



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 6 8 / 2 0 2 2

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 30 de junio de 2022.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de La Victoria de Acentejo en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de obras adjudicado a la empresa (...) y que tiene por objeto la ejecución de las obras comprendidas en el proyecto denominado «Remodelación de la Plaza de Santo Domingo» (EXP. 224/2022 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por oficio de 26 de mayo de 2022 por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de La Victoria, con entrada en el Consejo Consultivo al día siguiente, es la Propuesta de Resolución mediante la que se resuelve el contrato de obra «*Remodelación de la Plaza de Santo Domingo*» en esa localidad, adjudicado a la empresa (...).

2. La legitimación 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 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) 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 señalan 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)

* Ponente: Sra. de León Marrero.

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 de obra *«Remodelación de la Plaza de Santo Domingo»* a la empresa (...), el 30 de junio de 2021, resulta aplicable la LCSP de 2017.

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 24 de febrero 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, trámite que aparece igualmente cumplimentado.

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, LCSP.

Consta en el expediente administrativo informe jurídico de secretaría general interina de 24 de febrero de 2022 para la resolución del contrato, por incumplimiento del plazo de ejecución que constituye una obligación principal del contrato.

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. Debe darse también audiencia al avalista, que como ya habíamos señalado, se ha cumplido en este expediente.

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 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 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 determina, en consecuencia, una vez producido, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009). En este caso, 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 24 de febrero de 2022, por lo que el procedimiento de resolución contractual caducó el 24 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, resulta de nuestro reciente Dictamen 154/2022, de 21 de abril; 163/2022, de 28 de abril; y 182/2022, de 5 mayo, en los que señalamos que tras la referida sentencia, y una vez publicada la misma (B.O.E., 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».

A la vista de esta doctrina del Consejo Consultivo de Canarias establecida tras la STC 68/2021, de 18 de marzo, podemos concluir que el procedimiento de resolución contractual, iniciado el 24 de febrero de 2022 está incurso en caducidad, al haber transcurrido el plazo máximo de tres meses para su resolución el 24 de mayo de 2022.

6. 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 y 212 LCSP.

II

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

1.1. Con fecha 19 de mayo de 2021 y mediante Decreto 2021000519 se aprueba el expediente para el contrato de obras del PROYECTO «*REMODELACIÓN DE LA PLAZA DE SANTO DOMINGO*» en el Municipio de La Victoria de Acentejo por procedimiento abierto simplificado y se publicó con fecha 19 de mayo de 2020 en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio junto con los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, los Pliegos de Prescripciones Técnicas y demás documentos relativos al proyecto, abriéndose el plazo de presentación de ofertas al día siguiente de la publicación. El proyecto técnico de obra fue redactado por la Arquitecta (...), colegiada (...) y se aprobó por Decreto de Alcaldía nº119/2021 de fecha 25 de febrero de 2021.

1.2. Mediante Decreto de la Alcaldía número 2021000624 de fecha 2/06/2021 se designa la composición de la Mesa de Contratación.

1.3. El día 9 de junio de 2021, se reúne la Mesa de Contratación válidamente constituida, realizando acto de apertura de las ofertas. Consta el acta correspondiente en el expediente y ha sido publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

1.4. El día 15 de junio de 2021, se reúne nuevamente la Mesa de Contratación válidamente constituida, realizando acto de subsanación de apertura de las ofertas y de valoración de las mismas. Consta el acta correspondiente en el expediente y ha sido publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

1.5. Una vez valoradas las ofertas presentadas, se realiza requerimiento de documentación a la empresa mejor valorada (...), a través de la Plataforma de Contratación para que en el plazo de 7 días hábiles constituya la garantía definitiva, así como para que aporte el resto de documentación exigida en la cláusula 23 del PCAP.

1.6. Con fecha 24 de junio de 2021, (...), presenta a través de la Plataforma de Contratación del Estado la documentación requerida por acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 15 de junio de 2021, conforme a lo establecido en las cláusulas 12 y 23 del PCAP que rige la licitación, constituyendo la garantía definitiva del contrato por importe de ocho mil seiscientos cincuenta y seis con sesenta y seis euros (8.656,66 €), mediante certificado de crédito y caución nº4.256.476.

1.7. Reunida nuevamente la mesa de contratación el día 24 de junio de 2021 se comprueba que la documentación presentada se corresponde con la requerida, todo lo cual queda reflejado en el Acta 3ª, por tanto, acuerda elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicar la obra denominada «*REMODELACIÓN DE LA PLAZA DE SANTO DOMINGO*» a la mercantil (...).

1.8. Consta en el expediente informe jurídico del Secretario Interino del Ayuntamiento, con propuesta de resolución favorable a la adjudicación del contrato de obra de fecha 29 de junio de 2021.

1.9. Obra en el expediente informe de fiscalización de conformidad de la Interventora Accidental, a la propuesta de adjudicación del contrato de obra denominado «*REMODELACIÓN DE LA PLAZA DE SANTO DOMINGO*» de fecha 29 de junio de 2021.

1.10. El 30 de junio de 2021 se adjudica el contrato de obras «*REMODELACIÓN DE LA PLAZA DE SANTO DOMINGO*» por el Alcalde-Presidente a la entidad mercantil

(...), por el precio de 173.133,32 euros más 12.199,33 euros en concepto de IGIC, lo que hace un importe total de 185.252,65 euros.

2. En cuanto al procedimiento de Resolución contractual:

2.1. El 24 de febrero de 2022 se emite informe de Secretaría, de acuerdo con la ordenado por la Alcaldía, sobre la legislación y el procedimiento a seguir para la resolución del contrato.

2.2. Por Decreto de la Alcaldía-Presidencia de 24 de febrero de 2022 se inicia expediente para la resolución del contrato administrativo de obras con trámite de audiencia al contratista adjudicatario y al avalista por plazo de diez días naturales.

2.4. El 15 de marzo se emite informe por la Arquitecta Directora de la obra, (...), en el que pone de manifiesto que la obra no avanza al ritmo necesario para su finalización en tiempo y forma, y aunque la empresa solicitó ampliación del plazo para terminar las mismas, a esa fecha el porcentaje es de 36,31 % cuando la obra debería estar totalmente terminada.

2.5. Obra en el expediente informe de la Oficina Técnica el 4 de abril de 2022 favorable a la resolución del contrato, señalando que no hay causas objetivas que justifiquen el retraso y que desde el inicio del contrato ha habido deliberada intención por parte de la empresa (...) de engañar a la dirección facultativa y a los técnicos municipales, al ejecutar partidas sin supervisión de la dirección facultativa y de forma defectuosa ocultando información a la dirección de obras, como por ejemplo en las deficiencias en la colocación del atezado y aislamiento sobre forjado, según consta en los informes. Circunstancias que quiebran el principio de buena fe que preside toda relación contractual.

2.6. El 4 de abril de 2022 se da plazo de audiencia por diez días al contratista y su avalista Crédito y Caución (ATRADIUS).

2.7. Transcurrido el trámite de audiencia, se presentó el 18 de abril de 2022 alegación por parte de la empresa (...), formulando oposición al acuerdo de inicio de resolución contractual, señalando que no se ha abonado cantidad alguna al adjudicatario y que el responsable del contrato ha participado en la demora por no dar respuesta a la información requerida y que no ha habido incumplimiento grave que fundamente la resolución del contrato.

2.8. El 21 de abril de 2022 se requiere a la dirección de obra para que conteste las alegaciones de la contratista.

2.9. Obra en el expediente informe técnico de 2 de mayo de 2022 sobre el trámite de audiencia y propuesta de resolución del contrato de la Arquitecta Directora de la obra (...), en el que argumenta sobre las alegaciones realizadas por (...).

2.10. El 12 de mayo de 2022 la empresa contratista pone de manifiesto certificaciones de obra que están pendientes y que desde el 1 de abril se ha cambiado la cerradura de la puerta donde se guardan las herramientas y materiales propiedad de (...) y el 6 de abril se colocaron carteles prohibiendo el paso y no se les permite trabajar.

2.11. Obra en el expediente informe técnico del Jefe de Negociado de Urbanismo y Obras del Ayuntamiento de la Victoria de Acentejo de fecha 13 de mayo de 2022 en el que concluye que *«No hay causas objetivas que justifiquen el retraso, ni el ritmo lento de las obras, pues el argumento de la empresa contratista adjudicataria (...), de que estos retrasos e incluso las paralizaciones se deben a las “continuas injerencias” de la dirección facultativa no pueden prosperar ni ser tenidas en cuenta a la luz de lo establecido en el artículo 11.2 de la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación que establece que “El contratista viene obligado a ejecutar la obra con sujeción al proyecto (...) y a las instrucciones del director de obra.” Es decir, que esa es la función principal del Director de Obras: dar instrucciones, que el contratista de manera torticera entiende como “continuas injerencias”. Y es que es deber de la Dirección Facultativa, procurar que la construcción se ejecute tanto con arreglo a las normas constructivas especificadas en el proyecto (o si alguna quedara sin especificar, de lo que se decidiera en obra), como también con arreglo a las normas legales y técnicas en la construcción.*

(...)

Tercera.- Estos retrasos han tenido por consecuencia el incumplimiento del plazo para el cumplimiento del contrato y por tanto, de la obligación principal del contrato (...). Lo que procede es resolver el contrato».

2.12. Consta informe-propuesta de resolución del secretario general interino proponiendo la resolución del contrato por la causa recogida en el art. 211.1.f) de la LCSP, por incumplimiento de la obligación principal del contrato por retraso imputable al contratista, con incautación de la garantía definitiva.

III

1. La Propuesta de Resolución plantea resolver el contrato por la causa prevista en el art. 211.1.f) LCSP por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del

contratista que afecta a la prestación principal del contrato, con incautación de la garantía definitiva constituida por el contratista.

2. Debido al cambio de doctrina motivado por la STC 68/2021, de 18 de marzo, tal y como se señaló en el punto 4 del Fundamento I del presente Dictamen, se ha producido la caducidad del procedimiento de resolución contractual por el transcurso del plazo máximo de resolución de tres meses previsto en el art. 21.3 LPACAP, a falta de plazo específico máximo para resolver el procedimiento de resolución contractual en la normativa propia de la Comunidad Autónoma de Canarias. Deberá, por tanto, declararse expresamente la caducidad del expediente de resolución contractual por el Ayuntamiento y procederse al archivo de las actuaciones, sin perjuicio de poder incoar un nuevo procedimiento de resolución contractual, con igual pretensión y la misma o diferente causa, conservando, por aplicación del principio de economía, los actos que se estimen necesarios, que en su caso deberán ser incorporados por una diligencia al nuevo expediente administrativo que, en su caso, se incoe, siendo indispensable que una vez concluido y antes de la remisión del expediente de nuevo a este Consejo Consultivo, se otorgue nueva audiencia al contratista, una vez concluida la instrucción.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución, por la que se resuelve el contrato administrativo del contrato de obra «*Remodelación de la Plaza de Santo Domingo en La Victoria de Acentejo*» no es conforme a Derecho, por los motivos expuestos en el Fundamento III del presente Dictamen.