

Dictamen n^o: **442/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **27.07.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 27 de julio de 2011, sobre consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f) apartado 4 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre resolución del contrato de servicios denominado “*Limpieza de la oficina del Defensor del Paciente*” suscrito con la entidad A el 18 de noviembre de 2010.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 21 de julio de 2011 ha tenido entrada en este Consejo Consultivo, solicitud firmada por el consejero de Sanidad el día 11 de julio de 2011, referida al expediente de resolución contractual referido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número de registro de entrada 499/11, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.2 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

Su ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, firmó la oportuna

propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 27 de julio de 2011.

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

SEGUNDO.- En fecha 5 de noviembre de 2010 se adjudicó a la empresa A el contrato de servicios de referencia por un importe de 19.935,11 euros y un plazo de ejecución de 24 de meses desde el día siguiente a la formalización del contrato, pudiéndose prorrogar por un período máximo igual al de vigencia. El contrato se formalizó el día 18 de noviembre de 2010.

Con fecha 25 de marzo de 2011, la secretaria general del SERMAS dirige a la subdirectora general de gestión económica la Memoria justificativa por la que se propone la finalización del contrato de limpieza suscrito con la empresa A. En dicha memoria, se propone la resolución en los siguientes términos: *“La Ley 9/2010 de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Racionalización del Sector Público establece en su artículo 26 “Defensor del Paciente”, dentro del Título III, denominado Medidas de Racionalización del Sector Público, la extinción del Defensor del Paciente, Órgano de la Administración Sanitaria, integrándose el conjunto de bienes, derechos y obligaciones resultantes de su extinción en la Consejería competente en materia de atención al paciente. Por su parte el decreto 89/2010, de 23 de diciembre, del Consejo de Gobierno, de adecuación de la estructura de la Comunidad de Madrid a las medidas de racionalización del Sector Público Autonómico, dispone en su artículo 5 “Consejería de Sanidad”, que corresponde a la Dirección General de Atención al Paciente del Servicio Madrileño de Salud el ejercicio de las funciones del órgano Defensor del Paciente.*

Con fecha 18 de noviembre de 2010 se formalizó contrato de servicios titulado “LIMPIEZA DE LA OFICINA DEL DEFENSOR DEL PACIENTE”, entre el Excmo. Sr. Defensor del Paciente; y E.L.V.F. en nombre y representación de la empresa A. El objeto de este contrato consiste en la contratación del servicio de limpieza de los inmuebles donde se ubicaba en aquel momento las dependencias de la Oficina del Defensor del Paciente de la Consejería de Sanidad, es decir C/ Alcalá, 21 de Madrid.

Los efectos de la citada Ley 9/2010 se han iniciado el 1 de enero de 2011, por lo que dicha extinción del Defensor del Paciente se ha materializado en esa fecha, iniciándose a continuación el proceso de traslado y reubicación del personal adscrito a dicha Institución extinguida, y del correspondiente mobiliario y equipamiento; actuaciones que van a concluirse en los próximos días, lo que en este momento permite iniciar los trámites tendentes a la finalización del mencionado contrato de limpieza, con los efectos y plazos que la oportuna Resolución dicte, dado que su continuidad no tiene sentido alguno...”.

Vista la propuesta de la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud, con fecha de 29 de marzo de 2011 se inicia procedimiento para la resolución del contrato, como consecuencia de la extinción de la Oficina del Defensor del Paciente, a tenor de lo establecido en el artículo 26 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Racionalización del Sector Público.

Se ha dado trámite de audiencia al contratista de acuerdo con lo establecido en 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, en fecha 11 de abril de 2011.

Con fecha 18 de abril de 2011, el representante de la empresa contratista presenta escrito de alegaciones, oponiéndose a la resolución al considerar que es contraria a derecho al no concurrir en el presente contrato ninguna de las causas resolución previstas por la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

Con fecha 9 de mayo de 2011, se emite informe firmado por un asesor técnico del SERMAS, en contestación a las alegaciones de la empresa.

El servicio jurídico ha emitido informe favorable a la resolución el 1 de junio de 2011.

Con fecha 22 de junio de 2011 la Intervención General de la Comunidad de Madrid ha emitido informe favorable a la propuesta de resolución cursada.

Mediante Resolución de la viceconsejera de asistencia sanitaria de 21 de junio de 2011, notificada a la contratista, se acuerda suspender el plazo máximo para resolver el procedimiento de resolución hasta la recepción del dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y en todo caso en un plazo máximo de tres meses.

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 13.1f) 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 de la 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.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 194 de la LCSP 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 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, 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, 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 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 (cfr. artículos 195.1 LCSP) 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.

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, el dictamen 527/09 de 20 de mayo.

En el presente expediente, el inicio del mismo tuvo lugar el 29 de marzo de 2011, y ha sido remitido al Consejo Consultivo el 21 de julio de 2011, si bien mediante Resolución de 21 de junio de 2011, notificada a la 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. En todo caso, es preciso advertir, que la Consejería tendrá ocho días hábiles para resolver una vez recibido el presente Dictamen.

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 informe de este Consejo Consultivo. Si bien, de modo previo, se debe 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 lo siguiente: *“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 5 de noviembre de 2010, resulta plenamente aplicable la LCSP antes de su modificación por la referida Ley de Economía Sostenible.

En el supuesto que nos ocupa, la propuesta de resolución se fundamenta en la innecesariedad del servicio contratado, tras la supresión de la institución y las dependencias de la Oficina del Defensor del Paciente por el artículo 26 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Racionalización del Sector Público. Esta motivación comunicada al contratista, no se fundamenta, sin embargo, en ninguna causa de resolución de las previstas en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. En este punto, considerando la razón alegada y comunicada al contratista de innecesariedad del servicio contratado, para este Consejo, no cabe duda de que la Administración podría fundar su facultad resolutoria, en la causa prevista en el artículo 284 b) de la LCSP, esto es, el desistimiento del contrato.

En efecto, a este respecto, cabe señalar que el contrato cuya resolución se interesa es un contrato administrativo de servicios 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 284 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 40 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. 284. b) de la LCSP.

A tal efecto, cabe indicar que 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: *“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 innecesiedad del servicio contratado, como justificativo de la decisión administrativa de resolver el contrato.

Tal como se ha expuesto a lo largo de este dictamen, el artículo 26 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público establece la extinción del Defensor del Paciente, órgano de la Administración Sanitaria creado y regulado por los artículos 36 a 39 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, integrándose el conjunto de bienes, derechos y obligaciones resultantes de su extinción en la Consejería competente en materia de atención al paciente. Conforme a la disposición

final cuarta de la referida ley, ésta entró en vigor el día 1 de enero de 2011, por lo que a partir de esta fecha, como señala la memoria suscrita por la secretaria general del SERMAS citada en antecedentes, se ha iniciado *“el proceso de traslado y reubicación del personal adscrito a dicha Institución extinguida, y del correspondiente mobiliario y equipamiento; actuaciones que van a concluirse en los próximos días...”*. En informe suscrito por un asesor técnico del SERMAS que consta en el expediente se indica que *“... al haberse extinguido la institución del Defensor del Paciente las dependencias en las que se ubicaba en la actualidad se encuentran vacías, sin que en las mismas exista personal alguno y sin que se desarrolle actividad alguna; de forma que no hay objeto material sobre el que seguir llevando a cabo la ejecución del contrato conforme se había establecido inicialmente...”*.

Es evidente que la desaparición de este órgano de la Administración sanitaria y de las dependencias donde éste tenía su sede, hace innecesario el servicio de limpieza que se prestaba en virtud del contrato. Al haber desaparecido las causas que justificaron la adjudicación del contrato, procede la extinción del vínculo contractual, existiendo un interés público para ello. 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 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, 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 844,71 euros ha de ser devuelta, ex artículos 90.1 y 208.5 de la LCSP.

En segundo lugar, procede pronunciarse sobre los efectos de la resolución a tenor de lo dispuesto en el artículo 285 de la LCSP que establece lo siguiente: *“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 una indemnización del 5 por 100 del precio de aquél.

3. En el caso de la letra b) del artículo anterior, 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”.

Conforme al precepto que acabamos de exponer, resulta claro que deben abonarse al contratista, los trabajos o servicios que efectivamente hubiera realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración. Además deberá abonarse al contratista el 10% del precio de los servicios pendientes de realizar, *“en concepto de beneficio dejado de obtener”* como señala el precitado artículo 285 de la LCSP.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de servicios denominado “*Limpieza de la Oficina del Defensor del Paciente*” por desistimiento de la Administración en base a lo establecido en el artículo 284 b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, con los efectos que se indican en la consideración en derecho cuarta de este dictamen.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 27 de julio de 2011