

Dictamen n<sup>o</sup>:           **71/13**  
Consulta:               **Rector de la Universidad Politécnica**  
Asunto:                 **Contratación Administrativa**  
Aprobación:           **27.02.13**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 27 de febrero de 2013, emitido ante la consulta formulada por el rector de la Universidad Politécnica a través de la consejera de Educación, Juventud y Deporte, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con expediente sobre resolución del contrato de servicios denominado “*Limpieza en la Escuela Universitaria de Arquitectura Técnica de la Universidad Politécnica*”, celebrado con la entidad A.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 20 de febrero de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo del rector de la Universidad Politécnica, cursada a través de la consejera de Educación, Juventud y Empleo, en relación al expediente de resolución del contrato de servicios denominado “*Limpieza en la Escuela Universitaria de Arquitectura Técnica de la Universidad Politécnica*”, celebrado con la entidad anteriormente citada. Correspondió su ponencia a la Sección IV, presidida por la Excma. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 27 de febrero de 2013.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

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

Por resoluciones de la Universidad Politécnica de Madrid (en adelante UPM), fueron publicados en el Boletín Oficial del Estado de 13 de octubre de 2011 los anuncios de licitación del procedimiento abierto para la contratación de los servicios de limpieza durante los ejercicios 2012 y 2013 en diversos centros de la Universidad Politécnica de Madrid y, en concreto, de la Escuela Universitaria de Arquitectura Técnica.

Tras la tramitación del oportuno procedimiento, efectuada adjudicación provisional cuya fecha se desconoce, constituida la garantía definitiva el día 5 de diciembre de 2011 por importe de 40.706,08 euros (documento n<sup>o</sup> 3), el día 23 de enero de 2012 se formalizó el contrato.

En virtud del mismo se estipulaba un precio anual de 407.060,80 € (IVA excluido), y un precio para horas adicionales ordinarias, nocturnas y para sábados, domingos y festivos. El plazo de ejecución del contrato previsto era desde el día 1 de febrero de 2012 hasta el 31 de enero de 2014 (documento n<sup>o</sup> 4). A nuestros efectos es de destacar del Pliego de Cláusulas Administrativas lo siguiente:

#### *“14.- EJECUCIÓN DEL CONTRATO*

*La fecha de comienzo de los trabajos será la del siguiente al de la firma del documento de formalización del contrato o desde el momento indicado en la cláusula 5<sup>a</sup>.*

*14.1. En todo lo relativo a exigencias de derechos y cumplimiento de obligaciones, incidencias o modificaciones contractuales, extinción y*

*liquidación del contrato, se estará a lo dispuesto en este Pliego y en la LCSP.*

#### *14.1.1 Modificación del contrato.*

*El contrato podrá modificarse por razones de interés público, en cuyo caso, las modificaciones acordadas por la Universidad serán obligatorias para el contratista. (Art. 202.1 de la LCSP)*

*Dichas modificaciones, conforme a lo previsto en el artículo 92 quáter de la LCSP, no podrán alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberán limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria, y solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:*

*a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción de las especificaciones técnicas.*

*b) Inadecuación de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración de las especificaciones técnicas.*

*c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.*

*d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.*

*e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.*

*Antes de proceder a la modificación del contrato, deberá darse audiencia al redactor de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente. (Art. 92 quinquies de la LCSP).*

*Asimismo, en el procedimiento que se instruya para la adopción de acuerdos relativos a la modificación del contrato deberá darse audiencia al contratista. (Art. 195.1 de la LCSP)*

*Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en los artículos 140 y 202.2 de la LCSP. Cuando, como consecuencia de una modificación del contrato, experimente variación el precio del mismo, deberá reajustarse la garantía, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado, en el plazo de quince días contados desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación (art. 87.3 de la LCSP).*

*[...]*”.

Con fecha 29 de octubre de 2012, el rector de la UPM remite escrito a la empresa contratista en el que comunica que, debido a la grave situación de crisis y a la reducción del presupuesto acordada por la Ley 4/2012, de 4 de julio, de modificación de la Ley de Presupuestos Generales de la

Comunidad de Madrid para el año 2012, así como a las exigencias de equilibrio presupuestario de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, se propone la modificación del contrato fijando una reducción del 50% en el importe del mismo (Documento nº 5).

En respuesta a la anterior propuesta de modificación, con fecha 19 de noviembre de 2012 fue presentado en el registro general de la UPM escrito de la empresa contratista. En dicho escrito, tras advertir defectos esenciales en el procedimiento de modificación que determinarían la nulidad del mismo, añade:

*“Que la modificación no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación y que se entenderá que esto ocurre cuando se altera el equilibrio entre la prestación contratada y el precio; en el mismo sentido, se establece expresamente que no procederá la modificación cuando la misma exceda el 10% del precio de adjudicación del contrato.*

*Consecuentemente, es a todas luces notorio que su decisión vulnera frontalmente los preceptos legales mencionados, incurre en desviación de poder y es nula de pleno derecho, susceptible incluso de generar las correspondientes y diversas responsabilidades que nuestro ordenamiento jurídico contempla ante tales supuestos manifiestos.*

*Es por ello por lo que no podemos aceptar su modificación y, si consideran que no resulta posible continuar con el contrato por las nuevas circunstancias económicas que nos relatan, les ruego que se ajusten a la aplicación de la legalidad vigente y, en su caso, hagan uso de la facultad de desistimiento que la ley les otorga.*

*En ningún caso puede aceptarse una modificación unilateral como la que se pretende cuando los términos del contrato son vinculantes*

*para ambas partes y cuando se incurre en clara violación de los preceptos legales que permiten a la administración modificar los contratos y dentro de los límites por ella establecidos.*

*Sobre este planteamiento, por otra parte, debemos recordarles las circunstancias especiales en que nos encontramos en estos momentos: el retraso en el pago del precio convenido se encuentra ahora mismo en seis meses y constituye en todo caso, causa de suspensión del contrato conforme a la normativa vigente; también debemos recordar que en caso de que el retraso sea de ocho meses se incurrirá en causa de resolución del contrato; por último, recordarles que lo que pretenden es mantener el servicio con una reducción de un 50% del precio convenido lo cual es económicamente imposible e inviable pues las contratista han de mantener sus obligaciones laborales con los trabajadores, y conduce a la quiebra financiera de la entidad contratista por ello ya que no se guarda ningún equilibrio con lo contratado en su momento”.*

En su consecuencia, solicita que:

*“se deje sin efecto la propuesta de modificación de contratos referida en su escrito de 29 de octubre de 2012, y en todo caso, la tenga por no aceptada para en caso de adoptar la decisión definitiva que consideren a efectos de su posible impugnación conforme a derecho”.*

Por escrito de 22 de noviembre de 2012 de la gerente de la UPM, dirigido a la empresa contratista requiere para que facilite *“la relación de personal con los datos de antigüedad, categoría, nº de seguridad social y los complementos que permita valor el coste de los contratos”*, ya que *“procede realizar una nueva licitación, previa incoación de expediente de resolución de contrato, una vez haya emitido informe nuestra Asesoría Jurídica”* (Documento nº 7).

Con fecha 30 de noviembre de 2012, la jefa de servicio del gabinete de Asesoría Jurídica emite informe en el que manifiesta que:

*“en el pliego de cláusulas administrativas se ha advertido la posibilidad de modificación del contrato por razones de interés público sin expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puede afectar, en este caso, al 50%.*

*No habiéndose previsto esta facultad se podría entender que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato, de acuerdo con el artículo 107.3 de la TRLCSP”.*

Según el citado informe, al no ser posible la modificación del contrato, sería de aplicación la causa prevista en el artículo 223.g) 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”.* En consecuencia, se deberá indemnizar al contratista con un 3% de la prestación pendiente de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener, además de los daños y perjuicios debidamente probados que se hayan originado al contratista (documento nº 8).

A la vista del anterior informe, con fecha 3 de diciembre de 2012, el rector de la UPM acuerda el inicio del expediente de resolución del contrato de servicios denominado *“Limpieza en la Escuela Universitaria de Arquitectura Técnica de la Universidad Politécnica”*, al amparo de lo dispuesto en el artículo 223.g) TRLCSP, resolución que se notifica a la empresa contratista el día 10 de diciembre de 2012.

Por escrito presentado el 3 de enero de 2013 en el registro del rectorado, la empresa contratista se opone a la resolución del contrato y manifiesta, en síntesis, que no se motiva la causa de inicio del expediente de

resolución, por lo que adolece de un vicio de nulidad la resolución adoptada, que no se ha producido un recorte en la partida presupuestada destinada a limpieza, pudiéndose realizar los recortes en otras partidas distintas y que el interés general obliga al mantenimiento del contrato pues la realidad de la organización y funcionamiento del servicio de limpieza es una cuestión de evidente interés general mucho más importante y prioritaria que la cuestión económica, reservándose el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que, en su cuantificación, habrá de tener en cuenta *“no solo el lucro cesante sino las inversiones materiales realizadas para la realización del servicio con amortizaciones vinculadas a la duración de los contratos, las inversiones en inmovilizado efectuadas para poder atender adecuadamente a los contratos y al servicio en base a las perspectivas de duración de dichos contratos y los costes de reestructuración de plantilla que provocaría esa resolución anticipada con el importantísimo decremento de facturación que implica para la empresa”*.

Con fecha 5 de febrero de 2013, firmado por el asesor jurídico, el director del gabinete de la Asesoría Jurídica, la gerente y el rector se emite propuesta de resolución desestimatoria de las alegaciones de la empresa contratista y, a la vista de la oposición del contratista, solicita dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

## CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: *“1. El Consejo Consultivo*

*deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º 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”.*

Asimismo, el artículo 211 del TRLCSP se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, en los supuestos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por el contratista.

La solicitud de dictamen por el rector de la Universidad Politécnica se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través de la consejera de Educación, Juventud y Empleo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.4 de la Ley 6/2007 (*“Los dictámenes de las universidades públicas se solicitarán por sus rectores y se cursarán a través del consejero competente en materia de universidades”*), y del artículo 32.4 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 de la LRCC.

**SEGUNDA.-** El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), establece en su disposición transitoria primera:

*“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido*

*iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.*

*2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.*

La disposición final única del citado Real Decreto Legislativo establecía que el mismo entraría en vigor al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, de manera que está vigente desde el 16 de diciembre de 2011.

Por falta de datos, no podemos concretar con certeza la normativa aplicable, pues no consta en el expediente la fecha de adjudicación del contrato. Tan solo disponemos del dato de que el anuncio de licitación fue publicado en el B.O.E. del 13 de octubre de 2011, la garantía definitiva fue constituida el 5 de diciembre de ese mismo año y el contrato se suscribió el 23 de enero de 2012. No obstante, en la medida en que en el informe de la Asesoría Jurídica se considera aplicable el TRLCSP y, lo que es más relevante, que, del hecho de que la norma de aplicación sea la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, tras la reforma operada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, o el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no resulta ningún régimen jurídico sustantivo distinto a los efectos del presente dictamen, siendo la diferencia únicamente la numeración de los artículos, se opta por hacer referencia al TRLCSP.

En cualquier caso, la normativa aplicable al procedimiento será la vigente al momento de iniciarse el procedimiento de resolución del contrato, 3 de diciembre de 2012, por aplicación de las disposiciones

transitorias del Código Civil, erigidas en derecho intertemporal común, como ha señalado reiteradamente este Consejo Consultivo, entre otros, en sus dictámenes, 403/09, de 15 de diciembre y 380/10, de 10 de noviembre.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 TRLCSP, a cuyo tenor *“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 ésta”*.

El artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se de audiencia al contratista. El apartado tercero de dicho artículo dispone que será 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.

Por su parte el artículo 224.1 TRLCSP dispone en su apartado primero 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”*. El artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP), regula el procedimiento, al establecer:

*“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.*

*b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.*

*c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.*

*d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”.*

Por ello, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, resulta la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (cfr. Artículo 211.1 TRLCSP) y al avalista si se propone la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP).

En el presente caso, no habiéndose propuesto la incautación de la garantía solo es preceptivo el trámite de audiencia a la empresa contratista. Tras el trámite el trámite de audiencia, se ha elaborado propuesta de resolución por la Asesoría Jurídica de la Universidad Politécnica, que se firma por el rector de la UPM.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni el TRLCSP, ni la LCSP -del mismo modo que su antecesora la LCAP-, ni el RGCAP establecen nada al respecto, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en la disposición final tercera TRLCSP, según la cual, *“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”*, de forma que -de acuerdo con lo establecido en el artículo 42.3 LRJ-PAC, si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado.

Este rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el corto plazo de tres meses, sin embargo, tanto en éste como en otros supuestos, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento por la solicitud de informe preceptivo al Consejo, tal y como expresamente establece el artículo 42.5.c) LRJ-PAC, según el cual:

*“5. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:*

*(...)*

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

Por tanto, para que se suspenda el plazo máximo para resolver el procedimiento por solicitud de dictamen al Consejo Consultivo resulta imprescindible que se comunique a los interesados en el mismo, tanto la suspensión del procedimiento por la petición de dictamen como la recepción del mismo (dictámenes 336/10, de 13 de octubre, 140/11, de 6 de abril, 546/11, de 5 de octubre y 221/12, de 18 de abril de 2012).

En el presente procedimiento, el inicio del mismo tuvo lugar el 3 de diciembre de 2012, y el día 20 de febrero de 2013 ha tenido entrada en este Consejo Consultivo. Por tanto, a la fecha de la emisión del presente dictamen, 27 de febrero de 2013, está muy próximo el vencimiento del plazo de caducidad. Además, no consta en el expediente remitido a este Consejo Consultivo que se haya acordado la suspensión del procedimiento para la solicitud de dictamen al Consejo Consultivo.

Por tanto, este Consejo Consultivo advierte que la Administración consultante, una vez recibido el presente Dictamen, deberá acelerar la terminación del procedimiento de resolución contractual, so pena de caducidad del mismo.

En todo caso, la resolución final que se adopte corresponderá al rector conforme el artículo 200 de los Estatutos de la Universidad Politécnica aprobados por Decreto 74/2010, de 21 de octubre. Asimismo, puesto que el artículo 201 de los mencionados Estatutos establece que la celebración de contratos cuya duración exceda del ejercicio presupuestario deberá ser comunicada al Consejo Social, la posible resolución del presente contrato debería ser comunicada igualmente a dicho Consejo.

**TERCERA.-** Analizados ya los aspectos procedimentales, procede examinar a continuación la posible concurrencia de la causa de resolución del contrato a que se refiere la consulta.

La Administración considera que procede la resolución por la causa del artículo 223.g) TRLCSP, con arreglo al cual:

*“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.”*

Debe recordarse que esa causa de resolución se introdujo en la Ley de Contratos del Sector Público -artículo 206 g)- por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, a raíz de la nueva regulación que de las modificaciones contractuales realiza esa ley por exigencias del derecho comunitario.

Sobre la introducción de esta causa de resolución y su significado, el Consejo de Estado en su Dictamen 215/2010, de 18 de marzo, relativo al anteproyecto de ley de Economía Sostenible, señalaba que:

*«(...) se introduce una nueva causa de resolución de los contratos administrativos, cual es “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” (artículo 206.h) de la Ley de Contratos del Sector Público, conforme a la disposición final décima octava del texto remitido). En este supuesto, se reconoce el derecho del contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar (artículo 208.6).*

*La valoración global del régimen proyectado es positiva. Ha sido una preocupación tradicional del Consejo de Estado al informar los expedientes de modificación contractual que ésta pudiera ser empleada para encubrir “prácticas viciosas” susceptibles de “frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación” de contratos públicos (dictamen del expediente número 34/2007, de 1 de febrero). La regulación en preparación contribuye a evitar este efecto, toda vez que se restringen las circunstancias que pueden dar lugar a la modificación contractual y el alcance que puede tener si no está prevista en la documentación de la licitación, mientras que, de estar contemplada en ella, la modificación no atenta contra el principio de concurrencia, pues todos los licitadores conocen antes de participar en el procedimiento de adjudicación en qué circunstancias y porcentaje la modificación puede llegar a producirse una vez suscrito el contrato».*

Puesto que la nueva normativa de las modificaciones contractuales es extraordinariamente restrictiva, de tal forma que las modificaciones solo son posibles en los términos que establece el Título V del Libro I del TRLCSP, era necesaria esta causa para aquellos casos en los que no es posible modificar el contrato y esa imposibilidad acarrea a su vez la imposibilidad de realizar la prestación o la producción de daños graves al interés público.

El propio Consejo de Estado ha recordado en su Dictamen 318/2012, de 19 de abril, que para la aplicación de esta causa de resolución (la del artículo 223.g) del TRLCSP) ha de estarse a las causas de su introducción, de tal forma que:

*“(...) Atendiendo al origen y exégesis de esta causa de resolución, resulta patente que no puede apreciarse su concurrencia en el caso analizado. En efecto, la ejecución del proyecto en las condiciones pactadas no resulta técnica ni físicamente imposible, simplemente lo es para la contratista por razones financieras que en nada atañen a la Administración”.*

A idéntica conclusión ha de llegarse en el caso sometido a dictamen de este Consejo. La Administración no ha alegado ninguna imposibilidad técnica ni física que impida la realización del objeto del contrato (limpieza del edificio de la Escuela Universitaria de Informática), pretendiendo fundamentar la causa de resolución en que no ha podido rebajar el precio del contrato al 50%, por no ser una modificación admitida ni en los pliegos (artículo 106 del TRLCSP) ni en la ley (artículo 107 del TRLCSP) y que el mantenimiento del contrato en las condiciones actuales lesiona el interés público, habida cuenta las exigencias de estabilidad y equilibrio presupuestario.

Pero la alegada imposibilidad de modificar el contrato, en realidad, no es más que un subterfugio empleado por la Administración consultante,

cercano al fraude de ley, para acudir a la resolución contractual por la causa del artículo 223.g), toda vez que la rebaja del precio propuesta no va acompañada de una correlativa reducción de las prestaciones del servicio de limpieza contratado.

En puridad, el interés público que justifica la resolución contractual se halla constituido por la necesidad de contener el gasto público y el necesario ajuste del presupuesto, dada la situación de crisis económica que se vive, razón que nos lleva a concluir que nos hallamos ante una resolución por desistimiento de la Administración regulada como causa de resolución contractual del contrato de servicios en el artículo 308.b) del TRLCSP.

Como recuerda el Dictamen del Consejo de Estado 1090/2010, de 22 de julio, la desaparición sobrevenida del interés público presente en la contratación justifica el desistimiento de la Administración y permite mantener el principio de buena fe contractual, esencial en la contratación pública.

La necesidad de reducción del gasto público es una causa que legitima suficientemente el deseo de la Administración de poner fin al contrato. En este sentido, la necesidad de reducir el déficit público a raíz de la crisis económica se ha considerado como causa que justifica la resolución contractual por desistimiento de la Administración en la doctrina de diversos órganos consultivos. Así podemos citar nuestro Dictamen 569/11, de 19 de octubre, el Dictamen del Consejo de Estado 1916/2011, de 21 de diciembre y el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha 206/2012, de 25 de septiembre.

Igualmente, algunas normas legales han recogido la posibilidad de modificar contratos por razón de la crisis económica. Así el artículo 2 de la Ley Foral 14/2011, de 27 de septiembre (Boletín Oficial de Navarra de 29 de septiembre de 2011) modifica la disposición adicional 36<sup>a</sup> de la Ley Foral 22/2010 estableciendo que *“A efectos de lo dispuesto en el artículo*

*105 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, se considerará que se realiza por motivos de interés público cualquier modificación de los contratos administrativos que se realice durante el presente ejercicio presupuestario de 2011 y que tenga como finalidad el logro del objetivo de estabilidad presupuestaria, reduciendo el volumen de obligaciones o ampliando el plazo de ejecución del contrato”.*

Sin embargo, en el presente caso no se ofreció al contratista una correlativa disminución de prestaciones sino que únicamente se le propuso una reducción del precio del contrato del 50%. Dicha proposición no puede considerarse ajustada a la buena fe contractual por cuanto, además, el artículo 105 TRLCSP añade que “(...) 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”, de tal forma que parece referirse a las prestaciones del contratista que constituyen el objeto del contrato.

Por ello, este Consejo entiende que la Universidad solo puede proceder a la resolución del contrato por desistimiento, debiendo valorar si la resolución en tales condiciones es conforme al principio de buena administración y a los intereses de la Universidad.

**CUARTA.-** Establecida la causa de resolución, han de determinarse las consecuencias de la misma. 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”.

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 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, haciendo meras alusiones a conceptos tales como el lucro cesante, las inversiones materiales realizadas para el cumplimiento del contrato, las inversiones en inmovilizados, y los costes de reestructuración de la plantilla, pero no concreta tales inversiones ni gastos.

La falta de efectividad de dichos daños, nos lleva a concluir que, en el estado de tramitación actual del expediente resolutorio, la cantidad que se ha de abonar a la contratista se restringe al 10% del precio de los trabajos pendientes de realizar, porcentaje que, tal y como realiza la Administración consultante, se calcula excluyendo IVA al no constituir las cantidades correspondientes a dicha figura impositiva, pago de servicios pendientes de realizar, no integrando por tanto el beneficio dejado de obtener por parte del contratista, único concepto objeto de indemnización. 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. 1º.3 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 nuestro Dictamen 137/10 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 méritos de cuanto antecede, este Consejo Consultivo formula las siguientes

## CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup>- No procede acordar la resolución por la causa del artículo 223 g) del TRLCSP.

2.<sup>a</sup>- Procedería, en su caso, acordar la resolución por desistimiento de la Administración conforme el artículo 308 b) 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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 27 de febrero de 2013