



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Fernández Costales, Consejero
Sr. Nalda García, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria en funciones

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 23 de noviembre de 2011, ha examinado el *expediente relativo a la resolución del contrato de obras suscrito entre la Diputación Provincial de xxxxx y 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 8 de noviembre de 2011 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la resolución del contrato de ejecución de las obras de sustitución parcial de la red de abastecimiento en xxxx1, suscrito entre la Diputación de xxxxx y qqqqq, S.L.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 10 de noviembre de 2011, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.430/2011, 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. Estella Hoyos.

Primero.- Por Orden del Diputado Delegado de Obras y Planes Provinciales de la Diputación de xxxxx de 4 de julio de 2011 se incoa expediente relativo a la resolución del contrato suscrito con la empresa qqqqq GMC, S.L. el 25 de octubre de 2010, para la ejecución de la obra "Sustitución parcial de la red de abastecimiento en xxxx1" obra nº 102, financiada con cargo al Fondo de Cooperación Local, anualidad 2010, al amparo de los artículos 197 (Resolución por demora) y los artículos 206 y 208 (sobre causas y efectos de la



resolución contractual), todos ellos de la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público.

Segundo.- Obran en el expediente:

- Informe del Director de Obra de 20 de julio en el que señala que el contrato "se firmó el 25 de octubre de 2010, se replanteó el 11 de noviembre de 2010, y su plazo de ejecución era de 6 meses, (...) dicho plazo finalizó el pasado 11 de mayo de 2011, por tanto dicha obra esta fuera del plazo establecido en el contrato. (...) el día que se procedió al replanteo de la obra no se realizó manifestación alguna en contra para poder realizar la obra por parte del contratista, por lo cual y sin que se tenga conocimiento por parte de la Dirección de Obra de ningún tipo de objeción, que implique la demora o la posibilidad de no poder ejecutar la obra, la responsabilidad de la no ejecución corresponde al contratista qqqqq S.L.

»Durante todo este tiempo transcurrido no se ha procedido a la ejecución de ninguna unidad de obra, por lo cual la liquidación de la obra es de cero Euros".

- Documentación referida al expediente de contratación, entre la que se incluye el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuya cláusula II.1.4 dispone que el plazo total de ejecución del contrato es de seis meses, que comenzará a contarse desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo con resultado viable, que tuvo lugar el 11 de noviembre de 2010. La cláusula tercera del documento de formalización del contrato de 25 de octubre de 2010 fija también en 6 meses el plazo de ejecución del contrato.

- Informe del Servicio Administrativo del Área de Obras de la Diputación de 1 de septiembre, que estima procedente la resolución del contrato citado por incumplimiento de los plazos de ejecución por parte del contratista. Pone de manifiesto igualmente que es una obra con financiación condicionada a su ejecución en plazo, por lo que la ejecución fuera de éste podría derivar en la obligación de retornar a la Administración cofinanciadora los fondos que en su día fueron transferidos a la Diputación Provincial.



- Informe de la Secretaría de la Diputación de 6 de septiembre en el que concluye también que procede la resolución del contrato por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, con incautación de la garantía y la indemnización a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada.

- Informe de fiscalización de conformidad de la Intervención de la Diputación de 6 de septiembre.

Tercero.- Mediante Providencia de 14 de septiembre se concede trámite de audiencia al contratista y al avalista.

El 4 de octubre el contratista presenta un escrito en el que se opone a la resolución del contrato, al considerar que la incoación del procedimiento es nula de pleno derecho por falta de competencia del Diputado Delegado del Área de Obras, que no es el órgano de contratación y, en cuanto al fondo del asunto, porque la demora en la ejecución del contrato no le es imputable, sino que ha estado motivada por las condiciones climatológicas y por la continua subida de los materiales, que implican un encarecimiento económico importante.

Cuarto.- El 21 de octubre se formula propuesta de resolución del contrato por incumplimiento del plazo de ejecución imputable al contratista y por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, como es el no comenzar la obra, con incautación de la garantía definitiva.

Quinto.- El 21 y 27 de octubre se notifica al contratista y al avalista respectivamente, el decreto de la Presidencia de 14 de octubre de 2011 que acuerda la suspensión del plazo máximo legal para resolver y notificar la resolución, al amparo del artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

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, tal y como se recoge en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato, viene determinada fundamentalmente, además de por dicho pliego, por la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo por el que se desarrolla parcialmente la mencionada Ley y por el 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).

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme dispone el artículo 194 de la LCSP. En el presente caso al Presidente de la Diputación, de acuerdo con el apartado 1 de la disposición adicional segunda de la LCSP.

En cuanto al procedimiento administrativo seguido, el artículo 197 de la LCSP, relativo a la "Resolución por demora y prórroga de los contratos", dispone en su apartado 1 que "En el supuesto a que se refiere el artículo anterior (relativo a la demora en la ejecución de los contratos), si la Administración optase por la resolución ésta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquél que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva". Estos trámites se cumplimentan en el procedimiento, así como la audiencia al avalista que prevé el artículo 109.1.b) del RGLCAP, cuando se propone, como en este caso, la incautación de la garantía.



3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente relativo a la resolución del contrato de la obra de sustitución parcial de la red de abastecimiento en xxxx1 suscrito por la Diputación de xxxxx y qqqqq, S.L., empresa que se opone a tal actuación.

La propuesta de resolución del contrato de 21 de octubre de 2011 se fundamenta en un incumplimiento contractual imputable al contratista conforme a los apartados e) y g) del artículo 206 de la LCSP.

Debe aclararse sobre ello que la Ley 34/2010, de 5 de agosto, modificó el artículo 206 de la LCSP suprimiendo su letra d), al tiempo que dio nueva enumeración alfabética sucesiva a las restantes letras. De este modo, “La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista” que figuraba en la redacción inicial de la LCSP en la letra e) del artículo citado, aparece ahora como causa de resolución del apartado d) del artículo 206 de la LCSP y “El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”, antes letra g), figura como letra f) del referido artículo 206 LCSP.

Lo mismo ocurre en el artículo 208 de la LCSP, referido a los “Efectos de la resolución”, en el que dicha Ley suprime el apartado 1 y da nueva numeración sucesiva a los restantes, de modo que los efectos de la resolución por incumplimiento culpable del contratista se determinan actualmente en el apartado 3 del citado artículo 208 de la LCSP.

Este Consejo Consultivo considera, no obstante, que se ha producido la caducidad del procedimiento.

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. El artículo 197 de la LCSP, antes transcrito, también se refiere a la tramitación de la resolución contractual en el supuesto específico de que venga motivada por la demora en la ejecución. 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". Concluye por ello que se trata de un procedimiento autónomo y no de un incidente de ejecución.

El artículo 109 del RGLCAP, relativo al procedimiento para la resolución de los contratos, establece:

"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 no contempla plazo alguno para la tramitación y resolución del procedimiento, por lo que cabe preguntarse si éste se encuentra o no sujeto a plazo de caducidad.

Sobre esta cuestión, teniendo en cuenta que el fundamento del establecimiento de un plazo de caducidad es la seguridad jurídica -que trata de conseguirse dando respuesta a los expedientes en un plazo razonable-, no se aprecia motivo alguno para que la materia contractual no sea merecedora de esta garantía.



No obstante, la disposición final octava de la LCSP dispone 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”.

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 se ha producido la caducidad del procedimiento por el que se resuelve el contrato, al haber transcurrido el plazo previsto en la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya que la Resolución de inicio del procedimiento es de 4 de julio de 2011 y la suspensión del plazo para resolverlo, al amparo del artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se acuerda por Decreto de la Presidencia de 14 de octubre de 2011 (notificado al contratista y avalista respectivamente el 21 y 27 de octubre), cuando el procedimiento ya había caducado; lo que determina la imposibilidad de dictar en plazo la resolución por haberse superado ya el anteriormente señalado.

Éste es, por otra parte, el criterio sostenido por el Tribunal Supremo desde la Sentencia de 28 de junio de 2004. En el mismo sentido, su 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”.

Este mismo criterio es el mantenido recientemente 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 del País Vasco, de 11 de febrero de 2008.

Por todo ello, este Consejo Consultivo considera que, en aplicación de lo dispuesto en los artículos y jurisprudencia citados, procede que se declare la caducidad del procedimiento de resolución de contrato a que se refiere la presente consulta; ello sin perjuicio de que la Administración consultante



pueda, en su caso, acordar nuevamente la incoación del procedimiento de resolución, pudiendo también 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 67 y 92.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

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 administrativo de ejecución de las obras de sustitución parcial de la red de abastecimiento en xxxx1, suscrito entre la Diputación de xxxxx y qqqqq, S.L.

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