

Dictamen nº:

65/13

Consulta:

Rector de la Universidad Politécnica de Madrid

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 de Madrid, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre resolución del contrato de servicios denominado *“Servicio de limpieza en la Escuela Técnica Superior de Ingenieros Agrónomos”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 20 de febrero de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo formulada por el rector de la Universidad Politécnica de Madrid a través de la consejera de Educación, Juventud y Deporte, relativa al expediente de resolución del contrato de servicios denominado *“Servicio de limpieza en la Escuela Técnica Superior de Ingenieros Agrónomos”*.

El estudio de la ponencia ha correspondido por reparto de asuntos a la Sección II, presidida por la Excmo. Sra. Dña. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 27 de febrero de 2013.

El escrito de solicitud de dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente si bien, como se recogerá, debería haberse enviado diversa documentación.

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

El día 24 de enero de 2012 se suscribió entre la Universidad Politécnica de Madrid y A (en adelante, la contratista), el contrato de servicio de limpieza en la Escuela Técnica Superior de Ingenieros Agrónomos, durante los ejercicios 2012-2013. La cláusula quinta indica que el plazo de ejecución del contrato es desde el 1 de febrero de 2012 al 31 de enero de 2014. *“No obstante, de conformidad con lo previsto en el artículo 279 de la L.C.S.P., podrá ser modificado y prorrogado de mutuo acuerdo de las partes antes de su finalización, dentro de los límites de dicho artículo”.*

El documento contractual obra a los folios 34 y 35 del expediente administrativo, que incorpora el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el de Prescripciones Técnicas. 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^a.

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 L CSP.

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 Rectorado de la Universidad comunica a la empresa encargada del servicio de limpieza la necesidad de modificar el contrato suscrito fijando una reducción del 50% en el importe del mismo y efectos desde el día 1 de enero de 2013, como consecuencia de la reducción de sus ingresos, conforme a lo establecido en el artículo 11 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Explica que, a consecuencia de la crisis económica existente, la Comunidad de Madrid ha decidido reducir la

transferencia a la Universidad Politécnica de Madrid, lo que supone un grave quebranto para las arcas universitarias que obliga a reducir el presupuesto de gastos de la Universidad, a fin de cumplir con las exigencias de equilibrio presupuestario establecidas en la citada ley. Según la Universidad, al reducir la Comunidad de Madrid su aportación en 36,08 millones de euros pese a la adopción de otras medidas tales como el incremento de los precios públicos por matrícula, la supresión de una paga extraordinaria de los empleados públicos y el aumento de la jornada de estos últimos, hace que, pese a ello, los ingresos de la Universidad se reduzcan en 18,19 millones de euros.

El contratista, mediante escrito presentado el 19 de noviembre de 2012, no acepta la modificación del contrato y solicita dejarla sin efecto por improcedente y nula de pleno derecho.

Recuerda que el retraso en el pago es ya de seis meses, por lo que se estaría ante una causa de suspensión y si el retraso llega a superar los ocho meses sería causa de resolución.

Añade que la reducción de un 50% del precio convenido es económicamente imposible e inviable al tener que mantener sus obligaciones laborales con los trabajadores, y ello conduciría a la quiebra financiera de la entidad contratista al no guardar ningún equilibrio con lo contratado en su momento.

La gerente de la Universidad Politécnica de Madrid, en escrito de 22 de noviembre de 2012 comunica a la empresa que, tras la reunión mantenida el 20 de noviembre y al no poder llegar a un acuerdo sobre las condiciones de mantenimiento del contrato de prestación de servicios de limpieza, procede realizar una nueva licitación, previa incoación del expediente de resolución del contrato.

Por parte de la Asesoría Jurídica se emite informe de 30 de noviembre de 2012, en el que concluye:

“PRIMERA.- En el pliego de cláusulas administrativas no se ha advertido expresamente de la posibilidad de modificación de los contratos en un 50% del precio de adjudicación.

SEGUNDA.- En este caso, el importe de las modificaciones no podrán igualar o exceder en menos, el 10% del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite [art. 107.3c) TRLCS].

TERCERA.- De resolver los contratos de servicios de limpieza suscritos en fechas 23 y 24 de enero de 2012 entre [el contratista] y la UPM, por causa del art. 223.g) del TRLCSP, deberá tramitarse expediente contradictorio con audiencia del contratista y del órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma.

CUARTA.- La UPM deberá indemnizar a [el contratista], como beneficio dejado de obtener el 3% de la prestación pendiente de realizar (art. 225.5 del TRLCSP).

QUINTA.- La UPM deberá abonar también los daños y perjuicios debidamente probados que se hayan originado al contratista, como consecuencia de la resolución, no imputable a éste”.

Por acuerdo de 3 diciembre de 2012, notificado el día 10, se comunica al contratista el inicio del procedimiento de resolución del contrato, y la apertura del trámite de audiencia para que alegue lo que en su derecho convenga y presente los documentos y justificantes en defensa de su postura.

En uso de dicho trámite, el contratista presenta el 3 de enero de 2013, escrito de alegaciones por las que se opone a la resolución del contrato por falta de motivación sobre las causas de resolución, que le ocasiona indefensión, y solicita la nulidad del procedimiento. Asimismo, alega que el interés general se ve más perjudicado con la resolución del contrato, en la medida en que se deben abonar indemnizaciones y costear una nueva adjudicación, con el riesgo de que quede desierta en las condiciones que pretende imponer la Administración. De forma subsidiaria se invoca el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la resolución, como son el lucro cesante, las inversiones materiales y en inmovilizado para la prestación del servicio, y los costes de reestructuración de la plantilla.

Finalmente, el rector acuerda el 5 de febrero de 2013 desestimar las alegaciones formuladas por el contratista y remitir a este Consejo el expediente para su dictamen, lo que ha sido notificado al contratista con fecha 8 de febrero.

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.

La solicitud de dictamen del rector de la Universidad Politécnica de Madrid se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través de la consejera de Educación, Juventud y Deporte, 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”*).

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 falta de datos no podemos concretar con certeza la normativa aplicable. 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 24 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.

Con carácter subsidiario, 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 aplicable 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.

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 establecen 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), ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional séptima del TRLCAP (actualmente la disposición final tercera del TRLCSP establece la aplicación subsidiaria de la LRJ-PAC), de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado. En estos términos se ha pronunciado este Consejo Consultivo en dictámenes anteriores, entre otros, el Dictamen 270/09 de 20 de mayo.

En el presente expediente, el inicio del mismo tuvo lugar el 3 de diciembre de 2012, y ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 20 de febrero de 2013, por lo que si este órgano consultivo agotase el plazo del que legalmente dispone para dictaminar, el expediente caducaría estando pendiente de emisión de dictamen. Para evitar esta circunstancia emite su dictamen con la máxima celeridad, no sin advertir al órgano consultante que el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC faculta al instructor de un procedimiento para acordar la suspensión del plazo de resolución *“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”*.

Al no haber hecho uso de esta facultad y a pesar de la extrema celeridad de este Consejo en la emisión de su dictamen, cuando lo reciba el órgano consultante dispondrá de un brevísmo plazo para resolver ya que, si no resuelve antes del 3 de marzo, el procedimiento habrá de entenderse caducado.

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 llegar 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 Técnica Superior de Ingenieros Agrónomos), 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 lesionan 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 una evasiva empleada 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^a 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 aquél 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, debiendo calcularse 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.^a No procede acordar la resolución por la causa del artículo 223 g) del TRLCSP.

2.^a 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