

Dictamen n.º: **82/13**
Consulta **Consejero de Sanidad**
Asunto **Contratación Administrativa**
Aprobación: **06.03.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 6 de marzo de 2013, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre resolución del contrato de servicios denominado “*Servicio de vigilancia y seguridad de la sede institucional de la Agencia Laín Entralgo para la formación, investigación y estudios sanitarios de la Comunidad de Madrid*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 5 de febrero de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Sanidad, relativa al expediente de resolución del contrato de servicios denominado “*Servicio de vigilancia y seguridad de la sede institucional de la Agencia Laín Entralgo para la formación, investigación y estudios sanitarios de la Comunidad de Madrid*”.

El estudio de la ponencia ha correspondido por reparto de asuntos a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 6 de marzo de 2013.

El escrito de solicitud de 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:

Con fecha 7 de junio de 2012, mediante Resolución del Director General de la Agencia Laín Entralgo, se aprueban los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y el Pliego de prescripciones técnicas del contrato ya reseñado.

Con fecha 9 de julio de 2012, se publica en el BOCM la Ley 4/2012, de 4 de junio, de Modificación de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año de 2012 y de medidas urgentes de racionalización del gasto público y agilización de la actividad económica, cuya Disposición Adicional Tercera, en relación con la Disposición Final Octava, establece la extinción de la Agencia “*Pedro Laín Entralgo*” con efectos 1 de enero de 2013.

Mediante Resolución del órgano de contratación, de 18 de julio de 2012, se acordó la adjudicación del contrato a la empresa A (en adelante, “*el contratista*”) por un precio de 165.202,69 euros y un plazo del 27 de julio de 2012 al 26 de julio de 2013.

El contrato de servicios se firma con el adjudicatario con fecha 25 de julio de 2012.

Mediante Resolución del director general de Investigación, Formación e Infraestructuras Sanitarias, de 12 de noviembre de 2012, se inicia el procedimiento de resolución del contrato y se acuerda otorgar trámite de audiencia al contratista (notificado el 20 de noviembre de 2012).

En dicha Resolución se expresa que:

“Dado que la Disposición Adicional Tercera –en relación con la Disposición Final Octava de 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 y de medidas urgentes de racionalización del gasto público e impulso y agilización de la actividad económica, establece la extinción la citada Agencia “Pedro Laín Entralgo” de Formación, Investigación y Estudios Sanitarios de la Comunidad de Madrid con efectos de 1 de enero de 2013, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 223, 224 y 225 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), se hace evidente la necesidad de proceder a la resolución de dicho contrato”.

En uso del trámite de audiencia, la empresa contratista presenta el 28 de noviembre siguiente, escrito de alegaciones en el que muestra su conformidad con la resolución del contrato, si bien reclama determinada cantidad en concepto de daños y perjuicios. Manifiesta que, según lo dispuesto en el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, se subrogó en los contratos de los trabajadores de la empresa saliente, teniendo que hacerse cargo de las indemnizaciones y despidos del personal sobrante, tras la resolución del contrato. Por ello solicita una indemnización por el 100% de las cantidades adeudadas hasta la finalización del contrato.

El director general de Investigación, Formación e Infraestructuras Sanitarias, mediante escrito de fecha 7 de diciembre de 2012, responde a las anteriores alegaciones, limitándose a exponer lo dispuesto por la disposición adicional tercera de la Ley 4/2012 de 4 de julio, y concede al contratista un plazo de diez días naturales a fin de presentar las alegaciones pertinentes.

Con fecha 24 de diciembre de 2012, el contratista presenta nuevo escrito de alegaciones en el que reitera lo expuesto con anterioridad.

Por parte del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad con fecha 14 de enero de 2013, se informa favorablemente la propuesta de resolución del contrato, indicando que la figura que procede es el desistimiento de la Administración, con las consecuencias económicas que ello conlleva.

El jefe del Servicio de Contratación certifica los importes de la prestación dejada de realizar mediante informe de 18 de enero de 2013.

El director general de Investigación, Formación e Infraestructuras Sanitarias, formula propuesta de Resolución mediante la cual acuerda resolver el contrato por desistimiento de la Administración, el pago de una indemnización por importe de 7.972,35 euros, correspondiente al 10% de la prestación no realizada, y la devolución de la garantía definitiva depositada por el contratista, por importe de 7.000,11 euros.

Mediante Resolución de 25 de enero de 2013 del mismo órgano, se acuerda la suspensión de los plazos administrativos del procedimiento, a efectos de recabar dictamen de este Consejo Consultivo, lo cual es notificado al contratista con fecha 1 de febrero de 2013.

Dicha propuesta es informada favorablemente por el interventor general con fecha 31 de enero de 2013.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1.f,) apartado cuarto, de la Ley 6/2007, de 21

de diciembre; a su tenor, el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid relativos, entre otros aspectos de la contratación del sector público, a la resolución de los contratos administrativos, cuando así lo prevea 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.

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

SEGUNDA.- La disposición final única del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el TRLCSP establece que la citada norma entraría en vigor al mes siguiente a su publicación en el B.O.E. Por ello, al publicarse en el B.O.E. nº 276, de 16 de noviembre de 2011, la entrada en vigor tuvo lugar el 16 de diciembre de dicho año.

Por tanto, el contrato que se pretende resolver se rige por el TRLCSP al acordarse el inicio del expediente de contratación el 12 de noviembre de 2012.

Con carácter supletorio, a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del TRLCSP, se aplicarán los preceptos de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC) y normas complementarias. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario, en el aspecto objeto de estudio, de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

En la instrucción del procedimiento se ha respetado el trámite de audiencia del contratista. No se ha otorgado audiencia a la entidad aseguradora que prestó la garantía definitiva al no proponerse la incautación de la garantía.

Se ha solicitado el dictamen de este Consejo Consultivo conforme con lo previsto en el artículo 211 del TRLCSP, que establece el carácter preceptivo del dictamen cuando se formule oposición por parte del contratista. Así ocurre en el caso analizado, según se deduce con claridad de los escritos de alegaciones presentados por el representante de la empresa contratista, aunque la oposición sea sólo parcial en cuanto no se opone a la resolución sino a la indemnización que se recoge como procedente. Ya hemos señalado en otras ocasiones, en particular en el Dictamen 259/12, que el carácter preceptivo de nuestro informe no queda enervado por la circunstancia de que la oposición del contratista se limite al tema de la procedencia de la indemnización.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, ni el TRLCSP -del mismo modo que su antecesora la LCAP- ni el RGCAP establece nada al respecto.

Ello no obstante, el Tribunal Supremo en sentencias de 13 de marzo de 2008 (recurso 1366/2005), 9 de septiembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 327/2008) y la más reciente de 28 de junio de 2011 (recurso 3003/2009) ya declaró la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado; previsión que actualmente establece la disposición final tercera del TRLCSP.

En estos términos se ha pronunciado este Consejo Consultivo en dictámenes anteriores, entre otros, el Dictamen 270/09. En el presente expediente, el inicio del mismo tuvo lugar el 12 de noviembre de 2012, y

ha sido remitido al Consejo Consultivo el 5 de febrero de 2013, si bien mediante resolución de 25 de enero de 2013, notificada a la contratista, se acordó la suspensión del procedimiento, por el tiempo que medie entre la petición del dictamen de este Órgano Consultivo y la recepción del mismo, por lo que el expediente no se encuentra caducado.

Por último, resta hacer una referencia a los órganos que han tramitado el presente procedimiento. Como se ha indicado, la Ley 4/2012 suprimió la Agencia Pedro Laín Entralgo con efectos desde el 1 de enero de 2013. Por ello, con anterioridad a esa fecha permanecía la competencia en los órganos de esa Agencia puesto que no se había extinguido.

Ahora bien, el Decreto 112/2012, de 11 de octubre estableció en su disposición adicional 1ª:

“Se faculta al titular de la Consejería competente en materia de sanidad para adoptar cuantas medidas sean necesarias para llevar a cabo la extinción de la Agencia para la Formación, Investigación y Estudios Sanitarios de la Comunidad de Madrid "Pedro Laín Entralgo", prevista en la disposición adicional tercera de 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 y de Medidas Urgentes de Racionalización del Gasto Público e Impulso y Agilización de la Actividad Económica”.

Por tanto, la resolución del presente contrato correspondería al consejero de Sanidad. En el acuerdo de inicio se hace constar que el director General de Investigación, Formación e Infraestructuras Sanitarias actúa por resolución de la viceconsejera de Ordenación Sanitaria e Infraestructuras de 26 de octubre de 2012. Hubiera debido acompañarse dicha resolución al expediente, si bien ha de indicarse que, aun en el supuesto de que el director general no tuviera competencia en ese momento, la posterior formulación de la propuesta de resolución el 25 de enero de 2013 en uso

de las competencias que tiene delegadas por el consejero, convalida la posible falta de competencia en el acuerdo de inicio conforme los artículos 13 y 67 de la LRJ-PAC.

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.

A la posibilidad de que la Administración acuerde el desistimiento de un contrato suscrito por la Agencia Pedro Laín Entralgo, dada su desaparición, ya nos referimos en nuestro Dictamen 64/13, relativo en éste caso al contrato de servicio de limpieza.

En dicho Dictamen ya exponíamos que resulta evidente que la resolución del contrato deriva de la extinción de la Agencia por la mencionada Ley 4/2012. Esta Ley recoge en su preámbulo que responde a la actual situación de crisis económica, de tal forma que la Comunidad de Madrid, mediante esa norma persigue racionalizar el gasto público.

Una de esas medidas es la supresión de la Agencia y la asunción por la Consejería de Sanidad de sus fines de tal manera que esa reorganización administrativa permitiría una reducción del gasto público.

A tal fin, la ley establece una integración del personal funcionario y del laboral que tenga derecho a ello en la Administración de la Comunidad de Madrid. En todo caso se amortizarán los puestos de trabajo de la Agencia y se extinguirán los contratos de trabajo del personal laboral.

En cuanto a los contratos, la simple desaparición de la Agencia no supone automáticamente su extinción ya que la desaparición de la Administración contratante no se recoge como causa de extinción en la normativa de contratos públicos a diferencia de la muerte o incapacidad del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista conforme el artículo 223 a) del TRLCSP. La

desaparición de la entidad determina que sea la Consejería de Sanidad la que se subrogue en el contrato en cuanto Consejería a la que figuraba adscrita y que asuma sus fines y su patrimonio.

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. El contrato en su día adjudicado deja de tener objeto al haber desaparecido la Agencia por razones económicas, 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) TRLCSP.

El desistimiento ha sido precisamente la causa utilizada por la propia Consejería de Sanidad para la resolución de un contrato en similares circunstancias como fue el contrato de servicios para la limpieza de la oficina del Defensor del Paciente y, 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. Extinguido dicho órgano por la Ley 29/2010, de 23 de diciembre, se procedió a la resolución del mencionado contrato, siendo objeto de nuestro Dictamen 442/2011. En ese caso, la Administración no mencionaba causa alguna de resolución y fue el propio Dictamen el que consideró que la resolución contractual encontraba acomodo en el desistimiento de la Administración. Con cita de la doctrina del Consejo de Estado indicábamos que la resolución del contrato por desistimiento exige que el contratista haya cumplido correctamente sus obligaciones y que existan razones de interés público que así lo aconsejen.

La desaparición de la Agencia Laín Entralgo por 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.

Por tanto, a juicio de este Consejo la extinción de la Agencia Pedro Laín Entralgo determina la resolución del contrato de servicios por desistimiento de la Administración conforme el artículo 308 b) del TRLCSP, tal y como se contiene en la propuesta de resolución.

CUARTA.- Establecida la causa de resolución, han de determinarse las consecuencias de la misma. El artículo 309.3 del TRLCSP establece 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 de 24 de enero de 2006 del Tribunal Supremo (recurso 4600/2001):

“(...) 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.

El contratista considera que debe percibir como indemnización el 100% de las cantidades previstas hasta la finalización del contrato, al tener que hacerse cargo de las indemnizaciones y despidos de todo el personal sobrante y no poder amortizar el gasto de la inversión en medios materiales efectuada en el plazo previsto del contrato.

En este sentido (y como igualmente consideramos en nuestro Dictamen 64/13 ya citado), es cierto que, conforme establecían los pliegos, el contratista se subrogó en determinados contratos de trabajo, por lo que podría constituir un perjuicio derivado de la resolución contractual propuesta la indemnización laboral que se tenga que abonar a los trabajadores por la extinción de su contrato de trabajo, pero para que se pueda reclamar su importe es preciso acreditar su existencia, cosa que el propio contratista reconoce que, hasta la fecha, no es sino un futuro. Igual criterio de falta de acreditación debe seguirse en lo referente a los alegados gastos de inversión en medios materiales que el contratista menciona pero no cuantifica ni acredita.

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 la siguiente

CONCLUSIÓN

Resulta procedente acordar la resolución del contrato de *“Servicio de vigilancia y seguridad de la sede institucional de la Agencia Laín Entralgo para la formación, investigación y estudios sanitarios de la Comunidad de Madrid”*, por desistimiento de la Administración, y reconocer al contratista una indemnización por el beneficio dejado de obtener del 10% de los trabajos pendientes de ejecutar.

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, 6 de marzo de 2013