



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 1 0 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 7 de noviembre de 2017.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de servicios para la Dirección Facultativa conjunta de las obras (...), suscrito con la empresa (...) el 18 de octubre de 2012 (EXP. 386/2017 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Presidente del Cabildo de Fuerteventura, es la Propuesta de Resolución por la que se resuelve el contrato de servicios para la Dirección Facultativa conjunta de las obras (...).

2. La contratista se ha opuesto a la resolución contractual. Esta oposición determina la preceptividad del Dictamen según los arts. 211.3, a) y 249.2, ambos de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en relación con el art. 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. De este último precepto y del art. 12.3 de la misma Ley se desprende, respectivamente, la competencia del Consejo para emitir el Dictamen y la legitimación del Sr. Presidente del Cabildo insular para solicitarlo.

3. Es de aplicación, además del TRLCSPP, la Ley 39/2017, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

II

- El contrato de servicios para la Dirección Facultativa conjunta de las obras (...), que se pretende resolver, fue suscrito el 18 de octubre de 2012 entre el Cabildo Insular y el contratista (...), por importe de 170.000,00 € excluido IGIC. El impuesto General Indirecto Canario asciende a la cantidad de 8.500,00 €.

- La duración del contrato se extiende desde el día siguiente a la firma del contrato de obras al que está vinculado hasta la finalización del mismo, más el plazo estimado para proceder a la liquidación de las obras a que hace referencia el art. 235.3 TRLCSP, de conformidad con lo establecido en el art. 303.4 del mismo texto legal.

- La ejecución del contrato se dividía en dos fases, una referente al edificio de formación y congresos, que se inició el 26 de diciembre de 2012, y una segunda referente a la plaza pública y aparcamiento subterráneo del citado edificio, que se inició el 23 de marzo de 2014. El acta de recepción de los dos proyectos se suscribió el 28 de abril de 2014, comenzando en ese momento el plazo de garantía de las obras, establecido en dos años según lo dispuesto en la cláusula 24 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el contrato de obras.

- El 1 de febrero de 2017, el Responsable del Contrato convoca a la empresa (...) a una reunión el 17 del mismo mes en el (...), con el fin de supervisar el estado de las obras y emitir informe en el que se señale si los defectos de la obra (si los hubiere), se refieren a deficiencias en la ejecución de la obra y no al uso de lo construido.

Esta convocatoria no fue recibida por el destinatario, reiterándose la misma por correo electrónico el 15 de febrero. Ante la premura de la notificación, el representante de (...), también por correo electrónico, comunica la dificultad de convocar al equipo de Dirección Facultativa para el día 17.

El 2 de marzo, el Órgano de Contratación reitera la convocatoria de una reunión en el inmueble el 17 de marzo con el fin señalado anteriormente. Con fecha 19 de abril, el Órgano de Contratación reitera, por tercera vez, la emisión del citado informe, concediendo un plazo de tres días hábiles para su entrega, y comunicando que transcurrido ese plazo sin recibir el informe solicitado, se iniciarán los trámites oportunos para proceder a la resolución del contrato de servicios.

- El contratista (...), presenta escrito el 3 de abril de 2017 solicitando la devolución de la fianza definitiva del contrato, por importe de 8.500,00 € emitida por la entidad (...).

- Mediante resolución de fecha 7 de julio de 2017 se incoa expediente de resolución del contrato de servicios para la Dirección Facultativa conjunta de las obras (...) por causa imputable al contratista.

- Por providencia de 29 de septiembre de 2017, el Presidente del Cabildo insular acuerda suspender el plazo para dictar la resolución del procedimiento en base a lo dispuesto en el art. 22.1, d) LPACAP, por el tiempo que medie entre la solicitud del Dictamen a este Consejo y la emisión del mismo. Providencia que se notifica al contratista el 6 de octubre de 2017, mientras que al avalista -que es parte en el procedimiento (art. 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), ya que se propone incautar la fianza que garantiza el cumplimiento del contrato- el 9 de octubre.

III

1. Como se acaba de indicar, por resolución de 7 de julio de 2017 se incoa el expediente de resolución del contrato objeto del presente procedimiento. Tal circunstancia obliga a analizar si el procedimiento de resolución contractual ha incurrido en caducidad, al haber transcurrido más de tres meses, plazo que para su resolución establece el art. 21.3 LPACAP.

Sobre esta cuestión, como hemos recordado en nuestro reciente Dictamen 295/2017, de 6 de septiembre, 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 ejerce 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».

Pues bien, en el presente caso, el procedimiento está vencido porque se ha notificado la suspensión del plazo para resolver el 9 de octubre, con posterioridad al vencimiento de dicho plazo, el 7 de octubre.

2. No obstante lo anterior, en relación con el plazo de resolución de los procedimientos, en este caso, de resolución contractual, es reiterada la doctrina de

este Organismo que, al tratarse de un plazo de caducidad, no cabe su suspensión, tal y como se ha ratificado recientemente –tras la entrada en vigor de la LPACAP, que modificó el plazo de caducidad en otros procedimientos- por acuerdo del Pleno de este Consejo Consultivo en sesión celebrada el 30 de octubre de 2017. Por ello, el transcurso del plazo legalmente establecido –tres meses- producirá el señalado efecto, con la consiguiente necesidad de proceder a la declaración de caducidad y la adopción, en su caso, de un nuevo acuerdo de inicio del procedimiento revisor.

En efecto, hemos reiteradamente insistido –aunque referido a los procedimientos revisores-, por última vez en nuestro Dictamen 195/2017, de 16 de junio, en que no puede evitarse el efecto *ope legis* del transcurso del plazo de referencia con un acuerdo de suspensión o ampliación del mismo, o bien, e indirectamente, suspendiéndose o ampliándose el plazo de resolución y notificación vía art. 42.5.c) y 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), respectivamente, lo que, en cualquier caso, no se ha acordado en el presente procedimiento.

Solo cabe suspender o ampliar el plazo para resolver por causas tasadas que, además, han de interpretarse restrictivamente en su aplicación, sin poderse interferir u obviar el control jurisdiccional.

Es preciso insistir en que en cualquier procedimiento en el que sea preceptivo no debe confundirse, a efecto alguno y a ningún fin, el Dictamen con un informe administrativo, incluido el del Servicio Jurídico, ni considerar el Consejo Consultivo como un órgano administrativo o incluido en una Administración propiamente dicha.

Es decir, no resulta aplicable el art. 42.5.c) LRJAP-PAC –ahora el 22.1, d) LPACAP- en relación con el dictamen y el Consejo Consultivo, asimilando aquél a un informe y éste a la Administración. Así, este Organismo no es, especialmente en este ámbito, un órgano de la Administración actuante o de otra Administración, no teniendo naturaleza administrativa y siendo externo a toda organización administrativa y aun del Ejecutivo en el caso canario.

El parecer de este Consejo es diferente a todos los informes que se deban solicitar y emitir en ese ámbito en objeto, finalidad, efectos y órgano solicitante y receptor.

Efectivamente, en el caso concreto del art. 22, 1, d) LPACAP -antes 42.5.c) LRJAP-PAC- resulta evidente que el informe del que se trata, visto el contexto normativo en el que se incluye el precepto, tiene carácter estrictamente administrativo y se incardina en la fase instructora del procedimiento, sin poderlo ser antes ni seguramente después, tras formularse la Propuesta de Resolución y proceder un informe jurídico interno sobre la versión inicial. Por eso, su declarado fin es preparar la formulación de tal Propuesta, siendo determinante para su contenido como se dispone en el art. 72 LPACAP -anterior 82 LRJAP-PAC-.

Consiguientemente, lo recaba y recibe el instructor del procedimiento, sirviéndole para formar su opinión sobre el asunto y, por ende, elaborar la Propuesta, que ha de remitir al órgano resolutorio para que éste decida enseguida o, siendo preceptiva la solicitud del dictamen, para que recabe o inste que se solicite éste, resolviendo después.

Por el contrario, insistimos, el dictamen lo emite un órgano no administrativo y externo a la Administración, cuya función específica es un control técnico-jurídico de adecuación jurídica previo a una actuación que aquí es administrativa, pero que puede ser gubernativa o normativa, incluso de orden legislativo. Por eso, el pronunciamiento en forma de dictamen en el que se plasma dicha función consultiva se ha de solicitar y emitir, sin poderse después recabar otro informe u opinión sobre el mismo objeto y en el mismo procedimiento, concluida la instrucción del mismo.

En consecuencia, lo ha de instar y recibir el órgano competente para resolver y, obviamente, su objeto ha de ser la Propuesta de Resolución definitiva y completamente formulada, con el contenido previsto en el art. 87 LPACAP -89 de la LRJAP-PAC- con el añadido que en cada caso proceda, según la normativa específica del asunto tratado. Por ello, no puede ni debe servir para determinar su contenido o que éste sea uno u otro, en sus fundamentos y resuelvo, de modo que su exclusivo fin es determinar la adecuación jurídica de dicho Proyecto de acto, con la forma que proceda, Resolución, Orden o Decreto, determinando si es conforme a Derecho o no en orden a que el órgano resolutorio decida finalmente y resuelva lo que estime pertinente o que, en su caso, proceda dictar, cual sucede en el procedimiento revisor.

3. De lo anterior se desprende que, no pudiendo suspender el plazo para resolver por la causa esgrimida [art. 22, 1, d) LPACAP] y, en todo caso, habiéndose notificado dicha suspensión al avalista una vez cumplido el plazo para resolver, el dictamen ha de limitarse a observar, sin entrar en el fondo de la cuestión planteada, 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. 25.1.b) en relación con el art. 21.3 LPACAP.

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, debiendo incorporarse al mismo las actuaciones obrantes en el expediente remitido, y en el que, tras nueva audiencia al contratista y a su avalista y redactar la correspondiente Propuesta de Resolución, se deberá recabar el preceptivo dictamen sobre la misma, con las cautelas precisas que impidan que transcurra el plazo máximo para resolver.

C O N C L U S I Ó N

El procedimiento de resolución contractual está caducado, por lo que no procede entrar a conocer el fondo del asunto, debiendo acordarse tal caducidad y el inicio, en su caso, de nuevo procedimiento de resolución contractual, con realización de los trámites jurídicamente exigibles y con formulación de nueva Propuesta de Resolución que deberá ser dictaminada preceptivamente por este Consejo.