



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 379/2022

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 13 de octubre de 2022.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Presidenta del Organismo Autónomo de Museos y Centros del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de «Servicio de cafetería del Museo de Naturaleza y Arqueología-MUNA, así como del servicio de catering para los actos organizados por el Organismo Autónomo de Museos y Centros del Excmo. Cabildo de Tenerife», adjudicado a la entidad mercantil (...)* (EXP. 336/2022 CA)*.

FUNDAMENTOS

I

1. El presente Dictamen solicitado de oficio por la Presidenta del Organismo Autónomo de Museos y Centros del Cabildo de Tenerife, (OAMC, en adelante), siendo a su vez Consejera Insular del Área de Educación, Juventud, Museos y Deportes, tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución emitida por la Gerencia del OAMC, al ser el órgano de contratación, en virtud del cual se acuerda desestimar las alegaciones presentadas por la entidad adjudicataria del contrato, proponiendo la resolución del contrato de «*servicio de cafetería del Museo de Naturaleza y Arqueología-MUNA, así como del servicio de catering para los actos organizados por el Organismo Autónomo de Museos y Centros del Excmo. Cabildo de Tenerife*».

2. La legitimación para la solicitud de dictamen le corresponde a la Presidenta del OAMC, al ostentar la representación legal de la citada entidad, según el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC).

3. Es competencia del Consejo Consultivo la emisión, con carácter preceptivo, de Dictamen en los supuestos de « (...) nulidad, interpretación, modificación y

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

resolución de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa», de acuerdo con el art. 11.1.D, apartado c) LCCC, así como con el art. 191.3 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, (LCSP, en adelante), que exige el dictamen del órgano consultivo cuando se formule oposición por parte del contratista, normativa vigente al tiempo de adjudicarse el contrato.

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 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.

También resultan aplicables las cláusulas contenidas en el Pliego de cláusulas Administrativas Particulares y en el Pliego de Prescripciones Técnicas que rigen el contrato que se propone resolver, en adelante PCAP y PPT. Además, también resultan de aplicación los Estatutos del Organismo Autónomo de Museos y Centros del Cabildo Insular de Tenerife.

4. Las normas de procedimiento de resolución contractual aplicables serán las vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la resolución del contrato. Habiéndose iniciado el presente procedimiento de resolución contractual el día 6 de abril 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. En este caso, no resulta necesario, por cuanto del examen del expediente, la garantía definitiva se constituyó mediante transferencia bancaria efectuada por la contratista.

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, informe que también consta en el expediente.

5. 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 Gerencia del OAMC.

6. 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 6 de abril de 2022, por lo que el procedimiento de resolución contractual caducó el 6 de julio 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, y otros posteriores, 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».

De lo razonado se desprende que tal plazo para resolver, que también lo es de caducidad, se cumplió el pasado 6 de julio de 2022, con anterioridad, incluso, a la solicitud de dictamen a este Consejo.

II

1. Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento administrativo y que constan documentados en el expediente remitido son los siguientes:

- Resolución n.º 133/19, de 27 de junio, de la Gerencia del OAMC, mediante la que se adjudicó el contrato administrativo del "Servicio de cafetería del Museo de Naturaleza y Arqueología-MUNA, así como del servicio de catering para los actos organizados por el Organismo Autónomo de Museos y Centros del Excmo. Cabildo de Tenerife", a la entidad mercantil (...).

- Resolución n.º 44/20, 8 de abril, de la Gerencia del OAMC, mediante la que se declara la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato en virtud de lo establecido en el artículo 10.3 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y por el que "Se suspende la apertura al público de los museos, (...)", así como por las medidas adoptadas por la Comunidad Autónoma de Canarias, la Corporación Insular, y por el propio OAMC que mediante Decreto n.º 17/20 de 13 de marzo, de la Presidencia del OAMC, dispone "El cierre, como medida extraordinaria y temporal, de los Museos y Centros del Organismo Autónomo de Museos y Centros del Excmo. Cabildo Insular de Tenerife, incluido el Centro de Interpretación "C. San Cristóbal", a partir del sábado 14 de marzo de 2020 y hasta nuevo aviso", y en consecuencia, se suspendió el citado contrato hasta su posible reanudación.

- Resolución de la Gerencia n.º 122/2020, de 22 de junio, mediante la que se levantó la suspensión del referido contrato con efectos desde el día 1 de julio de 2020.

- Resolución de la Gerencia del OAMC n.º 161/20, de 31 de julio de 2020, mediante la que se autoriza la primera prórroga del contrato.

- Resolución n.º 261/2021, de 29 de julio de 2021, de la Gerencia del OAMC, mediante la que se autoriza la segunda prórroga del contrato.

- Con fecha 1 de abril de 2022, a través del registro electrónico del OAMC, la Tesorería General de la Seguridad Social, notifica el embargo de los créditos o pagos que este OAMC debe efectuar a la entidad mercantil (...) por deudas a la Seguridad Social ascendentes a la cantidad de 38.441,42€.

2. En cuanto a la tramitación del presente procedimiento de resolución del contrato, constan principalmente practicadas las siguientes actuaciones:

- Resolución n.º 88/22, de 6 de abril de 2022, de la Gerencia del OAMC, resolviendo el inicio, de oficio, del procedimiento de resolución del contrato, por causa del «*incumplimiento de estar al corriente en la Seguridad Social*», cláusula 26.2.1) del PCAP.

La Resolución de la Gerencia de la OAMC, sobre el procedimiento iniciado de oficio, con fecha 6 de abril de 2022, se notificó a la empresa (...), al objeto de otorgarle trámite de audiencia.

- En consecuencia, la entidad adjudicataria del contrato presentó escrito de alegaciones el 18 de abril de 2022 en el que comunicaba el cese de la prestación del servicio a partir del día siguiente.

- El 2 de junio de 2022 se emite informe jurídico por el Secretario del OAMC.

- El 9 de junio de 2022 se emite informe de la Gerencia del OAMC dando respuesta a las alegaciones de la contratista.

- Otorgado nuevo trámite de audiencia, el 24 de junio de 2022 se presentan nuevas alegaciones por la contratista en las que se opone a la resolución contractual por no tener voluntad culpable sino ser consecuencia de la situación de concurso originada por el Covid-19 y propone la resolución contractual de mutuo acuerdo.

- Finalmente, en fecha 9 de agosto de 2022, se emite la Propuesta de Resolución sometida a dictamen de este Consejo Consultivo.

III

1. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver el procedimiento administrativo de resolución contractual, como ya se anticipó, debido al cambio de doctrina motivado por la STC 68/2021, de 18 de marzo, tal y como se señaló en el 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 por el órgano competente y proceder 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, 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 al contratista, una vez concluida la instrucción.

2. Por tanto, este Consejo no puede entrar en el fondo de la cuestión planteada porque aprecia que el procedimiento para la resolución del contrato está caducado desde el 6 de julio de 2022.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, por cuanto el procedimiento de resolución contractual incoado ha caducado, sin perjuicio del derecho que asiste a la Administración, de incoar uno nuevo, en su caso, tal y como se razona en el Fundamento III.