

CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

CADUCIDAD

9/10 RESOLUCIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS POR MUTUO ACUERDO Y ULTERIOR PETICIÓN DE DECLARACIÓN DE CADUCIDAD; DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Resolución de contratos administrativos por mutuo acuerdo. Petición de declaración de caducidad. Diferenciación de la fase de resolución y la fase de liquidación del contrato. Contrato nulo de pleno derecho. Pretensión del administrado contraria a la doctrina de los actos propios (asunto sometido a la Ley de Contratos del Estado)*.

Petición de ejecución de sentencia contencioso-administrativa, por parte de ..., frente al Consorcio de ... y asunto conexo (procedimiento de revisión de oficio pendiente de dictamen del Consejo de Estado)¹.

Como resultado de reunión mantenida con el Delegado del Estado en ... y el Director General del Consorcio, someto a esa Abogacía General del Estado el borrador de acuerdo, a adoptar por el Comité Ejecutivo del Consorcio ..., preparado por esta Abogacía del Estado. La consulta se plantea en los siguientes términos:

I. Utilizamos como antecedentes de hecho los que se contienen en el borrador de propuesta de resolución, si bien consideramos de interés la siguiente información complementaria:

1. Una parte del relato de hechos es anterior a la firma del Convenio de Asistencia Jurídica con la Abogacía General del Estado, que se remonta al año 1997. Cuando comenzamos a asesorar al organismo ya el Consorcio ha desechado la posibilidad de resolver la cuestión a través de un arbi-

* Informe elaborado el 21 de diciembre de 2010 por Manuel Ponce Arianes, Abogado del Estado-Jefe en Cádiz.

¹ El texto consultado fue confirmado por la Subdirección General de Asuntos Consultivos en todos sus puntos mediante acuerdo de fecha 28 de diciembre de 2010 (Ref.: A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 32/10; r-1245/2010).

traje del Colegio Oficial (a partir del antecedente 5.º del borrador de acuerdo). Al estudiar nosotros el asunto llegamos a la conclusión de que, a partir de una fecha que no se puede precisar en el tiempo, el Consorcio ha dejado de aplicar normas y procedimientos administrativos a su contratación, incluida la fase de adjudicación o selección del contratista, optando libremente por el que ha estimado más oportuno.

2. Con relación a la misma empresa ..., nos encontramos dos contratos en situación similar, pero no idéntica. Uno es el contrato objeto del borrador, asistencia técnica relacionada con proyectos y dirección de obras, así como financiación de las mismas mediante fondos comunitarios, y, el otro, asistencia técnica para la obtención de la devolución del IVA en proyectos financiados con ayudas comunitarias. La similitud de ambos contratos estriba en las notas apuntadas: se trataba de contratos nulos por haber sido adjudicados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (e incluso acordados por órgano manifiestamente incompetente). La diferencia la apreciábamos en la fase en que cada contrato se encontraba: en el contrato objeto del borrador de resolución, todavía no se ha terminado la ejecución del mismo y, según la jurisprudencia existente, se opta por tramitarlo como resolución, a pesar de que se reconozca que se trata de un contrato nulo; en el contrato sobre devolución de IVA, ya se ha cumplido la prestación y, resultando ésta excesiva para las gestiones que se han acreditado, el procedimiento de declaración de nulidad se muestra también en la jurisprudencia como vía idónea para recuperar el exceso de precio abonado.

3. Para cada uno de estos contratos se emitió un informe por esta Abogacía del Estado (dos en el caso de devolución de IVA) que sirvió de base para la adopción por el Consorcio de los acuerdos correspondientes (los incorporaron mediante la fórmula de motivación por remisión).

4. Conforme a nuestros informes, de fecha 27 de enero de 1998 y 11 de enero de 1999 (adjuntamos copia; el Consorcio ha digitalizado el expediente completo, por lo que estamos en condición de enviarlo a la Abogacía General si se considera necesario), el Comité Ejecutivo del Consorcio elevó una propuesta al Pleno de declaración de nulidad del contrato, ya ejecutado, que tenía por objeto la gestión de devolución de IVA. Como dicho procedimiento de revisión de oficio llevaba consigo un dictamen preceptivo y vinculante del Consejo de Estado, se solicitó el mismo a través del Ministerio de Economía y Hacienda, del que depende el Consorcio. En la reunión que propicia esta consulta se aconsejó al Consorcio de ... que, dado el tiempo transcurrido sin obtener respuesta, hasta el punto de que se han resuelto mientras tanto los pleitos relacionados con el segundo de los contratos, lo procedente sería recabar información del estado de tramitación de dicha consulta vinculante a través del propio Ministerio que sirvió de enlace con el Alto Cuerpo consultivo. La propuesta se acepta como correcta por los directivos del Consorcio.

5. Conforme a nuestro informe, de fecha 10 de julio de 1997 (adjuntamos copia igualmente), el Consorcio acordó reconvertir el procedimiento de resolución del contrato relacionado con los proyectos de obra y gestión de fondos FEDER, al Derecho Administrativo, puesto que esa era la verdadera naturaleza del contrato (aunque existan irregularidades en la forma de selección), más aún de su fase de adjudicación (antecedente 5.º del borrador de acuerdo que se eleva a consulta).

6. Con la misma fundamentación jurídica, el Consorcio impugnó los derechos de visado girados por el Colegio Oficial de ..., pues estos preveían una bonificación a las Administraciones Públicas que no se había tenido en cuenta a favor del Consorcio. Sí aceptó en cambio el Colegio, en el recurso administrativo previo, una reducción de los honorarios por excesiva compartimentación de proyectos, lo que aumentaba artificialmente la facturación de honorarios (de nuevo antecedente 5.º del borrador de acuerdo que se eleva a consulta).

7. Como se indica en el antecedente 6.º del mismo borrador de resolución, ambas resoluciones fueron recurridas en vía contencioso-administrativa, una por el Consorcio y la otra por ...

8. En el recurso interpuesto por ... no se solicitó suspensión cautelar del acto administrativo impugnado, de ahí que se aconsejase al Consorcio continuar con la tramitación del procedimiento de resolución hasta liquidar el contrato. La complejidad que dicha liquidación requería propició un retraso en acometer dicha tarea, de manera que no se concedió al contratista trámite de audiencia hasta dos años después (de nuevo antecedente 6.º del proyecto de resolución), momento en que éste solicita que se espere a la resolución del recurso contencioso-administrativo –prácticamente la suspensión cautelar que no había solicitado en vía contenciosa–, y, subsidiariamente, la caducidad del expediente de resolución (sin señalar cuál es el plazo de caducidad que se considera excedido).

9. Preparamos una nota para defendernos de la alegación de caducidad (consensuada con el compañero que defendía el asunto contencioso-administrativo ante el TSJA; acompañamos copia de la misma), pero insistimos al Consorcio que sería mejor reanudar la tramitación cuanto antes.

10. Como se señala igualmente en el antecedente 6.º del proyecto de resolución, los dos recursos contencioso-administrativos fueron desestimados. Un resumen de la fundamentación jurídica de cada uno de ellos se recoge en el FJ 4.º del borrador de resolución que se somete a consulta. De cualquier forma, acompañamos también copias de las sentencias de primera instancia, puesto que los recursos de casación respectivos no llegaron a admitirse.

11. A partir de dictarse la sentencia de primera instancia confirmando el sometimiento del procedimiento de resolución al Derecho Administrativo, insistimos más a menudo sobre la conveniencia de prose-

guir con la tramitación del mismo en vía administrativa. No se hizo así y, finalmente es el contratista el que solicita la ejecución de la sentencia que le es favorable, excluyendo por el contrario la que le es desfavorable, so pretexto de caducidad del procedimiento de resolución (acompañamos copia de su escrito, sin anexos)

12. Se reitera al Consorcio la conveniencia de resolver la cuestión, lo que propicia en el mes de julio del presente año una reunión con los directivos (... , ... y ...). Como conclusión de la misma se decide preparar el proyecto de resolución que se somete a consulta (y que fue remitido por nuestra parte al Consorcio a finales de dicho mes de julio). Al mismo tiempo se constata una gran dificultad para continuar el procedimiento de resolución, por un lado, porque el contratista se negó al comenzar el procedimiento a aportar documentación y, por otro, porque los técnicos del Consorcio que siguieron de cerca la ejecución del contrato ya se han jubilado o prestan servicios fuera del mismo. Estos problemas pretenden solucionarse mediante reuniones sucesivas de un técnico del Consorcio con el contratista, de manera que puedan poner en común la documentación de ambas partes, propiciando una propuesta de liquidación por mutuo acuerdo, que es lo que el contratista apunta en su escrito de solicitud de ejecución de sentencia (puesto que dice que ya la resolución de mutuo acuerdo está acordada, luego sólo falta la liquidación).

13. A finales del mes de noviembre nos volvemos a reunir con los directivos del Consorcio (la reunión apuntada en el encabezamiento de esta consulta), examinando tanto el borrador de resolución remitido por la Abogacía del Estado, como los avances alcanzados por el técnico designado por el Consorcio en sus sucesivas reuniones con el contratista. Este último pone de manifiesto que ha progresado mucho en el conocimiento de la verdadera situación del contrato al tiempo de la paralización de los trabajos, pero que necesita algo más de tiempo para llegar a alguna conclusión. En cuanto al proyecto de resolución, se plantea por nuestra parte que se ha realizado una defensa de las tesis del Consorcio rechazando la caducidad con todos los argumentos posibles, a pesar de que en muchas ocasiones se advirtió la conveniencia de no dilatar tanto la resolución. Se decide entonces aprovechar el lapso de tiempo que todavía necesita el técnico del Consorcio para poder sentar las bases para la fase de liquidación y asegurar la parte jurídica de la resolución. En concreto se trata de dilucidar con más seguridad, a través de la presente consulta, si resulta más conveniente para proteger los intereses litigiosos del Consorcio (se prevé que el contratista vuelva a recurrir la resolución que se dicte) insistir en rechazar la caducidad, o bien aceptar la misma e iniciar un nuevo procedimiento de resolución o liquidación. Este es pues el objeto de la consulta, que se apoya en la siguiente fundamentación jurídica.

II. En principio hemos volcado en la propuesta de resolución todos los argumentos que hemos encontrado para combatir la declaración de

9/10 caducidad. Al tiempo de preparar la presente consulta, se nos han ocurrido nuevos argumentos o mejoras en los anteriores, que hemos preferido incorporar directamente al texto, pues entendemos que ello facilita mejor el control unitario por parte de esa Abogacía General.

Dado que la consulta se produce en fase de ejecución de sentencia, aunque la preparación del borrador de resolución tenga naturaleza consultiva, no nos olvidamos de que va a incardinarse en un contexto contencioso, donde ya han existido dos pleitos contencioso-administrativos y es probable que se siga litigando por la fase de liquidación. Es por ello que preferimos seguir el modelo, más propio de una consulta contenciosa, de elaborar una propuesta de escrito definitivo y realizar los comentarios o consultas con base en dicho borrador.

Este contexto contencioso previo, y presumiblemente subsiguiente, no sólo influye en la forma de la consulta, sino también en el contenido de la misma, pues realmente desearíamos asegurarnos de que, en la forma que proponemos en el borrador, se están defendiendo los intereses jurídicos del Consorcio de la mejor manera posible de cara a los futuros pleitos a afrontar. Con estos parámetros la consulta que realizamos se concreta en los dos puntos siguientes:

1. ¿Se considera correcto el borrador de resolución preparado por esta Abogacía del Estado para rechazar la caducidad?

2. ¿En el caso en que se considere dudosa la concurrencia de caducidad del expediente (la existencia de tantos argumentos en contra de la caducidad nos lleva a descartar como tercera posibilidad que esta última pueda llegar a considerarse clara), resulta más conveniente para la defensa de los intereses del organismo rechazar la petición de caducidad, tal y como se propone en el borrador de resolución, o bien dar marcha atrás, retrotrayendo el expediente al momento en que se dictó el acuerdo de conversión del mismo al Derecho Administrativo?

III. Los argumentos de esta Abogacía para defender el borrador de resolución elaborada por la misma ya se contienen en el propio borrador, de ahí que no nos extendamos más en su desarrollo. Esta es nuestra tesis y solicitamos su ratificación, si procede, por la Abogacía General del Estado.

Para el caso en que no se comparta nuestra propuesta y se considere por esa Abogacía General que la posible concurrencia de caducidad suscita al menos una duda razonable, nos hemos planteado, como segunda posibilidad, el examen de los efectos de esa hipotética caducidad y si resulta más conveniente para la Administración aceptar la petición y retrotraer el procedimiento, o insistir en que dicha caducidad no se ha producido.

En cuanto a argumentos favorables a la caducidad, el contratista alega que ésta se ha producido, pero no parece haber localizado, pues en otro caso lo citaría, el precepto que fija el plazo de caducidad en expedientes de

resolución contractuales. En la resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 20 de marzo de 1996, que contiene la relación de procedimientos de la Administración General del Estado y sus plazos de tramitación, encontramos, para los procedimientos de resolución de contratos, un plazo de resolución de tres meses, con procedimientos iniciados tanto de oficio, como a instancia de parte. En este caso tomó la iniciativa el Consorcio, con lo que en principio consideramos que se trata de iniciación de oficio, pero el artículo 44 de la Ley 30/1992 distingue, en cuanto a efectos de la falta de resolución, según que produzcan efectos favorables o desfavorables. Habría que salvar muchos obstáculos para llegar a los efectos de la caducidad que pretende el contratista, puesto que ya hemos visto en la propuesta de resolución que el contratista inmediatamente aceptó la resolución, calificándola en estos momentos como resolución de mutuo acuerdo. Si salvando este punto, se acordase la caducidad, también hemos visto que eso no daría lugar al contratista a exigir y a la Administración a no poder exigir nada, sino, a lo sumo, a volver a la resolución conforme al Derecho Privado o incluso al contrato inicial, como algo «vivo», tal y como estaba antes de la resolución. Y ello siempre que no se entienda que, en lugar de enfrentarnos con una caducidad de procedimiento, lo hacemos con una ejecución de sentencia. En la propuesta de resolución citamos la STS de 23 de enero de 1989, en cuyo fundamento jurídico 2.º se fija un plazo de quince años, aun cuando no estamos seguros de si dichos plazos se refieran más bien al que está a disposición de los particulares para ejecutar sentencias que le son favorables y no a disposición de la Administración para ejecutar el acto administrativo firme por haber sido confirmado posteriormente por la jurisdicción contenciosa, ejecución que no debió interrumpirse si no medió medida cautelar suspensiva.

Otro elemento que nos siembra dudas es la referencia que hacemos en algunas de las causas de desestimación de la pretensión de caducidad (en el borrador de resolución) a la concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho, si bien, por aplicación de la jurisprudencia que se cita, se tramita como procedimiento de resolución contractual. En dicha objeción se insiste en que no debemos olvidarnos, no obstante, de la nulidad subyacente y que ésta no tiene plazo de prescripción, con lo que no resulta operativo declarar la caducidad del expediente si se va a poder reabrir sin límite de plazo (causa de denegación incluida en la letra «f» del borrador). Aun cuando mantenemos nuestra objeción, surge la duda concreta a la hora de rechazar la aplicabilidad de la caducidad a este tipo de procedimientos derivados de nulidad de pleno derecho. Y es que no existe una previsión de caducidad para declaraciones de nulidad contractuales, pero sí para procedimientos de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, como procedimientos comunes de revisión de actos administrativos. También aquí la resolución citada, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 20 de marzo de 1996, fija el plazo en tres

9/10 meses, siendo el efecto presunto desestimatorio, es decir, que procedería el archivo del procedimiento de revisión.

Ciñéndonos, tras estos razonamientos, al apartado *b)* de la consulta, entendemos que, en el caso de que esa Abogacía General entendiese que no procede ratificar la propuesta de denegación de caducidad realizada en sus propios términos u otros similares, es decir, si se considerase dudosa la existencia de caducidad, en principio resultaría indiferente para los intereses del Consorcio denegar la caducidad y continuar la tramitación o declarar la misma y retrotraer el expediente al momento anterior al dictado del acuerdo de conversión del procedimiento de resolución al Derecho Administrativo. Pasamos a examinar cada una de estas soluciones.

Si denegamos la caducidad y el contratista consigue luego la declaración de caducidad en vía contencioso-administrativa, volveríamos a estar dentro de un procedimiento de resolución, por mutuo acuerdo y tramitado conforme al Derecho Privado. Pero el contrato seguiría siendo nulo de pleno derecho por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (adjudicación directa improcedente). En esa tesitura, al volvernos a encontrar en la situación inicial, procedería volver a dictar otro acuerdo de reconversión al Derecho Administrativo y esta vez, sin dilación, afrontar la negociación de la liquidación por mutuo acuerdo y, si se llega a la conclusión de que esto último no es posible, liquidar unilateralmente la Administración con el consiguiente recurso del contratista (contra la liquidación, puesto que la resolución seguiría siendo por mutuo acuerdo). No creemos que para este nuevo acuerdo de reconversión al Derecho Administrativo juegue un plazo de prescripción; pero, de jugar alguno, sería el apuntado de quince años para ejecutar lo resuelto por sentencia firme. Si tenemos en cuenta (antecedente 6.º del borrador de resolución) que la firmeza de las sentencias a ejecutar no se produjo hasta el año 2006, estaríamos dentro de plazo para ejecutar aun cuando se tramitase un nuevo proceso contencioso-administrativo sobre la caducidad.

Si por el contrario accedemos ahora a declarar la caducidad, las consecuencias serían las mismas descritas en el párrafo anterior, pero agotando en mucho menor grado el plazo de prescripción de quince años, pues ejecutaríamos en 2011 unas sentencias que alcanzaron firmeza en el 2006.

En ambos casos cabe una interpretación mucho más desfavorable para el Consorcio, que es posible que sea la que el contratista intente. Puesto que las sentencias recaídas no se pronunciaron sobre la caducidad –entre otras cosas porque el contratista no la alegó a pesar de que los efímeros plazos de tres meses ya se habían completado al tiempo de formular la demanda–, no sólo habría que considerar un plazo de prescripción (primera afirmación que hemos combatido) sino que, además, ese plazo no sería un plazo de prescripción de quince años para ejecutar unas sentencias contencioso-administrativas, sino un plazo de prescripción contractual administrativa de cinco años (según la normativa vigente al tiempo de

celebrarse el contrato; cuatro años según los arts. 15 y 25 de la Ley General Presupuestaria hoy vigente); y estos plazos ya se habrían completado desde el año 1997 en que se dictó el acuerdo de conversión del expediente al Derecho Administrativo. Si esta fuese una posibilidad a considerar, puesto que estamos realizando una propuesta de informe con repercusiones procesales (y en la segunda hipótesis en la que se considera la cuestión de la caducidad como dudosa), creemos que la solución más práctica, en cuanto que protectora de los intereses del Consorcio, sería denegar la caducidad y dejar que la cuestión se aclare en vía judicial, puesto que con ello habría más posibilidades de eludir la aplicación de un hipotético plazo de prescripción de cuatro o cinco años.

Como conclusión de lo expuesto entendemos que la tesis denegatoria de la caducidad aparece como más adecuada, tanto si se considera como solución claramente correcta, como en caso de duda, pues lo contrario facilitaría el trabajo procesal de la parte contraria (con el correlativo perjuicio del Consorcio) aceptando sin oposición una caducidad más que dudosa que, en el peor de los casos, podría anudarse a un plazo de prescripción ya fenecido (cuatro o cinco años).

IV. Dada la naturaleza estrictamente procesal de la consulta –a incardinar en un procedimiento litigioso, como viene presentándose el de resolución que examinamos, tanto por los pleitos ya planteados, como por los que se pueden pronosticar para el futuro–, creemos que debe aconsejarse la utilización del dictamen que se emita por la Abogacía General del Estado como reservado, sin incorporarse a los expedientes administrativos que luego puedan ser utilizados por el contratista en vía contencioso-administrativa.

V. Por último, en cuanto al expediente conexo que se remitió al Consejo de Estado [punto 1.d) anterior sobre contrato de asistencia técnica para devolución de IVA] para la emisión del dictamen preceptivo en procedimiento de revisión de oficio por nulidad de pleno Derecho, entendemos que la solución propuesta por nuestra parte, y aceptada por los directivos del Consorcio, no planteará problema, pues se limita a recordar al Alto Cuerpo Consultivo, a través del Ministerio de Economía y Hacienda, que fue el que sirvió de enlace con el mismo, que el Consorcio está a la espera de su emisión.

ANEXO

Propuesta de acuerdo del Comité Ejecutivo

Visto el escrito de reclamación de honorarios presentado por ..., con fecha ..., el Comité Ejecutivo del ..., en su reunión de fecha ..., adoptó el siguiente acuerdo:

1. Con fecha 19 de mayo de 1993 se formalizó contrato entre el Consorcio ... y la entidad «...» (en lo sucesivo ...), que tenía por objeto la realización de una serie de trabajos técnicos relacionados con la «Segunda fase del Plan General de Remodelación» y «Proyecto de Infraestructura Portuaria en ... (Ampliación de la Zona Franca mediante la instalación de Macrosilos)». En concreto los trabajos encomendados al contratista eran los siguientes:

a) Gestionar la tramitación de solicitudes de subvenciones FEDER para la financiación de la ejecución de los proyectos expresados.

b) Elaborar los proyectos técnicos que comprende el conjunto de infraestructuras, instalaciones, edificaciones y demás elementos de los proyectos pendientes expresados y aprobados por el Consorcio ..., con su posterior presentación al mismo para su aceptación, en el que se comprenderán los estudios y previsión de posteriores redacciones de proyecto de urbanización, remodelaciones, nuevos almacenes y otras edificaciones.

c) Llevar la dirección facultativa de cada unos de los proyectos expresados en el apartado anterior, con comprobación de los replanteos y de los distintos materiales; supervisión de la puesta en marcha; certificaciones de obra; comprobación de mediciones; realización de las actas de recepción provisionales y definitivas, exigir el cumplimiento de los *planning* de obras, etc.

d) Llevar la administración de las obras en la forma exigida por la normativa aplicable a la subvención FEDER otorgada para su financiación.

e) Tramitar en el Colegio Profesional correspondiente los visados de los correspondientes proyectos.

El 2 de junio siguiente se formaliza la correspondiente hoja de encargo, que es presentada en la Delegación de ... del Colegio Oficial de ... el día 4 de junio de 1993.

2. Con fecha 10 de noviembre de 1994 el Consorcio ... denuncia el contrato en cuestión, acordando la liquidación de los trabajos ya realizados y la regularización de todos los asuntos pendientes por los trabajos realizados por ... así como de la ocupación de dos módulos en el Edificio Atlas, cuya titularidad correspondía al Consorcio.

Unos días más tarde, el 22 de noviembre de 1994, ... acepta la resolución anticipada, condicionada lógicamente a la liquidación que deriva de los trabajos realizados. Con fecha 12 de diciembre de 1994, se informa al Comité Ejecutivo de la resolución acordada y consentida por las partes.

3. Dado que durante el primer semestre de 1995 se suceden los escritos del Consorcio requiriendo información, así como las reuniones con representantes de ... sin llegar a un acercamiento de las posturas, el Comité Ejecutivo del Consorcio, con fecha 21 de julio de 1995, acordó instar del Colegio de ... de Andalucía Occidental el correspondiente procedimiento arbitral, al objeto de resolver las diferencias surgidas en torno a la liquidación de la relación contractual con

Mediante acuerdo posterior del mismo Comité Ejecutivo, adoptado a instancia del Colegio Oficial, se designan los directivos del Consorcio que ostentarán, indistintamente, la representación del mismo en el curso del procedimiento arbitral. Los tres representantes designados llevan a cabo una enumeración provisional de puntos de discrepancia (35) a resolver durante el procedimiento arbitral. Dicha enumeración provisional es confirmada por ulterior acuerdo del Comité Ejecutivo, de fecha 7 de noviembre de 1995, autorizando para que se extienda a cualquier otro asunto derivado de las relaciones contractuales entre el Consorcio y También se precisa que el arbitraje en cuestión debe ser arbitraje de Derecho, autorizando para la designación de Letrado que defienda los intereses del Consorcio.

4. Con fecha 3 de enero de 1996, el Colegio Oficial contesta que no es posible que el propio Colegio administre el arbitraje bajo la modalidad de arbitraje de Derecho, por estar éste reservado a la competencia de los Abogados en ejercicio, lo que no encaja con la designación por el Colegio de árbitros, conforme a su Reglamento y dentro de su listado de colegiados. El Colegio sólo podría atender el encargo entonces si se trata de arbitraje de equidad.

Dicha comunicación es respondida por los representantes del Consorcio en el procedimiento arbitral (con fecha 11 de marzo siguiente), insistiendo en que no existen normas colegiales específicas sobre administración de arbitrajes, por lo que no pueden apoyarse en ellas las reticencias del Colegio a administrar un arbitraje en Derecho. Insisten en que se impulse la tramitación, concediendo para ello el plazo de un mes.

5. Habiendo transcurrido el plazo concedido sin que ambas partes (Consorcio y Colegio Oficial) alcanzasen un acuerdo sobre el tipo de arbitraje a realizar, se entienden desvinculadas del compromiso asumido, sometiendo el Consorcio la cuestión a informe de la Abogacía del Estado. Tras los pertinentes asesoramientos, el Delegado del Estado en el Consorcio adopta, en relación con este tema, las siguientes resoluciones:

a) Presentar recurso administrativo ordinario (7 de julio de 1997) contra los acuerdos del Colegio Oficial de ... que confirmaban las minutas de honorarios giradas por ... El recurso administrativo es estimado parcialmente, mediante resolución del Colegio de fecha 19 de diciembre de 1997. La estimación alcanza a la procedencia de la reducción de honorarios por desglose o subdivisión excesiva de actuaciones minutas, no así por la

9/10 procedencia de aplicación al Consorcio de la reducción del 20 por 100 aplicable a Administraciones Públicas.

b) Reconvertir y adaptar al Derecho Administrativo la tramitación del expediente de resolución del contrato de asistencia técnica para la segunda fase del Plan General de Remodelación de la Zona Franca de Cádiz celebrado el día 19 de mayo de 1993, tanto para determinar los daños y perjuicios producidos, como la procedencia de su resolución y, en su caso, sus consecuencias económicas (se citaba el art. 53 y concordantes de la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto de 8 de abril de 1965). Como medida complementaria se acordaba la retención al contratista de los honorarios pendientes de abono mientras se tramita el procedimiento de resolución (acuerdo de 22 de julio de 1997).

6. Ambas resoluciones, la del Colegio, de 19 de diciembre de 1997, y la del Consorcio, de 22 de julio de 1997, son recurridas respectivamente por el Consorcio y por ..., dando lugar a los recursos contencioso-administrativos núms. .../1998, tramitado por la Sección 3.ª, Sala de Sevilla, del TSJA, y .../1997, tramitado por la Sección 1.ª del mismo Tribunal.

El Consorcio intentó continuar la tramitación del procedimiento de resolución, otorgando al contratista trámite de audiencia (acuerdo de 28 de diciembre de 1999), oponiéndose ... mediante escrito de fecha 31 de enero de 2000, en el que, si bien alegaba la caducidad del expediente (extremo al que nunca aludió en el pleito contencioso-administrativo que estaba en curso), con carácter previo señalaba que la tramitación no debía continuar mientras no se resolviese la cuestión de la adaptación al Derecho Administrativo por el TSJA.

Conforme a lo alegado por LENCO, se esperó a la resolución pertinente, que en primera instancia recayó el 8 de marzo de 2004, para el recurso interpuesto por ... (recurso .../1997, de la Sección 1.ª), y 27 de mayo de 2004, para el interpuesto por el Consorcio (recurso .../1998, de la Sección 3.ª). Tras los correspondientes intentos infructuosos de casación (en el caso del recurso interpuesto por el Consorcio, por no ser factible, a pesar del ofrecimiento, en atención a la cuantía), el Tribunal Supremo devuelve los autos al TSJA, que declara la firmeza de las sentencias inicialmente recurridas (notificada la firmeza el 6 de noviembre de 2006, la correspondiente al recurso interpuesto por ..., y el 1 de marzo de 2006, la correspondiente al recurso interpuesto por el Consorcio).

7. Con fecha 11 de noviembre de 2009 se recibe en el Consorcio escrito de ... en el que, tras precisar que el contrato en cuestión se resolvió por mutuo acuerdo entre las partes (punto VI), alega la caducidad del expediente de resolución (de nuevo punto VI) y reclama los honorarios que estima pertinentes (punto VII). A partir de ese momento se celebran varias reuniones de técnicos del Consorcio con el contratista, al objeto de

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. El escrito de ... recibido en fecha 11 de noviembre de 2009, a pesar de reconocer que el contrato en cuestión se resolvió por mutuo acuerdo entre las partes (punto VI), pretende una ruptura en la unidad de tratamiento del mismo, por cuanto alega la caducidad del expediente de resolución (de nuevo punto VI), al tiempo que reclama los honorarios que estima pertinentes (punto VII).

De la exposición de hechos que precede a dicha pretensión parece deducirse que tal ruptura se quiere amparar en la existencia de dos pronunciamientos judiciales firmes sobre dos aspectos del mismo contrato. Una es la sentencia del TSJA, Sala de Sevilla, Sección 1.^a, de 8 de marzo de 2004 (recurso interpuesto por ..., tramitado con el núm. .../1997) y la otra, de fecha 27 de mayo de 2004, dictada por el mismo Tribunal, pero en su Sección 3.^a (para el interpuesto por el Consorcio, tramitado con el núm. .../1998).

II. La primera sentencia, de 8 de marzo de 2004, viene a confirmar el criterio del Consorcio de que la propia entidad es una Administración Pública y, por tanto, procede dar al contrato celebrado con ... el tratamiento de contrato administrativo, prosiguiendo conforme al Derecho Administrativo el procedimiento de resolución ya iniciado conforme al Derecho Privado.

III. Por su parte, la segunda sentencia, de 27 de mayo de 2004, confirma el acuerdo previo del Colegio Oficial de ... de 19 de diciembre de 1997. Este último estimaba parcialmente el recurso ordinario interpuesto por el Consorcio. La estimación alcanzaba a la procedencia de la reducción de honorarios por desglose o subdivisión excesiva de actuaciones minutas, no así por la procedencia de reconocer al Consorcio la reducción del 20 por 100 aplicable a Administraciones Públicas. Para rechazar esta última pretensión el Colegio Oficial no entraba a discutir la verdadera naturaleza jurídica del Consorcio, sino que se limitaba a indicar que en este asunto concreto se había comportado como persona jurídica privada.

La sentencia citada, de 27 de mayo de 2004, con argumentos más detallados, confirma lo resuelto por el Colegio Oficial en ambos extremos. En cuanto a la estimación parcial, reconoce que hubo un desglose excesivo de proyectos (folio 14 de la sentencia). Y en cuanto a la naturaleza jurídica del Consorcio, aunque reconoce que los Consorcios de las Zonas Francas «constituyen sin duda Administraciones Públicas integradas por varias Administraciones Públicas que las crean y les dotan de personalidad y competencias propias, conforme a la normativa que les rige, y en tal

9/10 sentido están sin duda sujetas estas Corporaciones interadministrativas, en la terminología de la doctrina, al Derecho Administrativo» (folio 7 de la sentencia), luego llega a la conclusión de que no es posible aplicar la bonificación pretendida y ello con distintos argumentos de los que nos interesa destacar:

– Si se defiende que el contrato en cuestión es contrato administrativo, sin duda se tratará de un contrato nulo, puesto que se ha eludido la normativa que rige este tipo de contratación. Entiende la sentencia que al contrato enjuiciado no se le puede reconocer bonificación alguna, primero porque se trataría de un contrato nulo; y, segundo, porque su precio tendría que estar fijado de antemano, sin posibilidad de obtener más tarde una rebaja del mismo, que es en realidad lo que se pretende (folios 7 y 8 de la sentencia).

– Lo mismo ocurriría si consideramos al contrato como privado de una Administración, puesto que este tipo de contratos someten la fase de adjudicación al Derecho Administrativo (que aquí no se ha seguido, con la consecuencia de su nulidad) y también en ellos el precio aparece como predeterminado, sin posibilidad de modificaciones a la baja, como ocurre con la rebaja que se pretende (folio 8 de la sentencia).

– Como una de estas objeciones, la relativa a la imposibilidad de modificación a la baja del precio estipulado de los contratos, sería predicable no sólo del Consorcio, sino de cualquier Administración Pública, la Sala llega a la conclusión de que el precepto que recoge la bonificación ha queda superado por la Legislación de Contratos del Estado aparecida con posterioridad, sobre todo a partir de la Ley de Bases de 1963 y texto articulado de 1965 (el Decreto que regula los honorarios profesionales había sido aprobado por Decreto de 19 de octubre de 1961), resultando de imposible aplicación al no poder las Administraciones Públicas, por la normativa que les es propia, tramitar dichas modificaciones (de nuevo folio 8 de la sentencia).

– Aun cuando ya la sentencia ha descartado la procedencia de la bonificación tanto si consideramos el contrato administrativo, como si lo entendemos como contrato privado de la Administración, por incompatibilidad con la legislación moderna sobre contratos de la Administración, examina una última hipótesis. ¿Qué es lo que hubiese ocurrido si consideramos al Consorcio como persona jurídica privada y al contrato, consecuentemente, como privado?

En tal caso, prosigue la sentencia, serían precios privados intervenidos administrativamente, pues la normativa fijaba los mínimos admisibles (folio 10 de la sentencia); la reducción pretendida no sería entonces un beneficio fiscal, sino más bien reducción de honorarios sujeta al Derecho Privado y perfectamente renunciable (folio 13 de la sentencia). El comportamiento del Consorcio, que nunca aludió a dicho beneficio, sino que aceptó inicialmente las facturas que se le giraron sin aplicar el mismo y

continuó haciéndolo así durante dos años, permite deducir a la Sala que, caso de haber estado vigente (ya anteriormente reconoció que no lo estaba por la evolución posterior de la normativa de contratos administrativos), tampoco en este caso el Consorcio habría podido reclamar tal bonificación (folio 14 de la sentencia).

IV. Tal como se ha expuesto en el antecedente 7.º y fundamento jurídico I de esta resolución, ... pretende la aplicación de lo resuelto por el Colegio Oficial y la segunda de las sentencias citadas (procedencia de reducción de honorarios por desglose excesivo de partidas, pero no por tratarse de Administración Pública), pero no de la primera, pretextando la caducidad del procedimiento de resolución, pretensión que no puede ser admitida por los motivos siguientes:

a) En primer lugar, por aplicación de la doctrina de los actos propios, pues fue la propia ... la que, en su escrito de fecha 31 de enero de 2000 (antecedente 6.º anterior), y antes de alegar caducidad, se opuso a que la tramitación continuase mientras no se resolviese la cuestión de la adaptación al Derecho Administrativo por el TSJA, y eso es precisamente lo que se ha hecho.

En el mismo escrito y alegación (el de 31 de enero de 2000, alegación primera) se apunta una distinción entre lo que es el acuerdo de resolución y el de reconversión del trámite al Derecho Administrativo. Se señala como aquél es de fecha anterior a éste (efectivamente, mientras que el segundo es de fecha 22 de julio de 1997, el primero de ellos lo dictó el Consorcio con fecha 10 de noviembre de 1994; únicamente que, como consideraba en aquel momento el contrato como sometido al Derecho Privado, lo que utilizó fue la fórmula de denuncia, acordando al mismo tiempo la liquidación de los trabajos ya realizados y la regularización de una serie de aspectos conexos). Y también se señala que el contenido del acuerdo de 22 de julio de 1997 se agotaba en sí mismo, pues no se trataba de incoar un procedimiento de resolución, sino de reconvertir una resolución ya decidida. Insiste en que la resolución ya se había decidido (y en el escrito de solicitud de ejecución de sentencia se apunta a que la resolución que se tramita lo es de mutuo acuerdo, extremo que concuerda con el hecho de que la resolución del contrato, acordada por el Consorcio el 10 de noviembre de 1994, es aceptada, unos días más tarde, el 22 de noviembre de 1994, por ..., pero condicionada lógicamente a la liquidación que deriva de los trabajos realizados).

Tal y como se señala en el antecedente sexto de la presente resolución, el Consorcio implícitamente ha aceptado tal alegación primera, puesto que no ha proseguido con el expediente de liquidación del contrato. No es de recibo pues que el contratista pretenda ahora la caducidad por una paralización por él mismo solicitada.

b) Profundizando más aún en el argumento anterior concluiremos que la resolución ya estaba acordada y consentida en el año 1997, de ahí

9/10 que en la petición de ejecución de sentencia se hable de resolución por mutuo acuerdo; lo que comenzó a continuación fue la fase de liquidación del contrato, en la que podrá o no existir mutuo acuerdo (cabe acuerdo en ambas cosas, en la resolución y en la liquidación, o sólo en la primera, convirtiéndose únicamente la liquidación en cuestión litigiosa). Podemos entender pues, que la resolución, de mutuo acuerdo, ya se acordó por las partes (acuerdo de carácter declarativo) y que sólo queda pendiente la fase de liquidación (acuerdo de carácter ejecutivo). Se intentó que dicha liquidación la realizase el Colegio de ..., pero el Consorcio no admitió que el arbitraje fuese de equidad. La conversión al Derecho Administrativo se produce ya en fase de liquidación, con lo que no tiene que considerarse siquiera la caducidad de un procedimiento de resolución o declarativo, porque ya hemos pasado a la fase de ejecución. En esta última, por definición, sobra hablar de caducidad, porque lo que procede es ejecutar una declaración ya realizada. En expedientes de ejecución se toman en consideración plazos de prescripción bastante amplios y susceptibles de interrupción (véase por todas la STS de 23 de enero de 1989, que fija un plazo de quince años), y no los limitados plazos de caducidad (equivaldría al plazo del que disponen las partes para ejecutar una sentencia que reconozca la resolución, cuando esta difiere la fijación de las consecuencias económicas a la ulterior fase de ejecución de sentencias).

c) También resulta poco respetuoso con la doctrina de los actos propios que ... afirme (en el escrito de 11 de noviembre de 2009 que propicia la presente resolución) que el contrato en cuestión se resolvió por mutuo acuerdo entre las partes, que haya esperado al pronunciamiento judicial sobre la adaptación a Derecho Administrativo a instancia del contratista, y que luego pretenda la caducidad del expediente de resolución. Si la resolución es de mutuo acuerdo, no puede intentarse que la Administración abdique de la parte que le favorezca en dicho procedimiento mientras que el particular pueda mantener las pretensiones que le son favorables. No es conforme a la naturaleza de un procedimiento de resolución de mutuo acuerdo que se produzca la caducidad mientras las partes no se ponen de acuerdo en el alcance de la liquidación. La inexistencia de acuerdo en determinados aspectos es lo que impide en cada momento la terminación del expediente, y ello será imputable tanto a una parte, como a la otra, con lo que no puede considerarse como incumplimiento de plazo por parte de la Administración.

d) Enlazando con la conclusión alcanzada en la letra anterior, diremos que la liquidación de honorarios forma un todo unitario con las actuaciones de liquidación del contrato en cuestión, generando saldos llamados a compensarse entre sí hasta arrojar un saldo favorable a una de las partes (de ahí que el acuerdo de 22 de julio de 1997, como medida complementaria, acordase la retención al contratista de los honorarios pendientes de abono mientras se tramitaba el procedimiento de resolución, según vimos en el antecedente 5, letra *b*). Es decir, que se trata de un proceso de liquidación único, donde los honorarios son sólo las partidas favorables al

contratista. Reiteramos que no parece razonable pretender que caduque un procedimiento en lo que puede perjudicar al contratista y subsista en cambio aquella parte que puede beneficiarle.

e) La pretensión de caducidad no sólo es contraria a la naturaleza del mutuo acuerdo, sino también a la naturaleza de los procedimientos (contractuales) que estamos tratando, pues toda la teoría del contrato administrativo se instaura para lograr una mayor protección de los intereses públicos en juego en este tipo de contratos. No sería pues lógico que mientras el contrato se consideraba sometido al Derecho Privado, antes de dictarse el acuerdo de reconversión, no pudiese caducar el procedimiento de resolución de mutuo acuerdo que las partes intentaban zanjar mediante arbitraje del Colegio, y ahora que se le considera administrativo esté más expuesto a que se perjudiquen los intereses públicos en juego por caducidad de lo tramitado.

f) Tal y como hemos visto en el fundamento jurídico III, la sentencia de 27 de mayo de 2004 considera nulo el contrato que ahora valoramos (en sus folios 7 y 8) tanto si se le da el tratamiento de contrato administrativo, como de contrato de la Administración sometido al Derecho Privado, y ello porque se habrían omitido prácticamente todos los tramites y algunos de los requisitos esenciales de ese tipo de contratos.

Así lo consideraba también el acuerdo de reconversión al Derecho Administrativo de 22 de julio de 1997, que incorporaba como motivación, por remisión, un dictamen emitido *ad hoc* por la Abogacía del Estado. En este último se ponía de manifiesto cómo el contrato era realmente nulo, pues no se había cumplido ninguno de los requisitos para acudir a la contratación directa. El propio informe ponía de manifiesto que el tratamiento ofrecido por la jurisprudencia a la liquidación de los contratos nulos difería según que éstos se hubiesen llegado o no a ejecutar completamente. En ambos casos partía de la circunstancia de que, junto a la doctrina de la nulidad radical, había que aplicar también la del enriquecimiento sin causa determinada, de manera que la declaración de nulidad no podía llevar consigo aparejada la ausencia de indemnización al contratista por los trabajos realmente ejecutados. Con este presupuesto común distinguía –decíamos– los casos en que el contrato estuviese ya totalmente cumplido, en los que procedía la declaración de nulidad y liquidación del contrato, con abono del valor de lo realmente ejecutado (véanse por todas las SSTs de 8 de mayo de 1986 y 17 de junio de 1992); de aquellos otros en los que el contrato estuviese en plena fase de ejecución, en los que resultaba innecesario tramitar la declaración de nulidad como tal, acometiendo directamente la fase de resolución y liquidación del contrato (se citaba expresamente la STS de 9 de febrero de 1979).

Según lo que acabamos de exponer, dado que esta última era la situación del contrato en cuestión, se acometía directamente la resolución liquidación, sin tramitar previamente la declaración de nulidad; pero ello no puede suponer que nos olvidemos de que realmente hay una nulidad

9/10 subyacente y que una de las características de la nulidad es que no prescribe la acción para hacerla efectiva. Si consideramos entonces que el procedimiento de resolución y liquidación en tramitación está dando forma jurídica a un procedimiento de liquidación de contrato nulo de pleno derecho, y todo ello por razones de índole práctica que la propia jurisprudencia se encarga de destacar (innecesariedad de tramitar previamente la declaración de nulidad si luego va a conducir a una liquidación idéntica a la derivada de una resolución del contrato) concluiremos que resultaría totalmente contrario a la lógica y a los resultados prácticos que se pretenden que ahora se intentase declarar la caducidad del expediente, para volverlo a empezar por ser imprescriptible la acción de nulidad subyacente.

g) A mayor abundamiento, la alegación de caducidad únicamente en vía administrativa, omitiendo referencia alguna a dicha circunstancia en la impugnación que se tramitaba en paralelo en vía contencioso-administrativa, no se atiene a los postulados de la buena fe, poniendo más bien de manifiesto la intención procesal de hacer un uso ulterior y abusivo de la alegación de defectos de índole meramente formal, tal y como ahora se pretende.

h) También con carácter cautelar, si considerásemos que a pesar de las objeciones anteriormente expuestas el transcurso del tiempo produce la caducidad del expediente, lo que el contratista parece pretender es que se deje sin efecto al acuerdo administrativo, pronunciamiento que nunca llegaría a producir los efectos prácticos que parecen indicarse de contrario (que se le abone a contratista el importe de sus honorarios sin deducción alguna por partidas defectuosas o incumplidas). Si se deja sin efecto el acuerdo administrativo que reconvirtió el expediente de resolución al Derecho Administrativo, nos encontraríamos con que el expediente volvería a estar sometido al Derecho Privado, como antes de adoptarse este acuerdo, pero seguiría en trámite de resolución y liquidación. Si, por el contrario, lo que se considera que se debe dejar sin efecto es el primitivo acuerdo de resolución sometido al Derecho Privado (pero luego reconvertido al Derecho Administrativo), nos encontraríamos con que el contrato se rehabilita plenamente y desaparece el procedimiento de resolución con obligación de cumplimiento para ambas partes, pero no que continúa este último con obligación sólo de pagar, pero no de realizar reducciones por la parte no realizada o mal realizada. Seguiría siendo, de todas formas, un contrato nulo, pudiendo declararse tal nulidad o bien la resolución como medio de restablecer el equilibrio en las prestaciones del contrato incurrido en causa de nulidad (procedimiento este último preferido por la jurisprudencia, tal y como se señala en la anterior letra «f» de este mismo fundamento jurídico). Dicho efecto, posible hipotéticamente de no aceptarse las objeciones anteriores, no parece en absoluto deseable desde el punto de vista práctico o de economía procedimental, pues volvería a dejarnos en una fase anterior de la tramitación, sin beneficio alguno para las partes y con la posibilidad de repetir de nuevo todo lo tramitado.

V. Rechazada la caducidad, sólo resta continuar el procedimiento de liquidación de la resolución por mutuo acuerdo, para cuya consecución resulta un obstáculo la falta de aportación, por parte de ..., de la documentación relativa al cumplimiento parcial del contrato requerida por la Administración. Dado que dicha documentación tendrá que articularse con las puntualizaciones que ambas partes tengan que realizar sobre la misma y sobre el mantenimiento total o parcial de las treinta y cinco discrepancias fijadas por la representación del Consorcio en el año 1995 (antecedente 3.º anterior), procede continuar la tramitación del procedimiento de liquidación de la resolución del contrato administrativo nulo convocando al contratista a una reunión en la que, con examen de los documentos que ambas partes aporten, puedan llegar a elaborar una propuesta de liquidación por mutuo acuerdo.

Por todo lo expuesto, el Comité Ejecutivo del Consorcio acuerda lo siguiente:

A) Desestimar la petición de caducidad del expediente por los motivos expuestos en el cuerpo del presente acuerdo.

B) Ejecutar lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Sevilla (Secciones 1.ª y 3.ª, respectivamente), en sus sentencias de fecha 8 de marzo y 27 de mayo de 2004, a cuyo efecto y con la finalidad de intentar alcanzar un acuerdo de ambas partes sobre la liquidación del contrato resuelto, se convoca a la representación de ... a una reunión con los representantes del Consorcio, que tendrá lugar el próximo día, en la sede del mismo. De no materializarse el acuerdo en el curso de la propia reunión, se convocarán las que resultan necesarias a tal efecto.

C) Notifíquese el presente acuerdo al contratista, con indicación de que agota la vía administrativa y contra el mismo podrá interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, todo ello dentro del plazo de los dos meses siguientes a la notificación del presente acuerdo. Con carácter previo y potestativo podrá asimismo interponer recurso de reposición ante el propio Comité Ejecutivo, en el plazo del mes siguiente a la misma notificación, así como cualquier otro recurso que estime pertinente.