

Dictamen nº: **315/17**
Consulta: **Consejero de Educación, Juventud y Deporte**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **27.07.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 27 de julio de 2017, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Educación, Juventud y Deporte, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de servicios denominado “*Gestión de locales de ensayo de música, teatro y danza en las estaciones de metro de Usera y Cuzco*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 22 de junio de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Educación, Juventud y Deporte, sobre el expediente de resolución del contrato de servicios suscrito con la empresa ENSAYARTE, S.L. (en adelante, “*la contratista*”).

A dicho expediente se le asignó el número 262/17 y el día señalado comenzó el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia correspondió, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. M^a Dolores Sánchez Delgado quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en la sesión celebrada el día 27 de julio de 2017.

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1.- Tras el correspondiente procedimiento de licitación, el contrato fue adjudicado a la empresa contratista mediante Orden núm. 3910/2015, de 29 de diciembre del consejero de Educación, Juventud y Deporte.

El contrato de servicios denominado “*Gestión de locales de ensayo de música, teatro y danza en las estaciones de metro de Usera y Cuzco*” se formalizó en documento administrativo el 30 de diciembre de 2015 por un precio de 127.079,79 € que se pagaría mediante certificaciones mensuales. El plazo de ejecución era de dos años, desde el 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2017, prorrogable hasta los 36 meses en total, incluidas las prórrogas.

El objeto del contrato se establecía en el apartado 1 de la cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y consistía en la gestión de los locales de ensayo de música, teatro y danza en las estaciones de metro de Usera y Cuzco, como parte de las actividades organizadas por la Dirección General de Juventud y Deporte de la Comunidad de Madrid, correspondiéndole a la contratista principalmente las tareas de disposición del acceso de los solicitantes a las distintas salas, de coordinación de la asignación y ocupación de los grupos para mejor aprovechamiento de los espacios, y de mantenimiento de las instalaciones para su correcto funcionamiento.

En el punto 3.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) se reiteraba el lugar donde se llevaría a cabo la prestación: en los locales de ensayo situados en las estaciones de metro de Usera y de Cuzco en Madrid, cedidos gratuitamente por Metro de Madrid para este uso.

El punto 16 de la Cláusula 1 del PCAP establecía la modificación del contrato solo por razones de interés público según lo dispuesto en el artículo 219 del TRLCSP, en los casos previstos por la ley y conforme al procedimiento establecido.

Por su parte, la cláusula 25 del PCAP, sobre la modificación del contrato, preveía modificaciones por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 211 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) justificándolo debidamente en el expediente.

En lo concerniente a su régimen se estaría a lo dispuesto en los artículos 106, 107, 108, 210, 219 y 306 del TRLCSP.

A las causas de resolución del contrato se dedicaba la cláusula 41 del PCAP, que se remitía a los artículos 85, 223 y 308 del TRLCSP y especificaba algunas otras causas específicas para este contrato.

2.- El 13 de enero de 2017 Metro de Madrid, S.A. informó al director general de Juventud y Deporte que, como consecuencia de la nueva normativa sobre Usos Asociados Autorizados en la Red Ferroviaria de Metro de Madrid (Orden de 14 de marzo de 2016 de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras), los espacios cedidos a la Consejería de Educación, Juventud y Deporte iban a ser cerrados antes del día 20 de marzo de 2017. No obstante, para dar continuidad a la

colaboración que mantenían y poder seguir ofreciendo el servicio a los jóvenes madrileños, habían buscado una nueva ubicación alternativa en la calle Áncora, 41-43, en el barrio de Palos de Moguer, distrito de Arganzuela, en la que estaban llevando a cabo los trámites necesarios para adaptarla al nuevo uso, por lo que era necesario suscribir un nuevo convenio de colaboración. Adjuntaba un borrador con la idea de dar cobertura a las obras de adecuación del local que estaba en fase de proyecto.

Con fecha de 17 de febrero de 2017 la jefa del Área de Actividades e Instalaciones justificó en una memoria la resolución del contrato. Ponía de manifiesto que desde 1991 la Consejería mantenía un acuerdo de colaboración con Metro de Madrid por el que cedía a la Consejería unos locales de ensayo en las estaciones de metro de Cuzco y Usera. Desde enero de 2016 esos locales se gestionaban por la empresa ENSAYARTE en virtud del contrato de servicios suscrito el 30 de diciembre de 2015 pero, tras la nueva normativa de Usos Asociados Autorizados en la Red Ferroviaria de Metro de Madrid, esos locales iban a ser cerrados antes del 20 de marzo de 2017.

Se decía que dado que Metro de Madrid no había ofrecido otros locales similares para la continuación del servicio y la Dirección General de Juventud y Deporte no disponía de locales adecuados ni medios técnicos propios que permitiesen seguir desarrollando el servicio en las mismas condiciones del contrato de servicio adjudicado, se proponía la resolución del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 223,g) del TRLCSP: *“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”*.

El director general de Juventud y Deporte, de acuerdo con la memoria, propuso la resolución del contrato por la causa señalada en el artículo 223,g) del TRLCSP, y calculaba un 3 % de indemnización para el contratista sobre lo dejado de percibir, según lo dispuesto en el artículo 225.5 del TRLCSP.

El 3 de marzo de 2017 la jefa del Área de Actividades e Instalaciones reiteró la memoria justificativa de la resolución del contrato y añadió que la competencia del análisis técnico era únicamente de Metro de Madrid; que no se habían ofrecido locales disponibles similares para la continuación del servicio y la Dirección General de Juventud y Deporte no disponía de locales adecuados para seguir prestando el servicio en las mismas condiciones pactadas en el contrato, por lo que proponía la resolución del contrato según lo dispuesto en el artículo 308,b) del TRLCSP.

El 3 de marzo de 2017 el director general de Juventud y Deporte propuso la rescisión del contrato de conformidad con el artículo 308,b) del TRLCSP: *“El desistimiento o la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor”*. Preveía la prestación del servicio hasta el 18 de marzo de 2017 y efectuaba el cálculo de los pagos a realizar al contratista, que incluía como indemnización el 10 % de lo dejado de percibir por el contratista por la finalización anticipada del contrato, según lo señalado en el artículo 309.3 del TRLCSP.

TERCERO.- Mediante orden núm. 641/2017, de 3 de marzo, del consejero de Educación, Juventud y Deporte, firmada por delegación por el secretario general técnico, se inició el procedimiento de resolución del contrato por la causa establecida en el artículo 308,b) del TRLCSP, por desistimiento de la Administración por razones de interés público basadas en la inviabilidad de la continuidad del contrato, ya que debido a la nueva normativa de Usos Asociados Autorizados en la Red

Ferroviaria de Metro de Madrid y espacios anexos, establecida por la Orden de 14 de marzo de 2016, de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, los espacios cedidos por Metro de Madrid para desarrollar las actividades objeto de este contrato iban a ser cerrados antes del día 20 de marzo de 2017 por no reunir las condiciones establecidas en la nueva normativa.

Añadía que Metro de Madrid no había ofrecido otros locales, ni la Dirección General de Juventud y Deporte disponía de locales adecuados, pero aun cuando hubiera habido locales o espacios alternativos, conforme a lo establecido en el punto 16 de la Cláusula 1 del PCP no habría sido posible la modificación del contrato ni tampoco habría sido aplicable la vía del artículo 107 del TRLCSP, por cuanto los hechos acaecidos no tenían encaje en ninguno de los supuestos previstos en dicho precepto.

Se reconocía al contratista una indemnización de 4.987,54 €, correspondientes al 10 % de lo dejado de percibir por la resolución anticipada del contrato, se acordaba la suspensión total de la ejecución del contrato desde el 19 de marzo de 2017 y la revisión del precio de contrato correspondiente al ejercicio 2017 en la liquidación del mismo.

Tras la notificación al contratista, este presentó sendos escritos el 15 de marzo de 2017. Uno denunciaba que no se le había dado vista del expediente y no conocía el contenido de la notificación de Metro de Madrid sobre la necesidad de cerrar los locales de Cuzco y Usera a partir del 20 de marzo de 2017 por lo que se le había ocasionado indefensión. El otro escrito contenía las alegaciones a la resolución del contrato en las que señalaba que el artículo 308,b) del TRLCSP no contemplaba el desistimiento de la Administración por razones de interés público por lo que no podría subsumirse la resolución del contrato en dicho supuesto. Además consideraba que sí podría modificarse el contrato por vía del artículo 107,c) del TRLCSP (*“fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen*

imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos). Ponía de relieve que Metro de Madrid sí disponía de locales alternativos en los que la prestación podía ser realizada y que los había ofrecido y los estaban acondicionando según los informes y recomendaciones técnicas que había proporcionado ENSAYARTE.

El 21 de abril de 2017 se dio traslado del expediente de resolución a la Abogacía General –que lo recibió el 24 de abril- y se solicitó informe sobre el proyecto de orden de resolución del contrato, con suspensión del plazo del procedimiento por el tiempo que mediase entre la petición de informe y la recepción del mismo, lo que fue notificado al contratista.

La Abogacía de la Comunidad de Madrid informó favorablemente la resolución del contrato el 3 de mayo de 2017.

El 11 de mayo de 2017 se remitió el expediente de resolución del contrato a la Intervención General de la Comunidad de Madrid –que lo recibió el 17 de mayo- con suspensión del plazo del procedimiento, que fue notificado al contratista. El informe favorable -tras ampliar el plazo para su emisión el 2 de junio- se emitió el 15 de junio de 2017.

La propuesta de resolución del contrato acordaba la resolución del contrato por la causa señalada en el artículo 308,b) del TRLCSP: *“El desistimiento del contrato por razones de interés público, al no ser posible la continuidad del servicio”*; la devolución de la garantía definitiva y que en la liquidación del contrato se realizase la revisión de precios del contrato correspondiente al ejercicio de 2017 hasta la fecha de efectos de la suspensión de las actividades.

Del expediente se dio traslado a la Comisión Jurídica Asesora con suspensión del procedimiento para dictar la resolución finalizadora del mismo.

Consta en el expediente el oficio de la comunicación de suspensión del procedimiento a la empresa contratista, aunque no su efectiva recepción.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*, y ha sido formulada por un órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del ROFCJA.

SEGUNDA.- El contrato fue adjudicado bajo la vigencia del TRLCSP por lo que esta es la legislación aplicable, tanto en cuanto a las cuestiones materiales como a las formales y de procedimiento.

Respecto al procedimiento a seguir para la resolución del contrato, además de acomodarse a las prevenciones del TRLCSP, habrá que tener en cuenta también lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y, además, ante la falta de desarrollo reglamentario, debe considerarse lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto

1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP), y concretamente su artículo 109, dedicado al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, el artículo 210 del TRLCSP dispone que “*dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de esta*”.

Por su parte, el artículo 224 de la misma Ley regula la aplicación de las causas de resolución y señala que “*la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca*”.

Por tanto, según estos preceptos, la competencia para resolver los contratos corresponde al órgano de contratación. En este caso, el órgano de contratación es el consejero de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte, según el artículo 41,i) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, en relación con el Decreto 100/2016, de 18 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería.

El artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se otorgue audiencia al contratista. También debe tenerse en cuenta que el artículo 109 del RGCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos, exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”. Por otro lado, el apartado tercero del precitado artículo 211.3,a) del TRLCSP dispone que es preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en los

casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Asimismo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.1.h) de la Ley 3/1999, de 30 marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, en relación con el artículo 211.2 del TRLCSP, y los artículos 8.a).2 y 14 del Decreto 45/1997 de 20 de marzo, por el que se desarrolla el Régimen de Control Interno y Contable ejercido por la Intervención General de la Comunidad de Madrid, son necesarios los informes de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid y de la Intervención.

Conforme con la normativa expuesta, resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia a la empresa contratista, que ha formulado alegaciones y se ha opuesto a la resolución del contrato, por lo que es preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora. Al no proponerse incautación de la garantía no es necesario dar audiencia a la entidad avalista.

Asimismo, se ha emitido informe tanto por la Abogacía General de la Comunidad de Madrid como por la Intervención General.

En relación con los mencionados informes, se observa que se han incorporado al expediente una vez cumplimentado el trámite de audiencia. Ahora bien, en cuanto que no introducen ningún hecho nuevo que pueda causar indefensión a la empresa adjudicataria sino que inciden en las causas de resolución consignadas en el acuerdo de incoación del expediente de resolución del contrato, debe considerarse correctamente cumplimentado el trámite de audiencia, de acuerdo con la doctrina seguida por el Consejo Consultivo (así, los dictámenes 331/11, de 22 de junio, 374/11, de 6 de julio, 604/11, de 2 de noviembre y 410/13, de 25 de septiembre, entre otros), y reiterada por esta Comisión en varios dictámenes, así, el Dictamen 62/16 de 5 de mayo o el Dictamen 516/16 de 17 de noviembre, por ejemplo.

Las alegaciones del contratista en relación con la indefensión que entiende que se le ha causado por no haberle dado traslado de la notificación de Metro de Madrid sobre la necesidad de cerrar los locales cedidos a la Consejería antes del 20 de marzo de 2017 carecen de fundamento puesto que el mismo día presentó un escrito de alegaciones en el que se evidenciaba que tenía conocimiento del cierre de los locales y de que se habían puesto a disposición de la Consejería otros locales en los que el propio contratista estaba colaborando para su acondicionamiento.

En relación con el plazo para tramitar el expediente de resolución del contrato, la normativa contractual no establece nada al respecto por lo que, en virtud de lo dispuesto en la disposición final tercera, apartado 1, del TRLCSP, hay que acudir a la normativa reguladora del procedimiento administrativo. En nuestro caso, dado que el expediente se inició tras de la entrada de vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), según su disposición transitoria tercera, es esta norma la que resulta aplicable y, por tanto, el plazo es el general de tres meses previsto en el artículo 21.3 de dicha Ley, a contar desde el acuerdo de inicio del expediente.

Por otro lado, hay que tener en cuenta además que el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes *“preceptivos y determinantes del contenido de la resolución”*, tal y como establece el artículo 22.1,d) de la LPAC, que exige la comunicación a los interesados en el procedimiento, tanto de la suspensión para recabar dichos informes -como lo es el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora- como de la recepción de los mismos.

En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y se ha pronunciado esta Comisión en sus Dictámenes 44/16

de 28 de abril y 132/16 de 26 de mayo, entre otros, asumiendo la doctrina del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

En este caso, se inició el expediente de resolución contractual por orden de 3 de marzo de 2017, si bien el plazo para resolver fue suspendido tanto cuando se solicitó informe de la Abogacía General, como de la Intervención General, comunicándose la suspensión al contratista. También se ha suspendido al solicitar el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora y, si bien consta el oficio de notificación de la suspensión a la empresa contratista, no tiene registro de salida por lo que no figura su efectiva comunicación por lo que debe advertirse que, de no haberse efectuado, el procedimiento de resolución no se habría suspendido, con la incidencia que ello pudiera tener en la caducidad del expediente.

TERCERA.- Una vez analizados los aspectos relativos a la tramitación, debemos examinar si concurren las causas de resolución del contrato en los términos manifestados en la propuesta de resolución remitida.

Como ponía de manifiesto el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid núm. 442/11, de 27 de julio, las facultades excepcionales de las que se halla investida la Administración en el ámbito de la contratación pública son manifestación de potestades atribuidas por la Ley para atender a los intereses públicos, produciéndose su ejercicio, no de una manera automática, sino cuando lo exija el mencionado interés público implícito en cada relación contractual, dándose así cumplimiento al artículo 103 de la Constitución, en el sentido de que la Administración sirve con objetividad a los intereses generales, que en el ámbito de la contratación administrativa se manifiesta en el cumplimiento del principio de la *“buena administración”*.

Por ello, sobre la base del interés general, la normativa administrativa amplía las facultades resolutorias posibilitando la resolución sin que medie incumplimiento. En este sentido, ya se ponía de manifiesto por el Tribunal Supremo desde su sentencia de 21 de mayo de 1986: *“No obstante lo dicho, el que aquí se dé por buena la existencia de un contrato para la dirección de tan repetidas obras, suscrito entre el Alcalde y el actor, no quiere decir que por ello el Ayuntamiento quede privado de la prerrogativa rescisoria o resolutoria del mismo, si existen motivos fundados para adoptar tal actitud, puesto que en la contratación administrativa, siempre sometida a la idea cardinal de satisfacción del interés público, el ejercicio de dicha prerrogativa es más flexible y abierto que la facultad condicionada, otorgada a los otorgantes de contratos privados, en el art. 1124 del Código Civil, como se comprueba comparando su texto con el recogido en el art. 70 y 71 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9 de enero de 1953”*.

Respecto del desistimiento de la Administración -que es la causa en la que se ampara la Consejería para resolver el presente contrato-, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en varios dictámenes, por ejemplo, el Dictamen núm. 140/11 de 6 de abril, o en el núm. 442/11 de 27 de julio, indicó que la ley no establece los supuestos en que procede la misma, ni regula la forma de su ejercicio, siendo tanto la doctrina como la jurisprudencia las que se han encargado de señalar las condiciones que deben revestir su ejercicio, que vienen impuestas por razón del interés público.

Efectivamente esta facultad está limitada por la norma general imperativa por la cual la Administración debe cumplir los fines que le son propios, al servicio del bien común y del ordenamiento jurídico, y siempre basándose en los principios de racionalidad y proporcionalidad. Así lo ha puesto de manifiesto en su jurisprudencia el Tribunal Supremo en reiteradísimas ocasiones (Sentencias de 16 de abril de 1999, de 23 de

junio de 2003, o Sentencia de 21 de septiembre de 2006, entre otras muchas).

En este caso, el objeto del contrato consistía en la gestión de locales de ensayo de música, teatro y danza en las estaciones de metro de Usera y Cuzco, y así lo proclamaba tanto la denominación del contrato como el objeto (cláusula primera, punto 1 del PCAP) como el punto 3 del PPT al referirse a los medios materiales y lugar de prestación de los servicios, correspondiéndole a la contratista principalmente las tareas de disposición del acceso de los solicitantes a las distintas salas, de coordinación de la asignación y ocupación de los grupos para mejor aprovechamiento de los espacios, y de mantenimiento de las instalaciones para su correcto funcionamiento.

Sin embargo, debido a una nueva normativa de Usos Asociados Autorizados en la Red Ferroviaria, Metro de Madrid comunicó la imposibilidad de seguir facilitando el uso de dichos locales. Ciertamente que ofrecía otros locales alternativos para la ejecución del contrato pero la Consejería afirma que no son similares ni esta cuenta con locales adecuados, por lo que se estimó que lo procedente era la resolución del contrato por desistimiento, *ex* artículo 308,b) del TRLCSP, por razones de interés público.

Para el contratista, dicha causa de resolución no está contemplada en el TRLCSP por lo que no puede justificar la resolución del contrato [literalmente el artículo 308,b) señala como causa de resolución *“el desistimiento o la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor”*]. Y añadía que el contrato, en vez de resolverse, podía modificarse por la vía del artículo 107.1,c) del TRLCSP (*“fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos”*), ya que Metro de Madrid había facilitado unos

locales alternativos en los que poder llevar a cabo la ejecución del contrato.

El presente contrato no preveía modificaciones, por lo que solo podría modificarse en los casos previstos en el artículo 107 del TRLCSP. Así se dispone en el artículo 105.1 del TRLCSP, *“los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107”*.

El contratista propone la modificación por el supuesto del artículo 107,c) del TRLCSP, que no parece que sea la vía adecuada para hacer pervivir el contrato, si bien con modificaciones. Y ello porque no puede considerarse fuerza mayor el cambio normativo producido y las nuevas exigencias de seguridad que deben cumplir los locales subterráneos, y que no mantienen los locales que venían utilizándose en la ejecución del contrato.

Este supuesto no puede subsumirse en los casos de fuerza mayor que se contemplan en el artículo 231.2 del TRLCSP:

“Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.*
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.*
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público”*.

Tampoco se aprecia que concurra la fuerza mayor descrita en el artículo 1105 del Código Civil, esto es, aquellos sucesos que no se hubieran podido prever o que, previstos, fueran inevitables.

Sin embargo, dado que la normativa de Usos Asociados Autorizados en la Red Ferroviaria de Metro de Madrid exigía nuevas condiciones de seguridad para los locales subterráneos, que dicha orden se aprobó con posterioridad a la adjudicación del contrato y que los locales en los que se prestaba el servicio no satisfacían las nuevas exigencias de seguridad, podría modificarse el contrato para cambiar el lugar de la prestación por el nuevo local que Metro de Madrid ponía a disposición de la Consejería para prestar el contrato por la vía del artículo 107.1,e): la *“necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato”*.

Ello podría hacerse siempre y cuando no se alterasen las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y la modificación se limitase a introducir las variaciones indispensables para responder a la causa objetiva que la hiciera necesaria (artículo 107.2 del TRLCSP). El propio TRLCSP señala los supuestos de alteraciones sustanciales en el apartado 3 del artículo 107: si varía sustancialmente la función y las características esenciales de la prestación inicialmente contratadas; si se altera la relación entre la prestación contratada y el precio; cuando fuese necesaria una habilitación profesional diferente a la exigida en el contrato inicial; si supone una alteración del precio de adjudicación del contrato igual o superior al 10 % y cuando pueda presumirse que si la modificación hubiera sido conocida antes hubiera sido mayor la concurrencia de licitadores.

En este caso, partiendo de la base de que lo principal en este contrato es realizar la prestación de gestionar los locales de ensayo para música, teatro y danza, independientemente de cuáles sean esos locales

si guardan los requisitos técnicos y de seguridad para ello, carecemos de datos para saber si el cambio de local ofrecido por Metro de Madrid para prestar el servicio supone una alteración esencial del contrato que impida su modificación. La Consejería asegura que Metro de Madrid no ha ofrecido un local similar al del contrato (sin que se exponga nada más al respecto) y al optar por la resolución del contrato está descartando la modificación del contrato -aunque no se ha referido expresamente a ello ni ha justificado el porqué-. Según el artículo 105 del TRLCSP, tras señalar los supuestos en los que puede contemplarse la modificación del contrato, añade: *“en cualesquiera otros supuestos, -esto es, si el contrato no puede modificarse por no darse ninguno de los supuestos en los que puede hacerse- si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes”*.

Entraríamos entonces en el supuesto de resolución contractual contemplado en el artículo 223, g) del TRLCSP: por *“la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I”*.

Esta causa de resolución fue la primera que barajó la Consejería aunque después varió la causa y aplicó el desistimiento del artículo 308,b) del TRLCSP, sin justificar las razones que motivaron el cambio.

Existen diferencias entre la resolución del contrato por desistimiento y la resolución por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, diferencias que van más allá de la indemnización que corresponde percibir al contratista: el 10 % de lo

dejado de percibir en el caso del desistimiento frente al 3 % de la resolución por imposibilidad de ejecución.

La imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos inicialmente pactados es una causa de resolución que fue introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, para aquellos supuestos en los que se pretende modificar un contrato pero la modificación no puede llevarse a cabo porque no existen los requisitos legales para ello, y, no siendo modificable el contrato, existe imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, o existe la posibilidad de lesión grave para el interés público en caso de continuarse su ejecución.

Así, se resaltaba por el Consejo de Estado en su dictamen 215/2010, de 18 de marzo (sobre el anteproyecto de esta ley) -y se reiteró en el Dictamen 318/2012-, que el objetivo de la reforma del régimen de modificación de los contratos públicos, una vez celebrados, consistía precisamente en restringir la posibilidad de tal modificación, a la vista del dictamen motivado que la Comisión Europea remitió al Reino de España al considerar que el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación, tal y como estaba regulado en la versión originaria de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, infringía los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Con la introducción de esta nueva causa de resolución contractual -ahora que las posibilidades de modificación contractual son mucho más limitadas- lo que se pretendía era permitir poner fin a los contratos en aquellos supuestos en los que no pueden ser modificados pero tampoco ejecutados en los términos inicialmente pactados, motivo por el cual la resolución conlleva, como regla general, el derecho del contratista a una

indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa de resolución le sea imputable (apartado 5 del artículo 208 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, añadido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible).

Por su parte, respecto al desistimiento, el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1.208/2008, de 16 de octubre se pronunciaba en los siguientes términos:

“Constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y, en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique al interés público o sea incompatible con él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ellas deberá mantener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias de interés público (Dictamen del Consejo de Estado núm. 1.336/2005, de 17 de noviembre). Así pues, el desistimiento de la Administración, para que resulte ajustado a Derecho, debe justificarse por razones de interés público que aconsejen la resolución del contrato”.

Y resalta que *“en puridad, el interés público que justifica el desistimiento unilateral de la Administración se ha venido apreciando en aquellas relaciones contractuales que, por una alteración sobrevenida de las circunstancias, han perdido su objeto”.*

Tal y como se puede apreciar, de la doctrina del Consejo de Estado se pueden sacar varias conclusiones: el desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional de aplicación a las relaciones contractuales del sector público; habrá de utilizarse solo cuando la ejecución del contrato perjudique al interés público o sea incompatible con él; y en principio, y con carácter general, el interés público estará justificado cuando las relaciones contractuales, por una alteración sobrevenida de las circunstancias, han perdido su objeto.

También el Consejo Consultivo de Aragón en su Dictamen 213/2013 de 29 de octubre, destacó como nota característica del desistimiento que el contrato deje de ser necesario (en el caso que enjuiciaba, porque la prestación que venía desempeñando un municipio pasaba a ser desarrollada por la Administración Autonómica):

“La pretensión del Ayuntamiento es en todo momento la resolución del contrato, considerando innecesario su objeto ante la asunción por parte de la Administración Autonómica del servicio de limpieza”.

Y no consideraba aplicable la causa establecida en el artículo 223,g) del TRLCSP porque no había ninguna circunstancia técnica sobrevenida que impidiera su ejecución:

“La ejecución del contrato, esto es, la prestación del servicio de limpieza por la empresa contratista, no es imposible, como manifiesta el Ayuntamiento. Es decir, no existe ningún obstáculo técnico o físico que impida la realización de la prestación en los términos inicialmente pactados.

En definitiva, podemos concluir que no concurren en el presente caso los requisitos para que pueda considerarse aplicable la causa de resolución prevista en el artículo 223.g) del TRLCSP. Sin embargo, el hecho de que la Comunidad Autónoma haya relevado al Ayuntamiento de la obligación de limpieza de dichas instalaciones,

determina la innecesariedad del objeto del contrato que nos ocupa, por lo que procederá la resolución del contrato por desistimiento unilateral de la Administración, tal y como aparece previsto para los contratos de servicios en el artículo 308.b) TRLCSP”.

Por tanto, podemos concluir que el elemento diferenciador para determinar si estamos ante una u otra causa de resolución es, por un lado, que en el desistimiento el contrato puede seguir ejecutándose en los términos inicialmente pactados, la prestación es posible, pero razones sobrevenidas de interés público justifican y hacen necesaria su resolución por la innecesariedad o inconveniencia de la permanencia del contrato, y mientras persistan esas razones de interés público no podrá iniciarse un nuevo procedimiento de licitación. Es una causa de extinción definitiva del contrato. Sin embargo, en la imposibilidad de ejecución de la prestación inicialmente prevista el contrato, pese a ser necesario, este no puede seguir prestándose de la forma inicialmente prevista por lo que, al no poder modificarse, lo que procedería es su resolución, lo que no impediría una nueva licitación.

De esta forma, cuando sea necesaria la permanencia del contrato y, sin embargo, sea imposible ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o su ejecución en esos términos produzca una lesión grave al interés público, habrá de procederse a su modificación, cuando esa posibilidad esté contemplada en los pliegos o en el anuncio de licitación o, si no estuviere previsto, en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107 (novación modificativa). Fuera de estos casos, deberá procederse a realizar la modificación proyectada mediante una novación extintiva del contrato, procediéndose a su resolución por la causa prevista en el artículo 223 g) TRLCSP, y al inicio de un procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato.

Si no fuese necesaria la permanencia del contrato -en nuestro caso, en el que, repetimos, lo esencial es realizar la prestación de gestión de

locales de ensayo que cumplan los requisitos técnicos y de seguridad exigibles, independientemente de qué locales sean- lo procedente sería la resolución del contrato por la vía del artículo 308,b) del TRLCSP.

CUARTA.- En este expediente, la Administración, que en un primer momento consideró la causa de resolución del artículo 223,g) del TRLCSP, la varió por la causa prevista en el artículo 308,b) del TRLCSP, el desistimiento de la Administración. Sin embargo, la Administración no ha justificado en el expediente remitido el cambio de la causa de resolución del contrato, niega que estemos ante un supuesto de fuerza mayor y fundamenta el desistimiento en el *“interés público de protección de la integridad física de las personas que acceden a los locales, que justifica el cese de las actividades que se venían realizando y, por tanto, la inviabilidad del mantenimiento del contrato”* puesto que la nueva normativa de Usos Asociados Autorizados en la Red Ferroviaria de Metro de Madrid (la Orden de 14 de marzo de 2016) exige unos requisitos que deben cumplir las instalaciones subterráneas para garantizar la seguridad de las personas usuarias, condiciones de seguridad que no reúnen los espacios que venían siendo utilizados en la ejecución del contrato.

Así, las razones de seguridad constituyen las razones de interés público que amparan la resolución del contrato.

Pero la resolución por la vía del artículo 308,b) del TRLCSP será posible siempre y cuando, más allá de esa escueta justificación, se fundamenten en el expediente los motivos que amparen la imposibilidad de modificación del contrato y la innecesariedad del objeto del contrato, puesto que si la necesidad que justificó la celebración del contrato persistiese, y por tanto siguiera siendo necesaria la continuidad de la prestación de gestión de los locales de ensayo, objeto del contrato, habría que aplicar el supuesto de resolución del artículo 223,g) del TRLCSP.

En cuanto a los efectos de la resolución, el artículo 309.3 del TRLCSP dispone que, en los casos de desistimiento de la Administración, *“(...) el contratista tendrá derecho al 10% del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener”*, mientras que el artículo 225.5 del TRLCSP establece que *“cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 223, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar”*.

La razón de esta diferencia en el importe de la indemnización debida al contratista radica en la innecesariedad de la permanencia del contrato. En el caso del desistimiento, la causa de interés público en que se fundamenta el desistimiento unilateral de la Administración impide que se pueda iniciar un procedimiento contractual con el mismo objeto que el desistido, de manera que el contratista, no solo se ve privado de su derecho a cumplir con la prestación objeto del contrato y, por tanto, a su remuneración, sino también a participar en otro procedimiento contractual con el mismo objeto que el contrato desistido.

En cambio, en el supuesto de imposibilidad de modificar el contrato, el contratista se ve privado de su derecho a cumplir con el contrato celebrado con el perjuicio que ello supone, pero no impide que pueda participar en el nuevo procedimiento de adjudicación del contrato con las modificaciones introducidas a su objeto.

Fuera de esta diferencia los demás efectos son los mismos. La jurisprudencia ha admitido que, además del beneficio industrial objetivado en la ley, los contratistas puedan reclamar los daños y perjuicios que la resolución contractual acordada por la Administración, sin culpa de los mismos, pueda causarles, siempre y cuando acrediten su existencia y cuantía. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 2006 (recurso 4600/2001) indica:

“(...) si bien es cierto que las sentencias del Tribunal Supremo señalan el 6% de beneficio industrial como la indemnización procedente, no hay que olvidar, que están conformes con que la indemnización lo sea por los daños acreditados y que algunas de esas sentencias expresamente refieren que señalan el 6% al no haberse acreditado los daños producidos y la resolución aquí recurrida estima como probados otros daños, además del beneficio industrial; y por otro, no conviene olvidar que en supuestos similares el Tribunal Supremo, se refiere a la reparación integral de los daños acreditados, sentencia 11 de mayo de 1999”.

En idéntico sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007 (recurso 5179/2005) declara, a propósito del beneficio industrial:

«El concepto de “beneficio industrial” ha sido y está reconocido en nuestra normativa contractual como acabamos de exponer. Abarca por tanto el beneficio dejado de obtener, no el importe total del contrato o su precio. Y tal beneficio no puede ser distinto en lo que se refiere al licitador que habiendo sido reconocido como adjudicatario de un contrato no puede ejecutarlo por haber agotado aquel su eficacia, en contraposición al contratista que había sido adjudicatario de un contrato sufre el desistimiento de la administración. Los efectos han de ser iguales en ambos supuestos con amparo en los preceptos citados en el fundamento anterior aplicables en función de la normativa vigente en cada momento. Cuestión distinta es que, como afirma la jurisprudencia, si se alegan y, por ende se justifican, unos daños realmente causados hubiere, además, derecho a su cuantificación».

En la misma línea, el Consejo de Estado, rectificando su anterior criterio, en su Dictamen 59/2007, de 1 de febrero reconoce como indemnizable además del lucro cesante el daño emergente. No obstante

lo anterior, en el caso que nos ocupa, la empresa contratista no llega a acreditar ni la producción de los daños, ni que sean consecuencia directa del contrato de cuya resolución se trata. Es más, ni siquiera llega a cuantificarlos, y exige *“los ingresos dejados de percibir y la indemnización correspondiente establecida legalmente”*.

Ante dichas alegaciones, la cantidad que se ha de abonar a la contratista se restringe al 10% o al 3 % del precio de los trabajos pendientes de realizar (según se trate de desistimiento o de imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados), debiendo calcularse excluyendo IVA ya que dicho porcentaje no constituye pago de servicios pendientes de realizar. La cantidad resultante, en cuanto constituye la indemnización que corresponde a la contratista, no se halla sujeta a IVA, en aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 78.3. 1º de la Ley 37/1992 de 28 de diciembre reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido tal y como se especificó en este sentido, en los Dictámenes núm. 137/10 y 65/13 de 27 de febrero del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y en las resoluciones de la Dirección General de Tributos número 252/2010 de 11 de febrero, 30/2010 de 18 de enero y 678/12 de 2 de abril. Este mismo criterio se recoge en el informe 3/2001 de 4 de abril de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.

En mérito a lo expuesto esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procederá la resolución del contrato de servicios denominado *“Gestión de locales de ensayo de música, teatro y danza en las estaciones de metro de Usera y Cuzco”* por la causa señalada en el artículo 308,b)

del TRLCSP siempre y cuando se justifique en el expediente que dicho contrato no puede modificarse y que la prestación objeto del mismo ha dejado de ser necesaria, puesto que, en caso contrario, procedería la modificación o, en su caso, la resolución del contrato por la causa del artículo 223,g) del TRLCSP.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 27 de julio de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 315/17

Excmo. Sr. Consejero de Educación, Juventud y Deporte

C/ Alcalá, 30-32 – 28014 Madrid