



Roj: **STS 2870/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2870**

Id Cendoj: **28079110012016100390**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/06/2016**

Nº de Recurso: **1334/2014**

Nº de Resolución: **406/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANGEL FERNANDO PANTALEON PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 15 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por BRIKOTALLER EDITORIAL, S.L. representada por el procurador D. Pablo Sorribes Calle bajo la dirección letrada de D. Alejandro Bistuer Ruiz, contra la sentencia dictada el 24 de marzo de 2014 por la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 284/2013 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1490/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 71 de Madrid, sobre reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida Ingeniería Económica del Transporte, que no se ha personado ante esta Sala.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleon Prieto

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Pablo Sorribes Calle, en nombre y representación de BRIKOTALLER EDITORIAL, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra INGENIERÍA Y ECONOMÍA DEL TRANSPORTE, S.A., en la que solicitaba:

«[...] se dicte sentencia por la que se declare la deuda y por la que se condene a la demandada a abonar la cantidad adeudada incrementada en el interés legal y de demora correspondientes, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demanda».

2.- La demanda fue presentada el 19 de octubre de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 71 de Madrid y fue registrada con el núm. 1490/2012. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Sara Martín Moreno, en representación de Ingeniería y Economía del Transporte, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«1) Desestimar íntegramente la demanda, declarando la capacidad de la parte para la resolución contractual en base a lo estrictamente fijado en el concurso público, y habiendo quedado abonada la cantidad fijada en dicho pliego para la resolución, no adeudar INECO cantidad alguna a la actora.

»2) Subsidiariamente, declarar la falta de prueba por la actora de la cantidad reclamada en concepto de lucro cesante, y en virtud de la facultad moderadora del Tribunal, quedar fijada la misma en el beneficio obtenido por la actora en el mismo período de tiempo y por el mismo trabajo, y que se fija en 1.365,32 ? conforme a las cuentas por ella misma presentada, al carecer de activos que amortizar, ni empleados a los que indemnizar».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 71 de Madrid, dictó sentencia de fecha 15 de febrero de 2013, con la siguiente parte dispositiva:



«Que, estimando la demanda interpuesta por el procurador Sr. Sorribes Calle, en nombre y representación de la mercantil Brikotaller Editorial, S.A. contra Ingeniería y Economía del Transporte, S.A., representada por la procuradora Sra. Martín Moreno, debo condenarla a que abone a la actora 143.435,22 euros, más los intereses desde la fecha de interposición de la demanda, con expresa imposición a la demandada de las costas del presente procedimiento».

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Ingeniería y Economía de Transporte, S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 8.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 284/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 24 de marzo de 2014, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que debemos ESTIMAR el recurso interpuesto por la procuradora Dña. Sara Martín Moreno, en representación de INGENIERÍA Y ECONOMÍA DEL TRANSPORTE, S.A. frente a BRIKOTALLER EDITORIAL, S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 71 de Madrid, autos de Procedimiento Ordinario 1490/2012, en fecha quince de febrero de dos mil trece, REVOCANDO la misma y dictando otra en su lugar por la que "se desestime la demanda interpuesta por Brikotaller Editorial, S.L. contra Ingeniería y Economía del Transporte S.A. (INECO), con imposición de costas a la demandante"».

#### **TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- El procurador D. Pablo Sorribes Calle, en representación de Brikotaller Editorial, S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«MOTIVO PRIMERO: Ilícitud absoluta de la cláusula contractual sobre la que se sostiene la sentencia. Se denuncia infracción por aplicación indebida del artículo 1256 del Código Civil.

»MOTIVO SEGUNDO: La ineficacia de una resolución contractual al arbitrio de una parte sin justa causa. El abuso de derecho. Se denuncia infracción por aplicación indebida del artículo 7 y 1258 del Código Civil por parte de la resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, en tanto en cuanto, y como expuso la Sentencia de Primera Instancia, la decisión y el modo de ejecución de la resolución contractual, fue abusiva y contraria a la buena fe por parte de INECO».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personada ante la misma la parte recurrente por medio del procurador mencionado en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 29 de abril de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "BRIKOTALLER EDITORIAL, S.L." contra la Sentencia dictada en fecha 24 de marzo de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación nº 284/2013 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1490/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 71 de Madrid».

3.- Por providencia de 4 de abril de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 24 de mayo de 2016, en que ha tenido lugar.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Para la resolución del presente recurso, debemos partir de los siguientes hechos acreditados en la instancia.

1. En el año 2011, la sociedad «Ingeniería y Economía del Transporte, S.A.» (INECO) publicó un concurso público de licitación para la elaboración y edición, inicialmente durante 2012 y 2013, de las revistas «itransporte» e «itransporte English Edition» de INECO. Las condiciones particulares de ese concurso más relevantes en esta sede fueron las siguientes:

##### **«4. TÉRMINOS y CONDICIONES**

»La empresa adjudicataria deberá estar capacitada para el desarrollo, como mínimo, de los trabajos indicados y requeridos en el presente documento y según la legislación vigente.



»Como parte integrante del contrato, serán de aplicación las condiciones generales de contratación publicadas en el perfil del contratante Ineco ([www.ineco.es](http://www.ineco.es)) así como las presentes condiciones particulares.

#### »5. DURACIÓN

»Las prestaciones de servicios descritas anteriormente serán por DOS (2) AÑOS, prorrogable anualmente por acuerdo entre las partes hasta un máximo de DOS (2) AÑOS adicionales.

#### »6. IMPORTE MÁXIMO

»El importe máximo de la licitación, por todos los conceptos derivados de la ejecución de los trabajos objeto del presente documento para la duración de la prestación de servicios, asciende a CIENTO DOS MIL EUROS (102.000,00 ?) para SEIS (6) ediciones anuales de la revista en español, y TREINTA Y SEIS MIL EUROS (36.000,00 ?) para DOS (2) ediciones anuales de la revista en inglés, IVA no incluido».

**2.** La compañía «Brikotaller Editorial, S.L.» [en adelante, «Brikotaller»] resultó adjudicataria del referido concurso. Y celebró con INECO un contrato de fecha 14 de octubre de 2011 [el «Contrato»] en el que se expuso y acordó:

«I.- Que Ineco publicó un concurso para proceder a la contratación de "la Elaboración y Edición de las revistas ITRANSPORTE e ITRANSPORTE ENGLISH EDITION de Ineco, nº de expediente 20110719-1, cuyas Condiciones se incluyen como parte integrantes del presente contrato (Anexo I).

»II.- Que BrikoTaller ha resultado adjudicataria del mencionado concurso. A tales efectos, y como parte integrante del presente contrato en todo lo que no se oponga al mismo, con el orden de prelación de documentación contractual establecida en el Artículo 20 de las Condiciones Generales de Contratación de Ineco de fecha 15 de junio de 2011, publicadas en [www.ineco.es](http://www.ineco.es), cuyo contenido declara expresamente BrikoTaller que conoce y asume íntegramente su cumplimiento, se incluye la oferta de servicios presentada por BrikoTaller de fecha 5 de agosto de 2011 (Anexo II).

»III.- A los efectos del presente contrato, la prestación a realizar por BrikoTaller a favor de Ineco tiene como fecha de comienzo el 1 de enero de 2012, siendo la fecha prevista para su finalización el 31 de diciembre de 2013, prorrogable anualmente por acuerdo entre las partes hasta un máximo de otros DOS (2) años adicionales. Dicho precio máximo no será revisable bajo ningún concepto.

»IV.- Ineco abonará a Brikotaller la cantidad máxima, por todos los conceptos derivados de la prestación, de CIENTO TRES MIL SEISCIENTOS SESENTA EUROS CON SETENTA Y SEIS CÉNTIMOS DE EURO POR AÑO (103.660,76 ?), IVA no incluido.

»V.- En el resto de derechos y obligaciones de las partes se estará a lo establecido en las Condiciones (Anexo I) anteriormente citadas».

**3.** En el Artículo 14 las Condiciones Generales de Contratación de INECO, se regulaba la «Terminación y Resolución del contrato» del siguiente modo:

«Son causas de terminación y resolución de la relación contractual las siguientes:

»a) Su terminación normal, ya sea por haber llegado el contrato a su vencimiento, ya sea por haberse cumplido y ejecutado las prestaciones a las que ambas partes se encuentran obligadas, ya sea por mutuo acuerdo de las partes.

»b) La decisión unilateral de Ineco.

»c) El incumplimiento por parte del Contratista del alguna de las cláusulas del contrato, sin perjuicio del derecho de Ineco a exigir al contratista la subsanación de dicho incumplimiento.

»d) La incursión del Contratista en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 49 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, haber solicitado la declaración de concurso, haber sido insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, o estar sujetas a intervención judicial o haber sido inhabilitadas conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

»La resolución del contrato no excluirá cualquier otra reparación legal o judicial que cualquiera de las partes estime oportuno obtener.

»En el supuesto de que la finalización del contrato se deba a su terminación normal, establecida en el apartado a) anterior, Ineco procederá a la liquidación de las cantidades pendientes de abono y a la devolución de las Garantías prestadas por el Contratista, establecidas en el Artículo 16 del presente documento, así como



de cualquier Garantía adicional que por razón de la prestación a realizar, Ineco, hubiera podido solicitar al Contratista.

»En el supuesto b), Ineco abonará las cantidades debidas por los trabajos efectivamente realizados por el Contratista hasta la fecha de terminación del contrato. Asimismo, se procederá a la devolución de las garantías prestadas por el contratista, conforme a lo establecido en el párrafo anterior para la terminación normal del contrato.

»En el supuesto de terminación del contrato por incumplimiento del contratista, Ineco no abonará cantidad alguna al Contratista, procediendo asimismo la incautación de las Garantías prestadas por el Contratista, todo ello sin perjuicio del inicio por parte de Ineco de las acciones legales que estime oportunas para la reclamación de los daños y perjuicios sufridos».

Y a tenor del Artículo 20 de las mismas Condiciones Generales:

«Revestirán carácter contractual, en orden de prelación, los siguientes documentos:

»El documento de formalización (contrato).

»Las Condiciones Particulares.

»Las presentes Condiciones Generales de Contratación.

»La oferta de servicios presentada por el contratista, en todo lo que no se oponga a lo anterior».

**4.** El 12 de mayo de 2012 INECO envió un correo a Brikotaller pretendiendo la modificación del Contrato consistente en reducir los números a editar a tres al año en dos idiomas, y reducir la cantidad a pagar a Brikotaller a 54.000 euros anuales. El 11 de julio de 2012 INECO remitió un nuevo correo a Brikotaller, reiterando su pretensión de modificación del Contrato, reduciendo la edición a seis revistas al año, tres en español y tres en inglés, y con un precio de 12.765 euros por cada revista en español, y 8.617 euros por cada revista en inglés.

**5.** Ante la negativa de Brikotaller a aceptar dichas modificaciones, el Secretario General de INECO remitió por burofax al representante de Brikotaller una carta de resolución del Contrato, de fecha 26 de julio de 2012, que finalizaba con los párrafos siguientes:

«Debido a las circunstancias que personalmente yo mismo le expliqué, Ineco precisaba modificar el contrato, modificaciones ratificadas en el correo electrónico que le envié la Responsable técnica del proyecto [...], en fecha 11 de julio de 2012.

»Hemos recibido Burofax de fecha 18 de julio de 2012, de Asemark Despacho Legal, por el que se nos traslada que Brikotaller Editorial, S.L. no puede aceptar las modificaciones reseñadas.

»Por tanto, ante dicha negativa por vuestra parte, queda rescindido el contrato entre Ineco y Brikotaller Ediciones, S.L., y al amparo de las previsiones contenidas en nuestras Normas internas de Contratación, las cuales Ud. firmó en representación de Brikotaller junto con el contrato como Anexo II, Ineco procederá al abono de las cantidades debidas a su representada por los trabajos realizados, sin que quede nada más que reclamar por ningún concepto».

**6.** INECO abonó a Brikotaller, por los trabajos realizados hasta la fecha de la resolución, la cantidad de 633.886,30 euros, y procedió a la devolución de las garantías prestadas por Brikotaller.

El 16 de octubre de 2012 Brikotaller interpuso demanda contra INECO, alegando, en esencia, que la terminación unilateral del Contrato por parte de INECO había sido injustificada y contraria a Derecho (con cita de los artículos 1089 , 1091 , 1254 , 1255 , 1256 y 1259 CC ) y pidiendo que se declarara resuelto el Contrato por incumplimiento doloso de INECO, y que se condenara a ésta a pagar a Brikotaller, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1107.II CC , la cantidad de 143.435,22 euros como indemnización de daños y perjuicios. La actora fijó esa cantidad del siguiente modo: 207.321,52 (103.660,76 x 2), precio pactado en el Contrato por los trabajos a realizar durante los años 2012 y 2013, menos los 633.886,30 euros cobrados de INECO.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en el sentido de condenar a INECO a pagar a Brikotaller la indemnización de 143.435,22 euros pedida por ésta. Declaró el Juzgado a tal efecto en su sentencia:

«Los datos anteriores evidencian que la resolución del contrato por parte de INECO no se ajusta a lo dispuesto en los artículos 7.1 y 1258 del C.C ., que sancionan el deber de observar un comportamiento honesto y legal, ajustado a los cánones éticos imperantes, en las relaciones contractuales. La decisión de INECO fue abusiva y contraria a la buena fe.



»En efecto, se considera improcedente la resolución inmediata, "de un día para otro", que indudablemente ha tenido que acarrear a la empresa Brikotaller unos perjuicios en atención a las inversiones que necesariamente se ve obligada a realizar en infraestructura, material, previsiones de contratación, etc.

»Por otra parte las condiciones del concurso público de licitación no pueden determinar que la vigencia de los vínculos contractuales carezca de eficacia vinculante. Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, artículos 1091 y 1278 del Código Civil . Dicha obligatoriedad se deriva de la voluntad de las partes, en base al principio de autonomía de la voluntad, es decir, de la libertad contractual que consagra el artículo 1255 del Código Civil , es sancionada y amparada por la ley y extensiva a todas las consecuencias del contrato, aun las no expresadas, pero que se deriven de la naturaleza del contrato, conforme a la buena fe, al uso y a la ley, artículo 1258 del Código Civil . La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

»La parte demandada, en un intento de soslayar su responsabilidad, apunta a que el Gobierno ha venido recortando las inversiones ferroviarias y aeroportuarias, y obligando el Ministerio de Fomento a INECO a realizar un plan de austeridad del que debe informar mensualmente. A este respecto debe advertirse que el Plan de Austeridad imperaba desde el año 2010, como demuestra el documento nº 1 de la contestación, esto es antes de que se publicase el concurso público de licitación para la elaboración y edición de las revistas [...]. En consecuencia, no concurre una causa imprevista y sobrevenida que justifique la modificación de los términos del contrato y, menos, el desistimiento unilateral. Lo contrario supondría situar en una situación de privilegio a uno de los contratantes que, por su sola voluntad y sin preaviso alguno, pondría fin a la relación contractual.

»Por ello, se reconoce el derecho a la parte demandante al percibo de una indemnización de 143.435,22 euros, que responde al precio del contrato, 207.321,52 euros, deduciéndose los trabajos realizados y que reconoce Brikotaller que ha cobrado (63.886,30 euros)».

Frente a la referida sentencia del Juzgado, INECO interpuso recurso de apelación. Alegó, en esencia, que la resolución unilateral estaba prevista en el pliego de condiciones del concurso, y lo que ha hecho el Juzgado es modificar vía sentencia en beneficio de la actora un concurso público cuyas condiciones no impugnó Brikotaller; que la condición sobre el desistimiento unilateral de INECO es perfectamente válida, pues está amparada por la libertad de pactos, que rige también para la contratación administrativa, y no es contraria al interés público, ni al ordenamiento jurídico, ni a los principios de buena administración; que, además, la facultad de desistimiento unilateral de INECO se acomoda a la naturaleza de arrendamiento de servicios del Contrato; y, en fin, que el Juzgado concedió a Brikotaller la totalidad del precio del Contrato, sin haber probado la actora daño alguno.

La Audiencia Provincial, estimando el recurso de apelación de INECO, revocó la sentencia del Juzgado y desestimó totalmente la demanda. Declaró a tal efecto la Audiencia en su sentencia:

«Como se ha reseñado, la sentencia de instancia considera, a modo de síntesis, que la decisión de la demandada fue abusiva y contraria a la buena fe; pues bien, no pueden aceptarse los argumentos al respecto; el contrato estuvo sujeto a las condiciones generales de la contratación administrativa, toda vez que la demandada es una Entidad Pública Empresarial dependiente del Ministerio de Fomento, y que para cualquier adjudicación de contratos determinados está sujeta o sometida a concurso público, con publicación del pliego de condiciones, y aprobación de la correspondiente mesa de contratación de las ofertas, como se reconoce por la actora; como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, Sala 3ª, sec. 4ª, en Sentencia de 18-5-2004, rec. 3674/1999 :

»"El artículo 4 LCAP se refiere a la libertad de pactos, de manera que la Administración puede concertar aquéllos que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración. Pero la condición de Administración pública sujeta a ésta a un procedimiento que garantiza la concurrencia ( art. 11.1 LCAP ) con una doble finalidad: proteger los intereses económicos de la Administración, suscitando en cada caso la máxima competencia posible, y garantizar la igualdad de acceso a la contratación con la Administración. De tal manera que dicha libertad de pacto se conjuga con la necesidad de una oferta conocida por los posibles interesados que no puede verse alterada en el momento de la adjudicación mediante la aceptación de una propuesta que no se adecuó al objeto de contrato ( arts. 11.2.c ) y 13 LCAP ) contemplado en el Pliego de condiciones; esto es, que se aparte del objeto contemplado en el expediente de adjudicación, al que se han de incorporar los pliegos en que la Administración establezca las cláusulas que han de regir el contrato a celebrar ( art. 11.2.c) LCAP ) [...]".

»En consecuencia, no puede hablarse de decisión abusiva de la demandada y contraria a la buena fe, citando los artículos 7.1 y 1258 CC , cuando no se dilucidan intereses privados propios de las personas físicas o jurídicas dentro de la esfera ordinaria de la contratación, sino que, precisamente, como resalta la doctrina





y jurisprudencia, la única limitación de los pactos contenidos en los pliegos ofertados consiste en que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, por lo que la actuación de la demandada estuvo en todo momento informada por estos principios, incluida la oferta legítima de modificación de condiciones, que al no ser aceptada, o por la simple aplicación de las previsiones contractuales, que tuvieron su antecedente en el pliego de condiciones previamente ofertado, y aceptado por la demandante, determinó la legítima resolución unilateral del contrato, dando cumplimiento a la obligación contraída en el apartado b) del artículo 14 del contrato, esto es, abonando Ineco las cantidades debidas por los trabajos efectivamente realizados por el contratista hasta la fecha de terminación del contrato y procedido a la devolución de las garantías prestadas por el contratista, cuestiones en momento alguno discutidas».

Contra la sentencia de la Audiencia, Brikotaller ha interpuesto recurso de casación por la vía del interés casacional articulado en dos motivos.

El primero denuncia infracción del artículo 1256 CC, que, según la ahora recurrente, determina la absoluta ilicitud de la cláusula sobre terminación o resolución del contrato por la decisión unilateral de INECO, contenida en el Artículo 14 del pliego de Condiciones Generales de Contratación de ésta.

Alega Brikotaller que una cláusula como ésta sería admisible en una relación contractual indefinida o perpetua; o si INECO la utilizase mediando una justa causa objetiva: no como herramienta de castigo o de renegociación económica con sus proveedores. Y en orden a justificar el interés casacional, cita diversos pronunciamientos sobre el artículo 1256 CC contenidos en las Sentencias de esta Sala de 15 de noviembre de 1983, 27 de febrero de 1997, 26 de junio de 2008 y 31 de marzo de 2011.

En el segundo motivo, se denuncia infracción de los artículos 7 y 1258 CC. Alega la recurrente que de dichos preceptos y de varios pronunciamientos de Sentencias de esta Sala que transcribe, se deduce que el legítimo ejercicio de un derecho potestativo de una parte de un contrato a resolverlo requiere la concurrencia de una causa objetiva razonable y razonada, o en otro caso, un preaviso con plazo suficiente, aunque se hubiese pactado lo contrario.

INECO no se ha personado en el presente recurso.

**SEGUNDO.** - Antes de proceder al examen de los dos motivos referidos, esta Sala considera conveniente realizar las consideraciones que siguen.

INECO es una sociedad mercantil estatal. Conforme al artículo 3.1.d) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público [LCSP], que era la vigente al tiempo de la celebración del Contrato -hoy artículo 3.1.d) del texto refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre [TRLSCP]-, INECO forma parte del sector público a los efectos de la referida Ley 30/2007. En lo que sigue, citaremos los artículos de ésta, sin hacer referencia a los del texto refundido cuando sigan siendo iguales y manteniendo la misma numeración.

A tenor del artículo 18 LCSP: «Los contratos del sector público pueden tener carácter administrativo o carácter privado». Conforme al apartado 1 del artículo 20 LCSP:

«Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos o entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones públicas».

El apartado 2 del mismo artículo dispone:

«Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas del derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado».

El Contrato objeto del presente proceso fue, pues, un contrato del sector público de carácter privado. En consecuencia, su preparación y adjudicación se rigió por las normas de la referida Ley. En cuanto a sus efectos y extinción, han de aplicarse, sin embargo, las normas del Derecho privado.

No obstante lo anterior, el apartado 1 del artículo 25 LCSP dispone con carácter general, bajo el título «Libertad de pactos», lo siguiente:

«En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración».

Conviene añadir que, en la tipificación de los contratos administrativos, uno que tuviera el mismo objeto que el Contrato entre INECO y Brikotaller se encuadraría en la categoría de los «contratos de servicios», regulados



en los artículos 277 a 288 LCSP [ arts. 301 a 312 TRLCSP]. En la letra b) del artículo 284 [ art. 308 TRLCSP] se prevé, como una de las causas de resolución de ese tipo de contratos, el desistimiento de la Administración contratante. A tenor, en fin, del artículo 285.3 LCSP [art. 309.3 TRLCSP]:

«En el caso de la letra b) del artículo anterior, el contratista tendrá derecho al 10 por 100 del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener».

**TERCERO.**- El primero de los motivos del recurso de casación interpuesto por Brikotaller debe ser desestimado por las razones siguientes:

1.ª) Es jurisprudencia reiterada de esta Sala que el artículo 1256 CC , al ser excesivamente genérico, es inidóneo para sostener por sí mismo un motivo de casación [ SSTS 636/2008, de 26 de junio (Rec. 1648/2001 ), 730/2009, de 3 de noviembre (Rec. 782/2005 ) y 421/2011, de 13 de junio (Rec. 1008/2007 ), y las en ella citadas].

2.ª) Ante la gravedad de las consecuencias que cabría extraer de una interpretación puramente literal de dicho artículo («La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes»), se ha sostenido autorizadamente, a la luz del comentario de García Goyena a su precedente, el artículo 979 del Proyecto del 1851 sin paralelo en la codificación decimonónica, que se trataría de una generalización poco meditada, para los contratos, de la regla del artículo 1115.I CC -nulidad de la obligación contraída bajo una condición puramente potestativa-, procedente de textos del Digesto referidos a las obligaciones nacidas de *stipulatio* (por consiguiente, con un solo acreedor y un solo deudor). No expresaría, así, sino el principio lógico de que, en frase del propio García Goyena, «quedar, y no quedar obligado, son cosas incompatibles».

En cualquier caso, con seguridad no puede darse al artículo 1256 CC un significado normativo distinto del que naturalmente se desprende del artículo 1091 del mismo Código : si «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse a tenor de los mismos», no puede uno de los contratantes desvincularse o desligarse del contrato por su sola voluntad; pero, claro es, salvo que otra cosa se haya pactado válidamente ( arts. 1255 CC y 25.1 LCSP ) en el contrato mismo de que se trate.

Cabalmente por ello, las Sentencias de esta Sala 1222/1995, de 9 de enero (Rec. 2800/1991 ), 1259/2007, de 30 de noviembre (Rec. 4502/2000 ), 85/2010, de 19 de febrero (Rec. 2129/2005 ) y 217/2011, de 31 de marzo (Rec. 807/2007 ) han declarado que no cabe dar al artículo 1256 CC el significado de prohibir la inclusión en el contrato mismo de un pacto que otorgue a uno de los contratantes un derecho potestativo de desistimiento o denuncia unilateral.

De ningún modo cabe, pues, fundar en dicha norma la ilicitud o nulidad de la cláusula del Artículo 14.b) de las Condiciones Generales de Contratación de INECO que la facultaba a poner fin, por decisión unilateral suya, al Contrato con Brikotaller. Condiciones Generales de Contratación, ésas, cuyo contenido declaró Brikotaller, en el apartado II del propio Contrato, que conocía y asumía expresamente su cumplimiento; y ello tras haber sido claramente advertida, en el párrafo segundo de la Condición Particular 4 del concurso, de que serían de aplicación «como parte integrante del contrato».

3.ª) Con razón no ha alegado nunca Brikotaller, para sostener la nulidad de la referida condición general, la normativa sobre «condiciones generales y cláusulas abusivas» contenida en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias ( RDL 1/2007, de 16 de noviembre), aunque el artículo 80.1 de esa Ley deja claro que también puede ser de aplicación a los contratos «que promuevan las Administraciones públicas y las entidades o empresas de ella dependientes». En efecto:

Brikotaller es un empresario que contrató con una sociedad mercantil estatal la prestación de un servicio (en la terminología de la legislación sobre contratos del sector público), la ejecución de una obra (en la propia del Código Civil), por Brikotaller para INECO. No es un consumidor o usuario que hubiera contratado con una Administración u otra entidad del sector público la entrega o la prestación por ésta a Brikotaller de un bien o un servicio.

A mayor abundamiento, es oportuno recordar que el artículo 4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril , sobre condiciones generales de la contratación, excluye de su ámbito de aplicación los «contratos administrativos». Sin duda, ante todo por la presencia en ellos de un interés público prevalente; pero probablemente también porque la «adhesión» de los empresarios o profesionales que, como Brikotaller, son adjudicatarios de concursos públicos de licitación a los pliegos de condiciones generales de contratación es en la realidad de las cosas -como el legislador sabe y quiere que sea- esencialmente distinta de la adhesión que caracteriza a la modalidad de contratación que la referida Ley 7/1998 contempla. Esos pliegos deben ser y normalmente son atentamente considerados por todos los potenciales licitadores en orden a presentar, o no, sus ofertas y



a proponer en ellas el precio por el que cada oferente estaría dispuesto a realizar las prestaciones objeto de sus obligaciones contractuales, si resulta adjudicatario del concurso.

4.ª) En fin, ya hemos avanzado que, en la tipología de contratos propia del Código Civil -el «derecho privado» que, a tenor del artículo 20.2 LCSP, rige la extinción de los contratos del sector público de carácter privado-, el Contrato entre INECO y Brikotaller ha de ser calificado como contrato de arrendamiento de obra.

El artículo 1594 CC atribuye al dueño o comitente la facultad de desistir *ad nutum* de la ejecución de la obra, aunque se haya empezado. Carece, pues, de sentido deducir del artículo 1256 del mismo Código una prohibición de que, como se estableció en la letra b) del Artículo 14 de las Condiciones Generales de Contratación de INECO, el Contrato entre esa entidad y Brikotaller pudiera terminar o resolverse por «la decisión unilateral de INECO».

Es cierto que las consecuencias indemnizatorias de tal desistimiento en el artículo 1594 CC son a todas luces diferentes - obviamente más favorables para el contratista- a las previstas en el mismo Artículo 14 de las Condiciones Generales de la Contratación de INECO. Pero, ante todo, no hay base alguna para atribuir carácter imperativo a lo que el artículo 1594 CC dispone sobre la indemnización al contratista de todos los gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de la obra desistida. Y, además, no es esa la indemnización que pidió Brikotaller en su demanda, y sigue pidiendo ante esta Sala, que se condene a INECO a abonarle: pidió y pide que condene a ésta a pagarle la totalidad del precio del Contrato correspondiente a los trabajos desistidos. Volveremos más adelante sobre ello.

**CUARTO.-** Desestimado el motivo primero del presente recurso de casación, el motivo segundo debe correr la misma suerte.

El ejercicio por INECO de la facultad, que válidamente tenía, de desistir unilateralmente del Contrato no puede ser considerado contrario a la buena fe por el hecho de haberla ejercitado ante la negativa de Brikotaller a aceptar la propuesta de modificación del Contrato que INECO le dirigió. Es indudable que las exigencias de la buena fe contractual no imponían a Brikotaller la obligación de aceptar esa propuesta. Pero también lo es, que no imponían a INECO, sólo por haberla hecho, ni la pérdida definitiva ni la sujeción a preaviso del ejercicio de una facultad que tenía a su discreción y podría haber ejercitado igualmente «de un día para otro» -por utilizar las palabras del Juzgado-, sin haber dirigido previamente a Brikotaller propuesta alguna de modificación del Contrato.

En fin, y puesto que de la buena fe se trata, no parece conforme a sus exigencias -si por un momento quisiera olvidarse que el primer mandato de la buena fe contractual es atenerse a lo pactado- que Brikotaller haya pretendido y continúe pretendiendo que INECO le abone la totalidad del precio contractual de los trabajos desistidos: no sólo los gastos en los que probadamente hubiera incurrido ya en previsión de ejecutarlos y un determinado porcentaje del precio de los trabajos pendientes de realizar -por ejemplo, el 10 por 100 contemplado en el artículo 285.3 LCSP-, en concepto de beneficio dejado de obtener.

Lo pedido por Brikotaller -y lo que el Juzgado de Primera Instancia erróneamente le concedió- es una cantidad muy superior a la que en buen Derecho podría haber pedido, si hubiera celebrado un contrato igual con una compañía puramente privada, sin que nada se hubiera pactado sobre las consecuencias del ejercicio de la facultad de desistimiento *ad nutum* que el artículo 1594 CC reconoce al dueño de la obra; consecuencias, para cuya cuantificación, según reiterada jurisprudencia de esta Sala [por todas, STS 208/2016, de 5 de abril (Rec. 726/2014) y las en ella citadas], no pueden tenerse en cuenta los móviles que impulsaron al comitente a desistir.

En buen Derecho, por tanto, el recurso de casación de Brikotaller, en el que insiste en su desafortada petición, debe a todas luces ser desestimado.

**QUINTO.-** Conforme al artículo 389.1 LEC en relación con el artículo 394.1 de la misma Ley, procede imponer las costas del recurso a la parte recurrente; y a tenor del apartado 9 de la disposición adicional 15ª LOPJ, acordar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Por lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por Brikotaller Editorial, S.L., contra la sentencia dictada el 24 de marzo de 2014 por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación





284/2013 ; sentencia, ésta, que confirmamos. **2.º** Imponer las costas causadas por dicho recurso a la parte recurrente. **3.º** Acordar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ