

LA RENUNCIA CONTRACTUAL E INCAUTACIÓN DE LA GARANTÍA DEFINITIVA

Jorge CUERDA MAS
Secretario General
Ayuntamiento de Sueca

INDICE:

- I.- INTRODUCCIÓN
- II.- A RENUNCIA A LA EJECUCIÓN DE UN CONTRATO
- III.- LA INCAUTACIÓN DE LA GARANTÍA COMO CONSECUENCIA DE LA RENUNCIA DEL CONTRATISTA
- IV.- LA DETERMINACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RENUNCIA DEL CONTRATISTA
- V.- CONCLUSIONES
- VI.- BIBLIOGRAFÍA

I.- INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto clarificar el régimen jurídico aplicable cuando los órganos de contratación se encuentran ante una renuncia del adjudicatario de un contrato alegando problemas financieros y qué efectos se deducen sobre la garantía definitiva. Sin embargo, tal concreción no es obstáculo para que dicho régimen sea aplicable a renunciadas vinculadas a otras causas y los efectos sobre las distintas garantías, provisional o definitiva, según el íter procedimental en que aquélla se produzca.

Este artículo nace con ocasión de las renunciadas que están sucediéndose por toda la geografía española dada la contextualización económica en la que nos hallamos, que impide a licitadores obtener siquiera crédito o avales suficientes para poder formalizar los contratos de los que resulten adjudicatarios, prestando la oportuna garantía definitiva o, tras su constitución, no obtienen crédito para iniciar el contrato.

Ante tales perspectivas la renuncia, como explicaremos, determina inexcusablemente la resolución del contrato. Veamos pues ante qué situaciones nos podemos encontrar y, en la medida de lo posible, arrojar luz sobre un camino lleno de oscuridad que reclama una solución, ya avanzamos, poco pacificadora, sobre todo con Dictámenes como los del Consell Jurídic Consultiu de la Comunidad Valenciana,

que puede dar lugar a una interpretación sumamente lesiva para las Administraciones Públicas ya que permite de algún modo, no disuadir de la no ejecución sino todo lo contrario.

II.- LA RENUNCIA A LA EJECUCIÓN DE UN CONTRATO

Dentro de los medios de extinción de los contratos, que viene integrado por el cumplimiento y la resolución, la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), como ya hacían sus predecesoras, no contempla la renuncia del contratista como una de las causas de resolución dentro de los apartados que el art. 206¹ dedica a la misma, salvo lo dispuesto para el contrato de concesión de obra pública².

Ello nos lleva, en un primer término a aclarar si la renuncia como tal puede o debe ser tratada como un supuesto más de resolución contractual.

Si bien antes de resolver la incógnita planteada merece destacarse la regulación que la LCSP hace en relación a la Administración Pública pues, a diferencia de lo que ocurre con el contratista, sí existe una regulación tanto en caso de renuncia como de desistimiento del contrato por parte de los entes públicos. De esta forma, siguiendo, la doctrina general en relación a la distinción clásica entre la renuncia y el desistimiento, puede decirse que la primera constituye la abdicación a continuar o ejecutar un determinado contrato. Mientras que el desistimiento no impide, una vez efectuado, iniciar de nuevo ese mismo contrato del que previamente se ha desistido³. La LCSP prevé, como decimos, tanto la renuncia como el

¹ Este precepto, tras su modificación por la disp. final 16.14 de Ley 2/2011, de 4 de marzo, señala que “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 73 bis.
- b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.
- c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.
- 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 96.
- e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 200 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.
- f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.
- g) 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.
- h) Las establecidas expresamente en el contrato.
- i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley”.

² De acuerdo con el artículo 245 LCSP “Son causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas las siguientes: j) El abandono, **la renuncia unilateral**, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales”.

³ Un ejemplo de desistimiento puede verse en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Valenciana núm. 8/2009, de 29 de octubre.

desistimiento, si bien lo limita a un momento concreto pues, aquéllas sólo son posibles antes de la adjudicación, tal como recoge el art. 139.2⁴ LCSP.

Por tanto, puede concluirse que si el momento en el que debe producirse el desistimiento o la renuncia debe ser anterior a la adjudicación, habrá de convenirse que no pueden considerarse como causas de resolución del contrato pues, en esos momentos no hay contrato o, lo que es lo mismo, no hay concurso entre la aceptación y la oferta⁵.

Como vemos, tampoco desde el punto de vista de la Administración se recoge la posibilidad de renunciar a un contrato en vigor, salvo lo dispuesto en el contrato de concesión de obra pública.

Por lo que respecta a la renuncia de un contratista no aparece expresamente contenida entre las causas de resolución (generales del art. 206 LCSP) y de ahí, la dificultad de considerarla o integrarla entre ellas dada la interpretación restrictiva que merecen la aplicación de las causas de resolución.

Si bien, el hecho de que no se recoja expresamente no es obstáculo para que pueda incluirse en otro supuesto de los que sí contempla el art. 206 LCSP pues, a nadie se le escapa que si una de las partes renuncia a ejecutar el contrato tiene perfecta aplicación lo dispuesto en el art. 1124 CC al decir, en su párrafo primero, que *“la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe”*.

Por tanto, a priori no debe descartarse que la renuncia integra una causa de resolución y así parece entenderlo la Junta Consultiva de Contratación del Estado (en adelante, JCCE), que la subsume entre las contenidas en el art. 206, cuya actual redacción apenas ha variado de sus anteriores.

De esta forma, la JCCE en su Dictamen 27/99, de 30 de junio se pronunció sobre una cuestión similar a la que aquí se discute, al resolver sobre un escrito en el que el contratista manifestaba su imposibilidad de ejecutar la obra al decir que *“A juicio de esta Junta Consultiva los términos en que aparece redactado el escrito de renuncia del adjudicatario no dejan duda de su intención de no ejecutar las obras, por imposibilidad de acometerlas se dice expresamente, por lo que, aunque no exista precepto expreso que configure la renuncia del contratista como causa de resolución debe entenderse que ello es debido, por aplicación de los principios generales de la*

⁴ El artículo 139.2 LCSP señala que “La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración”.

⁵ Debemos mencionar aquí que tras la Ley 34/2010, que modifica el art. 27 LCSP, el momento de perfección de los contratos ya no es la adjudicación definitiva sino que ahora se perfeccionan en el momento de la formalización.

contratación, a la consideración de la renuncia expresa como incumplimiento, no ya de los plazos de ejecución, sino de las obligaciones esenciales del contrato, entre las que con carácter principal figura la de ejecutar las obras objeto del contrato adjudicado...

...Como resumen de este apartado debe afirmarse que la renuncia expresa del contratista, sin perjuicio de otras, constituye causa de resolución del contrato, sin que sea necesario esperar a la demora en la ejecución para acordar la resolución...

Si bien, la Junta Consultiva de Contratación de Valencia en su Informe 4/2007, de 29 de noviembre, extiende este efecto a la posibilidad de renuncia tácita cuando existe una suspensión del contrato por el contratista que hace suponer el abandono. De esta forma, señala que *“En este punto hay que señalar que lo que se ha producido en el presente caso es una suspensión por el contratista del inicio de las obras y de la ejecución del contrato, que prácticamente, llevaría a concluir que estamos ante un supuesto de renuncia, si bien tácita y no expresa al contrato.*

Estos supuestos de suspensión, renuncia o abandono por el contratista no encuentran su acomodo en la regulación que el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas hace del contrato de obras y sus causas de resolución. Efectivamente, a diferencia del contrato de concesión de obra pública en el que el art. 264 contempla en su apartado j) como causas de resolución del contrato el abandono y la renuncia unilateral por el concesionario; por el contrario la suspensión del contrato se halla regulada en el contrato de obras en el art. 149 apartado c) en cuanto a las obras ya iniciadas y en el art. 150.2 relativo a la suspensión del inicio de las obras, como causas de resolución a instar por el contratista. Por tanto, del citado precepto se deriva que solamente puede la Administración acordar la suspensión del contrato de obras en su inicio o en ejecución con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios al contratista.

Del escrito de consulta remitido así como de la documentación anexa, queda patente que la empresa adjudicataria no ha esgrimido razón alguna para no iniciar la ejecución del contrato, limitándose a la aceptación y suscripción del acta de comprobación del replanteo en la que expresamente se hace constar que en aquella fecha se iniciaba la ejecución de las obras, pero la realidad es que la constructora en el tiempo transcurrido no ha comenzado las obras, infringiendo así, no solamente el plazo de ejecución, sino la más elemental obligación del contratista en cuanto presupone el incumplimiento absoluto de la relación contractual. Lo que independientemente de la demora en el plazo, constituye causa de resolución del contrato, de las reguladas en el art. 111 apartado g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que, por tanto, sea necesario esperar a la finalización del plazo de ejecución para acordar la resolución”.

Por tanto, podemos concluir que la renuncia del contratista permite a la Administración declarar la resolución del contrato. Sin embargo, cabe cuestionarse si en tal declaración debe pronunciarse sobre la incautación o no de la garantía y, en su caso, con anterioridad a la misma si debe darse audiencia al contratista.

En relación, primeramente, a si debe darse audiencia al contratista, hemos de negar tal cuestión, pues la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) permite la omisión del trámite de audiencia cuando, en casos como el que aquí acontecen, para llegar a la resolución del procedimiento sólo se hayan tenido en cuenta los hechos y fundamentos alegados por el contratista.

De esta forma, el art. 84.4 LRJPAC señala que *“Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”*.

Otra cosa será si en esa resolución se añaden otras consideraciones como la incautación de la garantía pues, necesariamente, el acuerdo de resolución debe contener un pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida, como indica el art. 208.4 LCSP.

Por tanto, si en el mismo acuerdo por el que se procede a la resolución del contrato se contiene cualquier referencia a la garantía que no sea su devolución (como puede ser la incautación, retención de un porcentaje...), entiendo que debe darse audiencia a los efectos de que pueda alegar lo que su derecho convenga. Además, caso de que existan avalistas se hace necesario que, antes de la resolución que lleve aparejada efectos sobre la garantía definitiva, se les comunique para que puedan, también, alegar pues de lo contrario la Administración podría encontrarse con una nulidad que impediría hacer efectiva la reparación de los daños y perjuicios sobre aquélla⁶, ya que el art. 109 b) RD 1098/2001, de 12 de octubre prevé en estos

⁶ No obstante, la STSJ de Galicia de 28 de febrero de 2003 en relación a la omisión de audiencia al avalista en vía administrativa establece un criterio bien distinto al señalar en su FD. 3º que “Entrando el fondo del asunto conviene dejar sentado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo tras una doctrina vacilante (STJ de fecha 24 de enero de 1985, 27 de enero de 1982, e incluso la de 3 de febrero de 1993, Sección 2ª) ha entendido necesario oír al avalista como interesado en el expediente de resolución del contrato (STJ de fecha 14 de mayo de 1991, 6 de febrero de 1988), con apoyo en los art 114 de la LCE (RD 925/65 de 8 de abril) art. 358 y 375 del Reglamento General de Contratación (RD 3410/75 de 25 de noviembre), siendo ésta doctrina que ha inspirado el art. 47.2 de la ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratación de las Administraciones Públicas. Por consiguiente, siendo la recurrente interesada en los términos del art. 23 de la LPA, hoy art 31 de la ley 30/92 de 26 de noviembre de PAC, no se le puede negar la posibilidad de alegar su falta de audiencia en el expediente de resolución del contrato, en cuanto dicho acto además contenía la incautación de la fianza.

No obstante lo dicho, esa falta de audiencia se ha visto suplida en la medida en que la actora en esta vía judicial ha podido alegar cuanto ha tenido por conveniente, sin que tenga sentido retrotraer las actuaciones al objeto de practicar un trámite que no habría de cambiar el resultado del recurso, como luego veremos, toda vez que la actora en su escrito de demanda ha tenido oportunidad de exponer, y así lo ha hecho, los motivos de impugnación frente al acto impugnado”.

casos que se dé audiencia, por plazo de 10 días, al avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

La audiencia al avalista también debe darse en aquellos casos en los que, sin incautarse la garantía -como dice el precepto antecitado-, de alguna forma vaya a intervenir sobre la misma (p.ej. reteniéndola parcialmente para hacer efectiva la futura indemnización de daños y perjuicios para la Administración), pues no puede desconocerse la condición de interesados que, en estos casos, cabe otorgarles de acuerdo con el art. 31 LRJPAC⁷.

De esta forma, como en el acuerdo por el que se declara la resolución contractual la Ley obliga a pronunciarse sobre la garantía constituida, si el escrito de renuncia no dice nada al respecto, deberá darse una última audiencia a todos los interesados -contratistas y, en su caso, avalistas o aseguradores- a los efectos de que aleguen lo que a su derecho convenga.

Aunque no hay precepto que lo fije con esa claridad⁸, se deduce del art. 85.3 LRJPAC al decir que *“en cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento”*, lo que conlleva, necesariamente, ser oído en relación a la posible incautación o retención de la garantía para responder de los daños y perjuicios, que trataremos en otro epígrafe.

Otra cuestión a resolver en este momento es si, concedida esa audiencia para que se pronuncie sobre la incautación o no de la garantía, el contratista se opone a la resolución.

Esta cuestión es sumamente compleja pues, habrá que estar al caso concreto para determinar si es posible renunciar/desistir a la renuncia, pero si la oposición se fundamenta en el mero hecho de la pérdida a la garantía constituida, no parece que sea un elemento a tener en cuenta pues, en esencia, no está desistiendo de que se resuelva el contrato sino tan sólo de un efecto del mismo.

No obstante, la falta de una regulación clara al respecto de la renuncia contractual y, dándose audiencia al contratista si el mismo se opone, no hay más

En cambio, con criterio distinto podemos citar las SSTs de 6 febrero de 1988 y 14 de diciembre de 2004, al fallar que la omisión del trámite de audiencia a la avalista determina la nulidad y retroacción de actuaciones.

⁷ Ya el art. 85.2 LCSP establece en estos casos que “el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

⁸ Si bien, entre las disposiciones que la LRJPAC dedica en materia de recursos bajo los *principios generales* señala en el art. 112.1 primer inciso que *“Cuando hayan de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente originario, se pondrán de manifiesto a los interesados para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificantes que estimen procedentes”*.

remedio, si queremos evitar un contencioso desfavorable para la Administración, es dar el trámite previsto en el art. 195.3 a) LCSP, es decir, antes de que la Administración se pronuncie debe trasladarse el expediente con todas las actuaciones practicadas al Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma para que emita el oportuno dictamen sobre la resolución contractual, sin perjuicio de que el contratista estará actuando en contra de sus propios actos y, dado el caso, aparezcan otras causas de resolución⁹.

Otra de las cuestiones, no menos importante, es tratar de sustraer la verdadera naturaleza de una solicitud de renuncia, es decir, si debe considerársela como un acto que inicia un procedimiento a instancia de parte o se trata de una mera petición de las del art. 29 CE.

La LCSP no aclara la cuestión en este extremo aunque el art. 109 RLCAP¹⁰ permite vislumbrar la posibilidad que se inicie a instancia de parte. Lo cierto es que tanto se le considere como una solicitud iniciadora de un procedimiento a instancia de parte (art. 70 LRJPAC) como una manifestación del derecho de petición, el resultado, si transcurre el plazo que la Administración tiene en estos casos (3 meses) sin pronunciarse al respecto, es que el silencio sólo puede ser desestimatorio por aplicación del art. 43 LRJPAC y la DF 8ª LCSP¹¹.

⁹ Un ejemplo claro puede ser el de los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010. De este modo, además de la sobrada y contundente manifestación formulada por la adjudicataria de renunciar al contrato, en los contratos adjudicados al amparo del Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local (en adelante, FEOSL) nos hallamos ante un procedimiento adjudicado por el procedimiento de urgencia y que, necesariamente, el inicio de las obras debe efectuarse en 15 días a contar desde la adjudicación definitiva del contrato (art. 96 LCSP).

Tras la entrada en vigor de la Ley 34/2010, desaparece la alusión a la adjudicación definitiva y se fija que el inicio de la ejecución del contrato debe efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles contados desde la formalización del contrato. Así, el art. 206 letra e) LCSP señala entre las causas de resolución contractual, "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 96", dedicado este último al procedimiento de urgencia y estableciendo que "el plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a quince días hábiles, contados desde la formalización. 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".

¹⁰ Dice este precepto que "1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio" (...).

¹¹ La DF. 8ª LCSP, tras la modificación de la Ley 2/2011, dedicada a las normas aplicables a los procedimientos regulados en esta Ley señala que:

"1. Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias.

2. En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa de la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver.

3. La aprobación de las normas procedimentales necesarias para desarrollar la presente Ley se efectuará por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda y previo dictamen del Consejo de Estado".

Por tanto, efectuada una renuncia por el contratista sin que la Administración haya resuelto nada al respecto el silencio, necesariamente, debe ser negativo o desestimatorio de tal solicitud.

Ahora bien, si el procedimiento de resolución contractual se inicia de oficio - se entienda o no que este es el único modo de inicio-, los efectos que produce la falta de resolución en plazo, determinará la caducidad del procedimiento¹².

Ese efecto viene reconocido por la doctrina jurisprudencial, pudiéndose citar aquí la contenida en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 Julio de 2009¹³ (rec. 712/2004), Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª al expresar que:

“La Sala considera que, ciertamente, al momento de dictarse resolución poniendo fin al expediente de resolución del contrato, éste se encontraba caducado, declaración que la parte recurrente había solicitado expresamente, sin obtener respuesta de la Administración. Incoado el expediente de resolución del contrato el 25 de septiembre de 2.003, resulta, según la normativa que hemos expuesto y a falta de previsión específica, supuesto que la disposición adicional tercera¹⁴ del Real Decreto 1098/2001 no resulta de aplicación de caso, la Administración disponía del plazo de tres meses para dictar resolución, cosa que no hizo sino más allá del expresado plazo.

¹² Así lo señala con claridad el Dictamen 1144/2008, de 29 de enero de 2009 del Consejo Jurídico Consultivo de Castilla y León que, tras la reproducción de los arts. 42 y 44 LRJPC, establece que “A la luz de los preceptos transcritos puede concluirse que se ha producido la caducidad del procedimiento de resolución del contrato, al haber transcurrido el plazo previsto en la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya que la orden de inicio del expediente es de fecha 16 de enero de 2008.

Éste es, por otra parte, el criterio sostenido por el Tribunal Supremo desde la Sentencia de 28 de junio de 2004. En el mismo sentido, su Sentencia de 2 de octubre de 2007 señala: “Como consecuencia de lo expuesto cuando la Administración dictó la resolución por la que resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía, y lejos de ello lo que debió decidir fue la caducidad del expediente y el archivo de las actuaciones sin perjuicio de los efectos a que se refiere el art. 92.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común”.

Este mismo criterio es el mantenido recientemente por diferentes sentencias de Tribunales Superiores de Justicia; sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 10 de marzo de 2008, o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 1 de febrero de 2008”.

¹³ Esta sentencia incluye un interesante voto particular, discrepando que se produzca la caducidad en estos casos, cuyos fundamentos consisten básicamente en distinguir entre potestades de intervención o policía y potestades paccionadas. De esta forma el Magistrado disidente señala que: “La resolución contractual se produce en el ámbito de la relación obligacional, y no fuera de ella. No es, en definitiva, un poder de intervención unilateral. La confusión se puede producir porque en los contratos administrativos concurre una identidad subjetiva entre la Administración como titular de potestades y como contratante, pero con diferente calidad. El poder de intervención y los contratos de la Administración coexisten en dos planos paralelos, pero separados. El poder de policía se incardina en las potestades de intervención, mientras que el poder obligacional deriva de la aceptación de la oferta por el contratista. Por tanto, en este caso que examinamos, no nos encontramos ante una decisión unilateral y una anticipada extinción del contrato por razones de interés público, encuadrable en la actividad policial, sino de un incumplimiento de lo pactado por el contratista, y por tanto ajeno a los principios y reglas contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En consecuencia, al no encontrarnos ante una manifestación del poder de intervención (unilateral) ni ante el ejercicio de prerrogativa alguna, no es posible aplicar el artículo 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ni admitir la existencia de caducidad conforme al precepto indicado”.

¹⁴ Esta disposición se refiere al plazo de seis meses para los procedimientos de clasificación y revisión de clasificaciones, así como declaraciones de prohibición de contratar y suspensión de clasificaciones.

A estos efectos, viene al caso recordar la Sentencia de nuestro Alto Tribunal de 30 de noviembre de 2.005, conforme a la cual, "... en un procedimiento administrativo como el que nos ocupa, (que se inicia de oficio y en el que se ejercitan potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen para el ciudadano), el vencimiento del plazo máximo establecido para resolver, sin que se haya dictado y notificado la resolución expresa, no produce como efecto el surgimiento por silencio de una resolución presunta; lo que produce es, en su caso, la caducidad del procedimiento, siendo suficiente el examen del artículo 44 de la Ley 30/1992, y en concreto su número 2, para comprender que ello es así pues según tal precepto los efectos del vencimiento del plazo son bien distintos de los que disciplina el artículo 43 del mismo cuerpo legal, en concreto en su apartado 3, pues mientras que en los procedimientos iniciados a instancia del interesado (los contemplados en el artículo 43 de la Ley 30/1992) el vencimiento del plazo de resolución permite a los interesados (en el caso del silencio negativo) la interposición del recurso administrativo o Contencioso-Administrativo, por el contrario, en los procedimientos de naturaleza sancionadora y, en general, en todos aquellos de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables e iniciados de oficio, el vencimiento del plazo de resolución el único efecto que produce no es el silencio (en el sentido del artículo 43.3), sino la caducidad del procedimiento que opera previa denuncia y su desestimación expresa o presunta, la cual abre ya la puerta al recurso Contencioso-Administrativo".

En el presente caso no puede discutirse la naturaleza de gravamen o los efectos desfavorables que conlleva la resolución administrativa impugnada, desde el momento en que, además de resolver el contrato, se acuerda la incautación de la garantía en su día prestada, y por ende, como señaló la sentencia que acabamos de reseñar, "su cobijo en el artículo 44 de la LRJ-PAC y su exclusión del régimen contemplado en el artículo 43 del mismo cuerpo legal".

Por lo demás, la cuestión que aquí se solventa ha sido resuelta, en el sentido indicado, en Sentencias de nuestro Alto Tribunal de 19 de julio de 2004 y 13 de 2008..."

Este criterio se ha mantenido recientemente por el Consejo de Estado¹⁵ en el Dictamen núm. 479/2010, de 13 de mayo de 2010, donde puede leerse que "En efecto, aun cuando no se ha dictado una resolución formal de inicio del expediente de

¹⁵ No obstante, el Consejo de Estado se ha mostrado vacilante pues en otros dictámenes ha señalado la imposibilidad de que en materia de contratos pueda hablarse de caducidad. Así, pueden citarse los Dictámenes 78/2003, de 23 de marzo, 1.077/2002 o el 277/2002, de 30 de abril, señalando éste último al respecto que "...opone la caducidad del procedimiento invocando al efecto el artículo 42.3 de la Ley 30/1992; en realidad se refiere al artículo 44.2 de la Ley que impone la caducidad por el transcurso del plazo máximo sin dictar resolución en los procedimientos en que se ejerzan facultades sancionadoras o de intervención. Este no es el caso, ya que la materia contractual presupone necesariamente un vínculo de esa naturaleza entre las partes (la Administración y la contrata) que excluye la relación general de sujeción en que puedan ejercerse potestades de intervención o sanción, a la que viene referido precisamente el artículo 44.2 de la Ley 30/1992".

resolución, resulta que éste se ha seguido, de facto, al menos desde junio de 2008, fecha en la que se dio audiencia a la contratista sobre la resolución del contrato. Desde entonces, se han seguido diversas vicisitudes -incluida una propuesta de resolución del contrato por mutuo acuerdo, en los términos que han quedado expuestos-, y ha transcurrido sobradamente el plazo de tres meses establecido en el art. 42 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común para resolver el procedimiento.

A este respecto, debe tenerse presente la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la cual, superado el plazo máximo para resolver en los procedimientos de resolución de contratos por causas imputables al contratista, ha de declararse caducado el procedimiento, lo que ha llevado al Tribunal a anular diversos actos de resolución de contratos por haberse dictado más allá del plazo legalmente establecido. En este sentido, cabe citar las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007 (recurso 7736/2004, Sección Cuarta), de 13 de marzo de 2008 (recurso 1366/2005, Sección Cuarta) y de 9 de septiembre 2009 (recurso 327/2008, Sección Sexta), esta última dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina, a la vista de los criterios contradictorios que resultaban de algunas resoluciones procedentes de distintos tribunales superiores de justicia”.

III.- LA INCAUTACIÓN DE LA GARANTÍA COMO CONSECUENCIA DE LA RENUNCIA DEL CONTRATISTA

Antes de continuar en el análisis de este epígrafe conviene hacer ciertas matizaciones que, de forma inexorable, nos conducirá a la solución francamente discutible de si es o no posible incautar la garantía en los supuestos de renuncia unilateral de un contratista. Nos referimos a la nueva regulación dispensada en relación con las garantías, a nuestros efectos, la definitiva.

En efecto, tal como señala el art. 88 c) LCSP las garantías responden, entre otros conceptos, *“de la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido”*.

Si relacionamos este precepto con el art. 208 LCSP, que trata de los efectos de la resolución, en sus párrafos 3º y 4º puede leerse que:

3. 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.

4. *En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. 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.*

El apartado cuarto de este precepto, como podemos ver, se divide en dos. En el primer inciso contiene la regla general e imperativa de que el acuerdo de resolución debe pronunciarse sobre la pérdida o no de la garantía. En cambio, el segundo inciso¹⁶ parece restringir los supuestos de una hipotética pérdida de garantía, al limitar únicamente -la pérdida de la garantía- en caso de concurso culpable del contratista.

Esto no tiene demasiado sentido y parece contradictorio, como hemos visto, con el art. 88 c) LCSP que permite que se establezca en el contrato que toda resolución culpable del contratista lleve aparejada la pérdida de la garantía y no sólo en los casos de concurso del contratista que, además, tiene que ser declarado culpable del mismo.

Tal vez lo que el precepto está tratando de decirnos es que en los casos de resolución por concurso de acreedores, sólo se podrá incautar la garantía cuando de aquél sea declarado culpable el contratista pero no en los demás casos pues, de lo contrario, otra interpretación sería sumamente perjudicial para los intereses generales ya que, de un lado, no sirve de revulsivo ni impide el incumplimiento voluntario de cualquier contratista pues sabe que sólo el concurso culpable será causa de incautación de la garantía definitiva –o provisional-, sin perjuicio eso sí, de las eventuales penalidades que puedan imponerse.

No obstante, en mi opinión, la limitación a la pérdida de la garantía en los casos de concursos culpables no puede aceptarse pues estaríamos quebrando la finalidad propia de las garantías contractuales y, por tanto, habrá de estarse a lo dispuesto en los pliegos de cláusulas administrativas¹⁷ para saber si puede o no incautarse la garantía y en qué casos.

¹⁶ Redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo.

¹⁷ El artículo 25.1 LCSP establece el principio de libertad de pactos, señalando al respecto que *“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”*. Más claramente, el art. 112.1 RD 1098/2001, de 12 de octubre, al regular la resolución por causas establecidas en el contrato, dispone que *“la resolución por causas establecidas expresamente en el contrato tendrá las consecuencias que en éste se establezcan y, en su defecto, se regularán por las normas de la Ley y de este Reglamento sobre efectos de la resolución que sean aplicables por analogía”*. Por ello, en virtud de estos preceptos no existe problema alguno en determinar en los pliegos la incautación de la garantía en los supuestos de resolución culpable del contratista.

Esta sujeción a los pliegos deviene de la fuerza vinculante y, como tradicionalmente se la conoce, es la Ley del contrato. Esa claridad se desprende en la doctrina contenida en la sentencia de 6 de junio de 2006 del TSJ de Extremadura al disponer que “Es ya añeja la jurisprudencia (STS de 3.3.1966 ó 30.3.1972) que sostienen que el licitador, por el mero hecho de serlo, se somete inexcusablemente con la presentación de la proposición al pliego, a su régimen jurídico, no ya como derecho objetivo, sino como bloque normativo. No se quiere decir con ello que nos encontremos ante el caso de normas jurídicas, sino que son la ley del contrato en cuanto que de forma paradigmática han de tenerse presentes para interpretar y sujetarse a lo que en ellos se dispone STS de 6.10.97, 3.7.97 ó 8.5.96 entre otras.

La doctrina de los actos propios y de la buena fe se recoge en el principio de la inadmisibilidad de venir contra los actos propios (STS de 20.6.2002, STC 17.1.2000, y más en concreto, la STS de 19.3.2001, respecto del pliego de cláusulas de la contratación administrativa”.

De forma que, en virtud de la nueva normación al respecto no nos quede más remedio que aceptar que si el pliego no dice nada, se abandona esa automaticidad que dispensaba la normativa anterior que para casos de resolución imputables a la contratista determinaba, sin excepción, la incautación de la garantía¹⁸, sin perjuicio de ciertas modulaciones en su aplicación por los Tribunales¹⁹

Sin embargo, estando prevista en los pliegos la posible incautación cuando de la resolución sea culpable el contratista, debemos aclarar si la renuncia unilateral del contratista supone un incumplimiento culpable del mismo y de ahí abrir la posibilidad a la mentada incautación.

Como decimos lo que a priori parece una cuestión de sencilla resolución se complica si atendemos a dictámenes como los que están apareciendo en el ámbito de la Comunidad Valenciana. Así es, como puede verse en el dictamen del Consell Jurídic Consultiu 847/2010 (en adelante CJC), que tras reconocer que la resolución era causa imputable a la contratista por su renuncia, excluye en este caso la incautación²⁰ de la

¹⁸ Así el art. 113.4 TRLCAP señalaba que “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”.

¹⁹ El CJC de Valencia en su reciente Dictamen núm. 847/2010 cita doctrina del Tribunal Supremo relativamente antigua como son las sentencias de 24 de febrero, 8 de marzo de 1982 y la de 2 de abril de 1985.

No obstante el TSJ de Cataluña en sentencia núm. 44/1999 de 26 enero, aclara que esta moderación no es posible cuando el incumplimiento sea grave al decir que “...Si bien es posible que la incautación sea moderada por los Tribunales (Sentencias de 24 de diciembre de 1959 [RJ 1959\4856], 5 de marzo de 1985 [RJ 1985\1488] y 11 de noviembre de 1987 [RJ 1987\8797]), en el supuesto concreto que se examina ello no es posible pues el incumplimiento contemplado es objetivamente grave y afecta a la esencia del contrato celebrado como era la correcta realización de las obras adjudicadas. Procede, como lógica consecuencia, la desestimación del presente recurso”.

²⁰ También la doctrina del Consejo de Estado en recientes Dictámenes a pesar de reconocer la incautación de la garantía, aplicando la LCSP y su nuevo régimen, la limita al resarcimiento de daños y perjuicios al decir, en el Dictamen núm. 408/2010, de 25 de marzo, que “Nada que objetar a la pérdida de garantía constituida, en el

garantía por dicha resolución contractual, limitándose tan sólo a los daños y perjuicios sufridos, que curiosamente, los cuantifica hasta que se presentó el escrito de renuncia.

Con estas palabras se expresa el CJC al decir que *“atendiendo la doctrina expuesta y que, en principio, de la documentación remitida no cabría hablar de incumplimiento culpable del contratista –si bien sí de incumplimiento imputable al contratista- procederá la confiscación de la garantía para responder exclusivamente de los daños y perjuicios que puedan acreditarse como padecidos por el Ayuntamiento de XX hasta el día 2 de julio de 2010, fecha en que el contratista presenta un escrito en que comunica la imposibilidad de ejecución de la obra adjudicada”*.

Por tanto, para el CJC la renuncia unilateral no produce la inmediata incautación de la garantía y, ello a pesar de estar dispuestos en los pliegos que, caso de resolución culpable del contratista se incautaría la garantía definitiva, como ocurrió en el caso resuelto por el dictamen arriba señalado.

Desde luego, tal interpretación no puede admitirse bajo ningún concepto pues, si para el mero supuesto de que no se formalice el contrato (que puede deberse, perfectamente, a una renuncia previa) la LCSP establece la incautación de la garantía provisional (art. 140.4 LCSP²¹), con mayor fundamento debe exigirse en los casos de renuncia unilateral cuando, en el caso concreto, dicha renuncia se presentó por no obtener la financiación precisa para ejecutar la obra²².

bien entendido de que esa pérdida ha de referirse al resarcimiento de los eventuales perjuicios que se hubieran causado a la Administración”.

Sin embargo, en el dictamen 62/2010, de 18 de febrero admite la incautación sin más, al señalar que *“Resulta así que existen fundamentos suficientes para la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, pareciendo lo más adecuado al interés público proceder a la misma con los efectos derivados de la legislación contractual (incautación de la fianza, liquidación de los daños y perjuicios y recepción de las obras que sean de recibo)”*.

²¹ Con una redacción absolutamente pésima al decir que *“Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso hubiese exigido”*. Como tras la modificación de la LCSP operada por la Ley 34/2010, la garantía provisional no es exigible como regla general, teniendo necesariamente que motivarse su exigencia (art. 91.1 LCSP), es posible que el adjudicatario de un contrato decida, de acuerdo con las ofertas presentadas, si le conviene o no renunciar, especialmente, caso de error en su proposición o de ser temeraria con el único fin de resultar adjudicatario.

De esta manera como ejemplo de cláusula tipo para la exigencia de garantía provisional podría utilizarse la siguiente: *“Se presentará por los licitadores una garantía provisional por importe del 3% del presupuesto del contrato.*

El régimen de la garantía provisional será el establecido en el artículo 91 de la LCSP, pudiendo esta garantía presentarse en cualquiera de las formas previstas en el art. 84 del mismo cuerpo legal.

La finalidad de su exigencia, a los efectos del art. 88 de la LCSP, es asegurar la seriedad de las ofertas que se formulen por los licitadores e intentar excluir de dicho procedimiento tanto las ofertas que pudieran realizarse sin intención de quedar obligados posteriormente por cualquier causa, como aquellas que persiguieran intencionadamente perturbar la libre concurrencia en el procedimiento de licitación”.

En todo caso, la falta de constitución de la garantía definitiva, que es una causa que impide formalizar el contrato, también determina la incautación de la provisional, caso de haberse constituido, como ya decía el TS en sentencia de 26 de octubre de 1989.

²² Además, debe indicarse que en el supuesto resuelto por el CJC se trataba de una UTE y, supuestamente, ya habían acreditado la solvencia precisa para ser contratistas en el procedimiento de adjudicación.

La renuncia contractual e incautación de la garantía definitiva
Jorge CUERDA MÁS.

Como vemos el CJC distingue entre imputable pero no culpable, sin perjuicio de poder exigir los daños y perjuicios provocados a la Administración. Esta afirmación es en sí misma contradictoria pues, ninguna duda cabe que si la resolución es imputable a alguien es culpable de la misma. Otra cosa puede ser la graduación de culpa interviniente, esto es, si se ha sido o no más o menos diligente, si concurre dolo... Pero la LCSP no distingue graduaciones de culpa ni estamos ante un procedimiento sancionador que nos permita aplicar circunstancias modificativas para graduar una sanción pues, por lógica naturaleza, el procedimiento de resolución ni tiene carácter sancionador ni la incautación de la garantía puede ser considerada como una multa, de ahí que no le sean de aplicación los preceptos que el Ordenamiento Jurídico dispensa a los procedimientos sancionadores²³.

Por tanto, al autor de estas líneas ninguna duda cabe que en la renuncia unilateral del contratista existe un incumplimiento claro del contrato y que la misma se produce única y exclusivamente por una causa imputable al mismo y no a la Administración.

Además, el error es mayúsculo, pues si no se considera el incumplimiento como culpable del contratista, tampoco puede exigirse indemnización a favor de la Administración por ello, tal como señalan el art. 208.3 LCSP y el art. 113 RD 1098/2001, de 12 de octubre, lo que provoca, como decimos, la contradicción del dictamen analizado que considera la resolución como imputable al contratista pero no culpable.

No son extraños los fallos que, en supuestos de renuncia del contratista han admitido expresamente la incautación de la garantía, aunque con aplicación de normas anteriores a la LCSP. De esta forma el TSJ de Castilla y León en sentencia de 25 de enero de 2002 señala que *"...Como ha quedado dicho, adjudicado el contrato, la empresa adjudicataria después de haber prestado la fianza correspondiente, renuncia a la adjudicación y al otorgamiento del contrato a cuyo fin le había requerido la Administración, conducta la de la Administración que debe considerarse ajustada a derecho a la vista de lo dispuesto en el artículo 55.3 de la Ley 13/95 (RCL 1995, 1485) , pues no debe olvidarse que la fianza se constituye para garantizar el cumplimiento del contrato y en su caso para indemnizar daños y perjuicios causados como consecuencias del incumplimiento del mismo, sin que pueda aceptarse la excusa*

²³ La STSJ de Galicia de 28 de febrero de 2003 introduce cierta confusión al decir que "Por otro lado, la incautación de la garantía, resultó conforme a Derecho, dada la literalidad de los art 53 de la LCE y 160 del RGC, que hacen a dicho actuar compatible con la procedencia, en su caso, de una indemnización de daños y perjuicios, precisamente por el carácter sancionador y punitivo resultante del incumplimiento del contratista (STS de 15 de julio de 1988, 14 de marzo de 1988, 7 de noviembre de 1987, 17 de junio de 1986, 24 de marzo de 1984, 13 de junio de 1983, 7 de julio de 1982, 6 de abril de 1982 entre otras.). En consecuencia, carece de sentido una retroacción de actuaciones cuando el resultado que adoptaría la nueva resolución que se dictase habría de ser la misma".

Sin embargo, ya hemos citado aquí la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 Julio de 2009 que desmiente esta apreciación de considerar la incautación de una garantía como una sanción.

alegada por la parte actora, ya que al tiempo de adoptar la decisión de participar en la contratación debió hacer los estudios previos y el oportuno reconocimiento sobre el terreno si consideraba oportuno para poder ajustar su oferta económica a la realidad de la obra, y al no hacerlo así, únicamente puede imputarse tal inactividad a la recurrente, que por otro lado es de pensar que tiene experiencia en materia de contratación con la Administración y en el ramo de su actividad”, confirmando el Fallo la incautación de la garantía.

Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora, avancemos hacia la determinación de los perjuicios irrogados al órgano de contratación.

IV.- LA DETERMINACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RENUNCIA DEL CONTRATISTA

La determinación de los daños y perjuicios no deja de ser un procedimiento administrativo distinto al de la resolución y sometido íntegramente al principio de contradicción.

De esta forma, como recuerda el art. 113 del Reglamento general de la Ley de contratos, la posible indemnización de daños y perjuicios a la Administración contratante debe adoptarse en pieza separada y para cuyo cálculo se atenderá, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione para la Administración.

La JCCE en su dictamen 27/99, de 30 de junio, ya reproducido parcialmente al inicio de este estudio, aclara qué ocurre con la determinación de los daños, al decir que:

(...) los daños y perjuicios indemnizables por el contratista, en caso de resolución por causa imputable al mismo, son los efectivamente sufridos por la Administración contratante y aunque la cuestión de su fijación concreta es una cuestión de prueba que, en caso de discrepancia entre las partes, suele remitirse a la determinación de los Tribunales de Justicia, en el caso que contemplamos una de las partidas fácilmente acreditable que debe integrar la indemnización de daños y perjuicios la constituye la diferencia entre el importe del contrato adjudicado que se resuelve y el nuevo importe por el que se contrate la ejecución de las obras, pues si esta diferencia no se abonase a la Administración soportaría injustificadamente unos gastos que entran de lleno en la categoría de daños y perjuicios indemnizables. En segundo lugar y aquí hay que insistir nuevamente sobre la falta de datos acerca de la garantía definitiva, el propio artículo 114, apartados 4 y 5, en relación con el artículo 44 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, viene a señalar que los daños y perjuicios deben hacerse efectivos mediante la incautación de la garantía y

en cuanto excedan del importe de la garantía incautada procederá su indemnización independiente”.

Por tanto, sin perjuicio de que una de las partidas perfectamente identificable y fácil de calcular será la diferencia económica entre la oferta adjudicada y la segunda oferta económicamente más ventajosa²⁴, la verdad es que la determinación de los daños y perjuicios que pueda sufrir una Administración es una cuestión que sólo puede resolverse caso por caso, de ahí la dificultad concreta de entrar, sin caer en un claro agujero especulativo e hipotética relación de supuestos.

Sin embargo, aventurándonos a algunos casos que pueden darse en la práctica, entiendo que otra de las partidas que pudieran ser reclamadas son los suministros a que se hubiera obligado el adjudicatario en su proposición y que no se contemplan por el segundo y, en general, cualesquiera mejoras ofrecidas y que se tuvieron en cuenta para ser seleccionado, especialmente, cuando dichas mejoras se hicieron en relación a una cantidad de dinero²⁵.

Sin embargo, existen otras que podrían concurrir como el coste que suponga alquilar locales por la demora en adjudicar a la siguiente oferta económicamente más ventajosa, revocación de donaciones de inmuebles por no acometer el contrato en un tiempo estipulado o pérdida de subvenciones originadas por la no terminación en plazo a que se comprometió la beneficiaria de aquélla.

En definitiva, podrá reclamarse cualquier perjuicio que sea consecuencia directa de la renuncia y que la Administración no tenga obligación de soportar, sin que pueda concretarse a la fecha de presentación del escrito de renuncia, como dice el CJC en su dictamen 847/2010 pues, además de que no existe norma que así lo diga,

²⁴ No obstante, en la práctica podemos encontrarnos, por ejemplo, con que una obra es totalmente financiada por otra Administración, de ahí que el órgano de contratación no resulte ser el verdadero perjudicado, ya que no paga mayor precio por ello, sino que la realmente perjudicada es la que financia esa obra y, por tanto, será ésta la única legitimada para reclamar el aumento del precio del contrato. Sin embargo, dicha apreciación deja nuevas dudas de cómo puede reclamar ese perjuicio pues, siendo la única función en la contratación que la de subvencionar la obra, no puede utilizar los medios que la LCSP dispensa al órgano de contratación, aunque pudiera admitirse la delegación de competencia –para reclamar el perjuicio– y, de esta forma, resolver la incógnita.

²⁵ En este sentido puede verse la sentencia 203/2011, de 29 de abril dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 6 de Valencia que señala en relación a las mejoras que “por otra parte, no se ha realizado ningún tipo de obras en base a las mejoras económicas ofertadas por la empresa que sirvieron (entre otros aspectos) para que se le adjudicaran las obras...Ha quedado acreditado el incumplimiento contractual por el Ayuntamiento demandado en la resolución que es objeto del presente recurso, todo ello en aplicación de los artículos 196 y 206 de la Ley 30/2007 y de la cláusula 25 del Pliego de Cláusulas Administrativas, siendo, por tanto, procedente la incautación de la garantía constituida de conformidad con el art. 208.4 de la LCSP y la Cláusula 25 del Pliego, así como el requerimiento a la mercantil actora al objeto de que abone al Ayuntamiento demandado la suma de 18.000 € por las mejoras ofertadas y no ejecutadas, como se justifica en el informe de la Dirección Facultativa obrante al folio 15 del expediente administrativo...”.

como hemos visto los efectos perjudiciales pueden producirse con posterioridad a la renuncia pero directamente vinculados a ella²⁶.

V.- CONCLUSIONES

A través de las anteriores líneas hemos intentado poner de manifiesto las dificultades que existen en la actualidad de incautar, sin más, la garantía definitiva ante la renuncia del contratista, así como los efectos que tal conducta puede desencadenar en el marco sinalagmático creado por la adjudicación. A su vez hemos destacado la importancia de los pliegos de cláusulas administrativas particulares como medio para encauzar las consecuencias de una posible resolución culpable del contratista y criticado, constructivamente, la interpretación del Consell Jurídic Consultiu de la Comunidad Valenciana ante supuestos como el analizado en este estudio y que consideramos abiertamente lesiva al interés general pues, en vez de estimular el cumplimiento del contrato permite decidir, con aparente impunidad, que sea el contratista quien decida.

Sin duda alguna será la Jurisprudencia la que al final nos dirá cuál sea el régimen concreto y será entonces, cuando echemos la vista atrás, si estábamos o no equivocados en nuestra interpretación.

También hemos tratado de deslindar lo daños y perjuicios que pueden ser reclamados por el órgano de contratación, aunque dada la casuística existente, habrá que estar al caso concreto para, desde ahí, determinar con total exactitud los perjuicios sufridos.

La renuncia a un contrato y, en general, cualesquiera otras causas de resolución imputables a un contratista, determinan la posibilidad, si es que existe, de adjudicar el contrato a la siguiente oferta económicamente más ventajosa, si bien requiere previamente la total terminación del procedimiento de resolución²⁷ y plantea las dudas de si es o no conveniente iniciar un procedimiento para declarar la

²⁶ Así, la Administración no podría imputar la pérdida de una subvención si tras la resolución del contrato, el órgano de contratación no hubiera adjudicado a la oferta siguiente en un plazo razonable, caso de haberla, y que, por consiguiente, de haber actuado diligentemente se habría terminado la obra a tiempo.

²⁷ Así lo señala el Informe 4/2007, de 29 de noviembre de 2007 de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana, que concluye que *"El art. 84.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas - es de plena aplicación, siempre y cuando se haya resuelto el contrato con el contratista sin que por tanto quepa proceder a la nueva adjudicación constante el procedimiento de resolución"*.

Ahora bien, de acuerdo con el art. 208.6 LCSP añadido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo permite la tramitación simultánea –de resolver e iniciar la adjudicación– cuando la causa de resolución sea (art. 206 g) LCSP) *"la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I"* al decir que *"Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por la causa establecida en la letra g) del artículo 206, 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"*.

prohibición de contratar del renunciante²⁸, cuestiones que tan solo apuntamos aquí y que merecen un estudio aparte.

VI.- BIBLIOGRAFÍA

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. “La resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público”. *Revista de administración pública. Nº 176/2008. Págs. 89-113.*

CARBONERO GALLARDO, José Miguel. “Las garantías en la contratación administrativa”. *Noticias de la Unión Europea. Nº 298/2009. Pág. 35-42.*

DIAZ SOLER, Carlos A. “Los pliegos de cláusulas administrativas particulares en la contratación pública. Nuevo régimen tras la entrada en vigor de las leyes 34/2010 y 2/2011. Propuesta de formulario: pliego de cláusulas administrativas para la contratación por procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación de un contrato de servicios”. *Revista electrónica CEMCI. Nº 11/2011. Pág. 1-26.*

“Contenido básico de los de los pliegos de cláusulas administrativas particulares comunes para todo tipo de contratos administrativos”. Junta Consultiva contratación administrativa del ministerio de Economía y Hacienda. *Contratación administrativa práctica. Nº Extra/2008. Pág. 107-115.*

FUEYO BROS, Manuel. “Esquemas de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (III)”. *El Consultor de los Ayuntamientos. Nº 8/2009. Pág. 1179-1187.*

HERNÁNDEZ-LAHOZ ORTIZ, Pablo. “Aproximación al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares”. *Contratación administrativa práctica. Nº 85/2009. Pág. 64-72.*

²⁸ Aunque su obligatoriedad parece deducirse de los arts. 49.2 a) y 50 LCSP.