



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 511/2022

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 29 de diciembre de 2022.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Adeje en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de obras que tiene por objeto la repavimentación de las avenidas de (...) y (...), adjudicado a la entidad (...), por incumplimiento de su obligación principal (EXP. 471/2022 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Adeje, es la Propuesta de Acuerdo para la resolución del contrato administrativo de obras que tiene por objeto la repavimentación de las Avenidas de (...) y (...), adjudicado a la entidad (...), por incumplimiento de su obligación principal.

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 (LCCC), 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 (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, (RGLCAP), preceptos que son de aplicación, de acuerdo con lo establecido en el apartado 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

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

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-.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, de la 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, y el art. 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

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. 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.

Así, en cuanto al régimen sustantivo, habiéndose adjudicado el contrato de obra denominado «*Repavimentación de las Avenidas de (...) y (...)*» el 18 de noviembre de 2021, resulta de aplicación 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 (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 30 de junio 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)].

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

Por su parte, el art. 112.2 LCSP establece que «El avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común» y 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.

4. La competencia para resolver el presente expediente de modificación contractual le corresponde, de acuerdo con la disposición adicional segunda LCSP, en relación con lo dispuesto en el art. 22.2.f) de la Ley 5/1987 de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), y el Decreto n.º ALC/428/2019, de 3 de septiembre, del Sr. Alcalde (publicado en el BOP núm. 110 de 11 de septiembre de

2019), al Pleno de la Corporación a propuesta del Concejal del Área de Buen Gobierno.

II

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

- Con fecha 3 de agosto de 2021, se emitió informe de necesidad por la Concejal del Área, en el que se instó la tramitación de una contratación con las siguientes características:

Objeto del contrato: «REPAVIMENTACIÓN DE LAS AVENIDAS DE (...) Y (...)»

Régimen Jurídico del contrato: Administrativo

Calificación del contrato: Contrato de Obras

Procedimiento: Abierto

Tramitación: Ordinaria

Código CPV: 45233200-1 Trabajos diversos de pavimentación.

Valor estimado del contrato: 228.596,51 €

IGIC 7 %: 16.001,76 €

Base de Licitación: 244.598,27 €

Duración: 2 mes(es)

- Según dicho informe, la citada contratación se justifica en que las calles en cuestión son arterias principales de Costa Adeje, siendo una calle semi peatonal, en la cual, por el paso de los años se ha deteriorado el adoquinado de la calzada. Por tal motivo se ha previsto demolición del pavimento y repavimentar la calzada y el pintado de la señalización horizontal.

- Por Decreto número BGN/5462/2021, de 3 de septiembre de 2021, de la Concejalía del Área de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Adeje, se aprobaron los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas Particulares que debían regir la adjudicación y ejecución del contrato.

- Con fecha de 6 de septiembre de 2021, se publicó el anuncio en la Plataforma de Vortal y en la Plataforma de Contratación del Estado.

- Por Decreto número BGN/6784/2021, de 18 de noviembre de 2021, de la Concejalía del Área de Buen Gobierno se adjudicó el contrato administrativo de obras

que tiene por objeto la repavimentación de las Avenidas de (...) y (...), a la entidad (...)

- Con fecha 29 de noviembre de 2021 se firmó el correspondiente contrato, con una duración prevista de dos meses a partir del día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo, la cual se firmó en fecha 7 de febrero de 2022.

- Consta en el expediente carta de pago, mediante fianza no presupuestaria, constituida en fecha 16 de noviembre de 2021, y que asciende al importe de 9.112,32 euros.

- Con fecha 1 de abril de 2022, se recibió escrito suscrito por la entidad (...), en el cual se expone que como consecuencia de una serie de cuestiones técnicas y de otras cuestiones que afectan actualmente al país tal como la pandemia del COVID-19 y la huelga de transportistas, es por lo que se solicita ampliación del plazo de la obra hasta el 3 de julio de 2022.

- Por Decreto número BGN/1986/2022, de 7 de abril de 2022, de la Concejalía del Área de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Adeje, se amplió el plazo de ejecución del contrato administrativo de obras que nos ocupa hasta el 3 de julio de 2022.

- Con fecha 29 de junio de 2022 se recibió escrito por parte de la empresa contratista en el que solicita la resolución del contrato de obra de repavimentación de las Avenidas (...) y (...), y a su vez solicita el abono de los materiales pendientes de liquidar hasta la fecha.

- Con fecha 30 de junio de 2022 el Concejal del Área de Buen Gobierno emite Providencia, que considera de inicio del presente procedimiento, en la que, además, dispone se recabe informe del Arquitecto Técnico Municipal en relación a lo solicitado por el contratista en su escrito.

- Consta en el expediente informe de fecha 4 de agosto de 2022, emitido por el Arquitecto Técnico, en el que se señala:

« (...) Teniendo en cuenta la baja ofertada por el contratista, y el incremento de los precios de la materia prima, principalmente del petróleo, y por consiguiente del aglomerado asfáltico, el cual ha subido más de un 30% desde la fecha de publicación de la oferta pública, y teniendo en cuenta que el 70% de la obra contempla la repavimentación de la vía, se estima que hay circunstancias sobrevenidas, y que el contratista no puede cumplir con el contrato.

La única certificación existente corresponde a los materiales adquiridos por el contratista y que están depositados en las naves municipales, aceptados a precio de mercado y sin beneficio industrial y por consiguiente sin baja, lo que supone, según descripción de la certificación 01, un importe de 44.706,14 más IGIC, teniendo un importe según factura del GEMA con Código 12022002892 y número 2022-079.

Visto lo ajustado de los precios de mercado ofertados por el contratista y atendiendo al incremento de estos desde la fecha de adjudicación, es comprensible que la empresa adjudicataria se vea incapacitada para continuar con la ejecución de la obra. Además, dicho contrato no está considerado dentro de las medidas de revisión excepcional de los contratos públicos de obras afectados por la subida de precios de los materiales, por lo que no cabría una revisión de precios.

Por consiguiente, y considerando el parón de los trabajos contratados, se estima que lo más conveniente para esta administración sería desbloquear la situación con objeto de poder licitar un nuevo contrato lo antes posible a fin de continuar con los trabajos de REPAVIMENTACIÓN DE LAS AVENIDAS DE (...) Y (...) La otra posibilidad sería dejar la obra pendiente hasta que se estabilice la situación mundial y el mercado, esperando que bajen los precios del petróleo, pero según los economistas no se prevé un cambio de tendencia a corto-medio plazo».

- Con fecha 30 de septiembre de 2022, se dio trámite de audiencia al contratista, por un plazo de 10 días naturales, a los efectos de que pudiera alegar lo que estimara pertinente sobre la posible resolución del contrato por incumplimiento, con incautación de la garantía definitiva.

- En las alegaciones presentadas por el contratista, solicita expresamente lo siguiente:

«Que se formalice la resolución del contrato de mutuo acuerdo entre la administración y el contratista, concretando la no precedencia de ningún tipo de reclamación entre las partes y ordenando la devolución de la garantía constituida en su día, teniendo, en otro caso, a esta parte por opuesta o no conforme a una resolución por causa de un supuesto incumplimiento imputable a mi representada».

- Consta que se ha emitido informe jurídico sobre legalidad y procedimiento en materia de contratación, así como por parte de la Intervención Municipal de Fondos y del Secretario de la Corporación.

- Finalmente, la Propuesta de Resolución acuerda resolver, por incumplimiento de su obligación principal, el contrato administrativo de obra que tiene por objeto la «Repavimentación de las Avenidas de (...) y (...)», que fue adjudicado a la entidad (...), así como incautar la garantía definitiva prestada por el adjudicatario del

referido contrato, mediante fianza no presupuestaria, constituida en fecha 16 de noviembre de 2021, y que asciende al importe de 9.112,32 euros.

III

1. Este Consejo no puede entrar, en esta ocasión, a conocer el fondo del asunto planteado, toda vez que, del análisis del expediente se aprecia que el procedimiento está caducado.

En efecto, 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 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)].»

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».

2. Aplicada la citada doctrina al presente caso, hemos de concluir que el procedimiento de resolución contractual -iniciado, según la propia Propuesta de Resolución, el 30 de junio de 2022, por acto del Concejal del Área de Buen Gobierno que denomina Providencia de inicio-, está incurso en caducidad, con anterioridad, incluso, a la solicitud de dictamen -21 de noviembre de 2022-, al haber transcurrido el plazo máximo de tres meses para su resolución -el 30 de septiembre de 2022- 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 la caducidad del procedimiento 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 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 y, en su caso, al avalista, una vez concluida la instrucción.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no se considera conforme a Derecho al haber caducado el procedimiento, tal como se razona en el Fundamento III del presente Dictamen.