



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 163/2022

(Sección 2.^a)

San Cristóbal de La Laguna, a 28 de abril de 2022.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tazacorte en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de «Suministro con instalación para la sustitución de lámparas en alumbrado público convencional por tecnología led en el municipio de la Villa y Puerto de Tazacorte», adjudicado a la empresa (...) (EXP. 149/2022 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de la Villa y Puerto de Tazacorte por oficio de 18 de abril de 2022, con entrada en el Consejo Consultivo el 19 de abril de 2022, es la Propuesta de Resolución mediante la que se resuelve el contrato de suministros con instalación para la *«Sustitución de lámparas en alumbrado público convencional por tecnología led en el municipio de la Villa y Puerto de Tazacorte»* (lote 2) adjudicado a la empresa (...).

2. La legitimidad para solicitarlo, el carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para la emisión del dictamen se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el 191.3, letra a), de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y el art. 109.1.d), de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (en adelante, RGLCAP) preceptos que son de aplicación, de acuerdo con lo establecido en el apartado

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

segundo de la Disposición transitoria primera en relación con la Disposición final decimosexta de la citada LCSP, al señalar que « (...) será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación: a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista». Circunstancias estas que concurren en el presente procedimiento administrativo -incluida la oposición del contratista-.

3. En lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, se han de efectuar las siguientes consideraciones jurídicas:

3.1. Respecto a la regulación del contrato es oportuno traer a colación lo ya indicado por este Consejo Consultivo, entre otros, en sus Dictámenes 233/2019, de 20 de junio, 391/2019, de 7 de noviembre o 320/2020, de 30 de julio, que distingue el régimen sustantivo aplicable al contrato del régimen procedimental aplicable a la resolución del contrato.

En cuanto al régimen sustantivo, habiéndose adjudicado el contrato del suministro con instalación para la sustitución de lámparas en alumbrado público convencional por tecnología led en el municipio de la Villa y Puerto de Tzacorte, lote 2, el día 9 de agosto de 2021, resulta aplicable la LCSP (Disposición Transitoria primera.2 en relación con la disposición final decimosexta LCSP).

Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según dispone el art. 25 LCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo -actualmente, y a falta de tal desarrollo reglamentario, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas-, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado.

3.2. Respecto al Derecho procedimental aplicable se ha de señalar que:

3.2.1. Las normas de procedimiento aplicables serán las vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la resolución del contrato. Este criterio se sustenta en lo establecido en la Disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -en adelante, LPACAP- («a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior»), norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, según establece el apartado primero de la Disposición Final cuarta LCSP.

3.2.2. A la vista de lo anteriormente expuesto, y habiéndose iniciado el presente procedimiento de resolución contractual el día 28 de enero de 2022, esto es, bajo la vigencia de la LCSP, es por lo que procede acudir, en primer lugar, a su art. 191.3, relativo al «*procedimiento de ejercicio*» de las prerrogativas de la Administración Pública en materia de contratación.

En dicho precepto se establecen como trámites preceptivos la audiencia al contratista (art. 191.1) y, cuando se formule oposición por parte de éste, el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva [art. 191.3, letra a)]. Trámites estos que aparecen debidamente cumplimentados en el procedimiento administrativo que se ha remitido a este Consejo.

Por su parte, el art. 109.1, apartado b) RGLCAP, prevé también la apertura de un trámite de audiencia al avalista cuando se proponga la incautación de la garantía depositada.

Además, en el ámbito local, se preceptúa como necesario el informe jurídico del Secretario de la Corporación, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Tercera, apartado 8, de la LCSP.

Consta en el expediente administrativo informe jurídico de la técnico municipal, con la conformidad del Secretario Accidental del Ayuntamiento, para la resolución del contrato del lote 2 por la causa prevista en el art. 211.1.d) LCSP. No obstante, el art. 195 LCSP, en los casos de resolución por demora de los plazos de ejecución del contrato, permite la resolución sin más trámite preceptivo que la audiencia del contratista y cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo Consultivo correspondiente.

4. En cuanto al plazo de resolución contractual, es aplicable el plazo de tres meses desde su inicio para resolver el expediente de resolución contractual, aplicando el plazo residual previsto en el art. 21.3 LPACAP, al haber sido declarado contrario al Orden Constitucional de competencia por el Tribunal Constitucional en sentencia n.º 68/2021, de 18 de marzo, el plazo de ocho meses previsto en el art. 212.8 LCSP, solo en cuanto a su aplicación a las Comunidades Autónomas, entidades locales y entes dependientes de todos ellos.

Señala la sentencia: «*En cuanto a la extinción de los contratos, el art. 212.8 LCSP dispone que los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses. El Tribunal considera fundada la pretensión del recurrente,*

por cuanto se trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica. La regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual podría ser sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública (STC 141/1993, FJ 5).

Por tanto, procede declarar contrario al orden constitucional de competencias al art. 212.8 LCSP. No se precisa pronunciar su nulidad, dado que la consecuencia de aquella declaración es solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las Administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8; 55/2018, FFJJ 7 b) y c)]».

El transcurso del plazo máximo de tres meses determinaría, en consecuencia, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009). El plazo máximo de tres meses, para instruir y resolver los procedimientos de resolución contractual establecido en el art. 21.3 LPACAP, computa desde su inicio el 28 de enero de 2022, por lo que el procedimiento de resolución contractual caduca el 28 de abril de 2022.

La aplicación del plazo máximo de tres meses para resolver el procedimiento de resolución contractual, a la vista de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la exclusiva aplicación del del art. 212.8 LCSP a las Comunidades Autónomas, Entidades Locales y entes públicos dependientes, resulta de nuestro reciente Dictamen 154/2022, de 21 de abril, en el que señalamos lo siguiente:

«Tras la referida Sentencia, y una vez publicada la misma (BOE n.º 97, de 23 de abril de 2021) conforme al art. 38 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, por diversos Organismos consultivos autonómicos se ha optado por aplicar en estos procedimientos de resolución contractual el plazo de tres meses previsto en el art. 21.3 LPACAP, de carácter básico. Así, entre otros, el Consejo Consultivo de Asturias ha señalado que “a falta de una norma específica que fije un plazo para la resolución de un procedimiento administrativo no nos enfrentamos a una laguna que deba colmarse acudiendo a la legislación supletoria -a la que ha quedado reducido el plazo de 8 meses-, pues en nuestro Derecho administrativo existe una norma básica que disciplina el supuesto de que un procedimiento no tenga señalado plazo. Esa regla básica -recogida ahora en el artículo 21.3 de la LPACAP- determina que cuando “las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, este será de tres meses”, y la vigencia de esta regla para los procedimientos regulados en la LCSP no ofrece duda a la vista de su disposición final cuarta, que se remite expresamente a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en todo aquello que no merece un tratamiento singular en la normativa contractual. Así lo han interpretado también otros órganos consultivos (por todos, Dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla y León

123/2021, de 27 de abril, y 130/2021, de 20 de mayo)» (Dictámenes 203/2021, de 14 de octubre y 235/2021, de 11 de noviembre).

En idénticos términos se ha pronunciado la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid. Así, en su Dictamen 651/2021, de 21 de diciembre, expone el cambio de doctrina consultiva adoptado tras la publicación de la Sentencia constitucional 68/2021, de 18 de marzo. Y lo hace manifestando lo siguiente:

«Resulta relevante referirnos en este punto al plazo para la tramitación del procedimiento de resolución contractual. (...)».

(...) a partir del Dictamen 576/21, de 10 de noviembre, este órgano consultivo, tras un profundo análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo, y siguiendo en este punto el criterio de otros órganos consultivos (Consejo Consultivo de Galicia en sus dictámenes 19/2021, de 28 de abril, 240/2021, de 1 de septiembre y 267/2021 de 22 de septiembre) ha modificado su criterio en la forma que a continuación exponemos:

En efecto, una de las novedades de la LCSP/17 fue que su artículo 212.8 establecía un plazo máximo para resolver de ocho meses. Esta inclusión se debió a lo argumentado por el Consejo de Estado, en el Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, en el que se explicaba que a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aplicó el instituto de la caducidad a las resoluciones contractuales (tesis que el Consejo de Estado no compartía), el plazo general de tres meses resultaba notoriamente insuficiente, dando lugar a la caducidad de numerosos procedimientos, con los consiguientes daños al interés público que perseguía el contrato a resolver.

Por ello el Consejo reiteraba: "(...) la sugerencia que entonces fue formulada y todavía no ha sido atendida: es preciso fijar un plazo suficiente (por ejemplo, de un año) para la instrucción de los procedimientos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista y, en general, para los dirigidos al ejercicio de las prerrogativas de la Administración".

La redacción final de la LCSP/17 se limitó a ampliar el plazo a ocho meses, por resultar más adecuado para la tramitación de un procedimiento complejo como es el de la resolución contractual y en línea con los seis meses que para la revisión de oficio había fijado el artículo 106.5 de la LPAC. La disposición final 1ª de dicha norma, indicó que el citado artículo 212.8 de la LCSP/17 tenía carácter de legislación básica.

Ahora bien, la citada STC 68/2021, de 18 de marzo, a raíz de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón, ha procedido a declarar la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LCSP/17, afectando señaladamente a esta cuestión.

En concreto, el artículo 212.8, fue impugnado al considerar que vulneraba la doctrina constitucional sobre la legislación básica, puesto que contendría una regulación de detalle o de procedimiento, que cercenaría la posibilidad de desarrollo legislativo por la Comunidad Autónoma de Aragón.

La STC 68/2021 considera (FJ 5º) que la regulación de las prerrogativas de la administración en materia de contratación tiene, en general, la consideración de básica [STC 84/2015, FJ 5 a)]. En concreto, el Tribunal Constitucional ha declarado que el ius variandi constituye un aspecto básico como prerrogativa de la administración en la ejecución de los contratos; y que lo mismo cabe decir del deber de respetar el equilibrio financiero (SSTC 118/1996, de 27 de junio, FJ 32).

No obstante, al analizar la impugnación del artículo 212.8, el TC en el FJ 7 C. c. de la citada STC, afirma:

“El tribunal considera fundada la pretensión del recurrente, por cuanto se trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica. La regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual podría ser sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública (STC 141/1993, FJ 5).

Por tanto, procede declarar contrario al orden constitucional de competencias al art. 212.8 LCSP. No se precisa pronunciar su nulidad, dado que la consecuencia de aquella declaración es solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8, y 55/2018, FFJJ 7 b) y c)]. Es decir, el tribunal no anula el precepto en cuanto es de aplicación a los procedimientos de resolución de la Administración General del Estado pero considera que infringe las competencias de las comunidades autónomas y por tanto no es de aplicación a estas ni a las entidades locales.

Esto plantea el problema de determinar el concreto plazo en el que deben resolverse los expedientes de resolución en la Comunidad de Madrid y sus entidades locales.

(...)

No existe ninguna norma autonómica madrileña que establezca un plazo en el que hayan de resolverse los procedimientos de resolución contractual. Es más, tampoco existe una norma autonómica que contemple este procedimiento, sino que se aplica el artículo 191 de la LCSP/17 (básico salvo su apartado 2º) y el artículo 109 del RGLCAP (básico según la disposición final 1ª).

Por lo expuesto, el problema es determinar si es aplicable el artículo 212.8 de la LCSP/17 como derecho supletorio al amparo del artículo 149.3 de la Constitución Española o

si ha de prevalecer el artículo 21 de la LPAC, como normativa básica (disposición final 1ª de la LPAC).

La aplicación supletoria del derecho estatal plantea muchos problemas prácticos.

El Tribunal Constitucional en un primer momento admitió de forma amplia esa aplicación supletoria de tal forma que la declaración de inconstitucionalidad de una norma estatal no suponía su nulidad sino su aplicación supletoria.

Sin embargo, a partir de la STC 147/1991, de 4 de julio, el Tribunal Constitucional ha considerado que la supletoriedad del derecho estatal ha de ser inferida por el aplicador del derecho autonómico mediante las reglas de interpretación aplicables y en la STC 118/1996, de 27 de junio, afirma que (FJ 6º):

“La cláusula de supletoriedad es, según la doctrina expuesta, una previsión constitucional emanada de la C.E. que se dirige al aplicador del Derecho, indicándole el modo en que deben colmarse las lagunas del ordenamiento autonómico, cuando las haya. A tenor de la misma, una vez que el aplicador del Derecho, utilizando los medios usuales de interpretación, haya identificado una laguna en el ordenamiento autonómico, deberá colmarla acudiendo a las normas pertinentes, dictadas por el Estado en el ejercicio de las competencias que la Constitución le atribuye: en eso consiste la supletoriedad del Derecho estatal que, por su misma naturaleza, no comporta atribución competencial alguna”.

El FJ 8º de la STC 118/1996 reitera esa escrupulosa exigencia de laguna para la aplicación supletoria.

Por ello, para que proceda la aplicación supletoria del derecho estatal es necesario que exista una laguna, en el sentido de ausencia de legislación específica para resolver un problema jurídico. En este sentido cabe citar también la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2018 (rec. 3781/2017).

Sin embargo, en el presente caso, al no haber regulado al respecto la Comunidad de Madrid (a diferencia de otras Comunidades Autónomas como la de Aragón -Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón- o la de Castilla y León -Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras-), no hay un plazo específico por lo que resulta aplicable la previsión del artículo 21 de la LPAC en cuanto al plazo de tres meses.

La propia STC 68/2021 (FJ 9º) indica que: “Solo es constitucionalmente legítimo que el legislador estatal prevea la aplicación de sus normas a las comunidades autónomas allí donde se halla habilitado por un título competencial específico que le permita disponer tal cosa. Como el tribunal ha declarado, la cláusula de supletoriedad no permite que el derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia; el Estado no puede, excediendo el tenor de su título competencial en materia de contratación pública y

penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los estatutos a las comunidades autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias (STC 118/1996, FFJJ 6 y 8)".

Es decir, si la Comunidad de Madrid no regula la duración del procedimiento se produce el supuesto factico previsto en el artículo 21.1 de la LPAC: "cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo", con la subsiguiente aplicación del plazo de tres meses. La aplicación de esa regla básica supone la inexistencia de laguna y por tanto hace innecesario acudir al derecho estatal no básico (artículo 212.8 de la LCSP/17 tras la STC 68/2021) como supletorio.

Por tanto, en este caso, considerando que el plazo de resolución del procedimiento es de tres meses (...) iniciado el 21 de julio de 2021, su caducidad se ha producido el 21 de octubre de 2021".

La caducidad del procedimiento no impide la iniciación de uno nuevo, si bien deberán tenerse en cuenta las deficiencias que hemos advertido en el presente dictamen y además que no será preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora si no se formula oposición a la resolución contractual por parte de la empresa contratista». Consideraciones jurídicas que, como bien se encarga de señalar el dictamen precitado, son compartidas por el Consejo Consultivo de Galicia en sus Dictámenes 19/2021, de 28 de abril, 241/2021, de 3 de noviembre de 2021, y 358/2021, de 1 de diciembre, entre otros.

(...)

2.3. Así las cosas, la STC 68/2021, de 18 de marzo, se apoya en que el establecimiento de un plazo específico para los supuestos de resolución contractual se incardina en el ámbito de la competencia autonómica de desarrollo de las bases en materia de contratación pública. Al respecto, se recoge que: « (...) ambas partes reconocen que en esta materia la legislación básica es competencia del Estado de acuerdo con el art. 149.1.18 CE y que las comunidades autónomas pueden asumir la competencia de desarrollo legislativo y ejecución»; «Dentro del respeto a la legislación básica estatal, las comunidades autónomas han podido asumir la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de contratación pública (STC 237/2015, de 19 de noviembre, FJ 2)» -Fundamentos jurídicos primero, apartado a) y quinto, apartado B) de la Sentencia).

Como ya se ha destacado, el Tribunal Constitucional comienza por descartar el carácter básico de esta previsión legal («El tribunal considera fundada la pretensión del recurrente, por cuanto se trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica»), de lo que deduce a continuación que a las Comunidades Autónomas les cabe sustituir (es la expresión que emplea) dicha previsión por otra de carácter propio: «La regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual podría ser sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública».

A partir de lo que se lleva expuesto, hay que entender que a las Comunidades Autónomas les es dado establecer un plazo distinto de caducidad, sea mayor o menor del que contempla el art. 212.8 LCSP.

Una vez declarado contrario el precepto (art. 212.8 LCSP) al orden de distribución de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas por las razones antes expresadas, al otorgar la LCSP carácter básico a dicha previsión legal, la consecuencia que el Tribunal deduce no es la nulidad de dicho precepto, sino «solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras».

Pues bien, en la actualidad no existe ninguna disposición normativa autonómica canaria reguladora del plazo máximo para resolver los expedientes de resolución contractual (en sentido análogo al discutido art. 212.8 LCSP). Es más, tampoco existe una remisión específica a la normativa estatal respecto al régimen aplicable a los contratos, puesto que ni la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias contiene precepto alguno respecto al régimen aplicable a los contratos que celebre la Administración autonómica (más allá del genérico art. 2 que dispone que «Las Administraciones Públicas de Canarias se regirán por la Constitución, Estatuto de Autonomía, la legislación básica del Estado, la presente Ley y por las normas dictadas en desarrollo de éstas, respondiendo su organización, funcionamiento y régimen competencial a los principios de eficacia, economía, descentralización y máxima proximidad a los ciudadanos») ni ninguna otra norma propia establece que el derecho estatal en esta materia -o con carácter general-, sea supletorio de las normas de nuestra Comunidad Autónoma, y ello a diferencia de lo que sucede en otras regiones, como por ejemplo, en Murcia, cuyo Estatuto de Autonomía sí lo establece (sin olvidar la aplicabilidad del art. 149.3 de nuestra Constitución).

Por lo demás, la Disposición final cuarta, apartado primero, LCSP señala 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 establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas».

Señalado cuanto antecede, este Consejo Consultivo entiende que procede la aplicabilidad de la normativa básica en materia de procedimiento administrativo común, en este caso, el art. 21.3 LPACAP y por tanto, el plazo para la instrucción y resolución del expediente sería de tres meses y no de ocho. No otra puede ser la conclusión tras la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional cuya aplicación en sus estrictos términos entiende este Consejo Consultivo obliga al cambio de doctrina aún a sabiendas de las dificultades prácticas que supondrá la aplicación de tan breve plazo, de tres meses, para la instrucción, resolución y notificación por parte de las Administraciones Públicas de los

expedientes de resolución contractual, obstáculo que sólo podría ser removido si se dicta una norma por nuestra Comunidad Autónoma, en el marco de sus competencias, que fije un plazo superior a esos tres meses para la resolución contractual que se tramite por la Comunidad Autónoma así como por las Corporaciones Locales canarias. A falta de tal norma específica, y en tanto la misma sea aprobada, el plazo a aplicar será el de tres meses, como se ha señalado».

5. El órgano competente para dictar resolución es el Alcalde (Disposición adicional segunda.1 LCSP), por ser el órgano de contratación (art. 212.1 LCSP). Como tal órgano de contratación ostenta la prerrogativa de acordar la resolución del contrato, conforme al art. 190 LCSP.

II

1. Los antecedentes relevantes del presente procedimiento de resolución contractual son los siguientes:

1.1. Mediante Resolución de 17 de julio de 2020 de la Directora General de Energía se resuelve definitivamente la concesión de subvenciones para la aplicación de diversas medidas de mejora de la eficiencia energética y el uso de energías renovables en infraestructuras públicas, incluidos los edificios públicos, en base a la convocatoria anticipada de 20 de diciembre de 2019.

1.2. En fecha de 9 de agosto de 2021, se adjudica por el órgano de contratación del Ayuntamiento de Tazacorte (Alcaldía-Presidencia) el contrato de suministro con instalación para la sustitución de lámparas en alumbrado público convencional por tecnología led en el municipio de la Villa y Puerto de Tazacorte (lote 2) «*PROYECTO TAZACORTE AVANZA + EFICIENTE 2020*» a la empresa (...), por un importe de cuarenta y nueve mil ochocientos setenta y siete euros con tres céntimos (49.877,03 €) (IGIC no incluido), plazo de ejecución de un mes, un plazo adicional de garantía de cinco años y el suministro de cuarenta (40) lámparas leds adicionales, sin coste adicional alguno, por procedimiento abierto, no sujeto a Regulación Armonizada, varios lotes y tramitación urgente.

1.3. En fecha de 1 de septiembre de 2021 se formaliza el contrato, en el que el contratista asumía el compromiso de ejecutar el contrato en el plazo máximo de un mes, a contar desde el día siguiente a la formalización del contrato, es decir, siendo el plazo máximo para el suministro e instalación de las luminarias el 2 de octubre de 2021.

1.4. En fecha de 1 de septiembre de 2021, el contratista (...), solicita al Ayuntamiento una prórroga de la ejecución de los trabajos dada la imposibilidad de disponer de material (dificultad con los proveedores del material eléctrico) para la ejecución del suministro e instalación del objeto de contrato, solicitando una prórroga hasta el mes de noviembre de 2021.

1.5. Por el Ayuntamiento de Tazacorte se solicitó a la Dirección General de Energía la prórroga de los plazos de ejecución y justificación del proyecto «TAZACORTE AVANZA+EFICIENTE 2020» y, en fecha 3 de septiembre de 2021, se dicta Resolución, concediendo la ampliación de los plazos establecidos, siendo la fecha máxima de ejecución y justificación de los proyectos los días 15 y 18 de octubre de 2021, respectivamente.

1.6. Con fecha 19 de septiembre de 2021 tiene lugar la erupción del volcán en la isla de La Palma, siendo calificado dicho acontecimiento como un supuesto de fuerza mayor de conformidad a lo dispuesto en el art. 239 apartado b) LCSP, solicitándose una tercera prórroga en base a los efectos nocivos de los gases emitidos por el volcán, aunque no afectara directamente la erupción del volcán de Cumbre Vieja a las vías objeto del contrato del Lote 2.

1.7. Con fecha 14 de octubre de 2021, se dicta Resolución por parte de la Dirección General de Energía, concediendo la ampliación de los plazos establecidos, siendo la fecha máxima de ejecución y justificación del proyecto los días 14 y 17 de enero de 2022, respectivamente.

1.8. Llegada la fecha de ejecución, no se ha realizado ninguna actuación por parte del contratista.

2. En cuanto a la tramitación del expediente de resolución contractual:

2.1. Por Decreto de fecha 28 de enero de 2022, que consta en el Libro de Decretos con el n.º 2022-0011 de la misma fecha, se incoa procedimiento para acordar, si procede, la resolución del contrato por la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, así como el incumplimiento de la obligación del contrato [art. 211.1 apartados d) y f) LCSP].

2.2. Notificado dicho Decreto al adjudicatario, se emitió por Secretaría certificado donde se hace constar la presentación por aquel de escrito de alegaciones en fecha 18 de marzo de 2022 con RRE n.º 64.

2.3. Solicitado informe a los Servicios Técnicos sobre las alegaciones presentadas, se emitió en fecha 23 de marzo de 2022, desestimando las mismas al señalar que:

« (...) Vistas las alegaciones presentadas por la mercantil (...), con fecha 18 de febrero de 2022, en respuesta a la resolución del contrato por no proceder a su ejecución en tiempo y forma, fundamentándose, una vez más, en la imposibilidad material por las circunstancias actuales sufridas en la isla de La Palma.

En relación a ello, se informa, como consta en el anterior informe, que la ejecución del LOTE 1 se ha ejecutado con total normalidad, sin alegación alguna de imposibilidad material, a pesar de tratarse de una ejecución con el mismo material que el LOTE 2, ni tampoco pretexto alguno por supuesta afectación por la emisión de gases del volcán Cumbre Vieja, no constando documentación y/o justificación alguna en la que dicho interesado manifieste la causa que ha provocado el incumplimiento del objeto del contrato.

Es decir, que la ejecución del Lote 1 (que se realizaba en otras vías del municipio) se ha ejecutado con normalidad y a satisfacción de la Administración contratante.

En concreto, manifiesto la desestimación de las alegaciones formuladas por el contratista, puesto que el Ayuntamiento se encuentra condicionado a la justificación de unos plazos de ejecución así como del Proyecto, siendo la solución más idónea la resolución del contrato, con la incautación de la garantía definitiva constituida por el contratista».

2.4. Solicitado informe a Secretaría sobre los hechos que motivan la resolución del contrato y la causa de resolución que opera de acuerdo con las previstas en la legislación aplicable, se emitió en fecha 29 de marzo de 2022, señalándose lo siguiente:

« (...) Como consta en el expediente, se procedió a dar audiencia al contratista por un plazo de diez días naturales al contratista (...) siendo recibida por el mismo en fecha de 7 de febrero de 2022.

(...) formuló alegaciones en fecha de 18 de febrero de 2022, a la Propuesta de Resolución del contrato de suministro con instalación para la "sustitución de lámparas en alumbrado público convencional por tecnología led en el municipio de la Villa y Puerto de Tazacorte" (lote 2).

En relación a ello, se manifiesta que el contratista presentó fuera de plazo las alegaciones a la propuesta de resolución del contrato. En consecuencia, se manifiesta que una vez transcurrido el plazo sin la presentación de éstas o en su caso presentadas fuera de plazo, se entenderá desistido en su acción (artículo 73 de la Ley 39/2015).

No obstante lo anterior, se propone la admisión a trámite de las mismas, aunque la presentación se realizara de forma extemporánea, justificado en que no se dictó por parte

de esta Administración resolución declarando la preclusión de aquel trámite, llegando a tener entrada antes de que se dictara la que ponía término a este expediente contradictorio, con lo que, en aplicación de esta norma, este Ayuntamiento está obligado a admitir las alegaciones fuera del plazo otorgado.

Como ejemplo de ello se cita la Sentencia n.º 000594/2019 del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Provincia de Las Palmas.

PRIMERO. Desestimación de las alegaciones

A la vista de las alegaciones efectuadas por la mercantil (...), las cuales se resumen en que los motivos del retraso en la ejecución del plazo asumido en su oferta obedecen a las circunstancias actuales de la Isla de La Palma.

Como consta ya en el expediente, el contratista asumía el compromiso que la ejecución del contrato se realizaría en un plazo máximo de un (1) mes, a contar desde el día siguiente a la formalización del contrato, es decir, siendo el plazo máximo para el suministro e instalación de las luminarias en fecha de 2 de octubre de 2021.

Además, como consta en el informe emitido por los Servicios Técnicos, a solicitud de la prórroga solicitada por el contratista, se concedió una ampliación del plazo de ejecución de los trabajos.

Dichos plazos no se han cumplido por el contratista, a diferencia del Lote 1 (que se realizaba en otras vías del municipio) ejecutado con total normalidad y a satisfacción de esta Administración, siendo el objeto contractual idéntico, sin alegación alguna de imposibilidad material (ya que se trataba de material idéntico al contrato del Lote 2 objeto de discusión) ni excusa alguna por supuesta afectación por la emisión de gases del volcán de la Isla.

A mayor abundamiento, cabe recordar la particularidad del citado expediente, subvencionado por la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial del Gobierno de Canarias "TAZACORTE AVANZA+EFICIENTE 2020", la cual concedió la ampliación de los plazos concedidos para la ejecución de los trabajos y del proyecto (14 y 17 de enero de 2022, respectivamente).

Además, se hace constar la falta de diligencia del contratista que en ningún caso ha presentado documentación y/o justificación alguna en la que manifieste la causa que ha provocado el incumplimiento del objeto del contrato, en los términos ofertados en su proposición.

Por lo anterior, se observa de forma patente un claro incumplimiento de la obligación principal del contrato (la demora en lo relativo al plazo de ejecución por parte del contratista), siendo dicho retraso injustificado.

Por todo lo anterior, y dada la naturaleza del presente contrato, se propone la desestimación de las alegaciones formuladas por la empresa contratista (...), motivado en que el Ayuntamiento de La Villa y Puerto de Tazacorte se encuentra condicionado a la justificación de unos plazos de ejecución así como del Proyecto, por lo que la solución más idónea es la resolución del contrato.

SEGUNDO. Resolución del contrato

Resolver el contrato de suministro indicado en el punto primero del presente informe debido a la concurrencia de la siguiente causa de resolución "Demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista" (artículo 211.1 apartado d) de la LCSP.

TERCERO. Incautación de la garantía definitiva

Proceder a la incautación de la garantía definitiva constituida por el contratista por el importe de dos mil cuatrocientos noventa y tres euros con ochenta y cinco céntimos (2.493,85€).

Todo ello al amparo de lo dispuesto en el informe de los servicios técnicos de fecha 28 de marzo de 2022».

2.5. Con fecha 29 de marzo de 2022 se formula por el órgano de contratación Propuesta de Resolución por la que se desestiman las alegaciones del contratista y se procede a la resolución de contrato por incumplimiento del plazo de ejecución del contrato conforme al art. 211.1.d)LCSP.

III

1. La Propuesta de Resolución plantea resolver el contrato por la causa prevista en el art. 211.1 d) de la LCSP por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, con incautación de la garantía definitiva constituida por el contratista por importe de dos mil cuatrocientos noventa y tres euros con ochenta y cinco céntimos (2.493,85 €).

2. Como hemos reiterado en distintas ocasiones, se ha de recordar que la resolución del contrato por culpa del contratista requiere un incumplimiento «grave» del mismo, no bastando cualquier incumplimiento contractual (STS de 2 de abril de 1992).

Así, la STS de 25 de junio de 2002 señala, referida a cuando una obligación era esencial en atención a las circunstancias concurrentes, que «*el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial, debiendo dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una*

voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos».

Entre otros, en nuestros Dictámenes 334/2021, de 17 de junio y 374/2019, de 17 de octubre hemos señalado:

« (...) Una obligación contractual esencial sería aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcance el fin perseguido por el contrato.

Ahora bien, en el mismo sentido de la Propuesta de Resolución, debe decirse que ha venido señalando el Tribunal Supremo, así, en su STS de 1 de octubre de 1999 que “a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación”, es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de “denominación” que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato. Así resulta, como transcribe la Propuesta de Resolución, que “por cláusula contractual esencial se ha de entender aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato y por lo tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato”».

3. Las causas de resolución del contrato vienen establecidas con carácter general en el art. 211 LCSP y de forma específica para el contrato de suministros en su art. 306 y en las cláusulas 10 y 24 PCAP.

Según este Consejo Consultivo tiene declarado, entre otros, en el DCC 60/2016, de 10 de marzo, *«los contratos administrativos son siempre contratos con plazo determinado (art. 212.2 TRLCSP). En ellos el plazo es un elemento de especial relevancia como pone de manifiesto el hecho de que la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa de la administración (art. 212.3 TRLCSP -actual art. 193.2 LCAP-), y su incumplimiento o riesgo de incumplimiento faculta a la administración bien para imponer penalidades al contratista, bien para resolver el contrato (art. 212.4 TRLCSP -mismo art. 193 LCSP-). Por ello, el art. 223.d) TRLCSP tipifica como causa de resolución la demora en el “cumplimiento del plazo”».*

Tanto la LCSP como los pliegos atribuyen a la Administración un margen de discrecionalidad para optar bien por la resolución bien por la imposición de esas penalidades, pero como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2000 *«la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias”, habiendo declarado la*

sentencia de 1 de octubre de 1999 que “a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación».

Efectivamente, como señala el informe técnico y jurídico en que se basa la Propuesta de Resolución, el contratista asumió el compromiso de que la ejecución del contrato se realizaría en un plazo máximo de un mes, a contar desde el día siguiente a la formalización del contrato que tuvo lugar el día 1 de septiembre de 2021, es decir, que el plazo para el suministro e instalación de las luminarias concluía el día 2 de octubre de 2021.

Dichos plazos no se cumplieron por el contratista, a diferencia del Lote 1 (que se realizaba en otras vías del municipio) el cual fue ejecutado con total normalidad y a satisfacción de la Administración, siendo el objeto contractual idéntico, sin alegación alguna de imposibilidad material por problemas en el suministro, ni excusa alguna por supuesta afectación por la emisión de gases del volcán de la Isla.

Además, como consta en el informe emitido por los Servicios Técnicos, a solicitud del contratista, la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial del Gobierno de Canarias concedió la ampliación de los plazos de ejecución de los trabajos y del proyecto hasta los días 14 y 17 de enero de 2022, respectivamente, a petición del Ayuntamiento, lo que se fundamentó, precisamente, en las dificultades alegadas por el contratista. Sin embargo, vencido el nuevo plazo de ejecución, el contratista no presentó documentación y/o justificación alguna en la que manifestara la causa que provocó el nuevo incumplimiento del objeto del contrato.

En la contratación pública, y no es ocioso recordarlo, la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, según lo establecido para el de obras en el art. 197 LCSP.

En el citado Dictamen 334/2021, de 17 de junio, recogiendo la doctrina de otros anteriores, manifestábamos que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico para la contratación administrativa, que se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, sin que pueda incumplirlas sin causa alguna.

En definitiva, está suficientemente acreditado que el incumplimiento de los plazos para la ejecución de las obras es imputable exclusivamente al contratista, que

ha incumplido de manera culpable con la obligación principal del contrato, la ejecución de las obras, por lo que hay que concluir que la propuesta de resolución se considera ajustada a derecho.

4. En cuanto a los efectos de la resolución del contrato, se encuentran previstos en los arts. 213 y 307 LCSP.

Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida.

El importe de los daños y perjuicios podrá determinarse de forma motivada en expediente contradictorio instruido a tal efecto, quedando entre tanto retenida la garantía (art. 113 RGLCAP).

Este Consejo Consultivo ha mantenido de forma constante que en aquellos casos en los que se declara el incumplimiento culpable del contratista procede la incautación de la garantía definitiva prestada, sin perjuicio de que, si el importe de los daños y perjuicios causados superan el montante de esta garantía, se tramite el oportuno procedimiento contradictorio para su determinación (por todos, Dictámenes 510/2020, 363/2018, de 12 de septiembre, 196/2015, de 21 de mayo).

5. Dada la fecha de entrada en este Consejo de la solicitud de dictamen (19 de abril de 2022) y a pesar de emitirse el presente dictamen con la máxima celeridad posible, en un plazo de siete días hábiles, el procedimiento de resolución contractual caduca el mismo día de la emisión de este Dictamen, tal y como se ha señalado en el Fundamento I.4., debido al cambio de doctrina motivado por la STC 68/2021, de 18 de marzo, por lo que resulta previsible la caducidad del procedimiento de resolución contractual. En caso de que efectivamente se produzca, deberá así declararse expresamente tal caducidad por el Ayuntamiento y procederse al archivo de las actuaciones, sin perjuicio de poder incoarse un nuevo procedimiento de resolución contractual, con igual pretensión y la misma o diferente causa, manteniendo, por aplicación del principio de economía, los actos (conservación) que se estimen necesarios, siendo indispensable, una vez concluido y antes de la remisión, en su

caso, del expediente de nuevo a este Consejo Consultivo, otorgar nueva audiencia a la contratista, una vez concluida la instrucción.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución por la que se resuelve el contrato administrativo de «suministro con instalación para la sustitución de lámparas en alumbrado público convencional por tecnología led en el municipio de la Villa y Puerto de Tzacorte» (lote 2) adjudicado a la empresa (...), se considera conforme a derecho, sin perjuicio de lo señalado en el Fundamento III.5.