CONSEJO CONSULTIVO
DE CASTILLA Y LEÓN

Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero
Sr. Fernández Costales, Consejero
Sr. Pérez Solano, Consejero y Ponente
Sr. Madrid López, Consejero
Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 11 de noviembre de 2010, ha examinado el *expediente de resolución del contrato de consultoría y asistencia suscrito entre la Diputación Provincial de xxxxx y la mercantil qqqqq, S.L.,* y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I
ANTECEDENTES DE HECHO

El día 5 de octubre de 2010 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la resolución del contrato de consultoría y asistencia suscrito entre la Diputación Provincial de xxxxx e qqqqq, S.L., para la gestión y ejecución de las acciones y presupuestos del programa comunitario* xxxx1*, xxxx2-xxxx3: "xxxx4".*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 13 de octubre de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.252/2010, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Pérez Solano.

Primero.- El 20 de octubre de 2003 se formaliza entre la Diputación Provincial de xxxxx y la empresa qqqqq, S.L. el contrato de consultoría y asistencia suscrito para la gestión y ejecución de las acciones y presupuestos del programa comunitario xxxx1, xxxx2-xxxx3: "xxxx4", mediante

procedimiento negociado sin publicidad, por importe de 179.900 euros y con garantía definitiva de 7.200 euros. El plazo de duración, vinculado a la duración prevista para la ejecución del Proyecto, se fija hasta el 31 de diciembre de 2004. Se señala un plazo de garantía desde la fecha de conclusión de los trabajos "hasta la fecha en que los organismos competentes aprueben todos los gastos originados por la ejecución del proyecto".

Se adjunta copias del pliego de cláusulas administrativas particulares y de los pagos bimensuales del contrato, el último de ellos fechado en noviembre de 2004.

Segundo.- El 8 de junio de 2006 el Director de la Institución "xxxx5", dependiente de la Diputación Provincial, informa de que "no existe inconveniente en que se proceda a la devolución de la garantía definitiva" a la empresa contratista.

Tercero.- El 26 de junio la Junta de Gobierno de la Diputación acuerda, "Dado que ha transcurrido el periodo de garantía de dicho contrato que fue adjudicado por acuerdo de la Comisión de Gobierno de 3 de septiembre de 2003", autorizar la devolución de la fianza definitiva.

Cuarto.- Mediante escrito de 13 de junio de 2008 la Dirección General de Fondos Comunitarios del Ministerio de Economía y Hacienda remite a la Diputación Provincial el informe definitivo del xxxx4 cofinanciado en el xxxx1 xxxx2-xxxx3, resultado de la visita realizada por la auditoría efectuada por la empresa qqqq1. Se añade que "Si como consecuencia de dicho control fuera necesario retirar gastos ya certificados le rogaría tramitaran dichas descertificaciones lo antes posible".

En el referido informe de control financiero de Fondos Comunitarios, de 16 de mayo de 2008, se detectan una serie de irregularidades y concluye que procede descertificar (sic) una serie de cantidades por parte de la Diputación Provincial de xxxxx.

Quinto.- Mediante escrito de agosto de 2008 (no consta el día), con registro de salida del día 7, la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos del Ministerio de Economía y Hacienda comunica a la Diputación Provincial de xxxxx que, como consecuencia del control realizado por la empresa qqqq1 al

amparo del artículo 4 del Reglamento (CE) 438/2001, de 2 de marzo de 2001, de la Comisión, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) no 1260/1999 del Consejo, en relación con los sistemas de gestión y control de las ayudas otorgadas con cargo a los Fondos Estructurales, hay que descertificar (sic) una serie de pagos por importe total de 139.511,90 euros, por lo que debe procederse a efectuar una certificación negativa por el importe del gasto irregular en el plazo de 15 días hábiles.

Sexto.- Mediante escrito de 20 de agosto de 2010 se remite a la empresa qqqqq, S.L. el Acuerdo del Presidente de la Diputación Provincial de xxxxx por el que se inicia el procedimiento de resolución del contrato de consultoría y asistencia suscrito entre la Diputación Provincial de xxxxx e qqqqq, S.L., para la gestión y ejecución de las acciones y presupuestos del programa comunitario xxxx1, xxxx2-xxxx3: "xxxx4" y de reclamación de responsabilidad patrimonial, si procede, por el importe de la cantidad desertificada (sic).

Séptimo.- El 10 de septiembre de 2010 la contratista presenta escrito de alegaciones en el que se opone a la resolución y solicita el archivo del expediente, por los siguientes motivos:

- El contrato fue ejecutado y resuelto por la conclusión de los trabajos el 31 de diciembre de 2005.

- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de xxxxx de 26 de junio de 2006 se devolvió la garantía definitiva.

- No puede incoarse un procedimiento de resolución de un contrato ya resuelto.

- El informe de auditoría sobre la descertificación se basa en incumplimientos de la normativa que debía llevar a cabo la Entidad Local, por lo que no es responsable la contratista, sino el control interno que debía haber efectuado la Diputación.

- La empresa fue contratada por los otros tres socios portugueses del "xxxx4" sin que ninguno de los demás participantes hayan sido reclamados por los trabajos realizados por parte de su autoridad de gestión.

Octavo.- El 16 de septiembre el Secretario de la Diputación emite informe (que se considera también como propuesta de resolución, ya que no consta más documentación en el expediente administrativo) en el que considera que correspondía al contratista advertir de que la inclusión de algunos gastos pudieran ser desertificados, ya que éste era el objeto del contrato; que la devolución de la garantía definitiva se realizó en virtud de sendos informes del Director de la Institución xxxx5 y de la Jefa del Servicio de Contratación, quienes desconocían la obligación de que la ejecución del proyecto debía ser sometida a control de auditoría, por lo que dicho acto debe ser considerado como un simple trámite realizado de manera improcedente por la Administración; y que cabe asimismo exigir 'responsabilidad patrimonial' al contratista en virtud del artículo 110 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, por importe de 90.615,47 euros.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II
CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h),3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla A), apartado e), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- La normativa aplicable al contrato esta constituida fundamentalmente, tal como se recoge en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato, además de por dicho pliego, por la Ley 7/1985, de 2 de abril,

reguladora de las Bases del Régimen Local, por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (aplicable en este caso de acuerdo con la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, y por el resto de disposiciones aplicables.

De acuerdo con la disposición transitoria primera, apartado 2, de la citada Ley 30/2007, de 30 de octubre, los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior, que es la señalada en el párrafo precedente.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme dispone el artículo 59 de la LCAP.

Puede afirmarse, en términos generales, que se ha seguido formalmente el procedimiento legalmente establecido y que se ha concedido trámite de audiencia al contratista, aunque se desconoce si existe avalista, pues en ese caso, la audiencia debe extenderse también a éste.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento iniciado por la Diputación Provincial de xxxxx, relativo a la resolución del contrato de consultoría y asistencia suscrito entre la Diputación Provincial de xxxxx e qqqqq, S.L., para la gestión y ejecución de las acciones y presupuestos del programa comunitario xxxx1, xxxx2-xxxx3: “xxxx4”.

Este Consejo Consultivo, al margen de las consideraciones que se formularán más adelante, debe advertir de que dada, la fecha en que se emite el presente dictamen y la imposibilidad material de comunicar en plazo la resolución a la contratista, considera que el procedimiento caduca antes de esa fecha.

A los efectos del asunto que se dictamina, debe señalarse que la resolución de un contrato constituye un procedimiento autónomo, con

sustantividad propia, y que responde a un procedimiento reglamentariamente normado: el artículo 109 del RGLCAP. En este sentido, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007, "es claro 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". Concluye por ello que se trata de un procedimiento autónomo y no de un incidente de ejecución del mismo.

Este artículo del RGLCAP establece el procedimiento para la resolución de los contratos:

"1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista (…) 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.

»2. Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente".

Ahora bien, tras la lectura de este artículo, se observa que éste no contempla plazo alguno para la tramitación y resolución del procedimiento, por lo que cabe preguntarse si está o no sujeto a plazo de caducidad.

Sobre esta cuestión, si se tiene en cuenta que el fundamento de la fijación de un plazo de caducidad es la seguridad jurídica, que trata de conseguir que los procedimientos sean resueltos en un plazo razonable, no se aprecia motivo alguno para que la materia contractual no sea merecedora de esta garantía.

No obstante, la disposición adicional séptima de la LCAP dispone que "Los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por los preceptos contenidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siendo de aplicación supletoria los de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

Dicho precepto, a su vez, obliga a acudir al artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que en sus tres primeros apartados establece:

"1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

»En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

»Se exceptúan de la obligación a que se refiere el párrafo primero, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración.

»2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea.

»3. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses (...)".

Asimismo, el artículo 44 de dicha Ley, respecto a los procedimientos iniciados de oficio, dispone que "(...) 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:

»(...) 2. En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, 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 artículo 92".

A la luz de los preceptos transcritos puede concluirse que la caducidad del procedimiento de resolución del contrato está próxima a producirse, al haber transcurrido el plazo previsto en la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya que el procedimiento de resolución de contrato se inició mediante orden de 10 de agosto de 2010.

Éste es, por otra parte, el criterio sostenido por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 28 de junio de 2004 y de 2 de octubre de 2007 y el mantenido por diferentes sentencias de Tribunales Superiores de Justicia; sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 10 de marzo de 2008, o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 1 de febrero de 2008. Igualmente es la doctrina mantenida por el Consejo Consultivo de Castilla y León (por todos, Dictámenes 597/2008, 859/2009 y 466/2010).

Se observa asimismo, a efectos de ulteriores procedimientos, que la Diputación no ha utilizado la posibilidad de acordar la suspensión del plazo máximo para resolver cuando deban solicitarse informes preceptivos, como es el caso de la solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo, posibilidad contemplada en el artículo 42.5c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Sin perjuicio de lo anterior, nada impediría que la Administración consultante pudiera, en su caso, acordar nuevamente la incoación de un nuevo

procedimiento de resolución, así como la conservación de los actos y trámites practicados en el procedimiento en lo que resulte procedente, de conformidad con los artículos 67 y 92.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

No obstante, en este caso no procede incoar un nuevo procedimiento de resolución por los motivos que se exponen a continuación.

4ª.- Vista la naturaleza del contrato administrativo, deben analizarse las causas en las que la Entidad Local fundamenta la resolución del contrato.

Considera la Administración instructora que el contrato ha de ser resuelto ya que el contratista ha incumplido una de las obligaciones esenciales impuesta en dicho contrato, que se remite expresamente al pliego de cláusulas administrativas particulares, en el que consta que corresponde al contratista la "justificación ante la Autoridad de gestión del Programa xxxx1 de las acciones realizadas en el marco del referido Programa".

De este modo y por aplicación del artículo 211.2 de la LCAP (artículo que se menciona en el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato, pero no en la propuesta resolución propiamente dicha), que dispone que "El contratista será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato", pretende resolverse el contrato y exigir indemnización de daños y perjuicios a la empresa contratista, aunque sin especificar la concreta causa de resolución del contrato. Ahora bien, la posible causa parece reconducirse al incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales del artículo 113.4 de la LCAP, que señala: "Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada".

El contratista por su parte estima que no cabe resolver un contrato cuyo objeto ha sido ejecutado en el año 2005, recibido a satisfacción de la Administración, que procedió a la devolución de la garantía definitiva en junio del año 2006 y que fue firmada de conformidad por la Administración contratante.

Sobre este punto es preciso recordar que la doctrina del Consejo de Estado es constante en esta materia; así se expone, entre otros, en el Dictamen 159/2005, de 7 de abril: "En el asunto consultado las obras han sido recibidas de conformidad por la Administración local, sin que en el acta se consignara deficiencia alguna por parte de los representantes de ésta o de la Dirección facultativa (punto cuarto de antecedentes). En consecuencia, el contrato se ha de considerar cumplido por parte del contratista, sin que ahora sea posible la resolución pretendida por el Ayuntamiento por causa de incumplimiento (...) Basta reiterar que, recibido el contrato de conformidad, la Administración local no puede luego resolverlo por incumplimiento del contratista". Añade dicho Dictamen: "Por otra parte, no puede aducirse frente a lo anterior la existencia de una situación de incumplimiento. Pues, ha de tenerse en cuenta que el acta de recepción se levantó a la vista del grado de cumplimiento de la contratista y por considerarse que los trabajos se encontraban en condiciones de ser recibidos".

En el mismo sentido cabe citar los Dictámenes 1.276/2005, de 29 de septiembre, en el expediente relativo a la resolución del contrato para la realización de la asistencia técnica para el deslinde en Torrevieja, y 1.248/99, de 10 de junio, recaído en el expediente relativo a la resolución de un contrato de obras celebrado para la construcción de un campamento público de turismo de Alcántara.

En resumen, no procede resolver el contrato por incumplimiento del contratista, ya que el vínculo contractual entre la Administración contratante y la contratista subsiste mientras no se extinga por la recepción definitiva.

III
CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

No procede resolver el contrato de consultoría y asistencia suscrito entre la Diputación Provincial de xxxxx e qqqqq, S.L., para la gestión y ejecución de

las acciones y presupuestos del programa comunitario xxxx1, xxxx2-xxxx3: “xxxx4”.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.