



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **16/2014**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 20 de enero de 2014, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficios registrados los días 19 de junio y 21 de noviembre de 2013, sobre Resolución del contrato de Suministro e instalación del equipamiento necesario para la titulación de Odontología (expte. **235/13**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 26 de julio de 2010, se inicia por el Rectorado de la Universidad de Murcia, en adelante, UMU, la tramitación de un expediente relativo a la contratación de "Suministro e instalación de equipamiento necesario para la titulación de odontología en la Clínica Odontológica de la Universidad de Murcia".

Mediante resolución del citado Rectorado de 5 de noviembre de 2010, se adjudicó provisionalmente el contrato a la empresa --.

SEGUNDO.- Notificada la adjudicación provisional al resto de licitadores, la mercantil -- solicita la adopción de medidas provisionales y la revisión de la adjudicación provisional, argumentando el carácter desproporcionado o anormal de la oferta. La solicitud fue desestimada mediante resolución del Rector de 18 de noviembre de 2010.

La misma empresa, el día 23 de noviembre, presenta contra la adjudicación provisional recurso especial en materia de contratación, que fue desestimado por el Rector de la UMU mediante resolución de 7 de febrero de 2011.

Durante la sustanciación del citado recurso la tramitación del expediente de contratación quedó en suspenso, tal como se preveía en el artículo 37.7 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP), en la redacción vigente en el momento de sustanciarse dicho recurso.

TERCERO.- El 7 de febrero de 2011 el Gerente de la UMU emite una propuesta para dejar sin efecto la

tramitación del expediente de contratación que nos ocupa, en la que se transcriben los siguientes informes:

1. El evacuado por el Jefe de Área de la Unidad Técnica y de Gestión Económica, en el que manifiesta lo siguiente:

"La propuesta de gasto correspondiente a este expediente de contratación se emitió el día 23 de julio de 2010. El plazo de entrega que se estableció fue de un mes desde la formalización del contrato, teniendo en cuenta el tiempo que habitualmente es necesario para la tramitación del expediente de contratación, era previsible que la entrega e instalación del suministro se llevara a cabo dentro del Ejercicio Presupuestario 2010.

Recibida la información relativa a la financiación con que la Universidad de Murcia contará para el próximo ejercicio 2011 en el Capítulo de Inversiones, en las Unidades de Ciencias de la Salud e Infraestructura Universitaria, resulta que se han visto reducidas en un 49,86% y en un 34,25% respectivamente con respecto al ejercicio 2010, debido a la delicada situación económica por la que actualmente atraviesa nuestro país.

Teniendo en cuenta las reducciones presupuestarias, resulta que en la Unidad de Gasto "Campus Ciencias de la Salud" el importe presupuestado para 2011 es insuficiente para asumir los compromisos ya adquiridos de gasto existentes.

Constatado que la adquisición no se ha podido llevar a cabo dentro del año 2010 tal y como estaba previsto inicialmente, por la interposición de un recurso especial en materia de contratación, y una vez replanteadas y priorizadas las necesidades y compromisos ya adquiridos por la Universidad de Murcia para el año 2011 se informa acerca de la conveniencia de que se adopten las medidas legales que correspondan para que la compra de las 17 unidades de tratamiento dental, se realice una vez que económicamente sea viable para la Universidad de Murcia".

2. El emitido por el Jefe de Área de Gestión Económica de la UMU del siguiente tenor:

"Con motivo de los ajustes presupuestarios producidos durante el ejercicio 2010, se han visto minoradas las transferencias de capital previstas en el Acuerdo entre la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y las Universidades Públicas de la Región, lo que ha supuesto un ajuste, en la misma cuantía, en nuestras partidas de gasto y proyectos correspondientes. Conforme al presupuesto de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2011, se ha producido una baja respecto a las partidas del Acuerdo de 19,31% en la partida Subvención nominativa de Inversiones UMU y del 41,38% en Infraestructuras Campus de la Salud".

Con base en dicha propuesta el Vicerrector de Economía e Infraestructuras, por delegación del Rector, resuelve:

- 1. Dejar sin efecto las actuaciones llevadas a cabo en el expediente de contratación, hasta el momento de la interposición del citado recurso.*

2. Dado que no es posible prever cual va a ser la duración de esta situación económica, iniciar un nuevo expediente de contratación, una vez que la adquisición sea económicamente viable para la Universidad de Murcia, adaptando las Condiciones Técnicas del suministro, al momento en que el mismo se realice.

3. Proceder a la devolución de la garantía depositada y de los gastos de publicidad originados a la empresa --".

CUARTO.- Contra dicha resolución la empresa adjudicataria interpuso recurso contencioso-administrativo que se sustanció ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de los de Murcia, que, con fecha 31 de enero de 2012, dictó Sentencia mediante la que, estimando el recurso, declaró la nulidad de dicha resolución. En su sentencia el juzgador afirma que "*la resolución recurrida debe ser anulada en aplicación del artículo 63 de la Ley 30/1992 porque no es ajustada a Derecho, de modo que debe seguir tramitándose el procedimiento administrativo de contratación, sin perjuicio de que la Universidad de Murcia, en legal forma, si ese es su interés, declare la nulidad del procedimiento de contratación en base al artículo 32 c) de la LCSP entonces vigente, revisando de oficio su actuación, siguiendo la tramitación prevista en el artículo 34 LCSP, que remite a los artículos 102 y ss. de la Ley 30/1992, o bien resuelva el contrato; en todos los casos, siguiendo los trámites y con las consecuencias legales que procedan*".

QUINTO.- Mediante informe de fecha 20 de febrero de 2006, el Gerente de la UMU, tras resumir los hechos que se contienen en los Antecedentes de este Dictamen, y afirmar que "*el órgano de contratación no tenía más opción que no elevar a definitiva la adjudicación del contrato, la interposición del recurso especial en materia de contratación por --, supuso como preceptúa la Ley de Contratos, la suspensión del procedimiento de licitación, reanudándose con la resolución del recurso en febrero de 2011, no pudiéndose llevar a cabo la adquisición dentro del ejercicio 2010 como estaba previsto inicialmente, la falta de disponibilidad presupuestaria para atender a los gastos que pueden derivarse del contrato en el ejercicio 2011, legitima al órgano de contratación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 32 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y en los artículos 36 y 38 del Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, a declarar la nulidad de pleno derecho de la tramitación del expediente de contratación*"; finaliza proponiendo la incoación de expediente para la declaración de oficio de nulidad de pleno derecho de todos los actos que integran la tramitación del expediente de contratación. Acogiendo tal propuesta el Vicerrector de Economía e Infraestructuras, por delegación del Excmo. Sr. Rector de la UMU, resuelve, con fecha 1 de marzo de 2012, la incoación de dicho expediente, así como su notificación a los interesados.

SEXTO.- Mediante escrito de fecha 10 de abril de 2012 la concesionaria presenta alegaciones que, resumidamente, se concretan del siguiente modo:

1. La decisión de la UMU de declarar la nulidad del contrato administrativo del que, en su momento, resultó provisionalmente adjudicataria, es totalmente arbitraria, puesto que en el momento de iniciarse el procedimiento de contratación había partida presupuestaria aprobada (según resolución de 26 de julio de 2010, la 201020100600CS422D627.01, Proyecto 12.807)

2. Los perjuicios que se le originarían en el supuesto de prosperar la anulación del contrato, alcanzarían no sólo a la fianza y a los gastos de publicidad, sino también a la compra del material que, una vez resultó adjudicataria provisional, llevó a cabo con el fin de poder cumplir con su suministro en el plazo de un mes que fijaba el pliego, y que asciende a 27.190,66 euros.

3. La UMU estaría incursa en una causa de resolución, el desistimiento del contrato por plazo superior a un año -art. 284.b) LCSP-, en cuyo caso, a tenor de lo establecido en el artículo 285 del mismo texto legal, la contratista tendrá derecho al 10% del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener, lo que, en el presente caso, supone 18.323,28 euros (10% del importe de la adjudicación provisional).

Finaliza solicitando se deje sin efecto el procedimiento de anulación del expediente de contratación, continuando su tramitación hasta la adjudicación definitiva del mismo o, en su defecto, se proceda a abonarle los siguientes gastos: 1.261,77 euros por gastos de publicidad y 27.190,66 euros, por compra de material

SÉPTIMO.- Por el órgano instructor se formula propuesta de resolución de declaración de nulidad del expediente de contratación, con devolución de la fianza a la concesionaria e indemnización por los gastos de publicidad (1.262,77), al considerar que la mercantil no ha acreditado la compra de material que alega y que, en cualquier caso, dicha adquisición, de realizarse, lo fue a su riesgo y ventura puesto que la adjudicación era aún provisional y, además, estaba impugnada. Se propone, asimismo, la remisión del expediente a este Órgano Consultivo para su Dictamen, a tenor de lo prevenido en el artículo 102 de la Ley 30/1002, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

OCTAVO.- Aparece incorporado al expediente informe de la Asesoría Jurídica de la UMU, de 4 de junio de 2012, en el que se indica que la propuesta de resolución de declaración de nulidad que nos ocupa, se encuentra ajustada a Derecho.

NOVENO.- Trasladado el expediente a la entonces Consejería de Universidades, Empresa e Investigación, se recabó el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico por el Secretario General de la citada Consejería (por delegación de su titular) el 22 de junio de 2012 (fecha de entrada en el Registro de este Órgano Consultivo).

DÉCIMO.- El día 19 de julio de 2012 se emite el Dictamen 168/2012 en el que se concluía que el procedimiento iniciado para declarar la nulidad de las actuaciones contractuales había finalizado por caducidad, siendo lo procedente que así se declarara expresamente, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo con la misma finalidad, en cuyo caso las nuevas actuaciones que se llevasen a cabo deberían ajustarse a lo indicado en la Consideración Cuarta de dicho Dictamen.

UNDÉCIMO.- Recibido el anterior Dictamen la UMU procedió a llevar a cabo las siguientes actuaciones:

1. Mediante resolución del Excmo. Sr. Rector de 19 de octubre de 2012, se declaró la caducidad del procedimiento de revisión de oficio iniciado mediante resolución de 1 de marzo de 2012, acordando, al mismo tiempo, el levantamiento de la suspensión de la tramitación del procedimiento de contratación.

2. Con fecha 10 de enero de 2013 se adjudicó definitivamente el contrato a la empresa –.

3. El Jefe de Área de la Unidad Técnica emite informe en el que se señala que las necesidades que se pretendían cubrir con la contratación eran las existentes en el año 2010. Transcurridos tres años desde aquel momento dichas necesidades han variado de modo que, atendiendo a las minoraciones presupuestarias a las que se ha visto sometida la Universidad, el suministro contratado deja de ser prioritario atendiendo al hecho de que con el material que cuenta ahora mismo la Escuela de Odontología puede seguir desarrollando su labor docente, por lo que indica la conveniencia de que se inicien los trámites que resulten necesarios para desistir del contrato.

4. El Jefe de Área de Gestión Económica informa con fecha 21 de febrero de 2013 que *"la Comunidad Autónoma incluyó en su Ley de Presupuestos para el ejercicio 2012 las partidas 'A la Universidad de Murcia. Financiación de Inversiones' por 7.959.516 euros y 'A la UMU. Infraestructuras Campus de la Salud' por 3.400.000 euros. La Universidad de Murcia incluyó en su Presupuesto de Ingresos de 2012 partidas iniciales de 'Subvención de Inversiones' y 'Infraestructuras del Campus de la Salud' por las mismas cuantías. Como consecuencia de los recortes presupuestarios que se produjeron durante el ejercicio 2012, los créditos definitivos del Presupuesto de Ingresos de la Universidad tras las bajas presupuestarias de las partidas 'Subvención Inversiones' e 'Infraestructuras del Campus de la Salud' ascendieron a 3.370.621 euros y 2.369.360 euros respectivamente. Ello supone una baja respecto a las partidas contenidas en el acuerdo entre la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y las Universidades Públicas de la Región para 2012 del 57,65% y del 30,31% respectivamente (...) para el ejercicio 2013 no existe acuerdo análogo al detallado en los puntos primero y segundo de esta certificación entre la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y las Universidades Públicas de la Región. Los ingresos previstos y presupuestados para el ejercicio 2013 por la Universidad de Murcia en las partidas de Subvención e Inversiones y de Infraestructura Campus de la Salud ascienden a 785.133,00 euros y 1,00 euro respectivamente"*.

5. El día 22 de febrero de 2013 el Gerente de la UMU emite informe en el que finaliza proponiendo la incoación de expediente para la resolución por desistimiento del contrato. Acogiendo tal propuesta el Vicerrector de Economía e Infraestructuras, por delegación del Excmo. Sr. Rector de la UMU, resuelve, con fecha 22 de febrero de 2013, la incoación de dicho expediente, así como la otorgación de un trámite de audiencia a la mercantil --.

6. Acogiéndose a tal trámite la contratista formula alegaciones por las que, en síntesis, viene a manifestar lo siguiente:

a) Reitera el contenido del escrito que formuló en el expediente seguido por la UMU para declarar la nulidad de las actuaciones contractuales.

b) A pesar de comprender la situación difícil por la que atraviesa la UMU, indica que ello no debe ir en detrimento de la seguridad jurídica de las empresas que contraten con ella.

c) Los perjuicios que se le ocasionarían si prosperase la resolución contractual que se pretende, alcanzarían no sólo a la fianza (8.483 euros) y a los gastos de publicidad (1.261,77 euros), sino también a los gastos en concepto de asesoramiento jurídico (9.339,63 euros) y al importe de la compra de material que, una vez resultó adjudicataria provisional, llevó a cabo con el fin de poder cumplir con su suministro en el plazo de un mes que fijaba el pliego, y que asciende a 29.389,14 euros, según desglose que se contiene al folio 52 del expediente, a lo que cabría añadir el 6% de los trabajos pendientes de realizar, en concepto de beneficio dejado de obtener.

7. Por el órgano instructor se formula propuesta de resolución contractual por desistimiento por las causas de índole presupuestario que han sido documentadas en el expediente, todo ello con devolución de la fianza a la contratista (8.483 euros), indemnización por los gastos de publicidad (1.262,77) y el 6% del precio de las entregas dejadas de realizar (10.179,60 euros) en concepto de beneficio industrial. En cuanto a la indemnización solicitada por la compra de material, se reitera lo que, al respecto, se dijo en el expediente tramitado para la nulidad de las actuaciones contractuales, en el sentido de que dicha adquisición lo fue a su riesgo y ventura puesto que la adjudicación era aún provisional y, además, estaba impugnada.

8. Con fecha 6 de mayo de 2013 la Asesoría Jurídica de la UMU emite informe en el que se indica que concurre causa de desistimiento que se concretaría en la necesidad de reordenar el gasto, debido a que el mecanismo principal de financiación de la Universidad (transferencias de la CARM), ha menguado considerablemente. En lo que respecta a los efectos de dicho desistimiento muestra su razonada conformidad con lo que se señala en la propuesta de resolución.

9. Mediante escrito de fecha 8 de mayo de 2013 se notifica a la contratista la propuesta de resolución por desistimiento, concediéndole un nuevo trámite de audiencia en el que la mercantil presenta escrito por el que se reitera en el que había formulado con anterioridad.

DUODÉCIMO.- En tal estado de tramitación se traslada el expediente a la Consejería consultante que recabó con fecha 19 de junio de 2013, el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico.

DÉCIMOTERCERO.- Examinado el expediente el Consejo Jurídico, mediante Acuerdo núm. 25/2013 adoptado en sesión celebrada el día 8 de julio de 2013, advierte de la caducidad del procedimiento de resolución contractual al haber transcurrido el plazo de tres meses previsto en el artículo 42.3 LPAC, siendo lo procedente que así se declare expresamente, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo con la misma finalidad, en cuyo caso deberían incorporarse las actuaciones seguidas en el caducado, por evidentes razones de economía procesal, aunque sin eludir una nueva audiencia a la contratista, ni el Dictamen preceptivo de este Órgano Consultivo.

DÉCIMOCUARTO.- Por Resolución del Rector de la UMU de 6 de septiembre de 2013, se declara la caducidad del procedimiento de resolución contractual.

DÉCIMOQUINTO.- Previa propuesta de la Gerencia, el Rector con fecha 11 de septiembre de 2013, resuelve iniciar un nuevo expediente de resolución contractual por desistimiento con base en los mismos razonamientos que se consignaron en la resolución de inicio del expediente caducado, con la incorporación de las actuaciones seguidas en el procedimiento caducado. La anterior resolución es notificada a la contratista.

DÉCIMOSEXTO.- El 12 de septiembre de 2013 por el órgano instructor se emite propuesta de resolución contractual por desistimiento de la UMU, por los motivos y con los efectos que se contenían en la propuesta a la que se hace referencia en el Antecedente Séptimo del presente Dictamen

DÉCIMOSÉPTIMO.- Conferido trámite de audiencia a la mercantil --, ésta comparece mediante escrito de 27 de septiembre de 2013, en el que reitera su oposición a la resolución contractual por las mismas razones señaladas

en sus anteriores escritos de alegaciones. De igual modo, para el caso de que la resolución prosperase, mantiene la solicitud de indemnización que en aquellos escritos se fijaba.

DÉCIMOCTAVO.- Se incorpora informe de la Asesoría Jurídica en el que muestra su conformidad a la resolución propuesta.

Seguidamente el Gerente de la UMU formula propuesta de resolución por desistimiento, con los siguientes efectos: a) devolución de la garantía definitiva y reintegro de los gastos de publicidad desembolsados por la mercantil; y b) indemnización equivalente al 6% del precio de las entregas dejadas de realizar, considerando, con cita de la STS de 26 de diciembre de 1994, que de la base sobre la que aplicar el porcentaje antes indicado (precio de adjudicación), además de deducir el importe correspondiente al IVA, habría que descontar el propio beneficio industrial, puesto que de lo contrario, afirma, se estaría duplicando indebidamente su pago.

Figura un escrito de fecha 16 de octubre de 2013 de notificación a la contratista de la anterior propuesta, aunque no se ha incorporado al expediente el resguardo de Correos acreditativo de que dicha notificación se materializase. No consta que la mercantil efectuase alegación alguna.

DÉCIMONOVENO.- El 7 de noviembre de 2013 el Gerente de la UMU, emite propuesta de resolución de la relación contractual por desistimiento, por las causas de índole presupuestario que han sido documentadas en el expediente, todo ello con devolución de la fianza a la contratista (8.483 euros), indemnización por los gastos de publicidad (1.261,77) y el 6% del precio de las entregas dejadas de realizar (9.562,82 euros) en concepto de beneficio industrial, cálculo este último que se efectúa sobre la cantidad que resulta de detraer al precio de adjudicación tanto el importe del IVA como el del propio beneficio industrial, en los términos que se indican en el anterior Antecedente.

VIGÉSIMO.- Con fecha del día siguiente, es decir, el 8 de noviembre de 2013, el Rector resuelve, en aplicación de lo preceptuado en el artículo 42.5,c) LPAC, suspender el plazo máximo legal para resolver el procedimiento, por el tiempo que medie entre la petición del presente Dictamen y su recepción por el órgano consultante. No consta la notificación al interesado de dicha suspensión.

VIGÉSIMOPRIMERO.- Trasladado el nuevo expediente a la actual Consejería de Educación, Universidades y Empleo, se recabó el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico por el Secretario General de la citada Consejería (por delegación de su titular) el 21 de noviembre de 2013 (fecha de entrada en el Registro de este Órgano Consultivo).

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter de este Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, por versar sobre una propuesta de resolución de un contrato administrativo a la que ha formulado su oposición el contratista, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 211.3, a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y 12.7 de la Ley regional 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Cuestiones previas.

Antes de proceder a dictaminar las cuestiones formales y materiales que presenta el expediente que se somete a consideración del Consejo Jurídico, es preciso reiterar lo que en la Consideración Segunda de nuestro Dictamen 168/2012 se decía sobre la incidencia que sobre el procedimiento contractual que nos ocupa tenía la Sentencia a que se hace referencia en el Antecedente Cuarto del presente Dictamen. Se afirmaba allí que "*las actuaciones que la UMU despliegue a partir de la firmeza de dicha resolución judicial no pueden producirse desconectadas del contenido de la misma, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de ejecución de las sentencias, se concreta en que el fallo judicial pronunciado se cumpla, de manera que el ciudadano, que ha obtenido la sentencia, vea satisfecho su derecho de modo que las sentencias no se conviertan en meras declaraciones sin efectividad. Principio que viene recogido en el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).*

Esta regla general sólo encuentra excepción en los supuestos contemplados en el artículo 105.2 LJCA, imposibilidad material o legal de ejecutar la Sentencia, pero esta imposibilidad debe entenderse, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS de 11 junio 2008), en el sentido más restrictivo y estricto y en términos de imposibilidad absoluta; esto es, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cumplir el fallo, requisitos que salvaguardan el principio de seguridad jurídica que exige el cumplimiento escrupuloso e integral de las sentencias judiciales en sus propios términos.

Aplicando lo anterior al concreto supuesto que nos ocupa, resulta que la UMU viene obligada, en primer término, a continuar con la tramitación del expediente de contratación, dotando, a tales efectos, de crédito a la partida presupuestaria correspondiente, y sólo en el caso de que ello resultara legal o materialmente imposible, sustanciar un incidente de ejecución de sentencia para que el juzgador decida sobre el modo de proceder para que el contenido esencial del derecho que la misma otorgó al contratista no se vea alterado".

Aunque nada se razona en el expediente de lo actuado se desprende que no existía imposibilidad legal o material para continuar con la tramitación del expediente, lo que se llevó a cabo siguiendo el *iter* que se ha descrito en los Antecedentes del presente Dictamen, dando así debido cumplimiento a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

Cuestión diferente es que, según se apunta en dicha resolución judicial, una vez perfeccionado el contrato la UMU, en el ejercicio de las potestades que el Ordenamiento Jurídico le confiere al efecto, haya decidido resolverlo, tramitando al efecto el expediente cuyo Dictamen ahora nos ocupa.

TERCERA.- Normativa aplicable y cuestiones procedimentales.

I. Normativa de aplicación.

Producida la adjudicación definitiva del contrato el 10 de enero de 2013 e iniciado el procedimiento para su resolución el 11 de septiembre de 2013, el régimen jurídico aplicable tanto en lo relativo a sus efectos, cumplimiento y extinción, como al procedimiento de resolución del contrato y la competencia del órgano que debe acordarla, será el que se contiene en el TRLCSP, así como en el RGC (Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).

II. Procedimiento seguido y plazo para resolver.

1. El examen de las actuaciones remitidas permite afirmar que se han seguido los trámites sustanciales establecidos en el TRLCSP y el artículo 109 RGC, concediendo audiencia al contratista que ha tenido ocasión de manifestar su oposición a la resolución y a los efectos derivados de la misma.

2. Por lo que se refiere al plazo máximo de tres meses para dictar y notificar la resolución del procedimiento, iniciado éste el 11 de septiembre de 2013 (Antecedente Décimo Quinto), dicho plazo quedó suspendido el 8 de noviembre de 2013 (Antecedente Vigésimo). Ahora bien, hay que tener en cuenta que la suspensión solamente operará si se ha comunicado a los interesados, circunstancia que no consta acreditada en el expediente. El plazo para resolver se reanudará cuando el órgano consultante reciba el presente Dictamen, de acuerdo con el artículo 42.5, c) LPAC, que deberá ser comunicado, igualmente, a la contratista.

El hecho de que, en atención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consolidada a partir de 2008, esta clase de procedimientos sean susceptibles de caducidad (Dictámenes de este Consejo Jurídico núms. 90, 96 y 181 de 2009, entre otros), obliga al órgano competente a dictar y notificar la resolución procedente antes del transcurso de los indicados plazos, pues en caso contrario habría que declarar la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo.

CUARTA.- Sobre la causa invocada para la resolución del contrato: el desistimiento unilateral de la Administración.

Conforme a la propuesta elevada, la causa esgrimida para la resolución del contrato de suministro expresado es la prevista específicamente para este tipo de contratos por el artículo 299.b) TRLCSP: el desistimiento de la Administración. En principio la legislación de contratos no establece ningún requisito especial que funde la resolución del contrato por esta causa, teniendo, no obstante, como antecedente el artículo 1.594 del Código Civil que admite esta posibilidad de desistimiento unilateral del dueño de la obra como excepción al artículo 1.256 de dicho Código, que predica que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes

Resulta, por tanto, necesario examinar cuáles son los requisitos que, doctrinal y jurisprudencialmente, vienen exigiéndose para resolver un contrato administrativo por el solo juego de la voluntad de la Administración: por un

lado, al acordarse tal desistimiento debe salvaguardarse en todo caso el interés público; por otro lado, también deben quedar a salvo los derechos económicos que en tales casos corresponden al contratista.

Dichos requisitos son expresados, entre otros, por el Dictamen núm. 3895/1996 del Consejo de Estado, que sintetiza su doctrina al respecto:

1. En primer lugar, debe verificarse el requisito de que concurran razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato. Es evidente que las causas que pretendan justificar, desde el punto de vista del interés público, el carácter innecesario o inconveniente de la permanencia del contrato podrán ser diversas y de diferente intensidad.

2. El segundo de los requisitos apuntados hace referencia a la necesaria protección y cobertura de que deben ser objeto los derechos económicos del contratista, estableciendo el artículo 300.3 TRLCSP que tendrá derecho, como indemnización por lucro cesante, al 6 % del precio de las entregas dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial.

También el Consejo Jurídico, en su Dictamen núm. 29/2000, hace referencia a los requisitos necesarios para la aplicación de esta causa de resolución: *"junto con la presencia del interés público, para que proceda resolver un contrato por desistimiento unilateral de la Administración es preciso que el contratista haya cumplido con sus obligaciones, lógicamente sólo las que le serían exigibles al tiempo de acordarse aquélla"*.

A lo anterior cabe añadir, como lo hace el Consejo de Estado en su Dictamen 53.437, de 6 de julio de 1989, que tampoco cabrá acudir a la resolución por desistimiento para eludir la Administración una resolución por incumplimiento a ella imputable.

La concurrencia de ambos requisitos en el presente caso (interés público y suficiente cobertura de sus derechos), es cuestionada por el adjudicatario en los términos que se han recogido en los Antecedentes del presente Dictamen.

QUINTA.- Motivación de la causa alegada y análisis de los motivos de oposición a la resolución del contrato alegados por el adjudicatario.

La facultad de desistimiento, como potestad discrecional de la Administración, está limitada, como todas las de tal clase, por la norma general imperativa por la cual aquélla 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 (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1999 y de 23 de junio de 2003, entre otras muchas).

En el supuesto que nos ocupa el desistimiento planteado obedece a que dada la situación económica por la que atraviesa la UMU, con la drástica disminución de las aportaciones que la CARM venía realizando (en los términos que se indican en el informe del Jefe de Área de Gestión Económica de 21 de febrero de 2013, Antecedente

Undécimo), obliga a seguir una política de contención del gasto público que priorice unas actuaciones en detrimento o sacrificio de otras, y en este sentido, se razona en el informe del Jefe de Área de la Unidad Técnica, el suministro contratado ha dejado de ser prioritario atendiendo al hecho de que con el material que cuenta ahora mismo la Escuela de Odontología puede seguir desarrollando su labor docente.

La cuestión que se plantea en el supuesto que nos ocupa es la de si es admisible que la Administración por razones financieras (crisis económica, falta de presupuesto, etc.) que nada atañen al contratista, pueda resolver la relación contractual acudiendo al desistimiento unilateral de la misma. La respuesta no admite otro sentido que el afirmativo, pues lo que el interés general demanda en el momento actual es reducir gastos considerados prescindibles en un contexto de una grave crisis económica que ha llevado a la necesidad de incorporar a la Constitución, mediante la reforma del artículo 135, el establecimiento de un límite de déficit a las Administraciones públicas. Así se han manifestado, ante supuestos similares al que nos ocupa, tanto el Consejo de Estado (Dictamen 1916/2011, de 21 de diciembre), como otros órganos consultivos autonómicos (Consejo Consultivo de Madrid -Dictámenes 442 y 569 del año 2011-; Consejo Consultivo de Andalucía -Dictamen 132/2012- y Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha -Dictamen 90/2011-), en los que se acepta como razón de interés público para admitir el desistimiento unilateral, el hecho de que se produzca un ahorro económico para la Administración o que la prosecución de la ejecución del contrato suponga un mayor gasto para ésta.

También este Órgano Consultivo tuvo ocasión, en su Dictamen 29/2000 antes citado, de analizar una pretensión de resolver un contrato por desistimiento de la Universidad que se apoyaba en razones de índole económico, considerando que tales motivos constituían razones de interés público. Así se afirmaba que "*la realización de gastos públicos está presidida por un mandato constitucional de eficiencia y economía (artículo 31.2 CE) que no sería respetado si la Universidad, ante la necesidad de construir un edificio destinado a aulario que cuenta con financiación comunitaria, no acometiese su ejecución, con la pérdida de esos recursos, optando por la realización de un edificio de uso exclusivamente administrativo, no imprescindible al parecer, y cuyo coste debería soportar íntegramente*".

No desvirtúa lo anterior las alegaciones del contratista sobre la carencia de interés público de los motivos aducidos por el órgano de contratación, puesto que, desde su óptica, la existencia de crédito en el momento de iniciarse la contratación, con la correspondiente aprobación de una partida presupuestaria *ad hoc*, evidencia que las dificultades económicas que se aducen carecen de fundamento, ignorando así que debido a las vicisitudes por las que ha atravesado el contrato (prolijamente descritas en los Antecedentes del presente Dictamen), las circunstancias presupuestarias de la UMU han variado sustancialmente desde aquel momento hasta el actual, sin que quepa exigir que se mantenga el contrato obviando los motivos de racionalidad del gasto público que sustentan la decisión resolutoria visto el carácter prescindible de los bienes a suministrar, siempre, claro está, con los efectos económicos que a favor del contratista prevé el TRLCSP.

Consecuentemente con lo anterior, este Órgano Consultivo considera ajustado a derecho, al venir motivado por razones de interés público, el desistimiento contractual objeto de Dictamen.

SEXTA.- Los efectos de la resolución del contrato.

En cuanto a los efectos de la resolución por desistimiento, se encuentran determinados en el artículo 300.3 TRLCSP, conforme al cual "*el contratista tendrá derecho al 6 por 100 del precio de las entregas dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial*". Por consiguiente, y dado que no ha llegado a producirse ninguna entrega de material, en el presente caso procede indemnizar a la contratista con el 6% del precio de adjudicación

del contrato, IVA excluido.

Por otro lado, procede la devolución de los gastos de publicidad que el contratista se vio obligado a sufragar a tenor de lo que, al respecto, se recoge en la cláusula 10.3,f), en relación con el apartado L del cuadro resumen de las características del contrato, todo del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato.

Finalmente, cabe añadir que la resolución del contrato deberá hacerse con devolución de la garantía definitiva, puesto que el contrato se resuelve por desistimiento de la Administración y no como consecuencia del incumplimiento de la empresa contratista.

Frente a dichas previsiones legales, ambas partes suscitan planteamientos diferentes que se analizan a continuación:

1. La Administración, con cita de la STS de 26 de diciembre de 1994, resuelve detraer de la base sobre la que aplicar el porcentaje antes indicado el propio beneficio industrial, puesto que de lo contrario, afirma, se estaría duplicando indebidamente su pago.

En relación con esta cuestión conviene analizar lo que respecta de la resolución del contrato de obra por desistimiento de la Administración establece la normativa contractual. Así, según el artículo 239,c) TRLCSP, el contratista tendrá derecho a percibir el 6% del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, entendiéndose como tales las que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el contrato primitivo y sus modificaciones y las que hasta la fecha de notificación de la suspensión se hubieran ejecutado.

Sobre qué se ha de entender por precio, es decir, cuál ha de ser la base sobre la que aplicar el 6%, el artículo 171 RGC establece que *"a los efectos de la aplicación del 6 por 100 del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial se tomará como precio del contrato el presupuesto de ejecución material con deducción de la baja de licitación en su caso"*, concretando el artículo 131 de dicho Reglamento que *"se denominará presupuesto de ejecución material el resultado obtenido por la suma de los productos del número de cada unidad de obra por su precio unitario y de las partidas alzadas."*

El presupuesto base de licitación se obtendrá incrementando el de ejecución material en los siguientes conceptos:

1. *Gastos generales de estructura que inciden sobre el contrato, cifrados en los siguientes porcentajes aplicados sobre el presupuesto de ejecución material:*

a) *Del 13 al 17 por 100, a fijar por cada Departamento ministerial, a la vista de las circunstancias concurrentes, en concepto de gastos generales de la empresa, gastos financieros, cargas fiscales, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido, tasas de la Administración legalmente establecidas, que inciden sobre el costo de las obras y demás derivados de las obligaciones del contrato. Se excluirán asimismo los impuestos que graven la renta de las personas físicas o jurídicas.*

b) El 6 por 100 en concepto de beneficio industrial del contratista.

Estos porcentajes podrán ser modificados con carácter general por acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos cuando por variación de los supuestos actuales se considere necesario.

2. *El Impuesto sobre el Valor Añadido que grava la ejecución de la obra, cuyo tipo se aplicará sobre la suma del presupuesto de ejecución material y los gastos generales de estructura reseñados en el apartado 1".*

Una interpretación conjunta de estos preceptos, apoya que el porcentaje del 6% en concepto de beneficio industrial que el artículo 239.4 TRLCSP establece como indemnización al contratista, debe aplicarse al presupuesto de ejecución material, es decir, al presupuesto base de licitación menos: a) la baja de licitación, si la hubiera; b) los gastos generales de estructura a los que se refiere el artículo 131 RGC (13% gastos generales de empresa más un 6% de beneficio industrial); y c) el importe del IVA.

Para el contrato de suministro el artículo 300 TRLCSP establece que en caso de desistimiento el contratista tendrá derecho al 6% del precio de las entregas dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, sin que el RGC contenga previsión alguna al respecto, lo que nos lleva a plantearnos si las previsiones normativas en relación con el contrato de obras son extrapolables al contrato de suministro, cuestión que, a juicio de este Consejo, merece, con carácter general, una respuesta negativa, ya que normalmente la determinación del precio de los bienes a suministrar no suele hacerse con separación del presupuesto de ejecución material más gastos indirectos estructurales, sino atendiendo a los precios de mercado. Además, en el concreto supuesto que nos ocupa, en el que el objeto del contrato consiste en la adquisición de 17 unidades odontológicas, ni siquiera se fija un precio unitario para cada una de ellas, sino que se establece lo que se denomina "importe base imponible" (folio 27), por un total de 263.500 euros, más el 8% de IVA, lo que arroja el total del precio del contrato; es decir, no consta la inclusión en el precio de una cantidad que se pudiera corresponder con el beneficio industrial, todo lo cual lleva a este Órgano Consultivo a considerar que el 6% debe aplicarse sobre el precio global de adjudicación, descontando el IVA, tal como, para un supuesto de resolución de un contrato de servicios, se pronuncia el Consejo de Estado en su Dictamen 59/2007.

2. La contratista, por otro lado, solicita una indemnización por los daños y perjuicios que considera que se le han producido por el aprovisionamiento de material que llevó a cabo una vez que se produjo la adjudicación provisional.

Esta cuestión, en los casos de desistimiento por parte de la Administración, no es pacífica. Del examen de los pronunciamientos del Consejo de Estado se aprecia una evolución que parte de la negativa de su resarcimiento, al entender que la indemnización prevista en la legislación de contratos (6% o 10%, según los casos), es objetivada y omnicomprensiva de todos los perjuicios sufridos; así en el Dictamen 2490/2001 se afirma que "*dicha indemnización es la tasada legalmente para este caso y resarce, a tanto alzado, todos los daños, incluido el lucro cesante, que hubiere sufrido el contratista*". Sin embargo posteriormente, como por ejemplo en el Dictamen 59/2007, de 1 de febrero, ha reconocido, en algunos casos, como indemnizable además del lucro cesante el daño emergente, como pueden ser los gastos ocasionados por la puesta en marcha del contrato que luego se frustró.

En el supuesto que nos ocupa, como acertadamente se razona en la propuesta de resolución, el contratista era consciente de que la adjudicación provisional había sido recurrida y de que, por tanto, el sentido de la misma podía variar si se estimaba el recurso, a lo que cabe adicionar que la decisión de comprar anticipadamente el material a suministrar no venía exigida en el pliego, ni lo requería la correcta ejecución del contrato, y fue una decisión adoptada por la empresa en el marco de su facultad decisoria empresarial y, por tanto a su riesgo y ventura. El contratista no debió realizar compra alguna antes de la formalización del contrato y efectuadas éstas sólo cabría su abono si el material hubiese sido efectivamente entregado y recibido de conformidad por la Administración, circunstancia que no se ha producido en este caso.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede resolver por desistimiento el contrato objeto del expediente sometido a consulta, sin incautación de la garantía al no ser la causa de resolución imputable al contratista, por lo que en este aspecto la propuesta consultada se dictamina favorablemente.

SEGUNDA.- Procede indemnizar a la empresa contratista con una cantidad equivalente al 6% del precio de adjudicación del contrato, IVA excluido. Asimismo deberá indemnizársele en una cantidad coincidente con la desembolsada para sufragar los gastos de publicidad a los que debió hacer frente en su momento.

No obstante, V.E. resolverá.