Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 9 6 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 11 de octubre de 2023.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puerto del Rosario en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de administrativo de resolución del contrato denominado «Contrato privado de exclusividad de publicidad institucional para (...)» (EXP. 381/2023 CA)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado el día 28 de agosto de 2023 por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Puerto del Rosario, con entrada en este Consejo Consultivo el día 5 de septiembre de 2023, es la Propuesta de Resolución por la que se propone resolver el contrato privado de creación publicitaria suscrito con (...), por incumplimiento culpable del contratista [art. 211.f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP)].

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento administrativo son los siguientes:

1. En virtud de la Resolución número 2.654, de fecha 23 de mayo de 2023, se adjudicó a (...), el contrato de servicios denominado *«contrato privado de exclusividad de publicidad institucional para (...)»*, por un precio de adjudicación de 4.235,00 euros, excluido IGIC, que asciende a la cantidad de 296,45 euros, siendo el precio total de 4.531,45 euros.

2. En el punto 1 del Anexo II de la solicitud de oferta, enviada al propuesto como adjudicatario, que rige las condiciones y especificaciones del contrato a ejecutar se establece que:

[*] **Ponente: Sra. Marrero Sánchez.**

«El objeto del contrato privado de exclusividad de publicidad institucional, es promocionar los paisajes singulares que conforman el término municipal de Puerto del Rosario, concretamente en un spot publicitario y turístico de Puerto del Rosario.

El vídeo spot publicitario de turismo de Puerto del Rosario en la Isla de Fuerteventura tiene como objetivo promover y resaltar las bellezas naturales, culturales y turísticas de nuestra localidad canaria. El enfoque principal del vídeo es destacar la hospitalidad de sus habitantes, su rica historia y su entorno natural excepcional.

La duración de spot es de 2 minutos aproximadamente. (...) ».

3. Con fecha 13 de junio de 2023, se pone en conocimiento del órgano de contratación que la adjudicataria no ha cumplido con el punto 1 relativo al objeto del contrato, según el informe suscrito por la Técnica de Convenio de Turismo del Ayuntamiento de Puerto del Rosario, que a continuación se transcribe:

« (...) La persona a la cual se le ha adjudicado el contrato no ha cumplido con el punto 1 "Objeto del Contrato":

-A medida que el vídeo avanza, se muestra la diversidad de actividades y experiencias que ofrece Puerto del Rosario a los visitantes. Se muestran imágenes de excursionistas explorando los hermosos paisajes naturales de la isla, como las dunas de Corralejo y el Parque Natural de Jandía. También se resalta la oportunidad de practicar deportes al aire libre, como el senderismo, el ciclismo y la observación de aves.

En el video no se muestran imágenes ni fotos de la isla, ni especialmente de las zonas internas del municipio de Puerto del Rosario, como se describe en el punto 1 del contrato y en la memoria de la persona.

-(...), expone la memoria del trabajo realizado por el filmmaker de vídeo en el ámbito del turismo. Este profesional se dedica a la grabación y edición de material audiovisual, con el objetivo de promover destinos turísticos y fomentar el interés por conocer nuevos lugares. La labor del filmmaker se centra en capturar la esencia de un destino, resaltar sus atractivos y plasmar las experiencias que pueden vivirse allí, todo ello a través del lente de su cámara.

(...)

En este punto se encuentran, tras la primera revisión del video, imágenes que no son del Filmmaker, sino de un particular, el cual nos hace llegar su queja a través de la propia Concejala de Turismo. Se solicita la resolución del contrato por este motivo, ante la responsabilidad a terceros que puede tener el Ayuntamiento de Puerto del Rosario por dichas imágenes.

- Se produce incumplimiento en que, la persona (...), emite el video de Spot Publicitario de Puerto del Rosario antes y sin la previa autorización de la propia Concejalía y anticipadamente a que se revisara el mismo. (...) ».

4. Con fecha 7 de julio de 2023 se incoa expediente para la Resolución por presunto incumplimiento culpable del adjudicatario del contrato denominado «*Contrato privado de exclusividad de publicidad institucional para (...)*», debido al incumplimiento de la obligación principal del contrato, otorgándose al indicado contratista, un plazo de audiencia de 10 días naturales para que presente las alegaciones que estime oportunas, dándole traslado del informe de la técnico municipal de fecha 13 de junio de 2023.

Por el interesado se formulan alegaciones el 11 de julio de 2023 oponiéndose a la resolución del contrato, alegando que el material del Spot es de elaboración propia, y aportando prueba en un pendrive.

5. Con fecha 18 de julio de 2023, la Técnica de Convenio de Turismo del Ayuntamiento de Puerto del Rosario, emite informe sobre las alegaciones vertidas por el contratista, ratificándose en su informe de 13 de junio de 2023.

6. Solicitado informe de Secretaría a los efectos de informar sobre la legalidad de la resolución del *«Contrato privado de exclusividad de publicidad institucional para (...)»*, se emite el 25 de agosto de 2023 conforme a lo informado por la técnico

7. Con fecha 28 de agosto de 2023 se emite Propuesta de Resolución por la que se acuerda desestimar las alegaciones del contratista y resolver por presunto incumplimiento culpable del adjudicatario del contrato denominado *«Contrato privado de exclusividad de publicidad institucional para (...)»*, adjudicado a (...), debido al incumplimiento de la obligación principal del contrato.

III

En cuanto a la preceptividad del dictamen, el art 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias lo exige como tal, en los casos de nulidad, interpretación, modificación y resolución de los *«contratos administrativos»* en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa.

Hemos de analizar, por tanto, a la luz de la LCSP qué contratos se consideran administrativos y cuáles privados, ya que la resolución contractual de los primeros exige dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias a diferencia de los segundos.

En este sentido, el art. 25 LCSP dispone que:

«1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:

a) Los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios. No obstante, tendrán carácter privado los siguientes contratos:

1.º Los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3 y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6.

2.º Aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.

b) Los contratos declarados así expresamente por una Ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.

2. Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas».

A continuación, el art. 26 LCSP señala que:

«1. Tendrán la consideración de contratos privados:

a) Los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo anterior.

b) Los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas.

c) Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador.

2. Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por

razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a su efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, a los contratos mencionados en los números 1.º y 2.º de la letra a) del apartado primero del artículo anterior, les resultarán de aplicación, además del Libro Primero de la presente Ley, el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada.

3. Los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas mencionados en la letra b) del apartado primero del presente artículo, cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley, se regirán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a su preparación y adjudicación.

En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, y aquellas normas a las que se refiere el párrafo primero del artículo 319 en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación del contrato, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación; y la causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205».

En el presente caso, debemos partir de la consideración de que el contrato es calificado por el propio Ayuntamiento de Puerto del Rosario como contrato privado de exclusividad de publicidad institucional.

Se trata de un contrato de creación publicitaria de los previstos en el art. 21 de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP) y la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional.

Conforme al art. 20 de la LGP el contrato de creación publicitaria «es aquél por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario».

Asimismo, el art. 21 LGP dispone que «las creaciones publicitarias podrán gozar de los derechos de propiedad industrial o intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes. No obstante lo dispuesto en el párrafo

anterior, los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo».

Por otro lado, los contratos celebrados por una Administración Pública y que tengan por objeto la creación artística son mencionados expresamente en el art. 25.1.a).1º LCSP como una excepción a la calificación de contratos administrativos de servicios.

Sentado lo anterior, en el supuesto sometido a nuestra consideración nos encontramos ante un contrato privado de creación publicitaria, de carácter menor por su cuantía, cuyo régimen jurídico es el regulado en el art. 26 LCSP. Esto es, su preparación y adjudicación, se rige por las normas administrativas, en tanto que sus efectos y extinción deben ajustarse a las normas de derecho privado.

Por tanto, la resolución de un contrato privado no se rige por normas administrativas, siendo impugnable únicamente ante la Jurisdicción Civil. Y ello, por cuanto en los contratos privados la Administración no está revestida de la prerrogativa de autotutela, como se deduce de la interpretación a sensu contrario del art. 190 LCSP, por lo que no estaría facultada por la Ley para poder resolver un contrato por sí misma. Careciendo, por tanto, la Administración del privilegio de la decisión de resolver el contrato, la única vía para hacerlo es acudiendo al auxilio de los Tribunales Civiles.

A mayor abundamiento, no está de más añadir que la propia Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo dispone, en el art. 2.b) que dicho orden jurisdiccional conoce de las cuestiones que se susciten en relación con los contratos administrativos y únicamente de *«los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas»*, pero no para los efectos derivados de su ejecución o extinción. Mientras que el art. 27.2. a) y b) LCSP dispone que, el orden civil será el competente para resolver:

«a) Las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Públicas, con excepción de las modificaciones contractuales citadas en las letras b) y c) del apartado anterior.

b) De las cuestiones referidas a efectos y extinción de los contratos que celebren las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores».

Finalmente, debe tenerse en cuenta la previsión del art. 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que dispone que los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.

Por todo ello, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un contrato de servicios de naturaleza privada, debemos concluir que, el conocimiento de una posible causa de resolución del contrato corresponde a la Jurisdicción Civil (sin que la Administración tenga el privilegio de resolver por sí misma el contrato como se deduce de los arts. 26, 27 y 190 LCSP) por lo que este Consejo Consultivo no puede entrar a analizar el fondo del asunto.

Este Organismo consultivo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en los Dictámenes 333/2018, de 24 de julio y 239/2023 de 1 de junio, en los que señalábamos:

«Aplicando todos estos criterios interpretativos a la LCSP, procede modificar nuestra doctrina contenida en los Dictámenes 157/2013 (solo parcialmente, en lo referido a la LCSP) y 255/2017, en el sentido de que los contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos bajo la vigencia de la LCSP (y TRLCSP), si se encuentran vinculados a las operaciones relativas a la gestión financiera de la Administración, también se encuentran excluidos de la normativa de contratación administrativa, de acuerdo con el art. 4.1.l) de la citada Ley.

En este sentido, el elemento temporal en cuanto a la suscripción de estos contratos y los supuestos de hecho concretos han determinado la delimitación de cada uno de nuestros Dictámenes. Así, como se ha referido con anterioridad, los Dictámenes 157/2013 (parcialmente), 304/2013 y 138/2014, se referían a swaps formalizados al amparo del TRLCAP y no vinculados a operaciones de financiación de la Administración, lo que suponía su calificación como contratos privados de la Administración; el Dictamen 305/2013, estaba referido a unos swaps suscritos también al amparo del TRLCAP, pero se concluyó en una necesidad de retroacción para acreditar si estaban vinculados o no a operaciones de crédito o préstamo, dando lugar posteriormente al Dictamen 389/2013, que consideró vinculados los swaps a dichas operaciones, por lo que estaban excluidos del TRLCAP; y el 427/2013 contemplaba un supuesto de unos swaps sometidos a la LCSP, pero el procedimiento revisor se encontraba caducado, por lo que este Consejo no entró en el fondo del asunto.

Así pues, la doctrina mantenida en estos Dictámenes resulta incólume, viéndose afectados por la citada modificación doctrinal únicamente los Dictámenes 157/2013 (solo parcialmente, al referirse a la aplicación de la LCSP –ya que también existían swaps suscritos durante la vigencia de esta Ley-, pero no al resultado porque no se acreditó la vinculación de los swaps a ninguna operación concreta de financiación) y 255/2017, referido este último a un swap suscrito bajo la vigencia de la LCSP, en el que, efectivamente, existía un informe de la Intervención Municipal en el que se afirmaba que el mismo se había formalizado como

instrumento de cobertura de las variaciones de tipo de interés del préstamo concertado por el Ayuntamiento.

En consecuencia, los contratos de permuta financiera de tipos de interés, que fueron suscritos por el Cabildo Insular de Tenerife como cobertura de los riesgos de variación del tipo de interés de las operaciones de préstamo o crédito concertados con anterioridad por el Cabildo, objeto de este Dictamen, se encuentran excluidos de la LCSP. Esta cobertura de los riesgos de los tipos de interés de las operaciones de financiación del Cabildo Insular de Tenerife, por lo demás, se encuentra debidamente acreditada en el expediente, tal y como se expuso en el Fundamento II.

4. En definitiva, al resultar excluidos de la LCSP los contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos por el Cabildo Insular, la Administración no puede ejercer sus potestades relacionadas con la revisión de oficio, por lo que, tal y como hemos señalado en nuestro Dictamen 389/2013, el conocimiento de las posibles causas de nulidad de estos contratos, así como las cuestiones relativas a sus efectos, extinción y posibles indemnizaciones corresponde a la jurisdicción civil, por lo que este Consejo no puede entrar a pronunciarse sobre las mismas».

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de julio de 2022, en la que se razona lo siguiente:

«Esa naturaleza jurídica de contrato privado nos obliga a desestimar los motivos primero y tercero articulados en el recurso de apelación. Ya hemos dicho que el artículo 21 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, aplicable por la fecha el contrato, establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos y que igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas. Y que el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados.

Por tanto, no quedando sujeto el contrato celebrado, en cuanto a su extinción, a las disposiciones contenidas en la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, vigente en el momento de celebración del contrato, es evidente que a la extinción declarada por el Ayuntamiento no le resulta de aplicación los aspectos formales contemplados en la LCSP, entre los que se encontrarían recabar el oportuno dictamen del correspondiente órgano consultivo.

Lo anterior determina que esta jurisdicción contencioso-administrativa no deba pronunciarse sobre la extinción del contrato privado por el que se constituyó el derecho de superficie. Si bien, la sentencia apelada califica certeramente el contrato como privado, (...) ».

Doctrina que resulta de plena aplicación y que determina, como ya se ha advertido, que este Consejo Consultivo no pueda pronunciarse sobre la cuestión planteada por no ser preceptiva su intervención toda vez que se trata de un contrato de naturaleza privada. En consecuencia, en caso de discrepancia entre las partes sobre la existencia o no de una posible causa de resolución, será competente el orden jurisdiccional civil, sin que la Administración ostente la prerrogativa de resolver el contrato por sí misma.

C O N C L U S I Ó N

La extinción y efectos del contrato objeto de la Propuesta de Resolución deben plantearse dada su naturaleza privada ante la jurisdicción civil ordinaria, sin que quepa pronunciamiento alguno de este Consejo Consultivo sobre una posible causa de resolución del contrato, al no resultar preceptivo nuestro dictamen.