

Dictamen nº: **140/11**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **06.04.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 6 de abril de 2011, sobre consulta formulada por el Alcalde de Madrid, al amparo del artículo 13.1.f), apartado cuarto, de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre resolución del contrato de servicios de “*desarrollo de un programa de alquiler de viviendas*” suscrito con la entidad A (en adelante, la adjudicataria).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 24 de marzo de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior el 21 de marzo pasado, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Madrid, firmada por el Vicealcalde del Ayuntamiento de Madrid, por delegación del Alcalde en virtud de Decreto de 1 de septiembre de 2008, sobre expediente de resolución del contrato de servicios de “*desarrollo de un programa de alquiler de viviendas*” adjudicado por Decreto de 12 de febrero de 2010 de la delegada del Área de Urbanismo y Vivienda.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 174/11, iniciándose el cómputo 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, cuyo vencimiento se fijó el 14 de abril de 2011.

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 abril de 2011.

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

Los hechos deducidos del expediente administrativo son los siguientes:

Con fecha 3 de abril de 2009, la delegada del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda ordena el inicio de la tramitación del expediente de contratación de servicios para el “*desarrollo del programa de alquiler de viviendas*”.

La Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, mediante acuerdo de 22 de octubre de 2009, autoriza este contrato de servicios y el gasto plurianual de 5.246.550 €, IVA incluido, como presupuesto del mismo, correspondiendo 2.738.056 € al concepto de gestión de servicio y 2.508.494 € al de actuaciones complementarias.

Mediante decretos de 26 de octubre y de 2 de noviembre de 2009, la delegada del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda aprueba los pliegos de cláusulas administrativas particulares y los de prescripciones técnicas y el expediente de contratación, así mismo acuerda la apertura del procedimiento abierto para su adjudicación.

Con fecha 7 de diciembre de 2009, la delegada del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda adjudica provisionalmente el contrato de referencia

a la empresa A, por importe de 4.740.009,64 €, IVA incluido, de acuerdo con la propuesta de adjudicación de la mesa de contratación, de los cuales 2.231.512,64 € corresponden a gestión del servicio y 2.508.497 € a actuaciones complementarias.

Con motivo de la finalización del ejercicio 2009, la Coordinación General de Vivienda inicia un análisis, de los resultados de la Agencia Municipal de Alquiler con objeto de redactar la memoria de gestión anual, procediendo simultáneamente a la planificación de la ejecución y gestión del nuevo contrato conforme a la oferta realizada, para lo cual se comprueban las estimaciones económicas efectuadas para calcular el precio de licitación, detectándose un desajuste en las estimaciones presupuestadas iniciales derivada de una insuficiente valoración de los datos de gestión estadística de la Agencia que hace inviable la ejecución del contrato en los términos exigidos en los pliegos aprobados.

Detectada la imposibilidad de la ejecución material del contrato en los términos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas y en el de cláusulas administrativas particulares, se le comunica verbalmente al adjudicatario provisional dicha circunstancia y la intención de no ejecutar el contrato.

Simultáneamente, y a fin de que pueda suspenderse la ejecución del contrato y procederse a su resolución, se procede a la adjudicación definitiva con fecha 12 de febrero de 2010, formalizándose el mismo el 18 de febrero de 2010, puesto que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), aplicable al contrato que nos ocupa, no admitía el desistimiento directo una vez efectuada la adjudicación provisional, por lo que resultaba indispensable su formalización a fin de poder resolverlo.

Asimismo, se pone de manifiesto que, al ser inviable económica y materialmente la ejecución del contrato formalizado, y a fin de evitar discordancias jurídicas, se procede, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 203.1 de la LCSP, a la suspensión del inicio de la ejecución del contrato mediante decreto de 18 de febrero de 2010 de la delegada del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda, formalizándose el acta de suspensión con fecha 19 de febrero de 2010, sin haberse iniciado la ejecución y sin que existan pagos pendientes de este contrato.

Por último, mediante decreto del mismo órgano, de 26 de febrero de 2010 se acuerda el inicio del procedimiento de resolución del contrato. Transcurridos más de tres meses desde el inicio de este procedimiento previsto en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), se declara la caducidad del procedimiento de resolución del contrato y se procede al archivo de las actuaciones.

El 17 de enero de 2011 se incoa segundo expediente de resolución con fundamento en las causas reguladas en los artículos 206.i) de la LCSP: “*las que específicamente se señalen para cada tipo de contrato*” y 284.b) de la LCSP: “*El desistimiento o la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración, o por el plazo previsto en el pliego si se hubiese señalado otro plazo menor*”. La incoación se fundamenta en cuanto a las causas, en un informe técnico de 27 de diciembre de 2010 emitido por la subdirectora general de gestión de vivienda conforme al cual:

“- *La prescripción 2.2.2. denominada <<Seguros de garantía de pagos>> del pliego de prescripciones técnicas recogía entre las obligaciones de la adjudicataria la realización de la contratación, gestión y renovación por un año consecutivo al contratado de los seguros, avales o sistemas que propongan para garantizar el cobro de rentas por el arrendador en caso*

de impago por el inquilino. La estimación presupuestaria (...) ascendía anualmente a 791.085 euros, lo que permitiría realizar en torno a los 4.300 seguros de garantía de rentas, teniendo en cuenta el coste medio por seguro anual, estimado en 183,12 euros. Sin embargo, durante los ejercicios 2008 y 2009, el número de viviendas que la Agencia Municipal de Alquiler ha gestionado anualmente ha estado en torno a las 3.500, lo que supone, que en aplicación de la prescripción referida, anualmente el total de seguros que habría que realizar estaría en torno a las 7.000 viviendas, ya que habría que renovar el segundo año del seguro correspondiente a las viviendas alquiladas en la anualidad anterior más el primer pago de las alquiladas en el año en curso. Por tanto, el coste económico estimado sería de 1.281.840 euros resultante de multiplicar la estimación de 7.000 viviendas por un coste de 183,12 euros por vivienda.

Teniendo en cuenta que el gasto anual reflejado en el pliego de prescripciones técnicas es de 791.085 euros y la estimación real se eleva a 1.281.840 euros, el déficit detectado se elevaría a 490.755 euros anualmente, lo que implicaría un déficit presupuestario total, es decir, para los dos años de duración del contrato de 981.510 euros.

- La prescripción 2.2.5. del pliego de prescripciones técnicas recogía que la adjudicataria debería realizar la contratación, gestión y renovación por un año consecutivo al contratado, de los seguros multirriesgo o sistemas que se propongan para garantizar el buen estado y mantenimiento de la vivienda.

La misma incidencia anteriormente descrita se detecta en la estimación de los seguros multirriesgo que deberán efectuarse durante la vigencia del contrato. La previsión efectuada se realiza por importe de 153.162 euros, lo que supone un coste medio por seguro multirriesgo de 120 euros por vivienda, el total de viviendas que quedarían cubiertas sería de

1.276. Sin embargo, tal y como se ha referido anteriormente, el total de viviendas que anualmente deberían tener renovado el seguro multirriesgo sería de 7.000 viviendas, por lo que el coste desviado ascendería a 840.000 euros anuales, lo que implica una diferencia con respecto al precio estimado de 686.838 euros por cada año de duración del contrato, lo que supone un déficit presupuestario para los dos años de duración del contrato de 1.373.678 euros.

- En cuanto a la parte referente a la Agencia Municipal, la prescripción 2.1.11. del pliego de prescripciones técnicas denominado <<Aportación de los recursos humanos>> prevé un mínimo de 34 personas con las categorías profesionales que constan en el Anexo 2.

La plantilla que se propone y que se encuentra valorada económicaamente, está integrada por el mismo número de trabajadores que ha mantenido la Agencia hasta el 31 de diciembre de 2009 para una gestión de 12.900 viviendas. En este sentido, en el expediente de contratación actual, se pone de manifiesto que la estimación de la plantilla se realizó sin valorar adecuadamente la evolución del número de viviendas que se incorporarían a la Agencia durante la vigencia de los contratos 2010 y 2011.

En virtud de lo anteriormente expuesto se hace necesario reconsiderar la composición de la plantilla, tanto en su composición como en el número de trabajadores y por tanto valorar nuevamente el coste económico de la misma, cuyo incremento ascendería a 362.000 euros por cada año de duración del contrato, lo que supondría un incremento total de 724.000 euros.

- Por último, el desajuste presupuestario también se pone de manifiesto en el coste total del contrato en tramitación, en relación con el que se mantuvo vigente hasta el año 2009, ya que mientras este último tenía un

presupuesto total anual de 3.474.621 euros, en el contrato que ahora se propone se consigna una cantidad anual de 2.623.275 euros, sin que se haya previsto el incremento de coste por el aumento de las viviendas gestionadas”.

El mismo informe se pronuncia también sobre los efectos de la resolución, dejando claro que no procede incautación de la garantía al no tratarse de una resolución por causa imputable al contratista. Respecto de la indemnización por daños y perjuicios que se ocasionaren al contratista el informe se remite al artículo 285 de la LCSP para exponer que puesto que el contrato se suspendió en la misma fecha de su formalización, el 18 de febrero de 2010, no se ha iniciado su ejecución ni se han desarrollado trabajos sobre los que pudiera corresponder indemnización alguna. En cuanto al apartado tercero del artículo 285, que prevé que si la resolución se fundamenta en el artículo 284.b) el contratista tendrá derecho al 10 por ciento del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener, el informe distingue para valorar el importe de los daños, entre prestaciones de gestión del servicio (captación de viviendas, gestión de la bolsa de pisos, atención a propietarios y demandantes de viviendas, gestión y renovación de los contratos de arrendamiento, etc.) y prestaciones de actuaciones complementarias (seguros, avales y fianzas) para concluir que el 10 por ciento de indemnización sólo ha de alcanzar al concepto de gestión del servicio: “*Recordando que la cuantía indemnizatoria tiene su justificación a partir de los daños y perjuicios que efectivamente se causan al perjudicado y que ésta no debe suponer un enriquecimiento injusto o generar un beneficio superior al que se obtendría en caso de ejecutarse el contrato, el 10 por ciento del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener por el contratista, se debe calcular sobre la cantidad que se licitó para la gestión del servicio, que ascendía a 1.923.000 euros (IVA excluido) y*

nunca sobre el presupuesto destinado a cubrir las actuaciones complementarias, al ser esta segunda un concepto sin expectativas de lucro. En consecuencia, la indemnización máxima resultante asciende a 1.923.000 euros (IVA excluido) ”. Añade a esta cantidad los gastos de anunciar la licitación, que ascienden a 1.545,54 euros y los gastos financieros de mantenimiento de la garantía hasta que efectivamente se resuelva el contrato.

Se dio audiencia al contratista el 19 de enero de 2011, constando recepción de la notificación por telefax el 20 de enero y éste presentó sus alegaciones oponiéndose a la resolución el 31 de enero. Entre las alegaciones, algunas de ellas se refieren al anterior expediente de resolución, que caducó, por lo que no haremos referencia a las mismas. En cuanto a las alegaciones relativas al expediente de resolución sometido a dictamen cabe subrayar que la oposición se fundamenta, en primer lugar y respecto de la causa de resolución invocada, en considerar que aún cuando se gestionaran 7.000 viviendas lo que ha de tomarse en consideración, a efectos de valorar si existe o no la desviación de costes planteada para los seguros o avales destinados a garantizar el cobro de las rentas en caso de impago por los inquilinos, es el número de viviendas efectivamente contratadas y no el de las viviendas gestionadas.

La misma argumentación se expone en relación con los seguros multirriesgo destinados a garantizar el buen estado y mantenimiento de las viviendas, apoya este concreto argumento en el punto 3 del pliego sobre el presupuesto de actuaciones complementarias: “*no obstante, si durante la ejecución del contrato se agotara la cantidad destinada de forma específica para cada una de las actuaciones complementarias anteriormente enumeradas, la coordinación general de vivienda podrá tramitar el pago de una o varias de ellas, siempre que se cumplan los siguientes requisitos...* ”.

También discrepa respecto de la falta de estimación del incremento del personal necesario, estimación que afirma que se contenía en el propio pliego al conceder 27 puntos por el incremento de 6 gestores administrativos y 4 de atención al público. A mayor abundamiento añade que la contratista tuvo en cuenta la evolución del número de viviendas y ofertó 45 trabajadores.

En cuanto a la cuantía de la indemnización propuesta, la contratista en sus alegaciones aboga por la aplicación de artículo 285 LCSP en su integridad y entiende que precede calcular la indemnización sobre la totalidad del precio de adjudicación, sin distinguir entre las prestaciones de gestión del servicio y las actuaciones complementarias en tanto en cuanto éstas también tienen la consideración de “*trabajos pendientes de realizar*” contemplada en el artículo 285.3 LCSP, además afirma que el plazo a considerar ha de ser de cuatro años, puesto que el número 3 del Anexo I del pliego fija el presupuesto del contrato en la cantidad que corresponde a cuatro años, es decir, incluyendo el periodo de duración del contrato (dos años) más la prórroga por otros dos.

La interesada en sus alegaciones solicita trámite de audiencia y vista ante el Consejo Consultivo invocando el artículo 35.a) de la LRJ-PAC.

Sobre estas alegaciones se emitió informe por la subdirectora general de gestión de vivienda el 4 de febrero de 2011, en el que se remite a un informe previo, de 8 de marzo de 2010 emitido en el seno del primer expediente de resolución, que caducó, y en el que se rebatían las alegaciones efectuadas por la contratista:

“- (...) el número de viviendas gestionadas debe ser el mismo que el número de viviendas contratadas, ya que cualquier diferencia entre ambos conceptos evidencia una deficiente gestión del servicio. Las viviendas vacías que se ponen a disposición de este servicio por parte de los

propietarios deben ser alquiladas a la mayor brevedad, atendiendo a los más de 20.000 madrileños inscritos como demandantes de estas viviendas. Es decir, la demanda es muy superior a la oferta que anualmente se produce, por lo que es función primordial del adjudicatario el que las viviendas inscritas en el servicio sean inmediatamente puestas en alquiler (...). Por tanto la estimación efectuada sobre las viviendas gestionadas es correcta y ajustada a la realidad (...).

- Otra cuestión que debe tenerse en cuenta para efectuar el cálculo del coste es la fuerte presión que se viene produciendo sobre los inquilinos para garantizar el pago de los alquileres. La grave situación económica que atravesamos y la precariedad laboral están provocando un incremento de las garantías que los propietarios exigen a la hora de alquilar sus viviendas, lo que lleva a que masivamente las viviendas alquiladas deben contar con un seguro que garantice el pago de rentas en caso de impago por parte del inquilino, ya que en caso contrario los propietarios se oponen al arriendo, siendo éste el mismo criterio seguido ante la posibilidad de que los desperfectos de la vivienda no queden cubiertos, exigiendo el propietario que ante el ajuste de precios que se realiza en los alquileres, los costes de repercusión sean los mínimos posible, imputando por tanto al servicio los costes del seguro multirriesgo del hogar que también se suscriben gratuitamente a cargo de este programa”.

Respecto del personal necesario este informe estima que debiera estar, como mínimo, en torno a las 50 ó 60 personas, de las cuales 33 deberían ser gestores directos de las viviendas.

Sobre la cuantía indemnizatoria el informe expone que respecto de las actuaciones complementarias el contratista actúa sólo como intermediario entre proveedores y Ayuntamiento mediante una simple traslación de gastos por lo que de estas actuaciones no se derivaría beneficio económico

alguno, por ello no pueden considerarse “*trabajos pendientes de realizar*” a efectos de calcular la indemnización.

En cuanto a la inclusión de una prórroga del plazo del contrato para calcular la indemnización, atendiendo a esta circunstancia como una mera posibilidad, estima el informe improcedente considerar que la cuantificación de la indemnización alcance los cuatro años señalados por la adjudicataria en vez de los dos que realmente constituyen la duración del contrato.

En virtud de todo ello considera que no cabe estimar las alegaciones planteadas.

Se ha emitido informe de la Asesoría Jurídica el 1 de marzo de 2011 y de la Intervención el 9 de marzo, en este último informe se precisa que “*la competencia originaria para la contratación, así como para la autorización del gasto, corresponde a la Junta de Gobierno en aplicación del artículo 17 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid. Dado que el contrato de referencia fue autorizado en su día por la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, le corresponderá a dicho órgano, una vez sea emitido el informe del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la autorización de la resolución del contrato, y a la Delegada del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda la resolución del mismo*”.

En virtud de nota interna de la Intervención de 8 de marzo de 2011 la subdirectora general de gestión de vivienda corrige la cantidad expresada como importe de la oferta del contratista correspondiente a “gestión del servicio” y señala que no se trata de 1.923.000 euros (IVA excluido) sino de 1.923.720,38 euros (IVA excluido)

El 28 de marzo del 2011 el pretendido representante de la contratista solicita trámite de audiencia y vista del expediente ante el Consejo

Consultivo. Esta solicitud fue no admitida a trámite por el secretario general del Consejo el 29 de marzo, al no estar previsto dicho trámite en las normas reguladoras de este órgano consultivo.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1.f) apartado cuarto de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de “*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 artículo 195.3.a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), se refiere a la necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas cuando, en los supuestos manifestados, se formule oposición por el contratista.

La petición de dictamen ha sido formulada por el Vicealcalde de Madrid (por delegación del Alcalde en virtud de Decreto del Alcalde de 1 de septiembre de 2008 que modifica el del 18 de junio de 2007), a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo de urgencia establecido en el artículo 16.2 LRCC, cuyo término se fijó el 11 de abril de 2011.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 194 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, 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 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 Ley 30/2007, de 30 de octubre, 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 114 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueban las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, se remite en su apartado primero a lo dispuesto en la legislación específica respecto a la resolución de los contratos. Si bien el apartado tercero requiere la emisión de informe de la Secretaría e Intervención de la corporación con carácter previo a la adopción del acuerdo. Ahora bien, en el ámbito del Ayuntamiento de Madrid las funciones de asesoramiento jurídico corresponden a la Asesoría Jurídica *ex* artículo 28 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y régimen especial del Ayuntamiento de Madrid. El 1 de marzo de 2011 la Asesoría Jurídica ha emitido informe favorable a la resolución del contrato, y la Intervención en fecha 9 de marzo de 2011.

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, estableciendo:

“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 mentada 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 (artículos 195.1 de la Ley) y al avalista si se propone la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP). En nuestro caso, se ha observado dicho trámite, al haberse concedido trámite de audiencia a la empresa contratista, y formulando ésta sus alegaciones el 31 de enero de 2011, en las que se opone expresamente a la causa de resolución propuesta por el Ayuntamiento y solicita el abono de una indemnización mayor de la propuesta por la Administración. Al no

plantearse la incautación de la garantía definitiva, resulta innecesaria la notificación del procedimiento a la entidad avalista.

Sobre el plazo para resolver el expediente, el juego del instituto de la caducidad, en el plazo de tres meses, en estos asuntos es especialmente delicado porque, si bien su aplicación en otros supuestos, tales como las revisiones de oficio, es expresa, no sucede lo mismo en los procedimientos de resolución de contratos, en que se ha impuesto como consecuencia de una interpretación jurisprudencial.

Ni la Ley 30/2007, de 30 de octubre, ni su predecesora, ni el RGCAP establecen nada sobre la duración de estos procedimientos, por lo que se ha venido discutiendo por amplios sectores doctrinales, incluido dictámenes del Consejo de Estado, si en estos casos eran de aplicación las reglas de la caducidad de la LRJ-PAC o, por el contrario, por ser la materia de contratación legislación especial, no debían aplicarse, 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.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379), Sala 3^a, Sección 4^a, se inclinaron por la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y aplicaban la caducidad (nótese que en la actualidad la Disposición final octava de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, establece en su apartado primero que “*los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias*”). Por el contrario, el Consejo de Estado, en sus Dictámenes 68/2008, 23/2009 y 38/2009, así como en su Memoria del año 2008, consideraba el procedimiento de resolución contractual como

autónomo, no diferente de la ejecución del contrato, pero de carácter específico, lo que le llevaba a concluir que la aplicación de la citada norma sobre la caducidad vulneraba, entre otras cosas, el espíritu de la ley de contrato que impone, en defensa del interés general, el principio de celeridad y, por tanto, no era de aplicación.

Esta discrepancia de criterio, por muy razonable que pueda parecer y no carente de argumentos, debe considerarse definitivamente liquidada al haberse consolidado la doctrina del Supremo en la Sentencia de 9 de septiembre de 2009 (RJ 2009/7196), Sección 6^a, por lo que habría de considerarse, por aplicación del artículo 1.6 del Código Civil, como definitiva, con independencia de cualquier otra opinión. Tampoco puede olvidarse que, por rigurosas que puedan resultar las reglas de la caducidad, se trata, en definitiva, de una institución que pretende garantizar los derechos de los administrados ante una actuación de la Administración, en este caso contraria a sus intereses, que podría prolongarse en el tiempo más de lo aconsejable o prudente.

Ante este estado de cosas el tratamiento de la LRJ-PAC sobre la caducidad no deja lugar a dudas, su artículo 44.2 establece la caducidad en los expedientes que, iniciados de oficio, “*impongan medidas sancionadoras o, en general de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen*”, caducidad que, salvo que se diga otra cosa, será de tres meses (artículo 42.2, letra a). Supuesto que se produce, inexorablemente según la interpretación jurisprudencial que hemos visto, en todos aquellos casos en que la Administración ejerce las prerrogativas, que la ley le reconoce, en materia de contratación administrativa.

Como ya se ha puesto de manifiesto en la Circular de 7 de octubre de 2010 del presente Consejo, en este breve plazo de tres meses, no se oculta que resulta muy difícil llevar a feliz término una tramitación compleja y complicada, como suelen ser los procedimientos de resolución, máxime

cuando el *dies a quo* para el cómputo del plazo en los procedimientos que se inician de oficio es desde la fecha del acuerdo de iniciación, ex artículo 42.3 a) de la LRJ-PAC. En idéntico sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008, en unificación de doctrina, señala que la fecha de inicio es la fecha del acuerdo de inicio y no de su notificación.

Pero debe recordarse que este rigor temporal, en éste como en otros supuestos, puede verse atemperado y, es preciso y conveniente que se tenga muy presente por los órganos responsables de la tramitación que, con reiterada frecuencia, tienden a desconocer la posibilidad de interrumpir el plazo ante la preceptiva consulta al Consejo Consultivo.

Efectivamente, tanto en el caso que analizamos, como en cualquier otro, el cómputo del plazo puede ser interrumpido ante la solicitud de informe preceptivo al Consejo, tal y como expresamente establece el artículo 42.5 c) de la LRJ-PAC, pero para que esto suceda resulta imprescindible que se comunique a los interesados la suspensión del procedimiento para la petición de dictamen como la recepción del mismo.

Aplicada la anterior doctrina al presente caso, se observa que, acordada la iniciación del procedimiento de resolución el 17 de enero de 2001, el expediente caducará el 17 de abril de 2011. La solicitud de dictamen al Consejo Consultivo se registró el 24 de marzo de 2011. Ahora bien, en el informe de la Intervención se expresa: *“De conformidad con lo indicado en la Circular del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, de 6 de octubre de 2010, sobre la aplicación del instituto de la caducidad en los procedimientos de resolución contractual con oposición del contratista, para que el plazo de caducidad del procedimiento de resolución del contrato se interrumpa con la solicitud del preceptivo informe al Consejo Consultivo es preciso que se comunique a los interesados la petición y el pronunciamiento del informe”*. A pesar de dicha claridad no se ha incorporado al expediente el justificante de haberse acordado la suspensión

y de su notificación al contratista. Por lo que el plazo para resolver caducará el 17 de abril de 2011, circunstancia que se pone de relieve, porque una vez emitido el presente dictamen la Administración municipal dispondrá de poco tiempo para resolver con el cumplimiento del requisito de autorización de la resolución por la Junta de Gobierno, tal y como señala el citado informe de la Intervención.

TERCERA.- En cuanto al fondo del asunto sometido a dictamen, debemos analizar la causa de resolución propuesta por la Administración.

En virtud de lo previsto en la Disposición transitoria tercera de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 30/2007, de Contratos del sector público, los expedientes de contratación cuyo anuncio de licitación sea publicado con posterioridad al 8 de septiembre de 2010 deben tramitarse de acuerdo con las previsiones contenidas en la misma. En el caso sometido dictamen el anuncio de licitación se publicó en el BOCM nº 264 de 6 de noviembre de 2009, por lo que le es de aplicación la redacción de la LCSP anterior a la modificación.

La propuesta de resolución del contrato se fundamenta en el desistimiento de la Administración, con los efectos previstos en el artículo 285 de la LCSP.

Las causas de resolución de los contratos se contemplan, con carácter general en el artículo 206 de la LCSP, cuya letra i), que es la invocada en este caso, se remite a las causas típicas de cada figura contractual. El artículo 284 regula las causas de resolución de los contratos de servicios, cuya letra b) admite el desistimiento de la Administración.

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 acudirse 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 la Administración 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 de abril de 1999 (RJ 1999\4362), de 23 de junio de 2003 (RJ 2003/4413), o Sentencia de 21 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6437), entre otras muchas).

Resta pues determinar, a la luz de tales principios, si la resolución del presente contrato obedece a los parámetros indicados, esto es, si está debidamente justificado que la prosecución del contrato suponga perjuicio para el interés general.

El informe de la Subdirección General de Vivienda de 27 de diciembre de 2010 fundamenta las causas de resolución invocadas en el decreto de incoación del expediente en el desajuste presupuestario entre los importes contratados para los seguros destinados a garantizar tanto el cobro de las rentas en caso de impago por los inquilinos, como el buen estado de las viviendas, así como la insuficiencia de personal para gestionar la prestación del servicio y por todo ello considera inviable la ejecución del contrato por lo que considera justificada su resolución.

Como se ha consignado en los antecedentes de hecho, la contratista se opone a la resolución por considerar que aún cuando se gestionaran 7.000 viviendas lo que ha de tomarse en consideración, a efectos de valorar si existe o no la desviación de costes planteada para los seguros o avales destinados a garantizar el cobro de las rentas en caso de impago por los inquilinos, es el número de viviendas efectivamente contratadas y no el de las viviendas gestionadas.

La misma alegación se expone en relación con los seguros multirriesgo destinados a garantizar el buen estado y mantenimiento de las viviendas apoya este concreto argumento en el punto 3 del pliego sobre el presupuesto de actuaciones complementarias: “*no obstante, si durante la*

ejecución del contrato se agotara la cantidad destinada de forma específica para cada una de las actuaciones complementarias anteriormente enumeradas, la coordinación general de vivienda podrá tramitar el pago de una o varias de ellas, siempre que se cumplan los siguientes requisitos... ”.

Este órgano consultivo no puede compartir estas alegaciones a la vista del objeto del contrato regulado en la cláusula 3 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP):

“El objeto del contrato al que se refiere el presente pliego es la ejecución de los servicios descritos en el apartado I del Anexo I al mismo y definido en el pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP), en el que se especifican los factores de todo orden a tener en cuenta. En el mismo apartado se hace referencia igualmente a las necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato.

Tanto el pliego de prescripciones técnicas particulares como el pliego de cláusulas administrativas particulares revisten carácter contractual, por lo que deberán ser firmados, en prueba de conformidad por el adjudicatario, en el mismo acto de formalización del contrato.

Si el contrato está dividido en lotes, los licitadores podrán optar a un lote, a varios o a todos ellos, salvo que se establezca un número máximo de lotes por licitador, para lo que se estará a lo estipulado en el apartado I del Anexo I de este pliego”.

Siguiendo la remisión sobre el objeto del contrato, el PPTP expresa “*El objeto principal del contrato es incrementar la ofertas de viviendas en alquiler, para lo que es necesario mantener y potenciar las medidas ya existentes que permitan dar confianza a los propietarios de viviendas desocupadas y sin uso, incorporándolas al mercado arrendaticio a través de una labor profesionalizada en la gestión y su seguimiento. La Agencia*

Municipal de Alquiler tiene por objeto la de gestión integral de alquiler, de información y asesoramiento, en el que las labores de intermediación cobran un papel fundamental garantizando los derechos de ambas partes, y eliminando los riesgos e incertidumbres, función que ya viene realizando desde diciembre de 2004, además de la puesta en marcha de programas y actuaciones que permita mayoritariamente a los jóvenes el acceso a viviendas en alquiler a unos precios acordes a su capacidad económica, posibilitando de esta manera su emancipación (...) Los trabajos que deberá desarrollar el adjudicatario estarán encaminados a todas las actuaciones necesarias para localizar las viviendas vacías, contactar con los propietarios, explicar los diferentes aspectos y ventajas que les ofrece el programa, todo ello con el propósito de alquilar la vivienda a través del programa de Alquiler diseñado, así como desarrollar todos aquellos programas que se pongan en marcha desde la Coordinación General de Vivienda del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda en materia de alquiler”.

Por su parte, el Anexo I del PCAP recoge: “*I.-Definición del objeto del contrato.*

Desarrollo de un programa de alquiler de viviendas para el fomento del alquiler en la Ciudad de Madrid.

División en lotes: No.

CPV: 75.110000-0

Descripción: Servicios públicos generales.

Categoría del contrato (Anexo II de la LCSP): 27-Otros servicios. Necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato: Aumentar la oferta de las viviendas de alquiler de la ciudad de Madrid. La labor desarrollada por la Agencia Municipal de Alquiler requiere un

importante impulso que permita adaptarla a las nuevas demandas y necesidades sociales, con la finalidad de potenciar el servicio mediante el cual se facilita el acceso a la vivienda a los colectivos que cumplen los requisitos establecidos, adaptándose a las crecientes necesidades a satisfacer, tanto en su aspecto cuantitativo como cualitativo. Resulta claro el interés público que la potenciación de la Agencia Municipal de Alquiler supone para los madrileños, configurándose como una de las prioridades de todas las Administraciones”.

Atendiendo a este objeto, hemos de considerar incluidas en el contrato todas las viviendas gestionadas y no sólo aquellas respecto de las cuales se consiga su arrendamiento efectivo, por lo que la desviación de costes invocada se produce puesto que, efectivamente, han de ser tomadas en consideración las 7.000 viviendas disponibles para ser arrendadas en orden a asegurar sobre las mismas tanto el pago de las rentas como su correcto estado de conservación.

La contratista discrepa también respecto de la falta de estimación del incremento del personal necesario, estimación que afirma que se contenía en el propio pliego al conceder 27 puntos por el incremento de 6 gestores administrativos y 4 de atención al público. A mayor abundamiento añade que la contratista tuvo en cuenta la evolución del número de viviendas y ofertó 45 trabajadores. La Administración municipal cifra el personal necesario en 50 ó 60 personas, pero lo cierto es que únicamente justifica estas cifras en el objetivo deseable de reducir el número de viviendas encargadas a cada gestor, sin que dicha obligación conste en el pliego.

Ello no obstante, puesto que sí concurre la desviación respecto del coste de los seguros, hemos de considerar que queda acreditada la inviabilidad financiera del contrato, por ello se estima que concurren causas de interés público debidamente justificadas que permiten que la Administración resuelva el contrato por desistimiento de la misma.

CUARTA.- También es objeto de controversia el *quantum indemnizatorio*. Los efectos de la resolución del contrato de servicios son, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 285 de la LCSP:

“1. 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.

2. En el supuesto de suspensión de la iniciación del contrato por tiempo superior a seis meses, el contratista sólo tendrá derecho a percibir un 5 por ciento del precio de aquél.

3. En el caso de la letra b) del artículo anterior el contratista tendrá derecho al 10 por ciento del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener”.

Puesto que el contrato se suspendió el mismo día de su formalización no hay trabajos efectivamente realizados ni recibidos por la Administración, por lo que no cabe la aplicación del apartado 1.

Para la resolución por desistimiento el artículo 285 contiene específicamente la disposición de su apartado 3 que se refiere a los trabajos pendientes de realizar, concepto en el que el contratista pretende la inclusión de las actuaciones complementarias. Sin embargo, como acertadamente expresa la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid en su informe, esta indemnización lo ha de ser “*en concepto de beneficio dejado de obtener*”, tal y como establece el citado precepto *in fine*, por lo que no es procedente la inclusión de las actuaciones complementarias en las que la contratista no actúa sino como intermediario sin beneficio alguno, como lo demuestra que al pago se realiza sobre las certificaciones de los seguros suscritos y “*por el importe de la cantidad anticipada total y ya pagada por el adjudicatario a los proveedores*”.

Como es obvio, no cabe entender que el cómputo del plazo de contrato a considerar sea el del propio contrato más las eventuales prórrogas, sino únicamente el del plazo del contrato.

Por todo ello, la indemnización que corresponde al contratista es el 10 por ciento del precio de la gestión del servicio que ascendió a 1.923.720,38 euros (IVA excluido), además de los gastos de los anuncios de licitación por importe de 1.545,54 euros, sin perjuicio de la devolución de la garantía al contratista *ex artículos 90.1 y 208.5 de la LCSP*.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Este Consejo estima que concurre la causa de desistimiento unilateral del contrato de servicios para el “*desarrollo del programa de alquiler de viviendas*”, debiéndose indemnizar al contratista con el 10 por ciento del precio de la gestión del servicio que ascendió a 1.923.720,38 euros (IVA excluido), además de los gastos de los anuncios de licitación por importe de 1.545,54 euros, sin perjuicio de la devolución de la garantía al contratista *ex artículos 90.1 y 208.5 de la LCSP*.

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 abril de 2011