

Perfección del contrato menor. Desistimiento del contratista. Resolución del contrato

CONSULTA

“Buenos días, si siendo adjudicatarios de un contrato menor de servicios nos damos cuenta de que el presupuesto presentado no es acorde al servicio a prestar y solicitamos el desistimiento de dicho contrato aludiendo una pérdida económica del 150% del presupuesto presentado, ¿qué puede ocurrir?, ¿se nos puede inhabilitar para contratar? ¿lleva penalización económica?

Gracias”.

RESPUESTA

Para poder resolver la cuestión planteada hemos de partir de la determinación del momento en que el contrato se perfecciona. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) regula la perfección de los contratos en su artículo 36, cuyo apartado primero dispone que *“Los contratos que celebren los poderes adjudicadores, a excepción de los contratos menores y de los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición a los que se refiere el apartado 3 de este artículo, se perfeccionan con su formalización”.*

Sobre la perfección de los contratos menores, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Informe 1/2018, de 11 de abril, considera que *“Los contratos menores se perfeccionan con su adjudicación, como se desprende a sensu contrario de lo dispuesto en el artículo 36.1 de la LCSP, (...)”*

Por su parte, el artículo 189 de la LCSP se refiere a la vinculación de las partes del contrato al contenido del mismo, debiendo cumplir las obligaciones a que se hayan comprometido, en virtud del principio *“pacta sunt servanda”*. Señala el citado artículo: *“Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas”.*

Asimismo, el artículo 197 de la LCSP establece que *“La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239”.*

Así pues, una vez perfeccionado el contrato, éste despliega todos sus efectos, quedando las partes obligadas a su cumplimiento de conformidad con lo pactado, incluyendo el precio. Además,

rige en la ejecución del contrato el **principio de riesgo y ventura del contratista**; sobre el alcance de este principio el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 28 de octubre de 2015 ha señalado que *“(...) la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación (...)”*.

El contrato finaliza normalmente con su cumplimiento, una vez que ha finalizado el plazo de duración previsto para el mismo; no obstante, cabe que el órgano de contratación, en el ejercicio de la prerrogativa que le confiere el artículo 190 de la LCSP, decida anticipadamente poner fin al mismo acordando la correspondiente resolución del contrato, sin que le vincule una petición del contratista en este sentido. Al respecto hemos de traer a colación lo dispuesto por el Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que, en su Informe 1/2021, de 16 de abril de 2021, señala *“(...) Así pues, al igual que el interés público siempre debe estar presente en toda contratación administrativa, la salvaguarda de ese interés público es el que puede aconsejar en algunos casos la resolución del contrato; por encima de ese interés (que tutela la Administración) no pueden erigirse intereses de particulares.*

(...) únicamente el interés público de la Administración es el que puede alegarse para resolver el contrato sin que dicha resolución pueda obedecer en ningún caso a intereses particulares ajenos al interés público que debe perseguir toda contratación, y su resolución (...)”.

El artículo 212.1 de la LCSP establece que *“La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”*.

Así pues, la consultante podrá solicitar al órgano de contratación la resolución del contrato, pero será aquél el que decida, en última instancia y en aras al interés público que rige en la contratación, si lo resuelve o no, siempre que se den los supuestos de hecho que, para los contratos en general, establece el artículo 211 y 212 de la LCSP, con los efectos previstos en el artículo 213 de la LCSP, y los que, para el contrato de servicios, prevé el artículo 313 de la LCSP. Cabe señalar que, entre las causas de resolución del contrato se encuentra la del mutuo acuerdo, sin que exista como causa de resolución la del desistimiento del contrato por el contratista quedando reservado este supuesto a la Administración.

En lo que respecta a las cuestiones que plantea la entidad consultante sobre si el desistimiento del contrato (entendiendo, la resolución del contrato) conllevaría una inhabilitación para contratar o algún tipo de penalización económica, hemos de indicar lo siguiente:

Los artículos 71-73 de la LCSP regulan las **prohibiciones para contratar**; es decir, establecen las circunstancias que determinan que las personas, físicas o jurídicas, que incurran en las mismas no puedan ser parte en ningún contrato administrativo. Estas circunstancias se establecen por ley y son de aplicación restrictiva dado que esta inhabilitación para celebrar contratos públicos puede afectar al principio de libre competencia que la legislación contractual proclama.

Entre las circunstancias previstas en el artículo 71 que impiden a las empresas contratar con la Administración, y que se refiere a la resolución del contrato, se encuentra en la letra d) del apartado 2 la siguiente: *“Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una entidad de las comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley. La prohibición alcanzará a las empresas cuyo contrato hubiere quedado resuelto por incumplimiento culpable del contratista de las obligaciones que los pliegos hubieren calificados como esenciales de acuerdo con lo previsto en el artículo 211.1.f)”*. Corresponderá, en su caso, al órgano de contratación valorar si en el correspondiente expediente resultaría de aplicación esta u otra causa de las previstas legalmente, sin que este servicio de asesoramiento pueda determinar *“a priori”* que existe una causa en concreto determinante de la inhabilitación de esa empresa.

Por lo que se refiere a la posible imposición de algún tipo de **penalidad económica**, habrá que estar a lo que hayan pactado las partes en el correspondiente contrato, sin que exista en la ley un tipo de penalidad en concreto para los casos de resolución del contrato, más allá de la obligación del contratista de indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada, en el caso de que el contrato se resuelva por incumplimiento culpable de aquél.

Finalmente indicar que, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la presente respuesta a la consulta planteada tiene carácter meramente informativo y en ningún caso resulta vinculante para la unidad destinataria de la misma.

SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y NORMALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN