

Expediente Núm. 366/2009
Dictamen Núm. 361/2009

V O C A L E S :

Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis,
Presidente en funciones
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Ausente por inhibición:
Fernández Pérez, Bernardo

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 8 de octubre de 2009, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 2 de septiembre de 2009, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de asistencia técnica para la dirección de las obras de rehabilitación y ampliación del Colegio Público, adjudicado al empresario “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 26 de febrero de 2008, el Consejero de Educación y Ciencia dicta Resolución por la que se adjudica al empresario aquí interesado el contrato de asistencia técnica para la dirección de las obras de rehabilitación y ampliación del Colegio Público, por un precio de noventa y dos mil trescientos euros (92.300 €) y un plazo de ejecución de veintisiete (27) meses. En la resolución

de adjudicación se hace constar que ésta ha sido propuesta por la Mesa de Contratación, por haber presentado la contratista “la oferta que obtiene mayor puntuación”.

El día 26 de marzo de 2008 se formaliza, en documento administrativo, el referido contrato, figurando en su cláusula tercera el citado plazo de ejecución de veintisiete meses y señalándose, en la misma, que se trata de “un contrato complementario de otro contrato de obras”.

Consta, asimismo, en las actuaciones el documento acreditativo de la constitución de la garantía definitiva por la adjudicataria, junto a otra documentación, contable o adjetiva, generada por esta contratación.

2. Obra incorporado al expediente el pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación, por procedimiento abierto y mediante concurso, de la asistencia técnica para la dirección de las mencionadas obras.

La cláusula 19 prescribe que “son causas de resolución del contrato, además de las previstas en el artículo 111 y 214 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, las especificadas en el apartado O del cuadro-resumen”.

En lo que a prerrogativas de la Administración se refiere, señala la cláusula 21.1 que “el órgano de contratación tiene la prerrogativa de interpretar el contrato administrativo, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento (...), acordar su resolución, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

Entre otra documentación contable, obra en las actuaciones practicadas un informe de fiscalización previa, librado por la Interventora General con fecha 19 de noviembre de 2007, en el que se observa que debería recogerse expresamente en el pliego el carácter complementario de este contrato en relación a otro contrato de obras, con mención expresa a lo dispuesto, en

cuanto a su duración, en el artículo 198.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. Con fecha 9 de junio de 2009, notificada al contratista el día 17 del mismo mes, el Consejero de Educación y Ciencia dicta Resolución por la que se acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato, por ser éste complementario de otro de obras, y habida cuenta de que, “mediante Resolución (...) de 8 de enero de 2009, se resolvió el contrato de (...) obras (...), por causa de la declaración de concurso” del adjudicatario de éstas.

4. Tras la personación de un representante del arquitecto adjudicatario para obtener copia del expediente, el propio técnico contratista presenta, el día 26 de junio de 2009, un escrito de alegaciones en el que expone que, al fundarse este procedimiento resolutorio en la extinción de un contrato principal, deben ponerse de manifiesto las actuaciones que conducen a la resolución de este último, reconociéndosele “el derecho de formular alegaciones y de tener conocimiento completo y cabal del fundamento de la decisión tomada por la Administración”.

Sobre la relación de complementariedad con el contrato de obras, señala que no acepta “tal circunstancia o calificación, ni (...) las consecuencias jurídicas que ello eventualmente conllevaría”.

5. Evacuado el trámite de vista reclamado, y tras documentarse la comparecencia del representante del adjudicatario el día 2 de julio de 2009, el interesado presenta, con fecha 10 de julio de 2009, un nuevo escrito de alegaciones manifestando que “no consta la firmeza de la resolución por la que se resuelve el contrato de (...) obras (...). A mayor abundamiento, consta la intención (...) de recurrir”. Añade que la liquidación del contrato principal “ha de contar con la necesaria y preceptiva intervención del técnico que suscribe”.

Concluye que “no procede la iniciación del presente procedimiento” y que “en todo caso (...), debe producirse la prórroga del contrato (hasta la finalización de los trámites de liquidación del contrato principal)”.

6. Con fecha 6 de julio de 2009, el Arquitecto Técnico de la Dirección General de Planificación, Centros e Infraestructuras de la Consejería de Educación y Ciencia emite informe, a solicitud de la Jefa del Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial, señalando que, en lo que atañe a “la liquidación de honorarios, del director de las obras (...), no procede pagar sus honorarios ya que han sido pagados en su totalidad en la anualidad del 2008.

7. El día 20 de julio de 2009, la Jefa del Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial de la Consejería de Educación y Ciencia eleva propuesta de resolución en la que comienza por relatar los antecedentes del caso, recogiendo, en el último de ellos, que “con fecha (...) 15 de julio de 2009 se ha emitido la liquidación del contrato de las obras de referencia, ascendiendo la misma a cero (0) euros, siendo aprobada mediante Resolución de 17 de julio de 2009”.

Entre los fundamentos jurídicos, reproduce el precepto legal que sienta el automatismo resolutorio de los contratos complementarios al resolverse el principal (artículo 214, apartado d), del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), e invoca el artículo 111.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto preceptúa que “La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado”.

Añade que el contrato principal ya está liquidado, careciendo de sustento legal la prórroga pretendida por el aquí interesado.

Propone, en suma, la resolución del contrato de asistencia técnica, con devolución de la garantía constituida, y con la aprobación de una liquidación “por importe de cero euros (0,00 €) a favor” del contratista.

8. Con fecha 5 de agosto de 2009, a requerimiento del Secretario General Técnico de la Consejería instructora, emite informe el Servicio Jurídico del Principado de Asturias. En él, tras recoger los antecedentes del caso y razonar la naturaleza complementaria del contrato aquí estudiado, se puntualiza que “en la normativa contractual la liquidación del contrato no se configura como un trámite dentro del procedimiento de resolución (...), sino como un efecto derivado de la extinción”. Se señala, a continuación, que ha quedado “acreditada la resolución del contrato principal de obras mediante el preceptivo Acuerdo del Consejero que -además- goza de las presunciones de legalidad y eficacia ni suspendida no desvirtuada y, en todo caso (...), habiéndose liquidado el contrato de obras, parece clara la resolución”.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 2 de septiembre de 2009, registrado de entrada el día 10 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de asistencia técnica para la dirección de las obras de rehabilitación y ampliación del Colegio Público, adjuntando a tal fin una copia autenticada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del

Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- El contrato que vincula a las partes es de naturaleza administrativa, suscrito al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.2.a) del entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, al tratarse de un contrato típico de consultoría y asistencia, complementario de otro típico de ejecución de obras. Consecuentemente, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 1, del TRLCAP, el régimen jurídico del contrato suscrito es el establecido por el propio TRLCAP y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Sentado, pues, que nos hallamos ante un contrato típico de consultoría y asistencia (de los hoy englobados en la categoría de contratos de servicios), debemos puntualizar que, por razón del tiempo en que fue adjudicado (26 de febrero de 2008), resultan de aplicación a su régimen jurídico sustantivo, tal como se recoge en la cláusula 2 de las administrativas particulares, el TRLCAP y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Asimismo, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), establece en su disposición transitoria primera que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor se regirán, en cuanto a su extinción, entre otros aspectos, por la normativa

anterior. Ahora bien, para la determinación de la ley aplicable al procedimiento de resolución del contrato hemos de remitirnos al momento de incoación del procedimiento, en este caso el 9 de junio de 2009, fecha en la que estaba ya vigente la LCSP.

En la cláusula 21.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares, en reiteración de lo establecido en el artículo 59.1 del TRLCAP, se dispone que el órgano de contratación ostenta, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la ley, la prerrogativa de acordar la resolución del contrato y determinar los efectos de ésta.

El ejercicio de dichas prerrogativas, a fin de garantizar no sólo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación, pues, como acabamos de mencionar, aquella potestad sólo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

En este sentido, debemos señalar que, acordado el inicio del procedimiento para la resolución por el órgano competente (la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación y Ciencia por delegación del titular de dicha Consejería), ha sido, en lo esencial, correctamente instruido con arreglo a lo dispuesto en el artículo 207 de la LCSP, que remite a las normas de desarrollo de la misma, y en el artículo 195 de la propia Ley. A tenor de estas normas, en relación con lo establecido en el artículo 109.1 del RGLCAP, la resolución del contrato se sujeta, concurriendo las circunstancias, al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) audiencia del contratista por un plazo de diez días naturales; b) audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador, cuando el procedimiento afecte a la garantía prestada; c) informe del Servicio Jurídico, y d) dictamen del Consejo Consultivo, dado que se ha formulado oposición por parte del contratista.

En el procedimiento que analizamos se cumplen tales requisitos, puesto que se ha dado la preceptiva audiencia al empresario contratista -que se opone a la resolución en los términos antes expresados-, sin que se requiera la del avalista o asegurador al no perseguirse la incautación de la garantía, y se ha emitido el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias. Además, se han incorporado los pliegos que rigen la contratación y el contrato suscrito, habiéndose dado también vista al interesado del expediente relativo a la resolución del contrato principal. Esta documentación la juzgamos adecuada para la correcta determinación y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución que ponga fin al procedimiento de resolución contractual, toda vez que los particulares relativos a la liquidación de los contratos -que se acompañan tardíamente-, no pertenecen en rigor al procedimiento resolutorio ni descansa sobre ellos la decisión administrativa.

Asimismo, en cuanto a la competencia para acordar la resolución del contrato, una vez cumplidos los trámites que acabamos de examinar, corresponde aquélla, tal y como se indica en el fundamento de derecho primero de la propuesta de resolución, al órgano de contratación, según lo establecido en el artículo 37 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, en relación con el artículo 109.1 del RGLCAP y el artículo 292.4 de la LCSP, si bien requerirá previa autorización para ello del Consejo de Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en los referidos preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público y el Reglamento General vigente, y en el artículo 38 de la ya citada Ley del Principado de Asturias 2/1995, de 13 de marzo, al tratarse de un contrato cuya celebración ha sido autorizada por el Consejo de Gobierno, por corresponder a éste autorizar el gasto cuando se comprometen fondos públicos de carácter plurianual.

Por último, hemos de advertir de que este Consejo Consultivo ha manifestado su criterio contrario a la aplicación supletoria de la LRJPAC en materia de caducidad en los procedimientos de resolución contractual,

sosteniendo que no cabe “anudar al transcurso de un plazo de tres meses sin resolución expresa (...) la caducidad de dicho procedimiento de resolución” (Dictamen Núm. 68/2008, consideración jurídica cuarta, *in fine*).

Ahora bien, a pesar de las sólidas razones que avalan esta doctrina, que comparten el Consejo de Estado, de modo constante (por todos, su reciente Dictamen 1382/2008, de 9 de octubre), otros Consejos Consultivos y abundante jurisprudencia menor, no desconocemos que el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), en Sentencia de 13 de marzo de 2008, se ha pronunciado en sentido opuesto, confirmando en su *ratio decidendi* el criterio ya apuntado por la Sala Tercera del Alto Tribunal en sus Sentencias de 2 de octubre de 2007 y 19 de julio de 2004.

En consecuencia, este Consejo, sin perjuicio del criterio que mantenemos y de las consideraciones sobre el fondo de la consulta que realizaremos a continuación, ilustra a la autoridad consultante acerca del criterio judicial señalado, al objeto de que valore la conveniencia de incoar un nuevo procedimiento ajustándose al plazo máximo antes citado, para asegurar la eficacia de unas actuaciones administrativas orientadas a preservar el interés público en las relaciones contractuales ante eventuales impugnaciones basadas en aspectos formales o procedimentales.

TERCERA.- En relación con el fondo del asunto, hemos de indicar, en primer término, que el contratista está obligado a ejecutar el contrato con arreglo a lo dispuesto en sus cláusulas y en las de los pliegos anejos a él, que se consideran documentos contractuales. Por ello, en caso de concurrir causa resolutoria, es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato; si bien, para ello, se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa vigente y a las cláusulas establecidas en dicho contrato.

Con arreglo al marco normativo antes señalado, resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato el TRLCAP. Por tanto, las causas de resolución aplicables son las recogidas en el artículo 111 del TRLCAP y, en cuanto al contrato de consultoría y asistencia, en el artículo 214 del mismo texto legal, que contempla determinadas especialidades de este tipo contractual, sin perjuicio de la remisión general al citado artículo 111. Este precepto establece, al ocuparse de las específicas causas de resolución, que “Los contratos complementarios a que se refiere el artículo 198.2 quedarán resueltos, en todo caso, cuando se resuelva el contrato principal”.

Instruido el presente procedimiento por la causa resolutoria consistente en la resolución del contrato principal, hemos de reparar únicamente en dos extremos: la efectividad de aquella primera resolución contractual y el carácter complementario o accesorio del negocio jurídico sometido ahora a nuestra consulta.

En lo que atañe a la extinción del contrato principal, se da cuenta en el expediente, y su realidad es aceptada por el contratista, de la Resolución del Consejero de Educación y Ciencia por la que se resuelve aquel contrato, a causa de la declaración de concurso del adjudicatario. Pese a que dicha Resolución no se ha incorporado al expediente que examinamos, este Consejo tiene constancia de su existencia, dado que, al haber emitido nuestro Dictamen Núm. 55/2009 en el procedimiento resolutorio en que fue dictada, nos ha sido comunicada y ello nos permite conocer su sentido final, que dispone efectivamente la resolución, aunque sin atender el pronunciamiento de este Consejo y omitiendo toda referencia al informe del propio Arquitecto Director de la Obra, que el día 4 de diciembre de 2008 constató, a la vista de la paralización de aquella, que no sería posible su terminación en plazo.

Acreditada la extinción del contrato de obras, el interesado se limita a esgrimir que “no consta la firmeza de la resolución por la que se resuelve”,

aludiendo a la "intención (...) de recurrir" de la empresa. Frente a ello, basta recordar las prerrogativas de la Administración en materia de contratación pública, y singularmente la ahora recogida en el artículo 195.4 de la LCSP, que señala -trasunto del privilegio de ejecutividad- que "Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos". Aparte de la expresada regla, hemos de notar que el contratista se detiene en la invocación abstracta de un eventual recurso, sin documentar -ni señalar- instancia o decisión alguna que pueda dejar en suspenso aquella regla general de ejecutividad.

Sentada la efectiva resolución del contrato principal, que es independiente de su posterior liquidación, hemos de entrar en la relación de complementariedad entre los contratos analizados. Sobre este extremo, ni siquiera muestra el contratista una oposición decidida, ya que únicamente alega, como criterio apriorístico y sin ulterior argumentación, que no acepta "tal circunstancia o calificación, ni (...) las consecuencias jurídicas que ello eventualmente conllevaría". Frente esa vaga oposición, observamos que es claro e indubitado el encaje del presente contrato de asistencia técnica para la dirección de unas obras en el concepto legal de contratos complementarios, al que el artículo 214 TRLCAP constriñe el efecto resolutorio por razón de accesoriedad. En efecto, este precepto se remite al artículo 198.2 del propio TRLCAP, que conceptúa como complementarios aquellos contratos "cuyo objeto se considere necesario para la correcta realización de la prestación o prestaciones objeto del contrato principal". A la vista de esta formulación legal, hemos de concluir que estamos ante un supuesto manifiesto, incluso paradigmático, de contrato complementario y que ello se ha recogido de forma expresa en el pliego de cláusulas administrativas particulares rector del mismo.

En definitiva, entendemos que concurre la causa de resolución aducida, según lo que se ha razonado en el presente dictamen, sin que proceda la incautación de la fianza constituida, tratándose de un incumplimiento no

culpable, y sin perjuicio de la liquidación del contrato resuelto, que constituye un trámite posterior y separado.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución del contrato de asistencia técnica para la dirección de las obras de rehabilitación y ampliación del Colegio Público, adjudicado al empresario "X", sometido a nuestra consulta, con los efectos expuestos en el cuerpo de este dictamen."

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE EN FUNCIONES,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.