

INFORME 3/2001, DE 4 DE ABRIL, SOBRE DETERMINADAS CUESTIONES RELATIVAS A LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL.

ANTECEDENTES

El Director Gerente del Instituto de la Vivienda de Madrid, mediante escrito de 12 de febrero de 2001, solicita a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa informe del siguiente tenor literal:

El órgano de contratación Instituto de la Vivienda de Madrid, plantea ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa dos cuestiones a interpretar, surgidas en la resolución de contratos administrativos de obras y asistencia técnica.

I. ANTECEDENTES

Se inicia la resolución contractual de un contrato de ejecución de obras por concurrir la causa establecida en el artículo 150 b) de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, con los efectos indemnizatorios previstos en el artículo 152.3 de la misma Ley.

Los contratos de consultoría y asistencia técnica necesarios para la ejecución del contrato de obras se resuelven por concurrir la causa establecida en el artículo 214 a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y con los efectos indemnizatorios previstos en el artículo 215.2 de la misma Ley.

El Pliego de cláusulas administrativas particulares que sirve de base en la contratación de las asistencias técnicas ha previsto la resolución contractual en el caso de quedar resuelto el contrato de obras del mismo título.

Las obras no han comenzado. Con fecha 10 de septiembre de 1997 se firmó Acta de Replanteo y Suspensión Temporal Total del Inicio de las Obras.

Sometida la/s propuesta/s de resolución al preceptivo informe de los Servicios jurídicos se emitieron los correspondientes Informes que se acompañan como documento nº 3.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Calculada la indemnización prevista en el artículo 152.3, tres por ciento del precio de adjudicación surge la duda en la determinación de la base de cálculo: ¿Se debe descontar el IVA incluido en el precio de adjudicación?

La ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto Sobre el Valor Añadido, determina en el artículo 78.3.1 la no inclusión en la base imponible de: “las cantidades percibidas por razón de indemnizaciones, distintas de las contempladas en el apartado anterior que, por su naturaleza y función, no constituyan contraprestación o compensación de entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al impuesto”. Por ello, entendemos que si la indemnización por resolución de un contrato está incluida dentro de la categoría de las indemnizaciones anteriores que no tributan por IVA, debemos partir de la base de cálculo “precio de adjudicación” descontando el porcentaje correspondiente al IVA, salvo que el dictamen nos señale que la base de cálculo de la indemnización deba de incluir el porcentaje de IVA.

En cuanto a los efectos de la resolución contractual previstos en los números 3 y 4 del artículo 152 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pedimos pronunciamiento acerca de si es correcta la interpretación de aplicar lo dispuesto en el nº 3 del referido artículo en aquellos supuestos cuando se produce la suspensión de la iniciación de las obras por parte de la Administración por tiempo superior a seis meses y de una obra no iniciada.

La indemnización del 6 por 100 del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial prevista en el nº 4 del artículo 152 de la L.C.A.P., entendemos, se refiere a suspensión definitiva de obras ya comenzadas y para sufragar al contratista los mayores perjuicios que sin duda le fueron ocasionados con el arranque de las obras.

Entendemos, que los términos empleados en el artículo 150 b) y c) causas de resolución y los términos empleados en el artículo 152 números 3 y 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no tienen una correspondencia exacta; si bien, y salvo que la Junta Consultiva interprete de forma distinta, la causa prevista de suspensión de una obra sin iniciar encaja en el supuesto indemnizatorio previsto en el número 3 del repetido artículo 152 de la L.C.A.P.

Se adjuntan copias de los antecedentes relativos a la consulta:

- 1.- *Pliego de cláusulas administrativas particulares.*
- 2.- *Expediente de resolución contractual (incidencias).*
- 3.- *Informes Servicios Jurídicos en los tres supuestos.*

CONSIDERACIONES

1.- Dos son las cuestiones que plantea el IVIMA en el escrito de consulta, la primera relativa a si el cálculo de la indemnización al contratista del 3 % del precio de adjudicación, por concurrir la causa de resolución prevista en el artículo 150 b) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se realiza sobre la cantidad del precio de adjudicación IVA incluido, o si debe, por el contrario, calcularse descontando la cantidad correspondiente al impuesto, y la segunda relativa a si el artículo 152.3 de la mencionada Ley es aplicable para determinar los efectos de la resolución contractual, en el supuesto de suspensión de la iniciación de las obras por parte de la Administración por tiempo superior a seis meses y de una obra no iniciada.

2.- El organismo consultante plantea ambas cuestiones en relación a la resolución del contrato de obras, aunque la documentación que acompaña al escrito se refiere, en su mayoría, a la resolución de los contratos de consultoría y asistencia vinculados a aquél (1.- Pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de consultoría y asistencia, de dirección facultativa, dirección auxiliar y de redacción del proyecto vinculados a un contrato de obras; 2.- Informe del Servicio Jurídico a la propuesta de Resolución de la resolución contractual del contrato de las obras; 3.- Informe del Servicio Jurídico a la propuesta de Resolución de la resolución contractual del contrato de consultoría y asistencia de la dirección facultativa de las obras; 4.- Resolución y alegaciones presentadas por el adjudicatario en el trámite de audiencia del expediente de resolución del contrato de consultoría y asistencia de la dirección facultativa de las obras). No obstante, en el análisis de las cuestiones planteadas se tendrá en cuenta lo preceptuado en la normativa que rige para los dos tipos de contratos, normativa que por su fecha de adjudicación es la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la LCAP, y el Reglamento General de Contratación del Estado (en adelante RGCE), en cuanto no se oponga a lo establecido en la LCAP según lo dispuesto en su disposición derogatoria

única.

3.- Sin perjuicio de la solución que se dé a la segunda cuestión planteada, respecto a la primera de ellas, en efecto, el artículo 152.3 de la LCAP al regular los efectos de la resolución contractual por suspensión en el inicio de las obras por tiempo superior a seis meses, establece una indemnización del 3 % del precio de adjudicación.

El artículo 78 de la LCAP “Cuantía de los contratos en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido”, establece: “Siempre que en el texto de esta Ley se haga alusión al importe o cuantía de los contratos, se entenderá que en los mismos está incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo indicación expresa en contrario”. Del pronunciamiento legal resulta que no es obligado ni exigible desagregar en el procedimiento de contratación, salvo en las facturas y por imperativo de la normativa propia del IVA, en el presupuesto de contrata (presupuesto de licitación) o en el precio del contrato (precio de adjudicación) el importe correspondiente al impuesto, siendo necesario exclusivamente que en ambos casos, presupuesto de licitación o precio de adjudicación, se explicita “IVA incluido”.

El artículo 78.1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante LIVA), establece que la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido estará constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas.

Por otra parte, en el apartado tercero de este mismo artículo se establece que se excluirán en la base imponible las cantidades percibidas por razón de indemnizaciones (...) que por su naturaleza y función, no constituyan contraprestación o compensación de las entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetos al Impuesto.

La Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda, en varias resoluciones a consultas planteadas, y en concreto en la Resolución de 12-11-1997, establece en relación con el artículo 78.3.1 de la LIVA, “que el simple hecho de que una cantidad se califique como indemnización (...) no significa, automáticamente, que la misma no constituya contraprestación de los servicios prestados por el receptor de la cantidad en virtud de un contrato. Habrá que examinar en cada caso si la cantidad abonada tiene por objeto indemnizar al perceptor por la pérdida de bienes o derechos de su patrimonio o retribuir las operaciones realizadas por dicho perceptor”.

El artículo 152.3 de la LCAP prevé una indemnización a tanto alzado por todos los conceptos que evita la prueba del perjuicio que efectivamente se le ha causado al

contratista con la frustración del contrato por haberse suspendido la iniciación de la obra por un plazo superior a seis meses, haciéndose constar la circunstancia de la suspensión en el acta de comprobación del replanteo, y siempre que el contratista decida ejercer su derecho de resolver el contrato.

Al tratarse la resolución contractual, de un modo de extinción anómala del vínculo contractual, la naturaleza de la indemnización que prevé la LCAP, tiene por objeto indemnizar al receptor por la pérdida de bienes o derechos de su patrimonio, por lo que de conformidad con el artículo 78.3.1 de la LIVA la referida “indemnización” no constituye hecho imponible del IVA.

Por tanto la indemnización del 3 % no tiene la consideración de contraprestación o compensación de entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al IVA, sino que es un porcentaje fijo que compensa los daños sufridos una vez que el contratista opta por la resolución contractual. Puesto que la indemnización por resolución de un contrato no tributa por IVA, se produciría un enriquecimiento injusto del contratista al cobrar una cantidad calculada sobre el IVA, que no va a incluir en las declaraciones tributarias del citado impuesto.

A la misma conclusión debe llegarse respecto al cálculo de la indemnización “del 3 por ciento del precio del contrato”, en el supuesto de suspensión de la iniciación del contrato de consultoría y asistencia por tiempo superior a seis meses (artículo 215.2 LCAP).

4.- La segunda cuestión planteada en el escrito de consulta, se refiere a si el artículo 152.3 de la LCAP es aplicable para determinar los efectos de la resolución contractual (lo que supone una indemnización del 3 % del presupuesto de adjudicación), en el supuesto de suspensión de la iniciación de las obras por tiempo superior a seis meses de una obra no iniciada o, si por el contrario, debe aplicarse el artículo 152.4 de la LCAP (lo que conllevaría el derecho del contratista a percibir el del 6 % del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial), puesto que ha existido un aplazamiento superior a un año del inicio de las obras. Conviene señalar que de los datos obrantes en el expediente se detecta una omisión de actuación de la Administración, cuando según informe elaborado por el director facultativo de las obras según se desprende del escrito del Director gerente del IVIMA de 9 de mayo de 2000, “resultaba conveniente derribar el edificio y construir nuevas viviendas en lugar de rehabilitar las viejas”, lo que constituía, de haberse formulado por la Administración el desistimiento, una auténtica causa de extinción del contrato, o ruptura unilateral de éste por razones de interés público.

No obstante lo anterior, la Administración dejó transcurrir el tiempo y esperó a que el contratista solicitase la resolución contractual mediante escrito de 31 de agosto de 2000, habiendo transcurrido más de 2 años desde que se suspendió el inicio de las obras.

El artículo 127 F) del RGCE recogía el supuesto de suspensión definitiva y de desistimiento con anterioridad al inicio de las obras (si la suspensión de la iniciación de las obras tuviera carácter definitivo por causa imputable a la Administración, o ésta desistiese de las mismas ...) y preveía una indemnización del 3% del precio de adjudicación. Esta situación hay que entenderla hoy incluida en el artículo 152.4 de la LCAP, precepto por el que se entiende derogado el mencionado artículo del RGCE, (el contratista tiene derecho al 6 % del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial) puesto que “sin justificación alguna se daba un tratamiento diferente respecto a la suspensión definitiva una vez iniciadas las obras (art. 162 RGCE), siendo ahora unificados sus efectos” (Manuel Abella Poblet. *Contratos de las Administraciones Públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, página 720).

El artículo 150 c) de la LCAP considera como causa de resolución “el desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a seis meses acordada por la Administración”, con lo que parece equiparar ambos conceptos, desistimiento y suspensión de las obras por plazo superior a seis meses. En el artículo 152.4, igualmente, aun cuando en ese precepto se habla de aplazamiento superior a un año (supuesto no previsto en el artículo 150 como causa de resolución) o decidiese la Administración la suspensión definitiva de las obras, se atribuye a ambos supuestos los mismos efectos.

En virtud del artículo 162 del RGCE “el desistimiento de las obras por la Administración tendrá los mismos efectos que la suspensión definitiva”, efectos que el artículo 152.4 concreta en el derecho del contratista a percibir, en concepto de beneficio industrial, el 6 por 100 del precio de las obras dejadas de realizar.

La nueva redacción del artículo 152.4 del texto de la LCAP modificado por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, viene a corregir la defectuosa redacción anterior que introducía, como hemos dicho, una causa de resolución (aplazamiento superior a un año), no prevista en el artículo 150 y además dejaba de reflejar los efectos de la causa prevista en el apartado c) del artículo 150 (desistimiento o suspensión por plazo superior a 6 meses antes, y 8 meses tras la Ley 53/1999, de 28 de diciembre). Este artículo establece actualmente: “En caso de desistimiento o suspensión de las obras iniciadas por plazo superior a ocho meses ...”.

De los antecedentes remitidos podemos deducir que de hecho estamos ante un desistimiento del contrato por parte de la Administración, y formalmente ante una suspensión del inicio de la ejecución de las obras por tiempo superior a un año y por tanto será de aplicación el artículo 152.4 de la LCAP y el contratista tendrá derecho al 6 % del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial (en este caso, de todas las obras, pues no se ha procedido a iniciar la ejecución de éstas), y con un carácter compensatorio del lucro cesante producido al contratista. A estos efectos, el artículo 162 del RGCE entiende por beneficio industrial la cantidad resultante de aplicar el coeficiente del 6 % al presupuesto de ejecución material con deducción de la baja de ejecución en su caso.

En los contratos de consultoría y asistencia complementarios de contratos de obras, a tenor de lo dispuesto en el artículo 199.3 de la LCAP, la resolución por la Administración del contrato de las obras, conllevará la resolución de aquéllos. La causa de resolución ante la que nos encontramos, es la prevista en el artículo 214 b) de la LCAP, con los efectos que se prevén en el apartado 3º del artículo 215, esto es, el contratista tendrá derecho en concepto de indemnización al 6 por 100 del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener (también en este caso de todos, pues no se ha iniciado la ejecución del contrato).

5.- No obstante lo anterior, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 60.3 a) de la LCAP y 26 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la LCAP, dado que de las alegaciones presentadas por los contratistas se deduce su oposición a las causas de resolución y a los efectos propuestos por la Administración.

Por lo anteriormente expuesto, esta Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sin perjuicio del contenido, en su caso, del Dictamen del Consejo de Estado en el supuesto concreto de los expedientes objeto de la consulta, entiende:

CONCLUSIONES

1.- Que la base sobre la que se calcularán las indemnizaciones por resolución contractual no incluirán el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, puesto que dichas indemnizaciones no constituyen contraprestación o compensación de la entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al citado Impuesto, sino compensación por

la pérdida de bienes o derechos de su patrimonio.

2.- Que por tratarse de los supuestos contemplados en los artículos 152.4 y 215.3 de la LCAP, le corresponde a los contratistas respectivamente, una indemnización del 6 % del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial y del 6 % del precio de los trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener.

3.- Que siempre que se formule oposición por parte del contratista a la resolución contractual será preceptivo el informe del Consejo de Estado.