

Dictamen n^o: **86/13**
Consulta: **Rector de la Universidad Politécnica de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **06.03.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 6 de marzo de 2013, ante la consulta formulada por el rector de la Universidad Politécnica de Madrid cursada a través de la consejera de Educación, Juventud y Deporte, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con expediente sobre resolución del contrato administrativo denominado “Servicio de limpieza en la Escuela Universitaria de Ingeniería Técnica de Obras Públicas de la Universidad Politécnica de Madrid, durante los ejercicios 2012-2013” suscrito con la empresa A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 20 de febrero de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por la consejera de Educación, Juventud y Deporte, el 13 de febrero, acerca de la petición del rector de la Universidad Politécnica de Madrid, sobre expediente de resolución del contrato de limpieza “*Servicio de limpieza en la Escuela Universitaria de Ingeniería Técnica de Obras Públicas de la Universidad Politécnica de Madrid, durante los ejercicios 2012-2013*” suscrito con la mercantil referenciada.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 74/13, iniciándose el computo del

plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34 apartado 1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril, venciendo dicho plazo el día 20 de marzo de 2013.

Ha correspondido su ponencia a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 6 de marzo de 2013.

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 la adjudicataria, el contrato “Servicio de limpieza en la Escuela Universitaria de Ingeniería Técnica de Obras Públicas de la Universidad Politécnica de Madrid, 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 33 y 34 del expediente administrativo, que incorpora el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas. A los efectos de la emisión del presente Dictamen cabe subrayar del PCAP las siguientes cláusulas:

“5.- PLAZO DE EJECUCIÓN

El contrato tendrá una vigencia de dos años comprendidos entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013. No obstante, de conformidad con lo previsto en el artículo 279 de la LCSP,

podrá ser modificado y prorrogado por mutuo acuerdo de las partes antes de su finalización dentro de los límites de dicho artículo.

De conformidad con lo establecido en el artículo 197.2 de la LCSP, dicho plazo de ejecución podrá prorrogarse cuando el contratista no pudiere cumplirlo por causas totalmente imprevistas y que no le sean imputables, siempre que las justifique debidamente.

(...)

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 5ª.

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 LCSP.

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).

14.1.2. Suspensión del trabajo objeto del contrato.

En caso de producirse una suspensión del contrato, se estará a lo estipulado en el art. 203 de la LCSP y normas de desarrollo. Si la Universidad acordare la suspensión del contrato o aquélla tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 200.5 de la LCSP, se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél.

Acordada la suspensión, la Universidad abonará al contratista, en su caso, los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste, los cuales se cifrarán con arreglo a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 285 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 de prestación 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.

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. No admiten *“una modificación unilateral como la que se pretende cuando los términos del contrato son vinculantes para ambas partes y cuando se incurre en clara violación de los preceptos legales que permiten a la administración modificar los contratos y dentro de los límites por ella establecidos”*.

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 prórroga y mantenimiento del contrato de prestación de servicios de limpieza, procede realizar a partir del 1 de enero de 2013 una nueva licitación, previa incoación del expediente de resolución del contrato.

Con fecha 5 de diciembre de 2012, la contratista presenta escrito en el que manifiesta que la modificación propuesta no puede ser objeto de aceptación ni consideración pues incurre en manifiesta desviación de poder al infringir directamente las posibilidades de modificación de contratos establecidos en dicha norma y *“(…) la única posible aceptación es sobre la base de una prórroga producida conforme a derecho, lo que determina que solo podrá producirse una variación en el precio de un 10%”*.

El rector de la Universidad Politécnica de Madrid, por escrito de 11 de diciembre de 2012 comunica a la contratista que:

“Dado que en la actualidad no se cuenta con un nuevo adjudicatario, y siendo necesaria la continuación de la prestación del servicio, y de conformidad con lo estipulado en la cláusula nº 5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se estima procedente prorrogar los mencionados contratos desde el 1º de enero de 2013 hasta que se formalice la nueva contratación, en las mismas condiciones técnicas y económicas del ejercicio 2012”.

Por parte de la Asesoría Jurídica, se emite informe de 13 de diciembre 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 este (art. 225.2 del TRLCSP)”.

Por acuerdo de 17 diciembre de 2012, notificado el día 20 siguiente, 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 28 de diciembre, 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. También expone que no concurre ninguna lesión grave al interés público por la no resolución del contrato dado que el mantenimiento del contrato de limpieza es necesario. Asimismo expresa que no concurre la causa de resolución invocada.

El 1 de febrero de 2013 el Rectorado de la Universidad resuelve desestimar las alegaciones formuladas por el contratista y solicitar dictamen a este órgano consultivo.

No constan en el expediente los siguientes documentos:

- Publicación en boletín oficial de la convocatoria del procedimiento de contratación.
- Acuerdo de adjudicación del contrato.

Sin perjuicio de la ausencia de estos documentos, en otros obrantes en el expediente se mencionan la fecha de publicación así como la de

adjudicación, por lo que no se ha considerado necesario solicitar ampliación del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen a solicitud del rector de la Universidad Politécnica de Madrid, cursada a través de la consejera de Educación, Juventud y Deporte de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.4 de la Ley del Consejo Consultivo, en relación con el artículo 32.4 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

El informe emitido es preceptivo a tenor del artículo 13.1. letra f) 4º de la Ley del Consejo Consultivo que *ad litteram* dispone: “1. *El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas*”.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC, cuyo término se fijó el 20 de marzo de 2013.

SEGUNDA.- En virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el

que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP):

“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas por la normativa anterior”.

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 Boletín Oficial del Estado (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.

En el caso sometido a dictamen –según consta en la Resolución de Rectorado de 1 de febrero de 2013 (folios 59 a 68)- el anuncio de licitación fue publicado en el B.O.E. el 13 de octubre de 2011, antes de la entrada en vigor del TRLCSP, sin embargo, el contrato se adjudicó –según consta en el informe de la Asesoría Jurídica de 13 de diciembre de 2012 (folios 44 a 49)- el 2 de enero de 2012. Por ello la normativa aplicable es el TRLCSP.

En materia de procedimiento, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de la 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.

El artículo 211.3 TRLCSP dispone que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de resolución cuando se formule oposición por parte del contratista.

En el caso sometido a dictamen el contratista se opone a la resolución en sus escritos de alegaciones, como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, ni el TRLCSP 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, 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 527/09 de 20 de mayo. En el presente expediente, el inicio del mismo tuvo lugar el 17 de diciembre de 2012 por lo que el plazo para su caducidad no vencerá hasta el 17 de marzo de 2013.

El órgano competente para la resolución del contrato es el 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 *“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 legislación de contratos públicos 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, en el que se pronunció sobre el anteproyecto de ley de economía sostenible de 18 de marzo, 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)".

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 llegarse 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 Universitaria de Ingeniería Técnica de Obras Públicas), 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 lesiona 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 un subterfugio empleado 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.

De otro lado, la Administración no acredita que la ejecución del contrato en los términos actuales pueda conllevar una *“posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público”* en los términos del artículo 223 g) TRLCSP ya que, como señala el contratista, la necesidad ineludible de proceder a la limpieza de la Escuela Universitaria requerirá la licitación de otro contrato, el cual debería salir con una rebaja del precio

de licitación del 50% y no existen razones para no presumir que, con tan importante reducción, pueda quedar desierto.

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 aquel su eficacia en contraposición al contratista que había sido adjudicatario de un contrato sufre el desistimiento de la administración. Los efectos han de ser iguales en ambos supuestos con amparo en los preceptos citados en el fundamento anterior aplicables en función de la normativa vigente en cada momento. Cuestión distinta es que, como afirma la jurisprudencia, si se alegan y, por ende se justifican, unos daños realmente causados hubiere, además, derecho a su cuantificación».

En la misma línea, el Consejo de Estado, rectificando su anterior criterio, en su Dictamen 59/2007, de 1 de febrero reconoce como indemnizable además del lucro cesante el daño emergente.

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, porcentaje que se calcula debiendo excluirse el 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 mérito 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, 6 de marzo de 2013

