



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 117/2015

(Sección 2ª)

La Laguna, a 31 de marzo de 2015.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución sobre la resolución del Acuerdo Marco suscrito con la entidad E.M., S.L.U. para la contratación, mediante concierto, de los servicios terapéuticos de rehabilitación ambulatoria incluidos en el lote 4 de los previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la contratación, mediante concierto, de los servicios terapéuticos de rehabilitación ambulatoria (EXP. 97/2015 CA)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado el 4 de marzo de 2014 (Registro de Entrada de 12 de marzo de 2015) por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, si bien por delegación implícita se firma por la Directora del Servicio Canario de la Salud (aspecto sobre el que incidiremos posteriormente), es la Propuesta de Orden (si bien no incorpora en el Resuelvo las cuestiones de fondo sino la orden de solicitud de dictamen, y es rubricada por la Consejera y no por la instructora, respecto de lo cual también nos pronunciaremos oportunamente en este Dictamen) del procedimiento de resolución del acuerdo marco suscrito con la entidad E.M., S.L.U. para la contratación, mediante concierto, de los servicios terapéuticos de rehabilitación ambulatoria incluidos en el lote 4 de los previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

La legitimación para la solicitud de dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 211.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del

---

\* Ponente: Sr. Belda Quintana.

Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), y con el art. 109.1.d), asimismo básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

Se ha solicitado el dictamen haciendo constar la urgencia del mismo. Sin embargo, y como se verá en el último fundamento de este Dictamen, el plazo de tres meses de caducidad del procedimiento de resolución contractual se encuentra vencido desde el 31 de enero de 2015, con anterioridad incluso a la solicitud de dictamen a este Consejo, razón por la que no considera justificada la urgencia de tal solicitud, de conformidad con el art. 20.3 LCCC.

## II

Constan en el expediente que nos ocupa, como antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de resolución contractual, los siguientes:

- El 3 de febrero de 2014, se dictó Orden de la Consejera de Sanidad nº 50, por la que se adjudicaron los acuerdos marco para la contratación, mediante concierto, de los servicios terapéuticos de rehabilitación ambulatoria incluidos en el lote 4 de los previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

La empresa licitadora E.M., S.L.U. resultó adjudicataria del lote 3, con su centro E.M., del lote 4, con su centro E.V., y del lote 6, con su centro E.N.

- Mediante Orden de la Consejera de Sanidad nº 58, de 6 de febrero de 2014, se corrigieron los errores materiales de omisión detectados en el antecedente noveno y en el resuelto segundo de la referida Orden de adjudicación de 3 de febrero y, posteriormente, mediante Orden nº 78, de 17 de febrero de 2014, se corrige la puntuación asignada en dicha orden al licitador R.M.A., S.A., pasando de 69,25 puntos a 51,25 puntos.

- El 14 de febrero de 2014, se suscribieron los correspondientes acuerdos marco con el conjunto de empresas adjudicatarias de los mismos, entre ellas E.M., S.L.U., quien suscribió diversos contratos, referidos a cada centro y lote.

La E.M., S.L.U. obtuvo la homologación respecto del centro E.V., mediante Resolución de la Directora del Servicio Canario de la Salud de 16 de julio de 2013.

- El 24 de febrero de 2014, la entidad E.M., S.L.U. interpuso recurso de reposición contra la Orden de la Consejera de Sanidad de 3 de febrero de 2014, por

la que se acordó la adjudicación de los acuerdos marco para la contratación mediante concierto de los servicios terapéuticos de rehabilitación ambulatoria.

- Tal recurso es desestimado por Orden nº 357, de 13 de mayo de 2014.

- Por medio de representante, presentan el 19 de junio de 2014, el C.R.E., S.L., el C.R.M., S.L., el C.R.S.P., S.L., el C.R.A., S.L., el C.R.G., S.L., el C.R.V., S.L., el C.R., S.L., el I.I.R., S.L., e I.T., S.L., mediante el que ponen en conocimiento del órgano de contratación la Resolución del Ayuntamiento de Santa Lucía de Tirajana relativa al centro E.V. Asimismo, informan de que ha dado traslado de dicha resolución al Servicio Central de Inspección y Conciertos.

- A partir de ello, se realizaron actuaciones de comprobación, entre ellas, la solicitud de informe al Ayuntamiento de Santa Lucía de Tirajana. El mismo se emite el 2 de julio de 2014, y de él se deriva la acreditación de que el Centro E.V., en relación con la comunicación previa al inicio de actividad del 15 de julio de 2013, fue requerido de cierre y cese de actividad por Decreto del Ayuntamiento de 13 de febrero de 2014 y, respecto a la nueva comunicación previa de inicio de actividad presentada el 14 de marzo de 2014, por Decreto del Ayuntamiento nº 2095/2014, de 7 de mayo de 2014 (notificado al interesado el 28 de mayo de 2014) se prohibió el ejercicio de la actividad hasta que fuera levantada dicha suspensión en base a resolución administrativa expresa.

Asimismo, se constata que el Ayuntamiento de Santa Lucía dictó Resolución de 13 de febrero de 2014, lo que se notificó a la empresa E., por la que se acuerda que la comunicación previa al inicio o puesta en marcha de la actividad no surta efectos como título habilitante para el ejercicio de la actividad, lo que implica la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la actividad de centro médico en el local y se le requiere para que en el plazo de dos días hábiles desde el recibo de la comunicación proceda al cierre y cese de la actividad en el centro.

- Puesto que estar en posesión de la correspondiente licencia de apertura del Ayuntamiento es requisito para que los centros sanitarios puedan obtener la homologación en el grupo "diagnóstico y tratamiento", subgrupo "rehabilitación", requisito de solvencia técnica exigido en la contratación del acuerdo marco del que resultó adjudicataria la empresa E.M., S.L.U., mediante Resolución de la Directora del Servicio Canario de la Salud, de 14 de julio de 2014, se acuerda la suspensión provisional de la vigencia de la homologación hasta que se subsanen los defectos observados, durante un plazo máximo de seis meses, transcurrido el cual, si no se

han subsanado, se procederá a la revocación de la homologación (art. 12.2 Decreto 105/2006).

- El 20 de agosto de 2014, la entidad E.M., S.L. interpuso recurso de alzada frente a aquella Resolución, que es desestimado mediante Orden nº 694, de 3 de octubre de 2014.

### III

1. Dados estos antecedentes, mediante Orden nº 755, de 31 de octubre de 2014, se acuerda iniciar el procedimiento de resolución del acuerdo marco suscrito con la entidad E.M., S.L.U. en relación con su centro E.V., el 14 de febrero de 2014, para la contratación mediante conciertos de los servicios terapéuticos de rehabilitación ambulatoria incluidos en el lote 4 de los previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, acordándose, igualmente, al amparo de lo establecido en el art. 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con trámite de audiencia al contratista.

Por lo que se refiere a los aspectos procedimentales, se ha dado cumplimiento a los trámites preceptivos, constando el otorgamiento del trámite de audiencia a la empresa contratista, que presenta alegaciones en el plazo concedido al efecto en las que se opone a la resolución contractual. Se ha emitido, además, el preceptivo informe del Servicio Jurídico, el 10 de febrero de 2015, y se ha elaborado finalmente la Propuesta de Orden que se ha remitido a este Consejo Consultivo, todo ello sin perjuicio de las objeciones que se detallan a continuación.

2. Ahora bien, como se anunciaba en el Fundamento I.1 anterior, la solicitud de dictamen ha sido admitida por este Órgano Consultivo estando caducado el procedimiento de resolución contractual -como se señalará después-, siguiendo un criterio antiformalista.

No obstante, han de ponerse ahora de manifiesto los defectos formales y materiales de los que adolece tanto la Propuesta de Resolución como la solicitud de dictamen. Ello, a efectos de su adecuada subsanación en la nueva solicitud que, respecto de este asunto, se curse, en su caso, tras la nueva incoación de nuevo procedimiento después de declarar la caducidad del presente.

Pues bien, el órgano legitimado para solicitar dictamen de este Consejo en la materia que nos ocupa es la Consejera de Sanidad, que en fecha 24 de febrero de 2015 firma Orden en la que, tras fundamentar fáctica y jurídicamente la procedencia

de la resolución contractual, sin embargo, se limita, en el Resuelvo, a solicitar el dictamen de este Consejo Consultivo con carácter urgente.

Sin embargo, el oficio de solicitud del mismo, de 4 de marzo de 2015, viene remitido por la Directora del Servicio Canario de la Salud.

Al respecto deben hacerse tres objeciones:

A) Por un lado, ciertamente, entendemos que la solicitud de dictamen proviene del órgano competente, que es la Consejera de Sanidad; mas, en puridad, viene firmada por la Directora del Servicio Canario de la Salud, que no es competente para ello. Se desprende de la solicitud que ha sido realizada por esta por medio de delegación tácita de aquella, mas la ley exige para tal fin una delegación expresa de la facultad que se ejercita o bien que se realice la solicitud por el órgano competente y venga firmado por su titular.

B) Por otro lado, la solicitud de dictamen califica la Orden de la Consejera como Propuesta de Resolución, por contener la fundamentación material de la Resolución. Sin embargo, ni es la Consejera la competente para emitir la Propuesta de Resolución, sino la Directora del Servicio Canario de la Salud, como instructora del procedimiento, ni tiene el Resuelvo el contenido material que le es exigible.

En cuanto al primer aspecto, debemos recordar que la Propuesta de Resolución sobre la que dictamina el Consejo Consultivo es eso, una "propuesta" de lo que será la Resolución que se dicte por el órgano competente, por lo que la Propuesta de Resolución no puede venir firmada por el propio órgano que ha de resolver, sino por quien ha instruido el procedimiento. Así pues, debe dotarse el presente expediente de una Propuesta de Resolución que venga firmada por el órgano instructor.

C) En cuanto al segundo aspecto, nos encontramos ya en la tercera objeción que debe hacerse:

Lo que el oficio de solicitud de dictamen califica de Propuesta de Resolución es la Orden de la Consejera de Sanidad, por contenerse en la misma la fundamentación fáctica y jurídica de la resolución contractual que se pretende. Mas, como ya dijimos anteriormente, el Resuelvo de tal Orden se limita a solicitar el dictamen del Consejo Consultivo con carácter urgente.

La Propuesta de Resolución debe tener autonomía documental en el expediente, sin que pueda confundirse con otro documento o trámite, en este caso, con la solicitud de dictamen. Para ello, la Propuesta de Resolución debe contener en su

Resuelvo todos los pronunciamientos debidos sobre el fondo del asunto, es decir, la procedencia o no, tanto de la resolución contractual, como de la incautación de la garantía y de la indemnización de daños y perjuicios, en su caso.

Nada de ello contiene la Orden de la Consejera que el oficio de solicitud de dictamen califica como Propuesta de Resolución, amén de no venir firmada por el órgano instructor.

Todo ello debe subsanarse en la nueva tramitación del procedimiento que en su caso debe incoarse tras la declaración de caducidad que a continuación se analiza.

## IV

1. Sin perjuicio de lo señalado acerca del cumplimiento de los trámites preceptivos, el procedimiento de resolución contractual ha de considerarse caducado al haber transcurrido el plazo de tres meses que para su resolución establece el art. 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

Sobre esta cuestión, es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo la de considerar aplicable el instituto de la caducidad a los procedimientos de resolución de los contratos administrativos. Señala así la STS de 22 de marzo de 2012, en la misma línea que las de 2 de octubre de 2007, 9 de septiembre de 2009 y 28 de junio de 2011, entre otras, que:

*«(...) entre las prerrogativas que en materia de contratación pública poseen las distintas Administraciones se halla la de resolver los contratos determinando los efectos de esa decisión, y esa resolución la pueden acordar los órganos de contratación bien de oficio o a instancia del contratista, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine, y añade la norma que los acuerdos que decidan la resolución pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos. De lo anterior deduce esta Sala que la resolución del contrato constituye un procedimiento autónomo y no un mero incidente de ejecución de un contrato, que tiene sustantividad propia, y que responde a un procedimiento reglamentariamente normado como disponía el art. 157 del Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975, y como recoge ahora el art. 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

*- A ratificar lo anterior ha venido la doctrina sentada en la Sentencia del Pleno de esta Sala de 28 de febrero de 2007, que en su Fundamento de Derecho Cuarto*

señala que "Así, en el caso de autos, la petición de intereses deducida es una incidencia de la ejecución de un contrato de obras. No existe un procedimiento específico relativo a la ejecución del contrato de obras; sólo lo hay, en la relación de procedimientos existentes para las peticiones de clasificación de contratistas, modificación, cesión o resolución del contrato o peticiones de atribución de subcontratación".

- Al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente el procedimiento de resolución del contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a las Administraciones Públicas impone el art. 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo, que al no estar establecido por su norma reguladora la Ley lo fija en tres meses en el artículo citado y el art. 44 de la Ley 30/1992, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, en vigor cuando se inició el procedimiento, en su apartado 1 mantiene que "en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos" y en su número 2 dispone como efecto del vencimiento del plazo que "en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92".

Como consecuencia de lo expuesto, en el caso examinado cuando la Administración dictó la resolución por la que resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía, y lejos de ello lo que debió decidir fue la caducidad del expediente y el archivo de las actuaciones sin perjuicio de los efectos a que se refiere el art. 92.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común».

2. Pues bien, en el presente caso el procedimiento fue iniciado el 31 de octubre de 2014 mediante Orden nº 755 de la Consejera de Sanidad, por lo que el plazo de tres meses se encuentra vencido desde el 31 de enero de 2015, con anterioridad incluso a la solicitud de dictamen a este Consejo.

Por consiguiente, ha de observarse que el procedimiento de resolución iniciado se encuentra incurso en causa de caducidad, al no haberse resuelto y notificado al contratista en el plazo de tres meses desde su incoación, de acuerdo con lo previsto en el art. 44.2 en relación con el art. 42.2 LRJAP-PAC.

En definitiva, procede que se declare la caducidad del presente procedimiento de resolución del contrato, sin perjuicio de la procedencia de tramitar un nuevo procedimiento de resolución, cuyo inicio, en su caso, deberá acordarse formalmente, debiendo incorporarse al mismo las actuaciones obrantes en el expediente remitido, y en el que, tras dar audiencia al contratista y redactar la correspondiente Propuesta de Resolución, se deberá recabar el preceptivo dictamen sobre la misma, con advertencia expresa de que deberán adoptarse las cautelas precisas que impidan que transcurra el plazo máximo para resolver establecido en el citado art. 42 LRJAP-PAC.

## C O N C L U S I Ó N

Por las razones que se expresan en el Fundamento IV, no procede entrar a conocer el fondo del asunto, debiendo acordarse la caducidad del procedimiento y el inicio, en su caso, de nuevo procedimiento de resolución contractual, de conformidad con las indicaciones efectuadas en el Fundamento III.