



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 391/2019

(Sección 2ª)

La Laguna, a 7 de noviembre de 2019.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de resolución del contrato de obras «Puesta en vista los grabados rupestres de la Montaña de Tindaya», adjudicado al (...) (EXP. 361/2019 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Presidente del Cabildo de Fuerteventura, es la Propuesta que pretende la resolución del proyecto denominado «Puesta en visita de los grabados rupestres de la montaña de Tindaya», T.M. de La Oliva, por causa imputable al contratista.

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

En este sentido, es de recordar que, de acuerdo con la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en sus apartados primero y segundo: «Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido

* Ponente: Sra. de León Marrero.

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». Y, «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 la duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior».

3. Pues bien, habiéndose adjudicado el presente contrato, según consta en el expediente remitido a este Consejo, mediante Resolución del Sr. Presidente de 28 de noviembre de 2017, resulta de aplicación la normativa sustantiva vigente en ese momento, sin perjuicio de la aplicación de la actual en aquellos aspectos procedimentales; en particular, en lo referente a la caducidad, como hemos advertido en nuestro Dictamen 233/2019, pues al haberse iniciado el expediente de resolución con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, es aplicable el plazo de ocho meses para resolver el expediente en virtud de lo dispuesto en el art. 212.8 LCSP. Así, el transcurso del plazo máximo determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009). No obstante, al no haber transcurrido el plazo máximo de ocho meses que, para instruir y resolver los procedimientos de resolución contractual establece el citado art. 212.8 LCSP, el mismo no está caducado al haberse iniciado éste el 15 de julio de 2019.

4. También se ha de recordar que es doctrina consolidada de este Consejo (ver por todos los DCC 262/2019, de 4 de julio, y 374/2019, de 17 de octubre) que tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) no cabe suspensión del plazo de caducidad, que se aplica *ope legis*. Así: «(...) en relación con el plazo de resolución de los procedimientos, en este caso, de resolución contractual, es reiterada la doctrina de este Organismo que advierte 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. 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 (...)».

Además, no procede, confundir el Dictamen del Consejo Consultivo con un informe, incluido el que eventualmente deba emitir el Servicio Jurídico de la Administración actuante ni, desde luego, con los informes que procede emitir en fase de instrucción del procedimiento a los fines que le son propios, determinantes del contenido de la resolución, pues este Consejo dictamina justamente la propuesta y a tales efectos, el Consejo Consultivo no es «Administración activa», condición a la que se anuda la efectividad del precepto invocado, según hemos venido razonando desde el DCC 304/2013, y reiterado en los 363/2013, 389/2013, 427/2013 y 151/2014, 139/2015, 316/2015, entre otros muchos.

Por lo expuesto, la suspensión acordada no resulta acorde con el Ordenamiento jurídico; debe pues, considerarse, que se ha suspendido indebidamente el procedimiento resolutorio tramitado y, en consecuencia, continúa transcurriendo el plazo de ocho meses previsto en el art. 212.8 LCSP en los términos expuestos en el apartado anterior de este Dictamen.

II

Los antecedentes relevantes en este caso son los siguientes:

- Mediante resolución del Sr. Presidente, de fecha 28.11.2017, se adjudicó a la empresa (...) la ejecución de los trabajos correspondientes al proyecto denominado «Puesta en visita de los grabados rupestres de la Montaña de Tindaya». La ejecución de los trabajos se dividía en dos fases, una referente a la redacción del proyecto y una segunda en la ejecución de las obras.

- Con fecha 19 de febrero de 2018, la empresa (...) hace entrega del proyecto redactado de la «Puesta en visita de los grabados rupestres de la Montaña de Tindaya», perteneciente a la primera fase del contrato.

- Con fecha 29 de mayo de 2018 se emite escrito a la empresa (...), adjuntando los informes de las direcciones facultativas, al objeto de que subsane las deficiencias habidas en la documentación presentada por dicha empresa.

- Con fecha 31 de julio de 2018 la empresa (...) hace entrega de la documentación solicitada, al objeto de subsanar las deficiencias requeridas.

- Con fecha 20 de septiembre de 2018, se emite informe sobre las deficiencias observadas en la documentación presentada por la empresa.

- Mediante resolución de fecha 26 de octubre de 2018, el Sr. Consejero Insular de Área de Cultura, Ocio y Deporte, resuelve conceder a la empresa (...), un plazo de un mes improrrogable, al objeto de que nuevamente subsane las deficiencias de la documentación entregada el 31 de julio de 2018, así como imponer una penalización de 1.776,90 € al contratista equivalente al 25% del precio del contrato, referente a la elaboración del proyecto de ejecución que asciende a 7.107,63 €, excluido el Impuesto General Indirecto Canario (IGIC). Todo ello en cumplimiento de la cláusula 23.3 del pliego de cláusulas administrativas del expediente, en el que literalmente dice: «En el segundo caso el nuevo plazo concedido para subsanar las deficiencias no corregidas será un mes improrrogable, incurriendo el contratista en una penalidad equivalente al 25% del precio del contrato, referente a la elaboración del proyecto de ejecución».

- Con fecha 5 de diciembre de 2018, el Sr. (...) representante de la empresa (...), hace entrega de la documentación al objeto de subsanar las deficiencias requeridas en la resolución del Sr. Consejero, de fecha 26.10.2018, anteriormente mencionado.

- Con fecha 8 de enero de 2019, mediante nota de régimen interior se solicita informe a la dirección facultativa del proyecto, recibiendo el mismo con fecha 24 de enero de 2019.

- Con fecha 8 de febrero de 2019, se emite informe por la responsable del expediente sobre las deficiencias observadas en la documentación presentada por la empresa adjudicataria.

- Por resolución de fecha 7 de marzo de 2019, del Consejero Insular de Área, se incoó expediente de resolución del contrato «Puesta en visita de los grabados rupestres de la Montaña de Tindaya», por causa imputable al contratista.

- Con fecha 8 de marzo de 2019, se notifica al (...) y se le concede 10 días naturales a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación de esta resolución, para que alegue a lo que en su derecho convenga.

- Con fecha 18 de marzo de 2019, se presentan alegaciones por el (...).

- A la vista de las alegaciones presentadas por el contratista, se emite nuevo informe de la dirección facultativa del proyecto, de fecha 28 de marzo de 2019.

- Con fecha 4 de abril de 2019, se solicita informe del Servicio Jurídico de la Corporación de conformidad con el art. 211.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del

Sector Público, preceptivo en la instrucción de procedimientos en los que se acuerde la resolución de un contrato, remitiéndose al Servicio de Patrimonio Cultural el 17 de junio de 2019.

- Por Resolución del Consejero Insular de Área, de fecha 15 de julio de 2019, se acuerda resolver la caducidad del procedimiento de resolución del contrato y el inicio nuevamente del procedimiento.

- Con fecha 26 de julio de 2019 se reciben alegaciones realizadas por (...)

- Con fecha 12 de agosto de 2019, se emite informe jurídico de la Técnico de Patrimonio Cultural.

- La Propuesta de Resolución propone, por una parte, declarar la resolución del contrato «Puesta en visita de los grabados rupestres de la Montaña de Tindaya», por causa imputable al contratista, incorporando a éste los actos y trámites que se han mantenido igual transcurrida la caducidad, de conformidad con el art. 95.3 LPACAP, y conceder audiencia al avalista o asegurador, en el mismo plazo señalado en el punto anterior.

III

Este Consejo no puede entrar en el fondo de la cuestión planteada porque aún no se ha dado audiencia al avalista o asegurador y, por tanto, el procedimiento no puede considerarse concluido.

En efecto, como establece el art. 212 LCSP, en la resolución del contrato se seguirá el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca. El art. 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, dispone que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación con 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 arts. 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 ello se infiere sin excesiva dificultad que se ha debido de dar audiencia al avalista o asegurador antes de dictar la Propuesta de Resolución y solicitar el Dictamen a este Consejo, pues, según el art. 112 LCSP son parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada.

En este caso el procedimiento afecta a la garantía prestada, porque la resolución del contrato se basa en el art. 225 del TRLCSP, que determina que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, y que la indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido.

En definitiva, siendo la causa de resolución del contrato que nos ocupa el incumplimiento culpable del contratista, ello conlleva la incautación de la fianza como parte de la indemnización que deberá abonar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados, circunstancia que determina la necesidad de tener como parte del procedimiento al avalista o asegurador del contratista.

Aunque se ha anunciado en la propuesta ese preceptivo trámite de audiencia, éste todavía no se ha producido y por tanto el procedimiento no está concluido, lo que impide que este Consejo pueda entrar en el fondo de la cuestión planteada, por lo que procede que se retrotraigan las actuaciones para dar audiencia al avalista o asegurador del contratista y, en su caso, a la vista de las alegaciones que se presenten, elaborar nueva Propuesta de Resolución, documentación que deberá ser remitida junto con el resto del expediente a este Consejo para la emisión del preceptivo Dictamen.

C O N C L U S I Ó N

Este Consejo no puede dictaminar sobre el fondo de la cuestión porque no se ha dado audiencia al avalista o asegurador del contratista, que son parte del procedimiento al basarse la resolución contractual en el incumplimiento culpable del contratista. En consecuencia, tras la observancia de tal trámite y, en su caso, a la vista de las alegaciones, se deberá elaborar nueva Propuesta de Resolución que se

remitirá junto con la totalidad del expediente para la emisión del preceptivo Dictamen.