

Dictamen n<sup>o</sup>:           **496/12**  
Consulta:               **Alcalde de Alcorcón**  
Asunto:                 **Contratación Administrativa**  
Aprobación:           **05.09.12**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 5 de septiembre de 2012, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Alcorcón a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con expediente sobre resolución del contrato denominado *“Suministro e instalación de una pantalla de Leds para comunicación institucional al ciudadano en el Ayuntamiento de Alcorcón”* celebrado con la entidad A el día 14 de febrero de 2011.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 27 de julio de 2012 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Alcalde de Alcorcón, cursada a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, en relación al expediente de resolución del contrato denominado *“Suministro e instalación de una pantalla de Leds para comunicación institucional al ciudadano en el Ayuntamiento de Alcorcón”* celebrado con la entidad anteriormente citada.

Ha correspondido la ponencia, por reparto de asuntos, a la Sección IV, presidida por la Consejera Dña. Cristina Alberdi Alonso. En su ausencia, la oportuna propuesta de dictamen fue defendida por el Consejero D. Jesús

Galera Sanz, siendo deliberada y aprobada, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 5 de septiembre de 2012, por siete votos a favor y el voto en contra de la Sra. Laina, que formula el voto particular recogido a continuación del dictamen.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliado, consideramos suficiente.

**SEGUNDO.-** Con fecha 16 de septiembre de 2010, el concejal delegado de Hacienda y Patrimonio por delegación de la Junta de Gobierno Local según Decreto publicado el 15 de junio de 2010, acordó aprobar el expediente del contrato relativo al *“Suministro e instalación de una pantalla de Leds para el nuevo edificio del Ayuntamiento de Alcorcón”*, así como el Pliego de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas que habían de regir el contrato, con un presupuesto de 300.000 euros (IVA incluido).

Por Decreto de 13 de diciembre de 2010, el concejal delegado de Hacienda y Patrimonio adjudicó provisionalmente el contrato a la empresa A por un importe total de 240.000 euros, (IVA incluido) elevada a definitiva por Decreto de 20 de enero de 2011 del concejal delegado del Área de Hacienda y Patrimonio. El contrato se formalizó el día 14 de febrero de 2011. Previamente, el 23 de diciembre de 2010, la empresa contratista constituyó una garantía definitiva para responder del cumplimiento del contrato por importe de 10.169,49 euros.

En el contrato se estipulaba que *“la implantación completa de la solución deberá estar finalizada en un período no superior a 4 meses desde la firma de este contrato administrativo”*.

El día 6 de mayo de 2011, la contratista presentó escrito en el que manifestaba que para acometer los trabajos de instalación de la vídeo pantalla se requerían determinados requisitos que no se daban y que se

correspondían a circunstancias no imputables al contratista, por lo que solicitaba una prórroga de 45 días para poder llevar a cabo el suministro, una vez desaparecida la causa que impedía su ejecución.

Con esa misma fecha, la coordinadora de Nuevas Tecnologías emitió informe en el que se determinaba que era preciso realizar varias obras en el Edificio Comunicador de la Casa Consistorial o Edificio Político con el nuevo Edificio Administrativo para que la empresa adjudicataria pudiera comenzar con la instalación de la pantalla LED. Por ello, se informaba favorablemente la ampliación del plazo para la ejecución del contrato solicitada que se establecía en 120 días.

Con fecha 5 de agosto de 2011, la empresa contratista remitió por burofax un escrito al Servicio de Contratación del Ayuntamiento de Alcorcón que exponía:

*“Como ustedes conocen, la ejecución de los trabajos contratados requiere una actuación previa por parte del Ayuntamiento en sus instalaciones, tal y como se les comunicó mediante escrito de 6 de junio y que, hasta la fecha, no se ha llevado a cabo, imposibilitándose la instalación de la pantalla y materiales objeto de contrato.*

*Como también les hemos manifestado, la pantalla y todo el material preciso para su instalación fue ya adquirido hace ya algunas fechas y se encuentran acopiados para su instalación, sin que, por causas imputables a Vds., no haya sido posible hasta la fecha. Dicha circunstancia está generando a A una serie de perjuicios, tanto económicos como en orden al plazo de garantía concedido por el fabricante, siendo imposible su reubicación en otro emplazamiento por las especialidades características de la misma y su ubicación exterior.*

*A la vista de todo lo anterior, les rogamos que nos indiquen la fecha en que podamos proceder a su instalación”.*

Con el escrito se adjuntaba un estado de ejecución del presupuesto del contrato que valoraba los gastos realizados en 196.977,92 euros.

A la vista del anterior escrito, la coordinadora de Nuevas Tecnologías emitió informe, fechado el 29 de septiembre de 2011, en el que señalaba las actuaciones necesarias para la instalación de la pantalla en la fachada del edificio y que no se habían previsto en la obra del nuevo edificio realizado. Según el citado informe:

*“Todas estas actuaciones se solicitaron a la empresa constructora B desde el mes de octubre del 2010 sin haber sido ejecutadas hasta el momento. Es por ello, que a día de hoy no es posible la instalación de la pantalla.*

*Asimismo, por parte de este Ayuntamiento aún no ha sido recepcionado ningún elemento de los solicitados en el Pliego de Prescripciones Técnicas y que componen el proyecto y, por tanto, no se ha dado conformidad a ningún elemento”.*

Según resulta del informe de la Asesoría Jurídica Municipal de 27 de abril de 2012, la Dirección General de Urbanismo y Vivienda, conforme se estableció en los acuerdos adoptados por la Junta de Gobierno Local en sus sesiones de 27 de diciembre de 2011 y 24 de abril de 2012, resolvió finalizar las obras del Edificio Intercambiador sin contemplar las precisas para la instalación de la pantalla de LEDS., motivado por la imposibilidad de asumir, dada la situación de la Hacienda Municipal, la totalidad de las obras inicialmente previstas en el Desarrollo del Enclave 13 que lleva a cabo B mediante concesión administrativa en cuyo ámbito se encuentran, entre otras actuaciones, la construcción de los dos Edificios Municipales, el Intercambiador y el Nuevo Edificio Administrativo.

**TERCERO.-** Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 8 de mayo de 2012 se inició expediente de resolución del contrato “*Suministro e instalación de una pantalla de Leds para comunicación institucional al ciudadano en el Ayuntamiento de Alcorcón*” celebrado con la empresa contratista, con los efectos previstos en el artículo 276.3 LCSP, lo que conllevará el derecho del contratista a percibir una indemnización en concepto de beneficio industrial dejado de percibir de doce mil doscientos tres euros con treinta y cinco céntimos (12.203,35 €), correspondiente al 6% del precio del contrato de suministro, IVA excluido. La resolución se notificó a la entidad interesada el 25 de mayo de 2012.

La empresa contratista presentó escrito de alegaciones el día 11 de junio de 2012 en el que se opone a la resolución del contrato y manifiesta su disconformidad con la liquidación propuesta porque considera que en la valoración de los perjuicios debe tenerse en cuenta la imposibilidad de reubicar la vídeo pantalla en el mercado, dado el tiempo transcurrido desde su adquisición, la caducidad de la garantía y la especificidad de la vídeo pantalla. Por ello, concluye, que el importe total de los perjuicios ocasionados debe ascender a ciento veintinueve mil setecientos tres euros con treinta y cinco céntimos (129.703,35 €). Para acreditar estos perjuicios aporta informe pericial de valoración elaborado por un ingeniero industrial.

Con fecha 13 de junio de 2012, la coordinadora de Nuevas Tecnologías emite informe en el que en respuesta a las anteriores alegaciones señala que el departamento de informática no ha visto ni recepcionado ningún elemento de los solicitados en el Pliego de Prescripciones Técnicas; que no se ha podido constatar la construcción efectiva de ninguno de los elementos que componen el sistema global objeto del proyecto; que, en relación con la garantía, según el pliego, “*el adjudicatario debía garantizar el correcto funcionamiento del sistema global completo por un período mínimo de*

*duración de 1 año a contar desde la fecha de la recepción definitiva”, lo que no se ha producido y, finalmente, que aunque las dimensiones de la pantalla son particulares no son excluyentes para su ajuste en otro tipo de proyectos, así como el sistema de audio, vídeo y el software de gestión que podrían aprovecharse en otros proyectos ubicados en el exterior de otros edificios.*

Emitido informe por la Asesoría Jurídica Municipal el 20 de junio de 2012, por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de junio de 2012 se acepta el contenido de este informe, así como el informe de la coordinadora de Nuevas Tecnologías y se propone desestimar la solicitud de indemnización de daños y perjuicios al no acreditarse su existencia, y abonar a la empresa contratista una indemnización de 12.203,35 €. En el Acuerdo se procedió a la suspensión del procedimiento hasta que este órgano consultivo emitiera su preceptivo dictamen, lo que fue comunicado a la empresa contratista el 11 de julio de 2012, tal como consta en el expediente.

Con fecha 29 de junio de 2012, el alcalde de Alcorcón firmó la solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

## CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: *“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”.*

La solicitud de dictamen por el alcalde de Alcorcón se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deportes y portavoz del Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007 (*“Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local”*), y del artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

**SEGUNDA.-** En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 194 LCSP (artículo 210 del Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ( en adelante TRLCSP ) a cuyo tenor *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*.

El artículo 195.1 de la LCSP (211.1 TRLCSP) requiere que en el correspondiente expediente se de audiencia al contratista. El apartado tercero de dicho artículo dispone que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por su parte el artículo 207 de la LCSP (artículo 224.1 TRLCSP), dispone en su apartado primero que *“la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”*. El artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP), regula el procedimiento, al establecer:

*“La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:*

*a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.*

*b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.*

*c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.*

*d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”*.

Por ello, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, resulta la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (cfr. artículos 195.1 LCSP -211.1 TRLCSP) y al avalista si se propone la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP). En nuestro caso, se ha observado el trámite de audiencia al

contratista, tal y como se ha expuesto en la relación fáctica de este dictamen, no resultando necesaria la audiencia al avalista, al no llevar aparejado este procedimiento de resolución la incautación de la garantía.

En el ámbito local, se preceptúan como necesarios, asimismo, para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).

En el caso examinado, figura incorporado el informe de la Asesoría Jurídica Municipal. De acuerdo con la disposición adicional octava de la Ley de Bases de Régimen Local, tras la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre de Modernización del Gobierno Local, aplicable al Ayuntamiento de Alcorcón, por tratarse de un municipio de gran población, *“las funciones que la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas asigna a los secretarios de los ayuntamientos, corresponderán al titular de asesoría jurídica, salvo las de formalización de los contratos en documento administrativo”*.

No obra, en cambio, en el expediente remitido el informe de la Intervención, no existiendo ninguna constancia de que se haya emitido. En todo caso, la omisión de este trámite, como es doctrina de este Consejo, la consideramos una mera irregularidad no invalidante del procedimiento, susceptible de subsanación.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni la LCSP -del mismo modo que su antecesora la LCAP-, ni el RGCAP establecen nada al respecto. Tanto el Consejo de Estado (dictámenes nº 1255/2006 y 692/2006) como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 16/2000, de 16 de abril)

consideran que no ha lugar a aplicar supletoriamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), por ser un procedimiento especial en materia de contratación en donde no se ejercitan potestades administrativas ni de intervención como de forma expresa se recoge en el artículo 44.2 de la LRJ-PAC. Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) 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 muchos, en el dictamen 270/09 de 20 de mayo.

En el presente expediente, el inicio del mismo tuvo lugar el 8 de mayo de 2012, y ha sido remitido al Consejo Consultivo el 29 de junio de 2012, si bien mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de junio de 2012, notificado al contratista, se acordó la suspensión del procedimiento, por el tiempo que medie entre la petición del dictamen de este Órgano Consultivo y la recepción del mismo. Por tanto el expediente no ha caducado.

**TERCERA.-** Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no causa de resolución del contrato en los términos manifestados en la propuesta de resolución remitida para dictamen de este Consejo Consultivo. Previamente debemos examinar a estos efectos, cuál es el régimen jurídico aplicable al contrato que se pretende resolver. Así, hay que tener en cuenta que la disposición transitoria séptima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en vigor desde el 6 de marzo de 2011, establece que: *“Los contratos administrativos regulados*

*por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que hayan sido 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”.* Dicho esto, en el presente caso, teniendo en cuenta que el contrato se adjudicó el 20 de enero de 2011, resulta plenamente aplicable la LCSP antes de su modificación por la referida Ley de Economía Sostenible.

En este caso, la propuesta de resolución se fundamenta en la innecesariedad, debido a la situación económica, de llevar a cabo el suministro al no prestar un servicio básico e imprescindible y por la imposibilidad de ejecutar el mismo ya que, la Junta de Gobierno Local en sus sesiones de 27 de diciembre de 2011 y 24 de abril de 2012, acordó, atendiendo a la misma justificación económica, la liquidación del contrato relativo al Desarrollo del Enclave 13 Ayuntamiento del PGOU en cuyo ámbito se encuentra el edificio intercambiador, por lo que no se realizarán las obras necesarias para instalar la pantalla. Esta motivación se funda en la causa prevista en el artículo 275.c) LCSP (en su redacción anterior a la Ley de Economía Sostenible), esto es, *“el desistimiento o la suspensión del suministro por un plazo superior al año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor”.*

En efecto, a este respecto, cabe señalar que el contrato cuya resolución se interesa es un contrato administrativo de suministro al que resultan aplicables, además de las causas generales de resolución de los contratos previstas en el artículo 206 de la LCSP, las particulares que para este tipo de contratos establece el artículo 275 de la referida Ley, entre las que se incluye, en su apartado b, *“el desistimiento o la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor”.* En este punto, la cláusula 32 del Pliego de

Cláusulas Administrativas Particulares que rige este contrato, se remite a los precitados artículos al establecer las posibles causas de resolución.

Una vez dicho esto, teniendo en cuenta el motivo alegado por la Administración de innecesariedad del servicio contratado, no existiendo otras posibles causas de resolución imputables a la Administración o al contratista, debemos analizar la concurrencia de las condiciones que posibilitan la resolución por desistimiento recogida en el art. 275.b) de la LCSP.

Como ya declaró este Consejo Consultivo en su dictamen 442/11, la Administración se halla investida de unas facultades excepcionales, que no son manifestación de un derecho subjetivo, sino potestades atribuidas por la Ley para atender a los intereses públicos, produciéndose su ejercicio, no de una manera automática, sino cuando lo exija el mencionado interés público implícito en cada relación contractual, dándose así ejecución al art. 103 de la Constitución, en el sentido de servir con objetividad a los intereses generales, que en el ámbito de la contratación administrativa se manifiesta en el cumplimiento del principio de “buena administración”.

El Código Civil contempla la facultad de resolución en su art. 1.124 como respuesta al incumplimiento de uno de los obligados. Frente a dicha rigidez, la normativa administrativa amplía las facultades resolutorias posibilitando la resolución sin que medie incumplimiento sobre la base del interés general. En este sentido, hay que recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1986 (RJ 1986\3271):

*“No obstante lo dicho, el que aquí se dé por buena la existencia de un contrato para la dirección de tan repetidas obras, suscrito entre el Alcalde y el actor, no quiere decir que por ello el Ayuntamiento quede privado de la prerrogativa rescisoria o resolutoria del mismo, si existen motivos fundados para adoptar tal actitud, puesto que en la*

*contratación administrativa, siempre sometida a la idea cardinal de satisfacción del interés público, el ejercicio de dicha prerrogativa es más flexible y abierto que la facultad condicionada, otorgada a los otorgantes de contratos privados, en el art. 1124 del Código Civil, como se comprueba comparando su texto con el recogido en el art. 70 y 71 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9 de enero de 1953”.*

El ejercicio de esta potestad resolutoria, de la que una de sus manifestaciones es el desistimiento, se encuentra reglada desde el punto de vista formal y material, de tal forma que solo puede ser ejercida, según dispone el art. 207 del texto legal “siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca” y cuando concurren las causas definidas en la Ley.

No obstante, el carácter materialmente reglado de las facultades de resolución de los contratos administrativos, la facultad de desistimiento parece configurarse en la Ley con carácter de discrecional, puesto que a diferencia del resto de los supuestos de resolución, no se establece requisito alguno para su procedencia, ni regula la forma de su ejercicio, siendo tanto la doctrina como la jurisprudencia, las que se han encargado de señalar las condiciones que debe revestir su ejercicio, que vienen impuestas por razón del interés público.

Así, el Consejo de Estado de manera inalterable desde su Memoria de 1986, hasta el momento actual, recoge los límites y el ámbito del ejercicio de tal facultad. El dictamen 1208/2008, resume la doctrina señalando que:

*“el desistimiento unilateral de la Administración ha sido en muchas ocasiones admitido como causa resolutoria de los contratos, sin perjuicio cualquier posible pacto de mutuo disenso y siempre y cuando el contratista haya cumplido sus obligaciones de acuerdo con*

*lo establecido en la legislación reguladora de contratos públicos" (dictamen del Consejo de Estado núm. 4.350/97, de 6 de noviembre). Ahora bien, también se ha insistido en que "el desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y, en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ella deberá tener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público (dictamen del Consejo de Estado núm. 1.336/2005, de 17 de noviembre)".*

Efectivamente, esta facultad, como es bien sabido, 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. Así lo ha puesto de manifiesto en su jurisprudencia el Tribunal Supremo en reiteradísimas ocasiones, (Sentencias de 16 abril 1999, RJ 1999\4362 de 23 de junio de 2003, RJ 4413, o Sentencia de 21 septiembre 2006 RJ 2006\6437, entre otras muchas).

Expuestas estas consideraciones, resta por analizar el motivo comunicado al contratista de innecesariedad del servicio contratado y la imposibilidad

de ejecutar el mismo, como justificativo de la decisión administrativa de resolver el contrato.

Es evidente y así lo ha puesto de manifiesto el contratista en su escrito de 5 de agosto de 2011 que la instalación de la vídeo pantalla no podía realizarse hasta que se acometieran diversas actuaciones que no se habían previsto en la obra del nuevo edificio y que consistían en la ampliación de la línea de potencia de 20 KW a 40 KW para la pantalla y la sala de control; la construcción de una puerta de acceso de personas y acceso de cables en la fachada del edificio; colocación de puntos de datos en la sala de control; el establecimiento de una zona provisional para almacenar los equipos electrónicos y resto de materiales durante la instalación y, finalmente, la posibilidad de acceder a la plaza con un camión grúa para la instalación de la pantalla, poniendo en peligro la resistencia del forjado de la plaza. Todas estas actuaciones se solicitaron a la empresa constructora adjudicataria del contrato relativo a la construcción del edificio del Ayuntamiento donde iba a ser instalada la vídeo pantalla. Sin embargo, estas actuaciones no llegaron a realizarse ya que, por la difícil situación financiera por la que atraviesa la Hacienda Municipal, el Plan de Ajuste aprobado por el Pleno Corporativo del 30 de marzo de 2012 en ejecución del R.D.L. 4/2012, de 24 de febrero y la consideración de que, lo que el interés general demanda en el momento de grave crisis económica es una reducción de gastos prescindibles, se determinó la necesidad de liquidar el contrato de concesión para el Desarrollo del Enclave 13 Ayuntamiento, *“en cuyo ámbito se encontraba la ejecución de los nuevos edificios municipales concluyéndose el edificio intercambiador sin las obras precisas para poder instalar la pantalla de Leds por carecer ésta de utilidad al servicio público de carácter básico”*.

La liquidación del contrato de concesión para el Desarrollo del Enclave 13 Ayuntamiento, se acordó por la Junta de Gobierno Local en sus

sesiones de 27 de diciembre de 2011 y 24 de abril de 2012. Liquidado el meritado contrato y constatada la imposibilidad de la instalación de la vídeo pantalla, procede la resolución de este segundo contrato.

Entiende este Consejo que las circunstancias invocadas por la Administración contratante para resolver el contrato de referencia entran dentro del margen de apreciación del interés público que corresponde a la Administración y constituye una base mínima y razonable para proceder a la resolución del contrato, sin que resulte por tanto el desistimiento infundado ni contrario al ordenamiento jurídico.

Por otra parte, resulta claro a tenor del expediente tramitado, que la voluntad resolutoria de la Administración, por el motivo alegado de innecesariedad del servicio contratado e imposibilidad de ejecución del mismo ha sido convenientemente puesta de manifiesto al contratista, que ha podido alegar contra la misma en el oportuno trámite de audiencia conferido al efecto.

**CUARTA.-** Una vez apreciada la concurrencia de causa para la resolución del contrato, procede determinar los efectos de la misma.

En primer lugar, es preciso pronunciarse acerca de la garantía constituida. A tal efecto, el artículo 208 de la LCSP (artículo 225.3 TRLCSP), señala que *“En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida”*. En el presente caso, no mediando incumplimiento del contratista, la garantía constituida por importe de 10.169,49 euros ha de ser devuelta, ex artículos 90.1 y 208.5 de la LCSP (102.1 y 225.3 TRLCSP).

En segundo lugar, procede pronunciarse sobre los efectos de la resolución a tenor de lo dispuesto en el artículo 276 de la LCSP que establece lo siguiente:

*“1. La resolución del contrato dará lugar a la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados, y, cuando no fuera posible o conveniente para la Administración, habrá de abonar ésta el precio de los efectivamente entregados y recibidos de conformidad.*

*(...)*

*3. En el caso de desistimiento o de suspensión del suministro por plazo superior a un año por parte de la Administración, el contratista tendrá derecho al 6 por 100 del precio de las entregas dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial”.*

El contratista alega que, junto con el lucro cesante reconocido por la Administración, se le debe indemnizar el daño emergente, consistente en el gasto de la vídeo pantalla objeto de suministro, al no haberse podido instalar por causas no imputables a él. Además, añade, resulta imposible reubicar la vídeo pantalla en el mercado por la especificidad de la tecnología utilizada, la caducidad de la garantía y la especificidad de la vídeo pantalla. Por tanto, considera que se le deben indemnizar, en concepto de daño emergente, 117.500 euros. Para probar la realidad de estos daños, aporta un informe pericial de valoración de daños según el cual el contratista, para efectuar el suministro compró a C la vídeo pantalla y sistema de control (79.500 euros) y a D el sistema de audio (17.500 euros) por un importe total de 98.000 euros. A estos gastos le añade 1.000 euros por el coste del diseño y fabricación de la estructura soporte de la vídeo pantalla y 12.500 euros por otros costes asociados a la instalación.

En el presente caso, al no haberse efectuado la entrega de los bienes y su recepción de conformidad por la Administración no procede la devolución o, en su caso, el abono de los mismos.

Sin embargo el contratista no ha acreditado que la resolución del contrato le suponga un perjuicio mayor que exija complementar el mínimo del 6 % de las entregas dejadas de realizar.

El contratista no aporta, pese a haber tenido la oportunidad de hacerlo, siendo sumamente fácil para él, las correspondientes facturas de compra de los componentes, ni siquiera los albaranes de entrega de los productos, que acreditarían la compra a terceros por valor de 98.000 euros.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007 (recurso de casación nº 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”.*

El contratista no ha probado la compra de los materiales ni con las correspondientes facturas ni con los albaranes de entrega y tampoco ni acredita, ni tan siquiera indica, la fecha en que el contratista efectuó la supuesta compra de los bienes a terceros, desconociendo la Administración

consultante la fecha de la supuesta compra de los productos, pese a que el contratista advirtió en su escrito enviado por burofax el 5 de agosto de 2011 que el supuesto acopio de materiales estaba generando perjuicios en orden al plazo de garantía concedido por el fabricante. Tampoco prueba en sus alegaciones de que se trate de un material obsoleto, no válido para otras instalaciones con difícil colocación en el mercado. Por último, el contratista tampoco acredita los costes propios que afirma que se le han producido, de los que no solo no aporta documento alguno que los respalde sino que tan siquiera desglosa, lo que no hubiera ocasionado ningún esfuerzo probatorio al contratista.

En consecuencia, al no haberse probado por el contratista el daño emergente, el importe de la indemnización debe limitarse al 6% del beneficio industrial y, por tanto, a 12.203,39 euros.

Se observa, no obstante, que la propuesta de resolución cifra la indemnización en 12.203,35 euros, lo que debe atribuirse a un error mecanográfico.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente,

## CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de *“Suministro e instalación de una pantalla de Leds para comunicación institucional al ciudadano en el Ayuntamiento de Alcorcón”*, debiéndose indemnizar al contratista con el 6% de las entregas dejadas de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener, y que asciende a 12.203,39 euros, con devolución de la garantía.

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.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA AL PRESENTE  
DICTAMEN LA CONSEJERA, DÑA. ROSARIO LAINA  
VALENCIANO**

«Discrepando cordial y respetuosamente del parecer de la mayoría en el dictamen 496/12 de la Sección IV que emite este Consejo con fecha 5 de septiembre de 2012 en expediente 453/12, por el que se acuerda que resulta procedente la resolución del contrato sometida a consulta a la que se anuda el derecho de la contratista a percibir 12.203,39 euros en concepto de beneficio industrial dejado de percibir, rechazándose la petición de indemnización de daños y perjuicios formulada por la misma por estimar que éstos no se hallaban acreditados, formulo al amparo del artículo 15.3 de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Voto Particular, expresando mi parecer desfavorable a que se llegue a dicha conclusión mediando los vicios de forma que se pasan a exponer y que por provocar indefensión, motivarían, a mi juicio, la retroacción del procedimiento de resolución contractual incoado.

Comparto con la mayoría la procedencia del desistimiento contractual instado por la Administración por haber justificado la concurrencia de razones de interés general que exigen esa solución drástica en ejercicio de una facultad exorbitante que a la Administración corresponde, así como la

doctrina, mantenida tanto en el informe de la asesoría jurídica municipal que sustenta la propuesta de resolución sometida a consulta como en el dictamen al que me opongo, de reconocer al contratista el derecho a ser indemnizado con el 6% de las entregas dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial pendiente de obtener y con el resto de daños, cuya efectividad conste acreditada, producidos con ocasión del desistimiento. Este último derecho del contratista, tiene su apoyo en la jurisprudencia, constituyendo un ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007 (recurso de casación nº 5179/2005) citada en el dictamen, que tiene su origen en otra anterior de 30 de diciembre de 1983, RJ 1983\6843, que manifestaba con rotundidad:

*“...no sería lícito que la Administración pudiese modificar un contrato, suspender unas obras o resolver un contrato, sin que al propio tiempo resultase obligada a mantener la «equivalencia honesta del contrato administrativo» que funda el derecho del contratista al perfecto restablecimiento de la ecuación financiera del contrato como contrapartida de los poderes de la Administración”.*

De este modo, acogida dicha doctrina, la propuesta de resolución y el dictamen indemnizan con el 6% previsto legalmente y exento de prueba, y rechazan el resto de daños alegados por la contratista, por una cuestión de índole puramente formal, como es la falta de aportación de la documentación acreditativa de la compra de los materiales integrantes de la pantalla objeto de suministro y el rechazo de plano, sin razonamiento que le sirva de sustento, de la argumentación de la pericial, elaborada a instancias de la contratista, por la empresa E sobre el perjuicio ocasionado dada la dificultad de emplear el material adquirido en otro proyecto. En definitiva, es la referida cuestión formal, la que motiva la discrepancia que se manifiesta en el presente voto particular, pues frente a la opinión de la mayoría, sostengo que la Administración está obligada a realizar una

valoración motivada de rechazo a la prueba pericial aportada por la contratista, actuación ésta que ha sido absolutamente omitida, estimando asimismo que el expediente administrativo contiene datos que hacen presumir la existencia de los daños y perjuicios alegados, presunción que hubiera podido traducirse en certeza de haberse desarrollado una instrucción adecuada a los principios que rigen el desarrollo del procedimiento administrativo, entre los que se encuentran el de la oficialidad, alejado de la rigidez del procedimiento judicial que ha sido aplicada tanto por la propuesta de resolución como por el dictamen al que me opongo, lesionando el derecho de la contratista a resultar indemne ante el uso legítimo de la Administración del ejercicio de facultades exorbitantes en defensa del interés general que representa.

En lo que se refiere a las deficiencias de la valoración de la prueba pericial aportada, se ha de recordar que la pericia entendida como la aportación al procedimiento del saber técnico y especializado sobre los hechos objeto del mismo, es admitida como medio de prueba en la amplia fórmula contenida en el artículo 80.1 de la LRJ-PAC. En este sentido se manifestaba este Consejo Consultivo en Dictamen 307/11:

*“Por la remisión general del art. 80.1 LRJA-PAC al Derecho probatorio, confirmada por la constante invocación y aplicación de preceptos de esa naturaleza (muy especialmente los contenidos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC), tanto por órganos administrativos como por los Tribunales de Justicia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, los dictámenes de periciales han de ser valorados conforme a “las reglas de la sana crítica” (art. 348 LEC). No es necesario extenderse aquí sobre el significado de esa consagrada expresión legal y es suficiente recordar que, contrapuesta la valoración o apreciación de la prueba según parámetros legales firmes y seguros (“prueba legal”) a la “libre*

*valoración de la prueba”, la invocación de las “reglas de la sana crítica” significa, por un lado, vedar tajantemente una valoración arbitraria, caprichosa y plenamente inmotivada y, por otro, indicar, como guía de la valoración de la prueba, la consideración debida a reglas de la experiencia que son generalmente aceptadas y utilizadas por personas con buena capacidad de juicio. Los dictámenes de ciertos expertos, los peritos, pese a caracterizarse por aportar conocimientos generales en determinados ámbitos, conocimientos que no tiene por qué poseer quien es llamado a dictaminar o enjuiciar conforme a Derecho, carecen secularmente de fuerza vinculante, que, por lo demás, sería inviable en todos los casos, nada infrecuentes, de dictámenes divergentes o contradictorios. Quiere nuestro ordenamiento jurídico que sea la autoridad dictaminante o enjuiciadora quien, conforme a criterios razonables, decida el valor atribuible a un dictamen pericial y, más en concreto, para casos de pluralidad de dictámenes que opinión experta merece mayor credibilidad en los puntos en que sea relevante el criterio del perito o peritos.”*

Pues bien, en el presente caso, tanto la Administración consultante como el dictamen objeto del presente voto particular, inmotivadamente, con la sola argumentación de *“estos daños y perjuicios no se acreditan en modo alguno”* o *“tampoco prueba su alegación de que se trata de un material obsoleto y de difícil ubicación en el mercado”*, se rechazan los análisis de las características más comunes de las pantallas leds en el mercado elaboradas por la pericial, que revelaban la especialidad por tamaño, pixel pitch, o luminosidad de la que fue objeto de suministro, especialidad que hacía difícil su aprovechamiento en otro proyecto y que en definitiva sustentaba la causación del daño y perjuicio alegado. No se opone a los razonables argumentos de la pericial acompañados de un documento fotográfico de las diferentes instalaciones realizadas por la contratista, como sería exigible, una motivación que, que con anclaje en datos objetivos, como los utilizados

por la pericial, revelase las altas posibilidades que existen en el mercado para el uso de los componentes adquiridos en cualquier otro proyecto que se le encargase a la contratista evidenciando de este modo la ausencia de perjuicio. Antes bien, a pesar de reconocerse en el informe técnico elaborado por la coordinadora de nuevas tecnologías del Ayuntamiento de Alcorcón las peculiares dimensiones de la pantalla (*“Si bien es cierto, que las dimensiones de la pantalla son particulares, no son excluyentes...”*), se rechaza de forma absolutamente inmotivada, la veracidad del perjuicio, vulnerando frontalmente los principios que rigen en materia de prueba, que tal y como establecíamos en el Dictamen citado *“vedan valoraciones arbitrarias, caprichosas y plenamente inmotivadas”*, produciendo una indefensión prevista en el artículo 63.2 de la LRJ-PAC, que a mi juicio hubiera motivado un pronunciamiento de este Consejo de retrotraer el procedimiento en orden a exigir una valoración motivada del rechazo a la prueba pericial presentada por la contratista.

En lo que se refiere a la falta de acreditación de la compra de los componentes, segundo argumento empleado para rechazar la solicitud de indemnización de daños y perjuicios, entiendo que para que estos alcancen la categoría de indemnizables ha de estar acreditada su realidad, efectividad e importe, así que, más allá del 6% de pérdida del beneficio industrial que se halla exento de prueba por previsión legal, no resulta admisible ni presumible su existencia. Efectivamente, tal y como se plantea en la propuesta de resolución y en el dictamen, no se han aportado los documentos (facturas o albaranes) justificativos de las compras realizadas por la contratista de los materiales para el suministro e instalación de la pantalla leds, pero la realidad de las mismas se plasma en el expediente instruido. Así resulta del informe de la empresa E de evaluación del perjuicio económico, elaborado por ingeniero industrial colegiado con fecha 12 de junio de 2012, acompañado por la contratista:

*“Tras la formalización del contrato entre el ayuntamiento de Alcorcón y A, la empresa adjudicataria inició la fabricación de la instalación, así como la compra a distintos proveedores de los componentes necesarios para su ejecución. Así, entre marzo y principios de mayo de 2011, A dejó la instalación preparada en sus almacenes para ser montada en la fachada del Ayuntamiento de Alcorcón en el momento en el que el Ayuntamiento acometiera en la fachada del edificio los trabajos previos necesarios para la instalación de la pantalla. En la fecha de la visita pericial a las instalaciones de A. en 4 de junio de 2012, se pudo comprobar que los componentes de la instalación, se encontraban aún en los almacenes de A, preparados para su suministro e instalación”.*

El mismo informe recoge una relación pormenorizada de dichas compras.

En consonancia con las manifestaciones recogidas en el informe pericial, y abundando en la realidad de las compras realizadas a los distintos proveedores, consta en el expediente administrativo burofax remitido por la contratista al Ayuntamiento de Alcorcón de fecha 5 de agosto de 2011, por tanto 9 meses antes de que se iniciase el procedimiento de resolución, con la finalidad de recordar al Ayuntamiento la necesidad de que se acometiesen en la fachada del edificio municipal las obras necesarias para posibilitar la instalación de la pantalla objeto del suministro contratado, en donde, de manera espontánea y por tanto sin ninguna intención de preconstituir una prueba encaminada a acreditar un perjuicio inexistente, se manifiesta que la compra de los componentes, en esa fecha ya se había realizado: *“Como también les hemos manifestado, la pantalla y todo el material preciso para su instalación fue ya adquirido hace algunas fechas y se encuentran acopiados para su instalación, sin que, por causas imputables a Vds., no haya sido posible hasta la fecha”.*

Que las compras fueron realizadas con anterioridad al inicio del procedimiento de resolución en mayo de 2012, no solo se sustenta en la anterior documentación integrante del expediente administrativo, sino que se revela coherente con el plazo estipulado de 4 meses de ejecución del contrato. Ante tan corto espacio de tiempo, resulta razonable que la contratista para cumplir en el tiempo estipulado, de forma inmediata con posterioridad a la adjudicación del contrato en diciembre de 2010, procediera a la compra de los componentes de la pantalla, que, no olvidemos, no se pudo instalar en el referido plazo, por razones tan solo imputables a la Administración contratante, al no estar finalizada la fachada exterior en donde se preveía su ubicación.

Ante las dudas que albergaba la Administración consultante de la existencia de esas compras, de su importe y efectividad, entiendo que su proceder no se ha ajustado a derecho, teniendo en cuenta que la contratista no se ha mantenido al margen de la carga de la prueba que le corresponde, pues ha aportado un informe pericial encaminado precisamente a justificar la valoración del perjuicio económico sufrido. Así, el principio de buena fe en las relaciones entre Administración y particulares, tradicional en nuestro derecho (sentencia Tribunal Supremo 6 de julio de 2012 Rec. 288/2011, fundamento jurídico 10º) y las características propias del procedimiento administrativo, categoría a la que pertenece el presente procedimiento de resolución contractual, exigen que por la Administración consultante se desarrolle una actuación instructora encaminada a acreditar los hechos sobre los que se suscitan dudas y que constituyen el fundamento de su resolución, actuación que hubiera quedado plenamente acometida de haber mediado un simple requerimiento de la prueba documental que echa en falta. La omisión de esta actuación, no es baladí, pues con ella se han sustraído elementos de juicio necesarios para adoptar una resolución con garantías de acierto. La rigidez del proceso civil inspirado por el principio dispositivo, supone que el Juez se pronuncie exclusivamente sobre los

hechos aportados por las partes y con fundamento en las pruebas por ellas ofrecidas. En el procedimiento administrativo rige el principio de oficialidad plasmado en la LRJ-PAC, artículos 74: “*el procedimiento se impulsará de oficio en todos sus trámites*” y 78.1 “*los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento*”. De este modo, la Administración instructora a diferencia del Juez civil, cuenta con unos poderes al tiempo que se le impone una carga en la prueba de los hechos sobre los que ha de resolver que, en el presente caso, hacían exigible antes de pronunciarse sobre la falta de acreditación de los perjuicios ocasionados y valorados pericialmente, el requerimiento de los documentos que aportasen la certeza de la efectividad y cuantificación de los daños que se ponen en duda. En el procedimiento administrativo, la Administración instruye y dicta resolución, lo que significa que en no pocas ocasiones prueba para sí misma, promueve una actividad de acreditación de hechos que ella va a valorar, con la finalidad de dictar resoluciones con garantía de acierto, dando efectividad a los derechos de los administrados y a los principios de actuación recogidos en la Constitución Española. Tal y como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos de la LRJ-PAC,

*“La Constitución de 1978 (RCL 1978, 2836) alumbra un nuevo concepto de Administración, sometida a la ley y al Derecho, acorde con la expresión democrática de la voluntad popular. La Constitución consagra el carácter instrumental de la Administración, puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos..... El régimen jurídico de las Administraciones Públicas debe establecerse desde este concepto y trascender a las reglas de funcionamiento interno, para integrarse en la sociedad a la que sirve como el instrumento que promueve las condiciones para que los derechos constitucionales del*

*individuo y los grupos que integran la sociedad sean reales y efectivos.”*

En definitiva, en el presente caso la actuación de la Administración consultante no se ha ajustado a las exigencias legalmente vigentes en materia de valoración de la prueba y ha seguido una instrucción inspirada por principios propios del ámbito judicial y ajenos al procedimiento público que han generado una clara quiebra de derechos que, a mi juicio fundamentarían la retroacción del procedimiento, conclusión que no ha sido adoptada en el presente dictamen y que ha motivado el voto particular que presento».

Madrid, 11 de septiembre de 2012

