

La anulación de un contrato de servicios ya en ejecución da lugar, no solo al nacimiento de una obligación de pago de lo ya ejecutado (daño emergente), sino que, además, corresponde una indemnización por el lucro cesante

02/02/2022

Diego Estévez García

Hoy quiero traer a colación la interesante Sentencia 180/2021 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de A Coruña, de 23 de noviembre de 2021, que ha estimado nuestras pretensiones en materia de contratación.

Para ponernos en antecedentes, en el presente caso, el Ayuntamiento de A Coruña había contratado una empresa “A” para realización de una exposición museística. Una vez iniciada la ejecución del contrato, se interpone un recurso ordinario (no cabía recurso especial) por otro licitador “B” en el que discutía su inadmisión por extemporaneidad de su propuesta, así como que una de las cláusulas de los pliegos era contraria a Derecho. Como es sabido dicho recurso ordinario no implica la suspensión automática del procedimiento de contratación, por lo que continuó su normal ejecución.

Ante el recurso planteado por dicho licitador, el Ayuntamiento de A Coruña decide declarar la nulidad, de oficio, de los pliegos, entrando por tanto el contrato (que ya se estaba ejecutando) en fase de liquidación.

En primer lugar, señalar que, en mi opinión, no cabía la anulación del contrato por cuanto un licitador, al presentar su propuesta, acepta de forma incondicionada las cláusulas del pliego de contratación, ex art. 139 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP en adelante). De forma literal el artículo 139.1 de la LCSP señala:

*“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la **aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna**, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”.*

Por otro lado, el Ayuntamiento tampoco podría haber procedido, en mi opinión, a la **anulación de oficio**

sin proceder de conformidad con el art. 41 de la LCSP, que se remite, a su vez, al Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que regula el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno Derecho. Y es que la declaración de nulidad exige previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, por lo que no puede el Ayuntamiento “aprovechar” un recurso de un licitador para anular un pliego ha aprobado él mismo. Pero, a mayor abundamiento, la causa alegada por el Ayuntamiento para declarar la nulidad fue la del apartado b) del art. 40 LCSP, que es una causa de anulabilidad, por lo que debería haber declarado la lesividad con carácter previo, y posteriormente plantear un recurso contencioso-administrativo.

En cualquier caso, y al margen de esta primera puntualización, el contrato fue anulado, entrando, como se ha dicho, en fase de liquidación, y se producen los efectos señalados en el artículo 42 de la LCSP, que reza:

*“1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo **y si esto no fuese posible se devolverá su valor**. La parte que resulte culpable deberá **indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido**.*

[...]”

Por tanto, en estos supuestos será imprescindible determinar, en primer lugar, cual es la parte culpable de la anulación del contrato. En este supuesto, era evidente que el Ayuntamiento, como redactor de los pliegos anulados es el único culpable de la resolución contractual.

En segundo lugar, se hace imprescindible, en los casos en que no quepa restituirse recíprocamente lo recibido, que se proceda a valorar los servicios (en este caso) prestados por el adjudicatario. Para ello, será fundamental acreditar los trabajos realizados mediante una prueba contundente, ya sea documental, informes periciales e incluso testificales.

En todo caso, es la Administración la que debe iniciar el procedimiento de liquidación del contrato, sin perjuicio que en el presente caso de estudio, la Administración mantuvo total una inactividad, por lo que fue necesario acudir a la vía contencioso-administrativa.

En cuanto a la valoración del perjuicio sufrido por el adjudicatario, que es la clave de este caso de estudio, debemos considerar que, además de valorar el coste de los servicios prestados durante el tiempo de ejecución del contrato, que constituye el denominado daño emergente, se debe valorar también otro perjuicio, a saber, la **pérdida del derecho a ejecutar la parte restante del contrato, como consecuencia de la resolución del contrato**, que viene a denominarse el lucro cesante, y que como señala la Sentencia *“resulta de la expectativa que se trunca, una vez que el adjudicatario ya había contratado a todo el equipo de trabajo así como realizado una parte de inversiones para la ejecución del proyecto.”*

Es por ello que procede la aplicación analógica del artículo 213 de la LCSP, en relación con el 313 d) LCSP, que regula las causas y efectos de la resolución de los contratos de servicios. Este artículo establece que *“el contratista tendrá derecho a percibir, por todos los conceptos, el 6 por ciento del precio de adjudicación del contrato de los servicios dejados de prestar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido, entendiéndose por servicios dejados de prestar los que resulten de la diferencia entre los reflejados en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas, y los que hasta la fecha de notificación del desistimiento o de la suspensión se hubieran prestado.”*

En consecuencia, lo relevante aquí es la **compatibilidad** del abono al contratista de los gastos por la ejecución parcial del contrato, con el pago de una indemnización por los servicios dejados de prestar (lucro cesante) que supondrá el 6 por ciento de los servicios que restan por ejecutar, tal y como por otro lado confirman diversas sentencias del del Tribunal Supremo, como las dictadas por la Sala de lo Cont.-Ad., Sección 7ª, de 7 de mayo de 2012, rec. Casación nº 3819/2008 o la STS de Sala de lo Cont. Ad. Sección 4ª, de 27 de octubre de 2004, Rec. Casación 2029/2000.

En definitiva, la inactividad de la Administración, que ni siquiera inició el procedimiento de liquidación del contrato, *“supone un enriquecimiento injusto, que origina un desequilibrio patrimonial”* evidente, como *“ponen de relieve, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 12-10.2015, (Roj STS 4462/2015 - ECLI: TS: 2015/4462, Id Cendoj: 28979113007220151002749 y STS de 25 de marzo de 2015”*, que comprende no solo el daño emergente sino también el lucro cesante.