



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero
Sr. Sobrini Lacruz, Consejero y
Ponente

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 24 de mayo de 2018, ha examinado el *procedimiento de resolución de contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y yyyy, 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 9 de mayo de 2018 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de resolución del contrato de gestión del servicio público de velatorio municipal, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y la empresa yyyy, S.L.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 10 de mayo de 2018, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 214/2018, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Sobrini Lacruz.

Primero.- El 26 de enero de 2016 el Ayuntamiento de xxxx y la empresa yyyy, S.L. suscriben un contrato de gestión del servicio público de velatorio municipal, en la modalidad de concesión administrativa.

Segundo.- Consta que se ha incoado un expediente sancionador al Ayuntamiento y a la contratista al considerar que determinadas actuaciones relacionadas con la ejecución del contrato constituyen presuntas prácticas restrictivas de la competencia basadas en la infracción de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (únicamente obra en el expediente una Providencia, de 12 de septiembre de 2017, del instructor del Servicio para la Defensa de la Competencia de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se notifica al Ayuntamiento el pliego de concreción de hechos, para que formule alegaciones).

Tercero.- El 7 de diciembre de 2017 el Alcalde solicita informe al Secretario "sobre la situación que se ha producido como consecuencia del expediente incoado por el Servicio para la Defensa de la Competencia (...) con motivo de la concesión del servicio de velatorio municipal (...) y posibles consecuencias de todo orden a causa de dicho expediente y de eventuales incumplimientos de la [contratista]".

El 11 de diciembre el secretario-interventor del Ayuntamiento emite un informe en el que señala que, en caso de confirmarse los hechos descritos en el pliego de concreción, el Ayuntamiento se vería obligado a afrontar responsabilidades de carácter económico que afectarían al interés público. Por ello, concluye que procede incoar procedimiento de resolución del contrato, con incautación de garantía al contratista, al considerar que concurre causa de interés público que habilita el ejercicio de la facultad de rescate de la concesión antes de su vencimiento, y también la causa de resolución prevista en el artículo 223, letra f), del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCS), en la medida que la contratista ha incumplido una obligación esencial del contrato por haber aplicado precios que no se corresponden con los aprobados por el Ayuntamiento.

Cuarto.- Por Acuerdo de 14 de diciembre de 2017, del Pleno, se inicia el procedimiento de resolución contractual, por los motivos expuestos en el informe del secretario-interventor, y se concede audiencia al contratista.

Quinto.- El 11 de enero de 2018 el contratista presenta un escrito en el que manifiesta su oposición a la resolución del contrato y solicita la remisión de diversa documentación.

Sexto.- El 27 de febrero el Pleno acuerda desestimar la solicitud de documentación, solicitar el dictamen del Consejo Consultivo y suspender el plazo para dictar y notificar la resolución. Consta la remisión de la comunicación de la suspensión al contratista, pero no su notificación a éste.

Séptimo.- Mediante Acuerdo de 9 de marzo, del Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León, se inadmite a trámite la consulta, al no constar la propuesta de resolución en el expediente remitido.

Dicho Acuerdo se recibe en el Ayuntamiento el 19 de marzo.

Octavo.- El 22 de marzo el Pleno del Ayuntamiento acuerda alzar la suspensión adoptada el 27 de febrero y formular propuesta de resolución del contrato, por los motivos ya expuestos, con incautación de la garantía.

Noveno.- Concedida audiencia al contratista, éste reitera su oposición a la resolución contractual.

Décimo.- En escrito firmado el 4 de mayo de 2018 el Alcalde acuerda remitir el expediente al Consejo Consultivo para la emisión del preceptivo dictamen, "suspendiéndose el curso del procedimiento hasta que se reciba el preceptivo dictamen". No consta la notificación de la suspensión al contratista.

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.i),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 apartado tercero, 1.e) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

La preceptividad del dictamen resulta de lo previsto en el artículo 211.3.a) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2001, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) –norma aplicable dada la fecha de inicio del procedimiento-, que establece que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de resolución del contrato, cuando se formule oposición por parte del contratista.

2ª.- La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme disponen los artículos 224 del TRLCSP y 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP).

3ª.- En relación con el procedimiento de resolución contractual, el artículo 109.1 del RGLCAP exige el cumplimiento de los siguientes trámites:

“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 de 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”.

En el expediente figura el informe de la secretaría del Ayuntamiento, exigible a tenor de lo previsto en el citado artículo 109.1.c) en relación con la disposición adicional segunda, apartado 8, del TRLCSP, y se ha dado audiencia a la contratista. El trámite del dictamen del Consejo Consultivo, preceptivo al existir oposición de la contratista, se cumple con la emisión del presente.

No obstante, se advierte una imprecisión en el Acuerdo plenario de 22 de marzo de 2018, en el que se hace constar, textualmente, que el secretario "da cuenta de los motivos de la devolución del expediente por parte del Consejo Consultivo con el fin de que se adopte un nuevo acuerdo resolutorio, por entender que se trata de un expediente sancionador".

Tal afirmación es incierta, no solo porque en el Acuerdo de inadmisión a trámite de la consulta no se hace referencia alguna al carácter sancionador del expediente, sino también porque, conforme al artículo 50.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, la solicitud de dictamen deberá incluir "toda la documentación y antecedentes necesarios para dictaminar sobre las cuestiones consultadas, así como el borrador, proyecto o propuesta de resolución"; y tal propuesta de resolución, que debe formularse con posterioridad al trámite de audiencia y ha de recoger los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que motiven la decisión, no constaba en el expediente remitido inicialmente. Lo que determinó que la consulta no fuera admitida a trámite.

4ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento de resolución del contrato de gestión del servicio público de velatorio municipal, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y la empresa yyyy, S.L.

Este Consejo Consultivo considera que el procedimiento ha caducado.

La resolución de un contrato constituye un procedimiento autónomo, con sustantividad propia y responde a un procedimiento normado, con carácter general, por el artículo 109 del RGLCAP. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007 señala que "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"; por lo que concluye que se trata de un procedimiento autónomo y no de un incidente de ejecución del contrato.

El artículo 109 del RGLCAP no contempla plazo alguno para la tramitación y resolución del procedimiento, por lo que hasta hace pocos años se cuestionó si dicho procedimiento estaba o no sujeto a plazo de caducidad. Actualmente se entiende que, dado que el fundamento del establecimiento de un plazo de caducidad es la seguridad jurídica -que se trata de conseguir mediante la resolución de los expedientes en un plazo razonable-, no se aprecia motivo alguno para que la materia contractual no sea merecedora de esta garantía.

Como ya se ha expuesto, dado que el procedimiento se inició el 14 de diciembre de 2017, resulta de aplicación el TRLCSP, cuya disposición final tercera establece que "Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias"; remisión que ha de entenderse realizada hoy a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Tal disposición obliga a acudir al artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que en sus tres primeros apartados establece:

"1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos 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 de 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 declaración responsable o comunicación 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 el Derecho de la Unión Europea.

»3. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán:

»a) En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación. (...)”.

Asimismo, el artículo 25 de la misma 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 95”.

En el caso examinado puede concluirse, a la vista de los preceptos transcritos, que se ha producido la caducidad del procedimiento de resolución del contrato, al haber transcurrido el referido plazo de 3 meses, ya que el procedimiento de resolución contractual se inició el 14 de diciembre de 2017 y que la solicitud del presente dictamen, con suspensión del plazo para resolver, se acordó el 4 de mayo de 2018, sin que el breve periodo, 23 días naturales, en que el procedimiento estuvo suspendido (entre el 27 de febrero y el 22 de marzo de 2018 –fecha en que se acordó alzar la suspensión-) enerve la anterior conclusión.

Este criterio favorable a la declaración de caducidad es el sostenido por el Tribunal Supremo desde la Sentencia de 28 de junio de 2004. En el mismo sentido, la Sentencia de 2 de octubre de 2007 señala: “Como consecuencia de lo expuesto 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". Esta línea jurisprudencial se ha consolidado posteriormente en la Sentencia de 9 de septiembre de 2009, dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina sobre esta cuestión, y se ha reiterado en sentencias posteriores como las de 8 de septiembre de 2010, 28 de junio de 2011 o 22 de marzo de 2012.

Por tanto, en aplicación de lo dispuesto en los artículos y jurisprudencia citados, procede que el Ayuntamiento declare la caducidad del procedimiento de resolución de contrato a que se refiere la presente consulta.

5ª.- Sin perjuicio de lo anterior, y a efectos meramente didácticos, ha de señalarse lo siguiente en relación con el procedimiento de resolución contractual:

a) La declaración de caducidad de este procedimiento no obsta para que el Ayuntamiento pueda, en su caso, acordar nuevamente la incoación del procedimiento de resolución contractual, en cuyo caso también puede acordar, a estos efectos, la conservación de los actos y trámites practicados en el procedimiento en lo que resulte procedente y de conformidad con los artículos 52 y 95.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

b) En todo caso, la resolución de inicio del procedimiento debe calificar adecuadamente la causa de resolución que concurra en ese momento e incardinarla en alguna de las causas previstas en el TRLCSP, a fin de que pueda ser conocida en el trámite de audiencia por el contratista y por el avalista, de existir también éste. La resolución de inicio debe notificarse a ambos.

c) Debe otorgarse audiencia al contratista y, de existir, también al avalista.

d) Ha de emitirse informe por la secretaría del Ayuntamiento, en el que se pronuncie sobre la concurrencia de la causa o causas de resolución invocadas y sobre sus efectos.

e) Debe formularse la propuesta de resolución en la que, en caso de proponer la resolución del contrato, deberá fundamentarse suficiente y adecuadamente la concurrencia de la causa o causas que motivan la resolución del contrato, rebatirse las alegaciones que, en su caso, se hayan formulado por el contratista y, de existir, por el avalista.

f) En el supuesto de que el contratista se oponga a la resolución contractual pretendida, el Ayuntamiento debe solicitar, antes de dictar la resolución definitiva, el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo.

g) Con el fin de evitar la caducidad del procedimiento, se advierte de la conveniencia de acordar la suspensión del plazo máximo para resolver y notificar la resolución (plazo de 3 meses, como se ha expuesto) en el momento de solicitarse el dictamen del Consejo y antes del vencimiento del plazo que se suspende; y de la necesidad de que tal acuerdo se notifique a los interesados para que produzca efectos la suspensión, de conformidad con el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

h) Una vez emitido el dictamen por el Consejo Consultivo, el Ayuntamiento dictará la resolución que proceda.

i) Por último, debe recordarse que los asuntos sometidos a dictamen del Consejo Consultivo no podrán remitirse para su informe posterior a ningún otro órgano o Institución de la Comunidad Autónoma ni de las entidades locales de su territorio (artículos 3.3 de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, y 4.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento) y que la autoridad consultante, en este caso, la entidad local, debe comunicar al Consejo Consultivo la decisión adoptada en el asunto sometido a su consulta dentro de los quince días hábiles siguientes a su adopción (artículo 7.1. del Reglamento de Organización y Funcionamiento).

6ª.- Por último, han de hacerse tres observaciones finales:

a) En la documentación obrante en el expediente no se aprecia que la cuestión suscitada afecte al interés general o sea conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento (artículo 95.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre), por lo que nada obsta la declaración de caducidad.

b) Una de las causas alegadas para la resolución del contrato es el rescate del servicio. A este respecto, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la disposición transitoria primera, apartado 3, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público "La presente Ley será de aplicación a los acuerdos de rescate y a los encargos que se realicen con posterioridad a su entrada en vigor. (...)". Por ello, de acordarse el rescate resultará aplicable el artículo 294, letra c) de dicha Ley, que contempla como causa de resolución de las concesiones de servicios "El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional". Por ello, debe tenerse en cuenta que, de optarse por el rescate, éste debe estar debidamente motivado y justificado en razones de interés público y también debe acreditarse que la gestión directa por el Ayuntamiento es más eficaz y eficiente que la concesional; circunstancias estas que no están justificadas ni acreditadas en el expediente remitido.

c) Se advierte de que la cláusula decimocuarta del contrato prevé como falta grave del contratista la percepción de tasas distintas a las aprobadas por el Ayuntamiento; advertencia que se realiza por si la actuación del contratista pudiera incardinarse en tal infracción, o en otras previstas, y procediera, en su caso, la imposición de alguna sanción.

III CONCLUSIONES

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

Procede que se declare la caducidad del procedimiento de resolución del contrato de gestión del servicio público de velatorio municipal, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y la empresa qqqq, S.L.

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