

Dictamen n^o: **343/12**
Consulta: **Consejera de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **06.06.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 6 de junio de 2012, emitido ante la consulta formulada por la consejera de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con expediente sobre resolución del contrato de consultoría y asistencia, denominado *“Elaboración del Plan Especial, Proyecto de Ejecución de Urbanización y Trabajos Complementarios, Proyecto Básico y Proyecto de Ejecución de Edificación y Dirección de las Obras de Construcción de 410 viviendas públicas, garaje y trasteros en la parcela A del Plan Parcial Los Ahijones”* celebrado con la entidad B (en adelante el contratista).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 8 de febrero de 2012 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por la consejera de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, el 2 de febrero de 2012, en relación al expediente de resolución del contrato de consultoría y asistencia, denominado *“Elaboración del Plan Especial, Proyecto de Ejecución de Urbanización y Trabajos Complementarios, Proyecto Básico y Proyecto de Ejecución de Edificación y Dirección de las Obras de Construcción de 410 viviendas públicas, garaje y trasteros en la parcela A del Plan Parcial*

Los Ahijones” celebrado con la entidad anteriormente citada. Ha correspondido su ponencia a la Sección IV, presidida por la Excm. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso, 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 junio de 2012.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

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

Por Resolución del director gerente del IVIMA de fecha 24 de junio de 2006 se acordó el inicio y tramitación del expediente de contratación denominado *“Elaboración del Plan Especial, Proyecto de Ejecución de Urbanización y Trabajos Complementarios, Proyecto Básico y Proyecto de Ejecución de Edificación y Dirección de las Obras de Construcción de 410 viviendas públicas, garaje y trasteros en la parcela A del Plan Parcial Los Ahijones”* (MADRID) con un presupuesto de licitación de 1.212.080,13 euros a adjudicar por el procedimiento abierto mediante concurso (folio 1 del expediente administrativo).

El 28 de noviembre de 2006 el director gerente del IVIMA dictó resolución por la que aprobaba el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el de Prescripciones Técnicas Particulares que habían de regir el citado contrato, aprobaba el gasto y el expediente de contratación y acordaba la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato (folio 2).

Por resolución de 8 de agosto de 2007, el director gerente del IVIMA acordó adjudicar el contrato a la entidad B, por el precio de 926.840

euros conforme a la propuesta formulada por la mesa de contratación (folio 3).

Con fecha 11 de diciembre de 2007 se firmó el meritado contrato por el director gerente del IVIMA y el representante de la entidad contratista (folios 4 a 9).

Previamente, el 6 de septiembre de 2007, la contratista había constituido una garantía definitiva para responder del cumplimiento del contrato por importe de 37.073,60 euros (folio 10).

Por resolución de 1 de abril de 2008, del director gerente del IVIMA, se aprobó el Avance de Plan Especial y Anteproyecto de Edificación de 410 viviendas públicas, garaje y trasteros en la parcela A del Plan Parcial Los Ahijones (MADRID) (folio 11).

Con fecha 7 de abril de 2008 se firmó acta de recepción-consultoría del Avance de Plan Especial y Anteproyecto de Edificación (folio 12). La entidad contratista certificó y cobró la cantidad correspondiente a esta fase que ascendía a 26.452,61 euros (folios 13 a 16).

El día 26 de noviembre de 2008 se firmó acta de recepción-consultoría por la redacción del Plan Especial, certificándose el 80% de su valor, cuya cuantía ascendía a 15.611,48 euros. Según el contrato firmado por las partes, el 20% restante por la redacción del Plan Especial sería abonado a la aprobación definitiva por la Comisión de Urbanismo de Madrid (folios 17 a 21).

Con fecha 15 de marzo de 2011, el Área de Promoción y Rehabilitación del IVIMA emite informe en el que propone la rescisión de los contratos correspondientes a las parcelas A, C y D, *“a la vista del tiempo transcurrido desde el inicio de las actuaciones y de la imposibilidad de prever la disponibilidad del suelo”*. Según el citado informe:

“Una vez aprobados inicialmente se expusieron a información pública por el plazo de un mes y fueron objeto de informes sectoriales emitidos por los diferentes organismos afectados. El principal escollo planteado por los informes recibidos, tanto los sectoriales, como el municipal, como el de la propia Consejería, se centraba en un problema ajeno a los propios Planes Especiales, que radicaba en una calificación acústica inapropiada para el uso residencial que el Plan Parcial de Ahijones había establecido para las tres parcelas de Redes Supramunicipales de Vivienda Pública. La única salida posible era la modificación del citado Plan Parcial.

Estando en tramitación una modificación puntual del Plan Parcial de Ahijones se formularon las correspondientes alegaciones durante el periodo de información pública solicitando que se tomaran las medidas urbanísticas necesarias que posibilitaran una calificación acústica de las tres parcelas compatible con el uso residencial. Dichas alegaciones fueron atendidas y recogidas en la aprobación inicial de la citada modificación.

Una vez se apruebe definitivamente esta modificación del Plan Parcial (prevista para el pleno municipal de este mes de marzo), se estará en condiciones de realizar el resto de modificaciones requeridas en los informes recibidos y solicitar la aprobación definitiva de los tres Planes Especiales.

Mientras tanto, el desarrollo urbanístico del Sector de Los Ahijones se encuentra muy ralentizado, con unas obras de urbanización casi paralizadas a la espera del definitivo establecimiento de la ordenación y de la programación establecida en el plan de etapas. El Plan de Etapas que ahora se aprobará definitivamente no modifica el vigente aprobado en su día, pero se tiene la intención de proponer uno nuevo posteriormente que prevea un crecimiento urbano a partir de los medios de transporte público previstos en el sector.

Ante tales incertidumbres no es posible, a fecha de hoy, hacer previsiones sobre la disponibilidad del suelo para el inicio de las obras en cualquiera de las tres parcelas que está desarrollando el IVIMA”.

TERCERO.- Por resolución del 13 de julio de 2011, el director gerente del IVIMA acordó el inicio del expediente de resolución del contrato denominado *“Elaboración del Plan Especial, Proyecto de Ejecución de Urbanización y Trabajos Complementarios, Proyecto Básico y Proyecto de Ejecución de Edificación y Dirección de las Obras de Construcción de 410 viviendas públicas, garaje y trasteros en la parcela A del Plan Parcial Los Ahijones”* celebrado con la empresa contratista, con los efectos previstos en el artículo 215.3 TRLCAP (folio 25).

La citada resolución que se notificó a la entidad interesada el 18 de julio de 2011 (folios 26 y 27).

La empresa contratista presentó escrito de alegaciones el día 28 de julio de 2011. En él manifestaba que no se oponía a la resolución por desistimiento unilateral del IVIMA del contrato, si bien reclamaba 126.664,07 euros más IVA, en concepto de trabajos realizados y no facturados y en concepto de beneficio dejado de obtener, y 150.663,57 por los daños y perjuicios, gastos e intereses y coste de la garantía definitiva, con el abono de intereses en ambos casos y la devolución de la garantía definitiva (folios 28 a 33).

Con fecha 5 de septiembre de 2011, el jefe del Área de Contratación del IVIMA elaboró propuesta de resolución del contrato por concurrir la causa de resolución prevista en el artículo 111.i) TRLCAP, en relación con el artículo 214.b) TRLCAP. En la propuesta, se tomaba como cantidad pendiente de certificar 880.873,31 euros que, tras la deducción del IVA aplicable (16%), resultaba 759.373,31 euros, por lo que el

importe de la indemnización resultante era de 75.937,33 euros (folios 34 a 38).

De la propuesta de resolución se dio traslado a la empresa contratista, quien hizo alegaciones, presentadas el día 16 de septiembre de 2011. En ellas, volvía a manifestar su disconformidad con el importe de la indemnización fijada y solicitaba, además de la cantidad reconocida, 50.390,28 euros en concepto de trabajos realizados y no facturados y 150.663,57 euros en concepto de daños y perjuicios causados como consecuencia directa del retraso y paralización definitiva del proyecto objeto del contrato, los gastos generados, incluidos los gastos de aval.

El día 21 de septiembre de 2011 se dictó nueva propuesta de resolución en la que, a la vista de las alegaciones realizadas por la empresa contratista decía: *“las circunstancias y los efectos que el contratista pretende en su escrito de alegaciones, en nada desvirtúan lo que se acuerda en la propuesta de resolución notificada en septiembre de 2011”*, por lo que proponía acordar la resolución del contrato, y declaraba la procedencia de una indemnización de 75.937,33 euros y proceder a la devolución de la garantía definitiva (folios 46 a 50).

Consta en el expediente remitido informe del Servicio Jurídico en el IVIMA, de 5 de octubre de 2011, favorable a la propuesta de resolución en el que se advertía de la posible caducidad del expediente (folios 51 a 59).

Con fecha 11 de octubre de 2011, el secretario general del IVIMA remitió el expediente a la consejera de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, para que solicitara dictamen preceptivo al Consejo Consultivo. Asimismo, la solicitud de dictamen a este órgano consultivo se remitió a los interesados en el procedimiento, a efectos de interrumpir el plazo de caducidad (folio 60). No consta en el expediente el acuse de recibo de la

empresa contratista que acredite que, efectivamente, se les notificó tal resolución.

El día 4 de noviembre de 2011, el secretario general del IVIMA, solicitó a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio que se retirara la solicitud de dictamen al Consejo Consultivo y la devolución del citado expediente, *“debido a que no se va a hacer efectiva la propuesta de resolución del contrato”* (folio 61). En atención al anterior escrito, el día 10 de noviembre de 2011, el jefe de Área de Régimen Jurídico de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio devolvió el expediente de propuesta de resolución del contrato (folio 62).

Con fecha 14 de diciembre de 2011, el subdirector general de proyectos y obras de la Dirección de Área de Promoción y Rehabilitación del IVIMA firmó escrito (folio 63) en el que se exponía: *“De conformidad con el informe propuesta de resolución del contrato de esta Dirección del Área de fecha 15 de marzo de 2011, se ha procedido en diversas reuniones a intentar establecer con el adjudicatario, de mutuo acuerdo, la compensación como beneficio dejado de obtener por los proyectos y trabajos pendientes de realizar, no llegando a ningún acuerdo.*

Estipulan una cantidad por diversos conceptos de gastos independientemente de la correspondiente a la aplicación del artículo 215.3 del TRLCAP, por lo que se solicita la remisión del expediente al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid para el dictamen correspondiente”.

El 2 de febrero de 2012, se acordó por la consejera de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio la solicitud de informe preceptivo a este Consejo Consultivo.

Con fecha 14 de marzo de 2012, este Consejo Consultivo emitió dictamen nº 153/12 en el que se concluía que el expediente había caducado por el transcurso de tres meses en su tramitación desde el acuerdo de inicio, si bien el IVIMA podía proceder a la incoación de un nuevo expediente *“conservando los actos del expediente anterior cuyo contenido se hubiera mantenido igual, en aplicación del artículo 66 LRJ-PAC”*.

A vista del dictamen emitido por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, el 12 de abril de 2012, el director gerente del IVIMA acuerda *«el inicio del expediente de resolución del contrato: “Elaboración del Plan Especial, Proyecto de Ejecución de Urbanización y Trabajos Complementarios, Proyecto Básico y Proyecto de Ejecución de Edificación y Dirección de las Obras de Construcción de 410 viviendas públicas, garaje y trasteros en la parcela A del Plan Parcial Los Ahijones (Madrid), conservando los actos y trámites del expediente anterior cuyo contenido se mantiene en idénticos términos, de acuerdo con el artículo 66 LRJ-PAC” y “solicitar dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid de conformidad con lo previsto en el artículo 109 del RGLCAP y el artículo 13.1.f) y 14.2 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, invocándose en orden a impedir la caducidad del procedimiento el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC”* (folios 64 y 65).

El día 18 de abril de 2012 se notifica a la empresa contratista escrito de 13 de abril de 2012 del jefe del Área de Contratación del IVIMA que dice: *«Adjunto se remite resolución del Director gerente de 12 de abril de 2012 en la que se acuerda el inicio del expediente de resolución del contrato denominado: “Elaboración del Plan Especial, Proyecto de Ejecución de Urbanización y Trabajos Complementarios, Proyecto Básico y Proyecto de Ejecución de Edificación y Dirección de las Obras de Construcción de 410 viviendas públicas, garaje y trasteros en la*

parcela A del Plan Parcial Los Ahijones (Madrid)”, conservando los actos y trámites del expediente anterior cuyo contenido se mantiene en idénticos términos, de acuerdo con el artículo 66 LRJ-PAC, para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 109.1.a) del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, en el plazo de 10 días naturales presente las alegaciones que, en su caso, estime oportunas» (folios 66 y 67). No consta en el expediente remitido que la empresa contratista haya presentado nuevas alegaciones.

Con fecha 10 de mayo de 2012, la consejera de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio firma 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*”.

Por remisión, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP) -aplicable a este contrato, adjudicado el 8 de agosto de 2007- dispone en su artículo 59.3 que “(...) *será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución [de los contratos], cuando se formule oposición por parte del contratista*”.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos tanto el artículos 59.1 del TRLCAP, como el actual artículo 211 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, en adelante, TRLCSP, exigen que en el procedimiento de resolución contractual se dé audiencia al contratista, siendo asimismo 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, tanto el artículo 112 del TRLCAP, como el artículo 224 del TRLCSP, atribuyen la competencia para la resolución del contrato al órgano de contratación, mediante el procedimiento establecido en desarrollo de la Ley. 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 y dispone:

“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”.

De la meritada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista. En el presente caso, se ha observado dicho trámite, al haberse concedido el mismo en la notificación de 18 de abril de 2012. No consta en el expediente remitido que haya efectuado alegaciones. No obstante, dado que el IVIMA en el acuerdo de inicio de procedimiento de resolución del contrato ordena la conservación “*de los actos y trámites del expediente anterior cuyo contenido se mantiene en idénticos términos, de acuerdo con el artículo 66 LRJ-PAC*”, debe considerarse que también se conservan las alegaciones efectuadas por la empresa contratista el 15 de julio de 2011 y el 5 de septiembre de 2011, como se ha expuesto en la relación fáctica de este dictamen. En sus alegaciones, la empresa contratista, si bien no se opone a la causa de resolución propuesta por el Ayuntamiento, solicita el abono de una indemnización mayor de la propuesta por la Administración. Al proponerse la devolución de la garantía definitiva, resulta innecesaria la notificación del procedimiento a la entidad avalista.

TERCERA.- La propuesta de resolución del contrato de consultoría y asistencia denominado “*Elaboración del Plan Especial, Proyecto de*

Ejecución de Urbanización y Trabajos Complementarios, Proyecto Básico y Proyecto de Ejecución de Edificación y Dirección de las Obras de Construcción de 410 viviendas públicas, garaje y trasteros en la parcela A del Plan Parcial Los Ahijones” se fundamenta en el desistimiento o la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración, con los efectos previstos en el artículo 215.3 TRLCAP.

Las causas de resolución de los contratos se contemplan, con carácter general en el artículo 111 de la TRLCAP, cuya letra i) se remite a las causas típicas de cada figura contractual, respectivamente. El artículo 214 TRLCAP regula las causas de resolución de los contratos de consultoría y asistencia, cuya letra b) admite el desistimiento o la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración. Los efectos del mismo son, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215.3 TRLCAP, la indemnización al contratista del 10 por 100 del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener.

Respecto de la facultad de desistimiento, no establece la ley los supuestos en que procede la misma, ni regula la forma de su ejercicio, siendo tanto la doctrina como la jurisprudencia la que se ha encargado de señalar las condiciones que deben 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 de 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 está limitada por la norma general imperativa por la cual 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).

Como ya señaló este Consejo Consultivo en su anterior Dictamen nº 153/12, la resolución del presente contrato obedece a los parámetros indicados y debe considerarse debidamente justificado que la prosecución del contrato supone un perjuicio para el interés general.

En el presente caso, como se refleja en los antecedentes de hecho, *“El principal escollo planteado por los informes recibidos, tanto los sectoriales, como el municipal, como el de la propia Consejería, se centraba en un problema ajeno a los propios Planes Especiales, que radicaba en una calificación acústica inapropiada para el uso residencial que el Plan Parcial de Ahijones había establecido para las tres parcelas de Redes Supramunicipales de Vivienda Pública. La única salida posible era la modificación del citado Plan Parcial.*

Estando en tramitación una modificación puntual del Plan Parcial de Ahijones se formularon las correspondientes alegaciones durante el periodo de información pública solicitando que se tomaran las medidas urbanísticas necesarias que posibilitaran una calificación acústica de las tres parcelas compatible con el uso residencial. Dichas alegaciones fueron atendidas y recogidas en la aprobación inicial de la citada modificación.

Una vez se apruebe definitivamente esta modificación del Plan Parcial (prevista para el pleno municipal de este mes de marzo), se estará en condiciones de realizar el resto de modificaciones requeridas en los informes recibidos y solicitar la aprobación definitiva de los tres Planes Especiales.

Mientras tanto, el desarrollo urbanístico del Sector de Los Ahijones se encuentra muy ralentizado, con unas obras de urbanización casi paralizadas a la espera del definitivo establecimiento de la ordenación y de la programación establecida en el plan de etapas. El Plan de Etapas que ahora se aprobará definitivamente no modifica el vigente aprobado en su día, pero se tiene la intención de proponer uno nuevo posteriormente que prevea un crecimiento urbano a partir de los medios de transporte público previstos en el sector.

Ante tales incertidumbres no es posible, a fecha de hoy, hacer previsiones sobre la disponibilidad del suelo para el inicio de las obras en cualquiera de las tres parcelas que está desarrollando el IVIMA”.

Estas incertidumbres sobre la disponibilidad del suelo determinan la imposibilidad de realizar las prestaciones en que consiste el objeto del contrato, situación que es incompatible con el interés general y que justifican la resolución del contrato.

CUARTA.- En el presente caso, la empresa contratista no se opone propiamente a la resolución del contrato sino a la indemnización propuesta por la Administración, consistente en 75.937,33 euros.

La empresa contratista considera que, junto con el abono la cantidad indicada en la propuesta de resolución en concepto de indemnización (75.937,33 euros) de conformidad con lo establecido en el artículo 215.3 TRLCAP y la devolución de la garantía definitiva depositada, tiene derecho a que se le abonen 150.663,57 euros. Esta cantidad resulta de la suma de los siguientes conceptos:

- Trabajos facturados y realizados hasta la fecha: 36.262,14 euros sin IVA.

- Abono de los trabajos realizados y no facturados, consistentes en un 20% de la fase de *“Redacción del Proyecto Básico Edificación”*, cuya totalidad estaba valorada en 254.651,38 euros sin IVA, por lo que -según la contratista- procedería el abono de 50.390,28 euros sin IVA.

- En concepto de daños y perjuicios la empresa contratista solicita el abono 134.200 euros por los gastos consistentes en el mantenimiento del equipo técnico ofertado para la realización de las fases correspondientes a los estudios y proyectos, *“dado que el IVIMA siempre comunicó la intención de seguir adelante con el proyecto”*. Así, considera que se ha visto *“obligada a mantener parte de este equipo disponible en todo*

momento para poder cumplir con las obligaciones contractuales adquiridas”.

- Reintegro de los gastos generados por el contrato, satisfechos de conformidad con la cláusula 32 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, *“en el porcentaje del proyecto no ejecutado, que ha sido de un 95,46%”*, y que asciende a 12.232,64 euros. Además, esta última cantidad debe incrementarse con los intereses legales devengados hasta la fecha y, que ascendían a 2.24,63 euros.

- Reintegro de los gastos de aval y que suponen 2.006,30 euros.

Los efectos de la resolución del contrato están regulados, como ya se ha expuesto, en el artículo 215 TRLCAP, cuyo apartado 1 regula los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios efectivamente realizados con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración y el apartado 3 hace referencia a los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar. El artículo 215.1 dispone: *“la resolución del contrato dará derecho al contratista, en todo caso, a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración”.*

En el presente caso, resulta acreditado en el expediente remitido y así se recoge en la relación de los antecedentes de hecho que la empresa contratista realizó el Avance de Plan Especial y Anteproyecto de Edificación de 410 viviendas públicas, garajes y trasteros, parcela A, Plan Parcial UZP 2.03. Desarrollo del Este-Los Ahijones, certificado el 18 de abril de 2008 y que cobró por este concepto 26.452,61 euros (22.803,97 euros + 16% de IVA).

El 26 de noviembre de 2008, el jefe de Servicio de Estudios Urbanísticos del IVIMA efectuó el reconocimiento de los trabajos

consistentes en la elaboración del Plan Especial, Proyecto de Ejecución de Urbanización y Trabajos complementarios, Proyecto Básico, Proyecto de Ejecución de Edificación y Dirección de las obras de 410 viviendas públicas, trasteros y garaje en la parcela A del Plan Parcial “*UZZP 2.03 Desarrollo del Este-Los Ahijones*”. El importe que correspondía a la fase recibida era de 19.514,35 euros (IVA incluido) y, de acuerdo con lo previsto en el apartado 3 del Anexo del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y la cláusula segunda del contrato firmado el día 11 de diciembre de 2007 relativa al precio del contrato y la forma de abono del mismo por la Comunidad de Madrid, el Plan Especial “*se abonará el 80% de lo devengado en esa fase una vez se recepcione el trabajo para su tramitación ante la Comisión de Urbanismo de Madrid. El 20% restante se abonará a la aprobación definitiva por la Comisión de Urbanismo de Madrid*”. De acuerdo con la anterior estipulación, se efectuó el pago del 80% del Plan Especial por importe de 15.611,48 euros (IVA incluido) quedando el pago del 20% restante del Plan Parcial (3.902,87 euros –IVA incluido al 16% según el tipo vigente en ese momento-), realizado y recibido sujeto al cumplimiento de la condición suspensiva consistente en la aprobación definitiva del Plan Especial por la Comisión de Urbanismo de Madrid. Condición que no se ha cumplido por lo que, de acuerdo con lo estipulado y firmado por los contratantes, no es exigible todavía.

Todos los demás estudios, informes, proyectos y trabajos cuyo precio estipulado ascendía según el contrato a 880.873 euros (IVA incluido) deben considerarse pendientes de realizar y, por tanto, resulta de aplicación el artículo 215.3 TRLCAP que dispone para el caso de desistimiento o suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración que “*el contratista tendrá derecho al 10 por 100 del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener*”.

Teniendo en cuenta que precio ofertado por el contratista y estipulado en el contrato incluía el IVA, habrá de detrarse del citado importe (880.873,04 euros) el 16% tipo vigente al tiempo en que se efectuó la oferta, resultando 759.373,31 euros. Por tanto, el importe de la indemnización, aplicado el 10% a dicha cantidad, resultará 75.937,33 euros.

No puede admitirse, como pretende la empresa contratista, que se incluyan en los trabajos pendientes de facturar, otros trabajos realizados sin que se minore, por otro lado, el importe de la indemnización de 75.937,33 euros, cantidad que –además– ha sido aceptada por la empresa contratista. Asimismo, para que se tenga derecho al abono de los mismos, como pretende B, el artículo 215.1 TRLCAP exige no solo que se trate de estudios, informes, proyectos o trabajos o servicios que efectivamente se hubiesen realizado con arreglo al contrato, sino, además, *“que hubiesen sido recibidos por la Administración”*, lo que no se ha producido en el presente contrato.

Por tanto, el importe de la indemnización fijada parece suficiente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 215.3 TRLCAP. La empresa contratista no acredita en modo alguno que la resolución del contrato le suponga un perjuicio mayor que exija complementar el mínimo del 10% de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar, fijado en concepto de beneficio industrial.

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».

La empresa contratista reclama 134.200 euros por los gastos que le ha supuesto el mantenimiento de un equipo disponible en todo momento para poder cumplir con las obligaciones contractuales adquiridas. Reclamación que debe rechazarse porque, como señala el Consejo de Estado en su Dictamen de 3 de mayo de 2007, estos gastos no son indemnizables *“porque no es verosímil que el personal afecto a la obra haya estado ocioso durante todo el período de suspensión en una empresa como la contratista, que tiene adjudicadas obras por todo el territorio nacional, por lo que es presumible que distribuyera su personal adecuadamente. Si no lo hizo, tampoco así resultaría indemnizable, al menos no en bloque, pues en tal caso no estaríamos sino ante una defectuosa gestión de personal que no tiene por qué sufragar la Administración General del Estado. A falta de prueba concreta de la condición ociosa de cada uno de los empleados cuyos costes se reclaman, y de una justificación de por qué permanecieron irremediabilmente desocupados hasta el punto de que la Administración General del Estado debe reintegrar íntegramente el gasto, no procede indemnizar por esta partida”*. Además, la empresa contratista no aporta prueba alguna que acredite la realidad de estos gastos y, ni siquiera, ninguno de los

trabajadores estaban dedicados –según el escrito de alegaciones de 28 de julio de 2011, al 100% al contrato.

Tampoco resultan indemnizables los gastos de publicación de anuncios en los boletines oficiales y medios de comunicación, así como los costes de mantenimiento del aval, obligaciones impuestas por el propio TRLCAP en su artículo 36, y asumidas por la empresa en la cláusula 32 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Como ha señalado este Consejo Consultivo en su Dictamen 259/12, *“debe considerarse que dicho porcentaje comprende los gastos que el adjudicatario reclama en el procedimiento de resolución del contrato, sin que a la previsión legal puedan adicionarse otros conceptos indemnizatorios unilateralmente por el contratista. La indemnización fijada por la norma tiene una función liquidatoria, sustitutiva de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento, que la Ley ha procedido a valorar anticipadamente”*. Esta indemnización objetivada excluye cualquier otra indemnización y, en concreto, la que atendería a los gastos ocasionados por el aval, los gastos de personal o el coste de la publicación de los anuncios, que tendrían que haber sido soportados por el contratista, incluso en el caso de que el contrato no se hubiera resuelto.

Por tanto, el importe de la indemnización ascenderá al 10% del de los trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de consultoría y asistencia, denominado *“Elaboración del Plan Especial, Proyecto de Ejecución de*

Urbanización y Trabajos Complementarios, Proyecto Básico y Proyecto de Ejecución de Edificación y Dirección de las Obras de Construcción de 410 viviendas públicas, garaje y trasteros en la parcela A del Plan Parcial Los Ahijones”, debiéndose indemnizar al contratista con el 10% de los trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener, y que asciende a 75.937,33 euros.

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 junio de 2012

