



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 340/2023

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 27 de julio de 2023.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de concesión administrativa de obra pública del kiosco-bar-terraza y zona de esparcimiento infantil en el parque urbano del sur (EXP. 309/2023 CA)\**.

## FUNDAMENTOS

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de concesión administrativa de obra pública del kiosco-bar-terraza y zona de esparcimiento infantil en el parque urbano del sur.

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

\* Ponente: Sra. de León Marrero.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria 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:

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 administrativo el 26 de abril de 2003, resulta aplicable el Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (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 citado RGLCAP- 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 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 Habiéndose iniciado el presente procedimiento de resolución contractual el día 28 de agosto de 2022, procede acudir, en primer lugar, al art. 191.3 LCSP, 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.

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, tal y como ocurre en el presente supuesto, 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. 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, sin perjuicio de las posibles delegaciones de competencia.

## II

Los antecedentes relevantes del procedimiento contractual son los siguientes:

- El 28 de febrero de 2003 el Ayuntamiento prestó aprobación al pliego de condiciones económico-administrativas particulares que habrían de regir el concurso abierto para la adjudicación de un contrato de concesión administrativa de obra pública en orden a la contratación de un kiosco-bar-terraza y de una zona de esparcimiento infantil en el parque urbano del sur. La cláusula IX del Pliego establece la fijación de un canon concesional actualizable cada 3 años.

- El 26 de abril de 2003, previa licitación, por la Comisión Municipal de Gobierno, fue adjudicado el contrato a la entidad (...), por un canon anual de 12.621,25 euros y plazo concesional de 20 años.

- El 2 de mayo de 2003 se formalizó el contrato entre la representación de la empresa y el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana.

- El 18 de mayo de 2022 se verifica que la empresa (...) no ha realizado ingreso del canon concesional, de manera, que con independencia de ejercicios anteriores según liquidación de fecha 17 de agosto de 2022, debe por tal concepto la cantidad de 37.863,75 euros.

### III

En cuanto al procedimiento de resolución contractual, constan en el expediente los siguientes trámites:

- El 25 de agosto de 2022, por el técnico de Administración Local, se eleva Propuesta a la Concejala del área de patrimonio del siguiente tenor:

*«Primera.- INCOAR expediente a los efectos de declarar la RESOLUCION CONTRACTUAL de la adjudicación realizada el pasado 26 de abril del 2003, y contrato de 2 de mayo de 2003, por incumplimiento del abono del canon concesional.*

*Segunda.- OTORGAR un plazo de AUDIENCIA de 10 DIAS NATURALES a la empresa LIRIOSCAN SL a los efectos de que en dicho término realice cuantas alegaciones estime oportunas, así como aporte pruebas o documentos en defensa de sus derechos e intereses, con la advertencia de que, para el caso de hacer uso de dicho derecho, se tendrá por precluido dicho trámite, sin más.*

*Tercera.- Solicitar a la jefatura de la policía local que sea ordenado lo conducente a fin de aportar informe en relación a la actividad que se viene desarrollando en la cafetería del parque del sur, con indicación, en su caso, de los datos de la persona que viene explotándolo.*

*Cuarta.-Notificar a cuantos resulten interesados en el expediente, con expresión de que el mismo se tramita bajo el principio de acceso permanente, en el servicio de patrimonio del Ayuntamiento en horario de oficina de lunes a viernes de 9-14:00 horas».*

- Por Resolución de la Concejala-Delegada de las áreas de Turismo, Hacienda y Patrimonio, de 28 de agosto de 2022, se acuerda incoar expediente a los efectos de declarar la Resolución contractual de la adjudicación realizada el 26 de abril de 2003 y contrato de 2 de mayo de 2003, por incumplimiento del abono del canon concesional.

- El 30 de agosto de 2022, se notifica a la concesionaria el trámite de audiencia.

- En la misma fecha, se emite informe por la Policía Local.

- Con fecha 7 de septiembre de 2022, por la representación de (...), se presenta escrito en el que, como primera alegación, señala la necesidad del otorgamiento del

acta de inicio de servicio al que se hace referencia en la cláusula VIII que transcribe parcialmente.

Como segunda alegación, alega que el Ayuntamiento se había comprometido a «tirar» un cable de acometida para dar electricidad al kiosco y que jamás acometió la obra, que supuso tener que contratar un grupo electrógeno para suplir la falta de suministro eléctrico.

Finalmente, afirma que la resolución contractual podría suponer una reclamación por responsabilidad patrimonial derivada de la inversión que se ha ejecutado -según dice- por valor de 209.033,85 euros.

Tras ello, termina solicitando que se reconozcan como válidos los argumentos y que se declare que aún no se puede devengar el canon por lo que no existe causa de resolución, solicitando por ello el archivo del expediente.

- Finalmente, el 10 de abril de 2023, se emite Propuesta de Resolución por la que se desestiman las alegaciones formuladas por la entidad (...) y, en su consecuencia, se declara resuelto el contrato de fecha dos de mayo de 2003 suscrito entre el Ayuntamiento y la empresa por incumplimiento del adjudicatario en su obligación de abono del canon concesional.

## IV

1. Este Consejo no puede entrar en el fondo de la cuestión planteada toda vez que, del análisis del expediente, se aprecia que el procedimiento está caducado.

En efecto, como hemos dicho en distintas ocasiones (ver DCC 73/2023, de 2 de marzo), el plazo de resolución contractual aplicable es el residual de tres meses desde su inicio, de acuerdo con lo previsto en el art. 21.3 LPACAP, al haber sido declarado contrario al orden constitucional de competencias por el Tribunal Constitucional en Sentencia 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».*

No obstante, conviene señalar que nuestra Comunidad Autónoma, a través de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023, ha ejercido ya su competencia de desarrollo y ejecución en materia de contratación en el concreto aspecto del plazo de estos procedimientos. Así, dispone la Disposición adicional Sexagésima segunda de la citada Ley lo siguiente:

*«Sexagésima segunda. Procedimientos de resolución contractual en materia de contratación pública. “Los procedimientos de resolución contractual que se tramiten en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, incluidas sus entidades locales, y estén incluidos en el ámbito de aplicación de la legislación estatal de contratos del sector público, deberán ser instruidos, resueltos y notificados, en el plazo máximo de ocho meses. La falta de resolución expresa en el plazo indicado conllevará la caducidad y el archivo de las actuaciones”».*

A pesar de ello, el plazo de tres meses establecido en el art. 21.1 LPACAP sigue resultando aplicable a los procedimientos que se encontraran en tramitación con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva norma, pues, al no haberse previsto un régimen transitorio que posibilite su aplicación a tales procedimientos, se ha de aplicar la regla general de que tales procedimientos se seguirán rigiendo por la normativa anterior (Disposición transitoria tercera LPACAP).

2. Aplicada la anterior doctrina al presente caso, hemos de concluir que el procedimiento de resolución contractual -iniciado el 28 de agosto de 2022-, está incurrido en caducidad con anterioridad, incluso, a la solicitud de dictamen -el 26 de junio de 2023- al haber transcurrido ampliamente el plazo máximo de tres meses para su resolución -el 28 de noviembre de 2022- previsto en el art. 21.3 LPACAP.

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 inmediatamente 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 posible, de acuerdo con la doctrina de este Consejo Consultivo expuesta en el Dictamen 481/2022, de 7 de diciembre, la suspensión del plazo de caducidad por el tiempo que media entre la solicitud del Dictamen y su definitiva recepción, siempre que se acuerde expresamente, se motive debidamente y sea notificado, por exigencia del art. 22.1.d) LPACAP, al contratista interesado. Esta suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.

Una vez concluida la instrucción del expediente de resolución contractual y antes de su remisión de nuevo a este Consejo Consultivo, deberá otorgarse nueva audiencia al contratista.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución, que pretende la resolución contractual por incumplimiento de la obligación principal del contrato, no es conforme a Derecho, ya que el procedimiento está caducado, tal como se razona en el Fundamento IV del presente Dictamen.