



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 177/2022

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 5 de mayo de 2022.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puerto del Rosario en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato «Redacción de proyecto de reforma, accesibilidad y ejecución de parques infantiles públicos del municipio de Puerto del Rosario con accesibilidad universal e inclusiva», adjudicado a (...) (EXP. 162/2022 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Puerto del Rosario mediante oficio con registro de entrada en este Organismo Consultivo el 27 de abril de 2022, es la Propuesta de Acuerdo para resolver el contrato administrativo de servicio consistente en la «*REDACCIÓN DE PROYECTO DE REFORMA, ACCESIBILIDAD Y EJECUCIÓN DE PARQUES INFANTILES PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE PUERTO DEL ROSARIO CON ACCESIBILIDAD UNIVERSAL E INCLUSIVA*», por un valor estimado de 13.944,00 €, adjudicado a (...).

2. La legitimidad para solicitarlo, el carácter preceptivo y la competencia del Consejo 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 art. 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), precepto que es de aplicación porque la contratista se ha opuesto a la resolución.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1 LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria de la LCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), también de carácter básico.

3. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación (art. 212.1 LCSP). En el caso concreto analizado, es la Concejala delegada de Parques y Jardines.

4. No ha transcurrido el plazo máximo de tres meses que, para instruir y resolver los procedimientos de resolución contractual, dispone el art. 21.3 LPACAP. En cuanto al plazo de resolución contractual, es aplicable el plazo de tres meses desde su inicio para resolver el expediente de resolución contractual, de acuerdo con el plazo residual previsto en el art. 21.3 LPACAP, al haber sido declarado contrario al Orden Constitucional de competencias 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 referida 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

9 de febrero de 2022, por lo que el procedimiento de resolución contractual caduca el 9 de mayo 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 art. 212.8 LCSP a la Administración del Estado y no a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, Entidades Locales y entes públicos dependientes, resulta de nuestros recientes Dictámenes 154/2022, de 21 de abril, y 163/2022, de 28 de abril, en los que señalamos que 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, añadiéndose por nuestra parte, lo siguiente:

« (...) 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».

En cuanto a la suspensión del plazo de resolución del procedimiento en tanto se emita el dictamen de este Consejo -contenida en la Propuesta de Resolución-, realizada en este caso el 7 de abril, notificada el mismo día, resulta aplicable nuestra reiterada doctrina, en virtud de la cual (v.g. Dictamen 4/2020):

«La doctrina de este Consejo ha venido siendo clara y precisa en el extremo de no avalar la suspensión del plazo de duración durante el transcurso de tiempo previsto para la emisión del correspondiente dictamen, con la consecuencia de considerar caducado el procedimiento tramitado, con la excepción del cómputo del mes de agosto y sus efectos, como anteriormente se manifestó.

No obstante, tal regla general se puede modular “por razones de eficacia y economía”, y asumir la procedencia de la suspensión prevista en el art. 42.5.c) LRJAP-PAC en aras a los principios constitucionales de seguridad y responsabilidad, siempre que por parte de la Administración correspondiente solicitante del dictamen se cumplan los siguientes presupuestos, requisitos y condiciones:

- Que la suspensión no se aplique de forma automática y se acuerde de manera expresa.*
- Que la suspensión se motive debidamente y que la instrucción haya sido diligente.*
- Que la suspensión se notifique fehacientemente a los interesados antes del vencimiento del plazo para la resolución del procedimiento.*

Sin embargo, como hemos señalado, entre otros, en nuestros Dictámenes 304/2018, de 29 de junio y 550/2018, de 4 de diciembre y 262/2019, de 4 de julio, esta doctrina, tras la entrada en vigor de la LPACAP, se ha matizado en el sentido que no cabe suspensión del plazo de caducidad, que se aplica ope legis. Por este motivo, este Consejo ha de recordar lo ya señalado, entre otros dictámenes recientes, lo mantenido en los Dictámenes 410/2017, de 7 de noviembre, y 256/2018, de 1 de junio, en los que se indicaba lo siguiente: « (...) en relación con el plazo de resolución de los procedimientos, en este caso, de resolución contractual, es reiterada la doctrina de este Organismo que, al tratarse de un plazo de caducidad, no cabe su suspensión, tal y como se ha ratificado recientemente -tras la entrada en vigor de la LPACAP, que modificó el plazo de caducidad en otros procedimientos- por acuerdo del Pleno de este Consejo Consultivo en sesión celebrada el 30 de octubre de 2017. Por ello, el transcurso del plazo legalmente establecido -tres meses- producirá el señalado efecto, con la consiguiente necesidad de proceder a la declaración de caducidad y la adopción, en su caso, de un nuevo acuerdo de inicio del procedimiento revisor. Solo cabe suspender o ampliar el plazo para resolver por causas tasadas que, además, han de

interpretarse restrictivamente en su aplicación, sin poderse interferir u obviar el control jurisdiccional (...)».

No procede además, confundir el dictamen del Consejo Consultivo con un informe, incluido el que eventualmente deba emitir el Servicio Jurídico de la Administración actuante ni, desde luego, con los informes que procede emitir en fase de instrucción del procedimiento a los fines que le son propios (DCCC 304/2013, 363/2013, 389/2013, 427/2013 y 151/2014, 139/2015, 316/2015 entre otros), determinantes del contenido de la resolución, pues este Consejo dictamina justamente la propuesta y a tales efectos, el Consejo Consultivo no es «Administración activa», condición a la que se anuda la efectividad del precepto invocado».

Por lo expuesto, la suspensión acordada en este caso no resulta acorde con el Ordenamiento jurídico ya que, por una parte, -pese a haber sido notificada- no se motiva la causa de la misma, ni en este caso estamos en presencia del supuesto del art. 22.1, d), esto es, no estamos en presencia de un informe, sino de un dictamen del órgano consultivo autonómico; debe pues, considerarse que se suspendió indebidamente el procedimiento resolutorio tramitado y, en consecuencia, continúa transcurriendo el plazo de tres meses, no siendo de aplicación supletoria el previsto en el art. 212.8 LCSP, tal como razonamos en los recientes Dictámenes 154/2022, de 21 de abril y 163/2022, de 28 de abril.

De lo razonado se desprende que tal plazo para resolver, que también lo es de caducidad, se cumple el próximo 9 de mayo, pese la celeridad con la que se emite el presente dictamen (en apenas 6 días hábiles).

II

Los antecedentes relevantes en este caso son los siguientes:

- Mediante Resolución n.º 2312, de la Concejala de Parques y Jardines, de fecha 3 de agosto de 2020, se adjudica el expediente para la contratación denominada *«REDACCIÓN DE PROYECTO DE REFORMA, ACCESIBILIDAD Y EJECUCIÓN DE PARQUES INFANTILES PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE PUERTO DEL ROSARIO CON ACCESIBILIDAD UNIVERSAL E INCLUSIVA»*, por un importe de 13.944,00 euros, excluido IGIC, que asciende a la cantidad de 976,08 euros, siendo el precio total de 14.920,08 euros.

- Con fecha 19 de Octubre de 2020, la contratista presenta *«REDACCIÓN DE PROYECTO DE REFORMA, ACCESIBILIDAD Y EJECUCIÓN DE PARQUES INFANTILES PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE PUERTO DEL ROSARIO CON ACCESIBILIDAD UNIVERSAL E INCLUSIVA»*.

- Con fecha 27 de octubre de 2020 se emite informe por el Arquitecto Técnico Municipal donde se pone de manifiesto que se constata que el proyecto presentado por la contratista *«posee sólo una memoria y no consta de planos, ni pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, ni presupuesto, ni estudios de Seguridad y Salud, ni Estudio de Gestión de Residuos y, por tanto, no se ajusta a las características y contenidos mínimos de los proyectos de obras, que deberán ajustarse a lo dispuesto en la ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y en el R.D. 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Todos los proyectos contendrán los documentos a que hace referencia el Artículo 233 de dicha ley, ajustando su contenido a las siguientes instrucciones, según el tipo de proyecto.*

Por lo expuesto, el proyecto presentado no cumple con dicho Artículo 233 de la ley de Contratos del Sector Público, no se ha presentado dentro del plazo establecido por la resolución de adjudicación y por tanto se debería proceder a resolver dicho contrato».

- Mediante Resolución de la Concejala Delegada de Parques y Zonas verdes n.º 3696, de fecha 30 de noviembre de 2020 se procede a la resolución del contrato menor denominado *«REDACCIÓN DE PROYECTO DE REFORMA, ACCESIBILIDAD Y EJECUCIÓN DE PARQUES INFANTILES PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE PUERTO DEL ROSARIO CON ACCESIBILIDAD UNIVERSAL E INCLUSIVA»*, adjudicado por Resolución de la Concejala delegada de Parques y Zonas Verdes n.º 2312 de fecha 3 de agosto de 2020 a (...) con NIF (...).

- Contra dicha resolución, en fecha 3 de febrero de 2021, se interpuso recurso Contencioso Administrativo por (...)

- Con fecha 31 de mayo de 2021 se emite Sentencia n.º 166/2021 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Las Palmas de Gran Canaria en la que se declara la nulidad del Resolución de la Concejala Delegada de Parques y Zonas verdes n.º 3696, de fecha 30 de noviembre de 2020.

- En vista de dicha Sentencia, se procedió mediante Resolución n.º 446/2022, de 9 de febrero de 2022, a retrotraer las actuaciones hasta el momento de la incoación del expediente de resolución, incoándose nuevamente el procedimiento de resolución, concediendo a la contratista un plazo de audiencia de 10 días naturales para que presentara las alegaciones que considerara necesarias.

- Que habiendo accedido a la notificación el día 22 de febrero la interesada presentó escrito de alegaciones oponiéndose a la resolución del contrato.

- Se solicita informe de Secretaría a los efectos de informar sobre la legalidad de la resolución del contrato «*REDACCIÓN DE PROYECTO DE REFORMA, ACCESIBILIDAD Y EJECUCIÓN DE PARQUES INFANTILES PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE PUERTO DEL ROSARIO CON ACCESIBILIDAD UNIVERSAL E INCLUSIVA*», que se emite con fecha de 5 de abril de 2022.

- La Propuesta de resolución desestima las alegaciones de la contratista resolviendo el contrato por incumplimiento de la contratista en aplicación de lo dispuesto en los arts. 211, letras d) y f), en relación con el art. 233 LCSP, es decir, por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, y por incumplimiento de la obligación principal del contrato, ya que en la documentación que entrega la contratista no se encuentran los planos de conjunto y de detalle necesarios para que la obra quede perfectamente definida, el pliego de prescripciones técnicas particulares, el presupuesto, ni el estudio de seguridad y salud.

III

1. Este Consejo no puede entrar en el fondo de la cuestión planteada puesto que se aprecia que no se ha dado el preceptivo trámite de audiencia sobre la totalidad del expediente. En efecto, como ya hemos advertido en supuestos similares al presente (ver por todos el Dictamen 143/2021, de 25 de marzo), la emisión de informes posteriores al trámite de audiencia, en los que se introducen cuestiones nuevas y fundamentales para resolver el contrato, al no ser conocido por el contratista, le causa indefensión.

En este caso, la contratista no ha tenido acceso al informe jurídico de 5 de abril, suscrito por el secretario accidental de la corporación, lo que vicia el procedimiento de nulidad.

Como dispone el art. 82.4 LPACAP, solo se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

No consta que este informe, que es asumido casi en su integridad por la Propuesta de Resolución para desestimar las alegaciones de la contratista y resolver el contrato, y que introduce nuevos argumentos para resolver el contrato, haya sido sometido al trámite de audiencia, inmediatamente antes de redactarse la citada Propuesta de Resolución, concretamente los relativos a la configuración del contrato

como de un «*contrato mixto, al contener prestaciones tanto de un contrato de suministro, como de un contrato de obras*». Tampoco se acredita en el expediente remitido la afirmación contenida, tanto en el referido informe como en la Propuesta de Resolución, de que al tratarse de un contrato mixto y superarse «*el elemento de obras los 50.000 euros*», deberá elaborarse un proyecto y tramitarse de conformidad con los arts. 231 y siguientes LCSP (art. 18.3 LCSP). La ausencia de acreditación de que el importe de que las obras previstas en el objeto del contrato suponen un importe de más de 50.000 euros, y que tal circunstancia era conocida por la adjudicataria, también provoca indefensión a la contratista e impide a este Consejo pronunciarse sobre esta cuestión igualmente.

En definitiva, ese informe argumenta que en realidad el objeto que se tenía que proyectar es un contrato mixto de suministro y de obras y que, como tal, tiene un contenido determinado si las obras, como dice que es el caso, supera la cuantía de 50.000 euros -sin que esté acreditada tal afirmación-, tal como dispone el art. 18.3, en relación con el 231 y siguientes LCSP.

Tal omisión constituye un defecto de forma que produce indefensión, cuya consecuencia es irremediablemente la nulidad de lo actuado.

Se ha de recordar, como se ha manifestado en distintas ocasiones (ver, por todos, el Dictamen 149/2022, de 21 de abril), en palabras del Tribunal Supremo, que « (...) *los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es así un concepto material que no surge de la misma omisión de cualquier trámite. De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, de prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses (STS de 11 de noviembre de 2003)*».

En consecuencia, procede que, conservando los actos y trámites practicados, se retrotraigan las actuaciones para que por técnico municipal se acredite que el contrato mixto asciende, en la parte de obras, a más de 50.000 euros y que tal circunstancia era conocida por la adjudicataria; a continuación, se ha de someter todo el expediente al trámite de vista y audiencia de la contratista, tras lo que procederá la redacción de una nueva Propuesta de Resolución y ser sometida, a su vez, a dictamen de este Consejo.

2. También se aprecia que, como se dijo, el plazo de tres meses para resolver vence el próximo 9 de mayo, momento en que, de acuerdo con el art. 25.1, b)

LPACAP, se producirá la caducidad del procedimiento, puesto que este procedimiento de resolución contractual es uno de los que la Administración ejerce potestades de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen. Esa caducidad provoca el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 95, pudiendo iniciarse un nuevo procedimiento al que podrán incorporarse los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida a Dictamen, que resuelve el contrato administrativo de servicio consistente en la «*REDACCIÓN DE PROYECTO DE REFORMA, ACCESIBILIDAD Y EJECUCIÓN DE PARQUES INFANTILES PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE PUERTO DEL ROSARIO CON ACCESIBILIDAD UNIVERSAL E INCLUSIVA*», adjudicado a (...), no se considera ajustada a Derecho al no haberse dado el trámite de audiencia sobre la totalidad del expediente, ni acreditar la cuantía de las obras a realizar y que tal circunstancia era conocida por la adjudicataria, por lo que procede la retroacción del procedimiento con la finalidad de cumplimentar dicho trámite y acreditar tales extremos, en los términos señalados en el presente Dictamen.