

Dictamen nº: **569/11**
Consulta: **Alcaldesa de Pozuelo de Alarcón**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **19.10.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 19 de octubre de 2011, sobre consulta formulada por la Alcaldesa de Pozuelo de Alarcón a través del Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte y Portavoz del Gobierno al amparo del artículo 13.1 f), de su Ley reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, respecto a la resolución del contrato de “*Arrendamiento con opción a compra de un vehículo tipo berlina para uso de Alcaldía*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 30 de septiembre de 2011 tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo una solicitud de dictamen de la Alcaldesa de Pozuelo de Alarcón formulada, conforme establece el artículo 14.3 de la Ley reguladora del Consejo Consultivo, a través del Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte y Portavoz del Gobierno, sobre la resolución del contrato antes referida. Admitida a trámite dicha solicitud, se le procedió a dar entrada con el número 638/11, comenzando a partir de tal fecha el plazo para la emisión del dictamen, en aplicación del artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril.

Su estudio ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por Doña Rosario Laína Valenciano, que firmó la oportuna

propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en la Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 19 de octubre de 2011.

SEGUNDO.- De los antecedentes que obran en el expediente resultan de interés los siguientes hechos:

Con fecha 23 de diciembre de 2009, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón aprobó los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que habrían de regir el contrato de “*Arrendamiento con opción a compra de un vehículo tipo berlina para uso de Alcaldía*”, Expte. aaa, cuyo presupuesto estimado ascendía a 30.304,80 euros, I.V.A. excluido y cuyo plazo de duración sería de 4 años, a adjudicar mediante procedimiento negociado sin publicidad.

Al mismo tiempo se aprobó el expediente de contratación, se autorizó el gasto de dicho contrato para el ejercicio en curso y se adoptó el compromiso de consignar en los presupuestos de los próximos ejercicios las cantidades necesarias para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

Se solicitaron ofertas a cinco empresas, presentándose un único licitador, la empresa A, que tras los trámites legales fue propuesta como adjudicataria por la mesa de contratación.

La Junta de Gobierno Local procedió a la adjudicación provisional el 17 de febrero de 2010 y el Concejal Delegado de Contratación procedió a la adjudicación definitiva el 16 de marzo de 2010.

El contrato fue formalizado el 7 de abril de 2010 por los apoderados del Banco B y el Concejal-Delegado del Área de Gobierno y Gestión de Economía, Hacienda y Contratación.

El plazo de duración serían cuatro años desde la entrega del vehículo y el precio total del arrendamiento serían 30.296,64 euros, I.V.A. 4.599,36 euros y el precio total I.V.A. incluido: 34,986 euros.

El desglose del precio se realizaba de la siguiente forma:

- Importe mensual del arrendamiento: 359,49 euros.
- Importe mensual del mantenimiento y otros: 239,39 euros.
- Importe mensual del seguro: 32,30 euros.
- Importe mensual I.V.A.: 95,82 euros.
- Importe mensual I.V.A. incluido: 727 euros

El importe de cargo/abono del kilómetro por exceso/defecto sobre los kilómetros previstos en el pliego sería de 0,025 euros/km I.V.A. incluido.

El importe de la opción de compra era de 7.326,43 euros, el I.V.A. serían 1.172,23 euros, siendo el precio total I.V.A. incluido 8.498,66 euros.

Con fecha 1 de julio de 2011, el Director General de Hacienda, con el Visto Bueno de la Concejal de Hacienda, Contratación y Recursos Humanos, propone que, con motivo del Plan de Ahorro aprobado por el Pleno del Ayuntamiento el 30 de junio de 2011, al estarse realizando actuaciones de reducción de gastos entre las que se incluye la supresión del vehículo oficial utilizado por la Alcaldesa, se inicie por el Área de Contratación las actuaciones pertinentes para la resolución del mencionado contrato.

Con fecha 5 de julio de 2011, el TAG-Jefe del Área de Asuntos Jurídicos y Contratación emite informe propuesta entendiendo procedente la resolución del contrato por desistimiento, siendo preciso el informe de la

Asesoría Jurídica y el trámite de audiencia al contratista. En caso de oposición por parte de éste sería necesaria la remisión al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid para dictamen.

Con fecha 6 de julio de 2011, la Asesoría Jurídica emite informe favorable a la resolución.

Con fecha 13 de julio de 2011 la Junta de Gobierno Local acuerda incoar expediente para la resolución del mencionado contrato por desistimiento de la Administración y otorgar trámite de audiencia a la empresa A por un plazo de diez días naturales. Dicho acuerdo se comunica al contratista con fecha de registro de salida de 25 de agosto de 2011.

Con fecha 2 de septiembre de 2011 la contratista formula alegaciones en las que se opone a la resolución del contrato alegando:

1º Que no se dan las circunstancias de excepcionalidad que requiere la resolución por desistimiento.

2º Que procedería, no la resolución sino la modificación del contrato.

3º Que de acordarse la resolución procede que se devuelva el vehículo, la fianza y se le abone el 6% del precio de las entregas dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial.

4º Además de lo anterior, reclama que se abone los daños y perjuicios constituidos por los costes en los que ha incurrido al efecto de la ejecución de dicho contrato, entre los que se encuentran la depreciación del bien.

Con fecha 16 de septiembre de 2011 la Concejal-Delegada de Contratación (conforme a la delegación para dictar actos de trámite en los expedientes de contratación conferida por la Junta de Gobierno Local en sesión de 13 de julio de 2011), resuelve elevar a la Alcaldesa de Pozuelo de Alarcón la necesidad de requerir el dictamen del Consejo Consultivo de la

Comunidad de Madrid y suspender el plazo de resolución por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del dictamen, debiendo comunicarse ambas circunstancias a la contratista.

Con fecha 16 de septiembre de 2011 la Alcaldesa de Pozuelo de Alarcón procede a la remisión del expediente a la Comunidad de Madrid.

En tal estado se remite a este Consejo para su informe.

A la vista de los hechos anteriores, cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada 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*”.

Al tratarse de un contrato de una entidad local ha sido remitido por el Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte y Portavoz del Gobierno, en cuanto es el Consejero competente en relaciones con la Administración local conforme el Decreto 57/2011, de 30 de junio, del Consejo de Gobierno, por el que se modifican parcialmente las competencias y estructura orgánica de algunas Consejerías de la Comunidad de Madrid.

El contrato al que este expediente se refiere fue objeto de adjudicación definitiva a la contratista el 16 de noviembre de 2010.

Le resulta, por tanto, aplicable la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), ya que la disposición transitoria primera de esta norma prevé:

"Disposición transitoria primera. 1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

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

La disposición final duodécima de la LCSP había previsto su entrada en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que se produjo el 30 de octubre de 2007, de manera que la nueva, estaba vigente desde el 30 de abril de 2008.

A su vez, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece en su Disposición Transitoria 7^a que *"Los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior"*.

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 195.3 LCSP al formularse oposición a la resolución del contrato por parte del contratista resulta preceptivo el dictamen de este Consejo.

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

SEGUNDA.- Al informar el presente procedimiento de resolución contractual, procede analizar separadamente la tramitación del mismo y la concurrencia de la causa de resolución invocada por la Administración.

En cuanto al procedimiento seguido y por lo que respecta a la duración del mismo y la posible caducidad, debemos señalar que, iniciado el expediente de resolución por Acuerdo de 11 de julio de 2011, se produciría la caducidad del mismo el 11 de octubre de dicho año al ser el plazo máximo de resolución del procedimiento el general de tres meses.

Sin embargo, por Resolución de 16 de septiembre de 2011 se suspendió el procedimiento para pedir el informe preceptivo de este Consejo, estableciendo que la petición y la recepción del dictamen se comunicarían a la contratista.

La aplicación del artículo 44 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC) a los procedimientos de resolución contractual ha sido establecida por la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y ha sido recogida por este Consejo en dictámenes como el 10/10, de 20 de enero de 2010, entre otros, en el que se recuerda que “*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 10/11 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 el artículo 44.2 de la LRJ-PAC”.

Ahora bien, el artículo 44 de la LRJ-PAC alude a la caducidad por transcurso del plazo máximo para resolver que viene determinado por el artículo 42 de la LRJ-PAC que fija dicho plazo en el que establezca la normativa específica y, en su defecto, el plazo general de tres meses (apartado 3).

Sin embargo, este plazo se ha interrumpido conforme el apartado 5 c) de dicho precepto, al haberse solicitado el informe preceptivo de este Consejo y acordarse dicha suspensión y la comunicación de la misma al contratista por la Concejal-Delegado de contratación el 16 de septiembre de 2011, si bien no ha sido remitida a este Consejo la acreditación de la comunicación de la suspensión al contratista.

En cuanto al informe de Intervención municipal, no consta que se haya emitido éste. Este Consejo ha señalado en dictámenes como el 51/11, de 23 de febrero de 2011 que aun tratándose de una infracción del procedimiento, no requiere su retroacción en tanto es susceptible de subsanación antes de adoptar la resolución, motivo por el cual y previamente a la misma deberá recabarse el citado informe.

TERCERA. - En lo que respecta al fondo de la cuestión, esto es, la aplicación de la causa de resolución prevista para el contrato de suministros en el artículo 275 b) LCSP “*El desistimiento o la suspensión del suministro por un plazo superior al año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor*”.

La cláusula 35 del Pliego de cláusulas administrativas particulares se remitía expresamente al artículo 275 LCSP al recoger las causas de resolución del contrato.

Es cierto, como señala el contratista, que la doctrina del Consejo de Estado ha establecido que la resolución de un contrato por desistimiento de la Administración tiene un carácter excepcional, así el Dictamen nº 1347/2007, de 26 de julio de 2007, cita el Dictamen 1336/2005, recordando 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 oportunuo 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*”.

En el presente caso, el Ayuntamiento de Pozuelo basa la decisión de desistir del contrato en el ahorro que ello supone, ya que se señala que el Pleno del Ayuntamiento ha aprobado un Plan de Ahorro y que la

resolución del contrato supone, una vez descontado el abono al contratista del 6% de las cuotas pendientes en concepto de beneficio industrial, un ahorro de 20.765,82 euros.

En absoluta coherencia con dicho plan de ahorro, se decide la supresión del vehículo oficial utilizado por la Alcaldesa, por estimar que lo que el interés general demanda en el momento actual es reducir gastos considerados prescindibles en un contexto de una grave crisis económica que ha llevado a la necesidad de incorporar a la Constitución, mediante la reforma del artículo 135, el establecimiento de un límite de déficit a las Administraciones estatal y autonómica y, en el caso de las entidades locales, exigir a las mismas el equilibrio presupuestario.

Así, la Exposición de Motivos de la Reforma Constitucional de 27 de septiembre de 2011, indica que “... *la salvaguarda de la estabilidad presupuestaria ya supuso un instrumento imprescindible para lograr la consolidación fiscal que nos permitió acceder a la Unión Económica y Monetaria y fue posteriormente recogida en normas de rango legislativo.*

En el mismo sentido, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento tiene como finalidad prevenir la aparición de un déficit presupuestario excesivo en la zona euro, dando así confianza en la estabilidad económica de dicha zona y garantizando una convergencia sostenida y duradera de las economías de los Estados Miembros.

La actual situación económica y financiera, marcada por una profunda y prolongada crisis, no ha hecho sino reforzar la conveniencia de llevar el principio de referencia a nuestra Constitución, al objeto de fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española a medio y largo plazo.

La presente reforma del artículo 135 de la Constitución Española persigue, por tanto, garantizar el principio de estabilidad presupuestaria,

vinculando a todas las Administraciones Públicas en su consecución, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país.”

Por ello este Consejo estima que el desistimiento instado se halla amparado por una indiscutible causa objetiva de interés público que justifica la ruptura del vínculo contractual.

En su escrito de alegaciones, el contratista señala que, frente a la resolución, el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón debería haber optado por la modificación contractual. Sin entrar en que el contratista no especifica en qué términos debería haberse producido esa modificación y cuales serían las causas imprevistas que la justificarían conforme al artículo 202 LCSP, en su redacción anterior a la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, lo cierto es que, en el presente caso difícilmente puede tener encaje la alternativa modificatoria si la causa del desistimiento se halla en el carácter prescindible del bien suministrado dentro del plan de ahorro público.

CUARTA.- Establecida la concurrencia de causa de resolución debe procederse a las consecuencias que la Administración atribuye a la misma.

El artículo 276 LCSP establece que:

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

2. En el supuesto de suspensión de la iniciación del suministro por tiempo superior a seis meses, sólo tendrá derecho el contratista a percibir una indemnización del 3 % del precio de la adjudicación.

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

Por tanto, procede la devolución del bien, reclamada por el contratista que, e igualmente procede la devolución de la garantía en virtud de lo dispuesto en el artículo 90.1 LCSP "*La garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista.*"

Procede igualmente el abono en concepto de beneficio industrial de un 6% sobre las cantidades dejadas de abonar a la empresa contratista.

La contratista reclama igualmente que se le abonen los daños y perjuicios causados, que no cuantifica, a consecuencia de la depreciación del vehículo.

La jurisprudencia ha admitido que, además del beneficio industrial objetivado en la ley, los contratistas puedan reclamar los daños y perjuicios que la resolución contractual acordada por la Administración, sin culpa de los mismos, pueda causarles siempre y cuando acrediten su existencia y cuantía.

Así, la Sentencia de 24 de enero de 2006 (Recurso 4600/2001) "... si bien es cierto que las sentencias del Tribunal Supremo señalan el 6% de beneficio industrial como la indemnización procedente, no hay que olvidar, que están conformes con que la indemnización lo sea por los daños acreditados y que algunas de esas sentencias expresamente refieren que señalan el 6% al no haberse acreditado los daños producidos y la resolución aquí recurrida estima como probados otros daños, además del beneficio industrial; y por otro, no conviene olvidar que en supuestos

similares el Tribunal Supremo, se refiere a la reparación integral de los daños acreditados, sentencia 11 de mayo de 1999"

En idéntico sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007 (Recurso 5179/2005) declara, a propósito del beneficio industrial: «*El concepto de "beneficio industrial" ha sido y está reconocido en nuestra normativa contractual como acabamos de exponer. Abarca por tanto el beneficio dejado de obtener no el importe total del contrato o su precio.*

Y tal beneficio no puede ser distinto en lo que se refiere al licitador que habiendo sido reconocido como adjudicatario de un contrato no puede ejecutarlo por haber agotado aquél 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".

De la dificultad para estimar indemnizables daños por encima de la compensación objetivada *ex lege*, se hace eco el Consejo de Estado. Así, en el Dictamen 53.437 de 6 de julio de 1989, relativo a un desistimiento de un contrato administrativo de obras se señalaba: «*...el beneficio industrial de las obras dejadas de realizar aparece configurado en el texto y en la doctrina de este Consejo como indemnización global que exime de la carga de la prueba al perjudicado, pero no puede superarse. Los intentos alguna vez manifestados, para rebasarla acumulando otros perjuicios, no han tenido éxito en la doctrina de este Alto Cuerpo*». En la misma línea, el Dictamen 2490/2001: «*... dicha indemnización es la tasada legalmente*

para este caso y resarce, a tanto alzado todos los daños, incluido el lucro cesante que hubiera sufrido el contratista”.

El contratista alega que ha sufrido daños como consecuencia de la depreciación del vehículo, ahora bien, no cuantifica dicha depreciación. Como señalamos en el Dictamen 350/10, de 20 de octubre de 2010 de este Consejo, el valor residual del vehículo al procederse a la devolución antes del plazo fijado en el contrato es superior al señalado en la oferta de la contratista como precio de la opción de compra, entendiéndose remunerada la depreciación del vehículo hasta el momento de la devolución, con el pago mensual del precio que se fija en atención, entre otros a dicho factor de depreciación.

Por tanto, no procede el abono de los daños y perjuicios reclamados por el contratista.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El procedimiento seguido para la resolución del contrato adolece de un defecto subsanable consistente en la ausencia de Informe de la Intervención General de la Corporación.

SEGUNDA.- Procede acordar la resolución del contrato “*Arrendamiento con opción a compra de un vehículo tipo berlina para uso de Alcaldía*” por desistimiento unilateral del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, debiéndose indemnizar al contratista con el 6% de las entregas dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial así como proceder a la devolución del vehículo y de la garantía definitiva.

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.

Madrid, 19 de octubre de 2011

