivados, en su caso, de la eventual ejecución imperfecta.”

\*\*\*

## COM.19.01.- Suspensión: Conceptos indemnizables y compatibilidad con las indemnizaciones por resolución.

### I.- Regulación Normativa

#### TRLCSP (LCSP)

**Artículo 220 (203).** Suspensión de los contratos.

2. Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste.

**Artículo 220 (237).** Causas de resolución.

Son causas de resolución del contrato de obras, además de las señaladas en el artículo 223, las siguientes:

b.- La suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses por parte de la Administración.

c.- El desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración.

**Artículo 221 (238).** *Suspensión de la iniciación de la obra.*

*En la suspensión de la iniciación de las obras por parte de la Administración, cuando ésta dejare transcurrir seis meses a contar de la misma sin dictar acuerdo sobre dicha situación y notificarlo al contratista, éste tendrá derecho a la resolución del contrato.*

**Artículo 222 (239).** *Efectos de la resolución.*

*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....*

*3. En el supuesto de suspensión de la iniciación de las obras por parte de la Administración por tiempo superior a seis meses el contratista tendrá derecho a percibir por todos los conceptos una indemnización del 3 % del precio de adjudicación.*

*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.*

**RGLCAP****Artículo 103.** *Acta de suspensión de la ejecución del contrato.*

*2.- En el contrato de obras el acta a que se refiere el apartado anterior será también firmada por el director de la obra, debiendo unirse a la misma como anejo, en relación con la parte o partes suspendidas, la medición de la obra ejecutada y los materiales acopiados a pie de obra utilizables exclusivamente en las mismas. Dicho anejo deberá incorporarse en el plazo máximo de diez días hábiles conforme a la regla de cómputo establecida en el apartado anterior, prorrogable excepcionalmente hasta un mes, teniendo en cuenta la complejidad de los trabajos que incluye.*

**Artículo 130.** *Cálculo de los precios de las distintas unidades de obra.*

*1. El cálculo de los precios de las distintas unidades de obra se basará en la determinación de los costes directos e indirectos precisos para su ejecución, sin incorporar, en ningún caso, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que pueda gravar las entregas de bienes o prestaciones de servicios realizados.*

*2. Se considerarán costes directos:*

*La mano de obra que interviene directamente en la ejecución de la unidad de obra.*

*Los materiales, a los precios resultantes a pie de obra, que quedan integrados en la unidad de que se trate o que sean necesarios para su ejecución.*

*Los gastos de personal, combustible, energía, etc., que tengan lugar por el accionamiento o funcionamiento de la maquinaria e instalaciones utilizadas en la ejecución de la unidad de obra.*

*Los gastos de amortización y conservación de la maquinaria e instalaciones anteriormente citadas.*

*3. Se considerarán costes indirectos:*

*Los gastos de instalación de oficinas a pie de obra, comunicaciones, edificación de almacenes, talleres, pabellones temporales para obreros, laboratorio, etc., los del personal técnico y administrativo adscrito exclusivamente a la obra y los imprevistos. Todos estos gastos, excepto aquéllos que se reflejen en el presupuesto valorados en unidades de obra o en partidas alzadas, se cifrarán en un porcentaje de los costes directos, igual para todas las unidades de obra, que adoptará, en cada caso, el autor del proyecto a la vista de la naturaleza de la obra proyectada, de la importancia de su presupuesto y de su previsible plazo de ejecución.*

*4. En aquellos casos en que oscilaciones de los precios imprevistas y ulteriores a la aprobación de los proyectos resten actualidad a los cálculos de precios que figuran en sus presupuestos podrán los órganos de contratación, si la obra merece el calificativo de urgente, proceder a su actualización aplicando un porcentaje lineal de aumento, al objeto de ajustar los expresados precios a los vigentes en el mercado al tiempo de la licitación.*

*5. Los órganos de contratación dictarán las instrucciones complementarias de aplicación al cálculo de los precios unitarios en los distintos proyectos elaborados por sus servicios.*

**Artículo 171.** *Desistimiento y suspensión de las obras.*

1. La suspensión definitiva o por plazo superior a ocho meses de las obras iniciadas, acordada por la Administración e imputable a ésta, dará derecho al contratista al valor de las efectivamente realizadas y al 6 % del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial.

Se considerará obra efectivamente realizada a tales efectos no sólo la que pueda ser objeto de certificación por unidades de obra terminadas, sino también las accesorias llevadas a cabo por el contratista y cuyo importe forma parte del coste indirecto a que se refiere el artículo 130.3 de este Reglamento, así como también los acopios situados a pie de obra.

## **II.- Suspensión de las obras. Conceptos indemnizables.**

En el supuesto de suspensión del contrato, “ la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste.” (Art. 220 TRLCSP -203 LCSP-)

“El mero retraso en la ejecución de un contrato no comporta de por sí que el contratista tenga derecho a percibir una indemnización. Es preciso que dicha demora le haya producido daños, reales y acreditados.” ([DCE 775/2006](#))

¿Cuales son estos conceptos?

En primer lugar habrá de entenderse comprendidos los costes directos e indirectos que guarden relación directa con la suspensión, a los que hace referencia el artículo 130. 2 y 3 del RGLCAP.

En segundo lugar los gastos generales efectivamente producidos, no siendo posible la aplicación automática del porcentaje de gastos generales previstos en el proyecto (generalmente 13%) sobre la cifra resultante del calculo de los costes directos e indirectos.

“A juicio de este Cuerpo Consultivo, los incrementos de los costes generales son indemnizables si resultan acreditados como daños reales y efectivos, de conformidad con la exigencia contenida en el artículo 102.2 de la LCAP, (220.3 TRLCSP -203.2 LCSP-)resultando improcedente la aplicación automática del porcentaje de gastos generales sobre las partidas indemnizatorias derivadas de sobrecostes por suspensión de las obras” ([DCE 775/2006](#))

“El criterio general que ha seguido el Consejo de Estado es no admitir la procedencia de la aplicación automática del porcentaje de gastos generales sobre las partidas indemnizatorias derivadas de sobrecostes por suspensión de las obras ... En el expediente sometido a consulta el contratista no alega ningún incremento singular de ningún componente de los gastos generales. Se limita a pedir el porcentaje global del 13 por 100, con la argumentación de que todos los gastos generales de la compañía durante el lapso de tiempo de duración de las obras han de repartirse entre todas las obras en curso, con lo que una mayor duración supone una participación mayor en ellos. Es claro que no puede accederse a esta petición.” ([DCE 1753/2005](#))

En el supuesto de que no existiera cláusula de revisión de precios, el contratista tendrá derecho a que la indemnización alcance el mayor coste que, una vez reanudada las obras hayan experimentado los materiales y la mano de obra.

“... por ser manifiesto que los precios de las distintas unidades de obra fueron fijadas en consideración al ritmo acelerado de ejecución pactado, por lo que al prolongarse en el tiempo es lógico y justo que los mayores costos que hayan experimentado los materiales y la mano de obra deben ser abonados al contratista por la Administración contratante,...” ([STS 3753/1980](#))

Por último el contratista tendrá derecho a que la valoración de la indemnización se haga a fecha de cobro

En cuanto la deuda indemnizatoria es una deuda de valor, la cantidad a que ascienda debe ser actualizada hasta el momento de su pago efectivo y desde la fecha de producción de los daños y perjuicios, mediante la aplicación del índice oficial de aumento del índice de precios al consumo. Si de lo que se trata es que el patrimonio del perjudicado quede indemne, ello sólo puede alcanzarse si se actualiza efectivamente la valoración de los daños y perjuicios, pues, en otro caso, el dañado terminaría soportando el perjuicio de la depreciación monetaria. En este sentido, la sentencia de 18 de diciembre de 1981 se refiere a que «si efectivamente han de ser satisfechos al contratista todos los perjuicios reales, para que se restablezca el equilibrio en su patrimonio cumple tomar en consideración la depreciación que haya tenido la moneda». La sentencia ahora comentada de 30 de diciembre de 1983 reitera esta doctrina, al declarar al final de su octavo considerando que «el momento de la valoración no es el de la producción del daño, sino el del pago, tal y como en un supuesto análogo

estableció esta Sala en sus sentencias de 18 de noviembre de 1976 y 18 de diciembre de 1981, entre otras». (Jesús González Pérez. *Indemnización al contratista en los supuestos de resolución del contrato por suspensión temporal de las obras por plazo superior a un año.*- Revista de Administración Pública, núm. 103, 1984)

### **III.- Resolución del contrato derivada de la suspensión. Conceptos indemnizables.**

Los establece el TRLCSP en su artículo 239.3 y 4 (222.3 y 4 LCSP).

**Artículo 239.** Efectos de la resolución.

3. En el supuesto de suspensión de la iniciación de las obras por parte de la Administración por tiempo superior a seis meses el contratista tendrá derecho a percibir por todos los conceptos una indemnización del 3 % del precio de adjudicación.

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.

Sobre la inclusión como un tercer supuesto de resolución por suspensión de la demora en la comprobación del replanteo ver punto V.- *Cuestiones no resueltas.*

### **IV.- Acumulación de indemnizaciones**

Se plantea la cuestión de si son acumulables las indemnizaciones por suspensión del contrato con las que prevén las normas para el caso de resolución.

La respuesta en principio es positiva; al respecto es de destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1983 que rectifica una doctrina del Consejo de Estado consolidada en multitud de dictámenes afirmando la incompatibilidad de ambas indemnizaciones. A partir de la citada sentencia, la postura del Consejo de Estado es clara a favor de la compatibilidad de indemnizaciones, y así lo recoge en sus dictámenes [DCE 554 2007](#), [DCE 2957 2001](#), [DCE 1095 1999](#) y, el [DCE 3732 2001](#) a continuación reproducido:

*Conviene un estudio separado de los diversos órdenes de cuestiones suscitados en el expediente.*

*A) Sobre la compatibilidad de indemnizaciones por resolución del contrato y por suspensión de obras*

*Por orden sucesivo, conviene eliminar la primera sombra de duda arrojada en el expediente por uno de los informes del Consejo de Obras Públicas cuando se cuestiona la compatibilidad entre tal indemnización por suspensión temporal parcial y la que el contratista ha podido recibir por la liquidación del contrato de obras.*

*Ninguna incompatibilidad puede registrarse entre ambas puesto que obedecen a diferentes y separados títulos y fundamentos jurídicos de pedir: el uno trae causa del artículo 148 (suspensión temporal) y el otro del artículo 162 (resolución del contrato), ambos del Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975. Ambos concurren en el contrato y por ambos debe indemnizarse al contratista. Concebida la primera como prerrogativa de la Administración derivada de su "ius variandi" sobre el contrato (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1989 y 19 de febrero de 1996), el segundo es un auténtico derecho del contratista.*

*En efecto, ninguna incompatibilidad puede haber entre indemnizar por el lucro cesante y hacerlo por el daño emergente (como ya pusieran de manifiesto, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1983) en la medida en que ambos son posibilidades que asisten al contratista, fundados en causas distintas y perfectamente compatibles.*

*Todo ello, en cualquier caso, debe entenderse sin perjuicio de que se cuide, como parece desprenderse de la documentación aportada, que la cuantía indemnizatoria en cada caso sea perfectamente separable de la otra, para evitar duplicidades en el pago de partidas y conceptos (extremo puesto específicamente de manifiesto por el Consejo de Estado en su dictamen 51.326, de 23 de diciembre de 1987). ([DCE 3732/2001](#))*

Por lo tanto la solución a aplicar será:

En el caso previsto en el artículo 239.3 TRLCSP -222.3 LCSP- resolución por suspensión de la iniciación de las obras por tiempo superior a tres meses- el contratista tendrá derecho a la indemnización de los perjuicios acreditados que deriven de la suspensión y, al 3% del precio de adjudicación del mismo.

En el supuesto previsto en el artículo 239.4 TRLCSP -222.4. LCSP- resolución por desistimiento o suspensión de las obras iniciadas por plazo superior a ocho meses- , el contratista tendrá derecho a la indemnización de los perjuicios acreditados que deriven de la suspensión y al 6% del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial. (ver sin embargo punto siguiente)

#### **V.- Cuestiones no resueltas**

Ahora bien, no todas las cuestiones han sido resueltas por doctrina y jurisprudencia, y así

1º.- Para el supuesto de resolución por desistimiento o suspensión de las obras iniciadas, ¿La indemnización por resolución -no por suspensión-, se agota en el 6% del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial? A diferencia de los dos párrafos anteriores el artículo 239.4 no establece de modo expreso que esa indemnización sea por todos los conceptos, es más, califica el porcentaje como de beneficio industrial, esto es lucro cesante; ¿Que ocurre entonces con el daño emergente que derive no de la suspensión, sino específicamente de la resolución del contrato?

2º.- El supuesto contemplado en el artículo 239.2 TRLCSP -222.2 LCSP- (*Si se demorase la comprobación del replanteo, según el artículo 229 -212 LCSP-, dando lugar a la resolución del contrato, el contratista sólo tendrá derecho a una indemnización equivalente al 2 % del precio de la adjudicación.*) y que no ha sido traído a colación hasta el momento, no es contemplado, a diferencia de los dos analizados, en la literalidad de la ley, como un caso de suspensión, sin embargo, puede en la práctica llegar a ser a todos los efectos, un supuesto de suspensión tácita (piénsese en el supuesto de que firmado el contrato, la Administración se percató de que no tiene disponibilidad de los terrenos sobre los que se va a ejecutar la obra, o que por defectos en el proyecto este no podrá ser ejecutado, etc... y que para no hacer frente a los costes que acarrearía la suspensión demorase la comprobación del replanteo). ¿Habría de limitarse en este caso la indemnización al 2% señalado en la ley para el supuesto de resolución, o sería de aplicación igual doctrina que para los supuestos anteriores, acumulando a esta la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la suspensión? (Nota: Se tiende a asimilar suspensión del contrato con suspensión de las obras y efectivamente así tiene lugar en la inmensa mayoría de los supuestos, ahora bien, en el supuesto aquí analizado se debe hablar de suspensión del contrato pero no de suspensión de las obras, ya que en definitiva estas no han sido iniciadas, puesto que es precisamente la comprobación del replanteo el momento que marca el inicio de las mismas).

\*\*\*