



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 4 2 / 2 0 1 2

(Sección 2ª)

La Laguna, a 13 de marzo de 2012.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato para la construcción y explotación de un "centro comercial, estacionamiento, subterráneo, estación de servicios y aparcamiento de autobuses o similares" en la calle Las Quinteras, adjudicado a la empresa I.P., S.A. y formalizado el día 1 de marzo de 1993 (EXP. 70/2012 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna, es la propuesta de acuerdo declarando la resolución del contrato de concesión para la construcción y explotación de un centro comercial, estacionamiento subterráneo, estación de servicios y aparcamiento de autobuses y similares en el solar de propiedad municipal sito en la calle de Las Quinteras y adjudicado por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento el 18 de febrero de 1993 a la empresa I.P., S.A.

2. La contratista no se ha opuesto a la resolución contractual; pero sí a los términos en que pretende declararla la Administración, pues considera que debe ser indemnizada con la cantidad de 7.250.324 euros (siete millones doscientas cincuenta mil trescientos veinticuatro euros), en vez de con los 432.784,37 euros (cuatrocientos treinta y dos mil setecientos ochenta y cuatro euros con treinta y siete céntimos), en que cuantifica el Ayuntamiento la indemnización.

* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

El art. 211.3, a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, TRLCSP (aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) dispone la preceptividad del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente en los casos de interpretación, nulidad y resolución cuando se formule oposición por parte del contratista. El precepto no distingue entre los supuestos en que esa oposición sea total o parcial. Basta que la oposición del contratista concierna a alguno de los aspectos o efectos de la interpretación, nulidad o resolución contractual perseguida por la Administración para que el Dictamen mencionado sea preceptivo. Efectos de la resolución contractual pueden ser la incautación de la garantía, la obligación del contratista de indemnizar a la Administración los daños que le haya irrogado su incumplimiento o por el contrario la obligación de aquélla de resarcirle los perjuicios ocasionados por la resolución contractual. En este último caso la oposición del contratista a la cuantía de la indemnización con la que la Administración pretende resarcirle de los perjuicios que le ocasiona la resolución, como es oposición a uno de los efectos de ésta, determina el deber de solicitar el Dictamen conforme al art. 211.3.a) TRLCSP Este precepto en relación con los arts. 11.1.D.c) y d) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias determinan la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Alcalde para solicitarlo.

3. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que obsten a un Dictamen de fondo.

II

1. El 26 de octubre de 1990 el Pleno del Ayuntamiento adjudicó definitivamente a la empresa G.I.T., S.A. la concesión, construcción y explotación de un estacionamiento subterráneo, un centro comercial y la construcción de un auditorio en la parcela municipal sita en la calle de Las Quinteras, cuyas obras debían ejecutarse en veinticuatro meses y la duración de la concesión sería de veinticinco años.

2. En ese mismo acuerdo se requirió a G.I.T., S.A. para que constituyera la garantía definitiva en cuantía de cien millones de pesetas y para que suscribiera el documento de formalización del contrato.

3. G.I.T., S.A. no constituyó la fianza definitiva por lo que no se pudo formalizar el contrato. Por este motivo, previa audiencia de la concesionaria, el Pleno del

Ayuntamiento, el 26 de diciembre de 1991 desestimó sus alegaciones y rescindió el contrato, y procedió a la convocatoria de un nuevo concurso.

4. G.I.T., S.A. interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Santa Cruz de Tenerife un recurso contra ese acuerdo de rescisión del contrato.

5. El 18 de febrero de 1993 el Pleno del Ayuntamiento, tras la realización de un nuevo concurso, adjudicó en régimen de concesión por 75 años a la empresa I.P., S.A. la construcción y explotación de un centro comercial, estacionamiento subterráneo, estación de servicios y aparcamiento de autobuses en la misma parcela municipal de la calle de Las Quinteras, por el canon de 1.200 pesetas anuales por plaza de aparcamiento, más 200 pesetas anuales por cada uno de los centros comerciales que se arrendara, más 200 pesetas anuales por la estación de servicio.

6. El 25 de octubre de 1993 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Santa Cruz de Tenerife se dictó Sentencia que resolvió el recurso interpuesto por G.I.T., S.A. contra el Acuerdo plenario de 26 de diciembre de 1991 que rescindió el contrato (Sentencia nº 726 de 25 de octubre de 1993, en adelante citada como STSJ).

7. En los Fundamentos Jurídicos Cuarto y Quinto de esta sentencia se razonó lo siguiente:

“La concesión administrativa es una de las formas bajo las que puede aparecer el contrato de gestión del servicio público, según la denominación que le confiere la Ley de Contratos del Estado. En esa rúbrica se incardinan una serie de modalidades contractuales en las que se destaca el elemento común de ser técnicas de gestión indirecta de un servicio público. Frente a éstas se concibe la del contrato de obras, en la cual la Administración contrata directamente con el empresario la realización de una actuación concreta, en la que se pone en primer término el principio de riesgo y ventura en la realización de las obras, por cuenta del empresario que ostenta una posición contrapuesta a la de la Administración contratante. Por contra en el sistema de la concesión, el mismo principio, siendo parte fundamental en la contratación, pasa a un segundo plano por cuanto la prestación del servicio público sin merma es lo determinante y ello coloca a la Administración concedente en una posición más cercana y de corresponsabilidad junto al empresario concesionario. En definitiva primará la realización del servicio frente al cobro de la tarifa. Ello con independencia de que en ambas modalidades contractuales deban realizarse obras,

ya que lo determinante no es su realización, sino quién es el responsable de las mimas y las contrata.

QUINTO:.- Esta distinta naturaleza de las dos formas contractuales, justifica la existencia de dos procedimientos distintos para extinguir los vínculos existentes. Tratándose de una concesión procederá acudir a lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley de Contratos del Estado, que no ha sido alegado por la demandada. Establece la Ley y su Reglamento unos trámites y causas específicos para la resolución de los diferentes contratos, no habiéndose observado en el presente caso, el predeterminado para la rescisión de la concesión.

La omisión total y absoluta del procedimiento legalmente previsto para acordar la resolución, determinan su nulidad de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 1.c de la Ley de Procedimiento Administrativo. Por ello resulta innecesario entrar a considerar las demás causas de nulidad alegadas por la recurrente, estimando por tanto el recurso. Se accede a la primera petición formulada por el suplico de la demanda, relativa a la declaración de procedencia de la ampliación de los plazos para la constitución de la fianza con indemnización de los perjuicios causados por esta demora, al constatar que no ha acreditado la Administración tener la libre disponibilidad de los terrenos sobre los que va a ejecutarse el contrato, y que se hayan realizado las necesarias modificaciones en el planeamiento urbanístico para hacerlo posible”.

En consecuencia el Fallo de la Sentencia dispuso:

“Estimamos el recurso interpuesto, anulando el acto impugnado. Se declara la procedencia de la ampliación del plazo para la constitución de la fianza hasta que se acredite el cumplimiento por la Administración de las obligaciones a que se refiere la parte final del FJ5 de esta resolución, con abono de los daños y perjuicios que se pudieran derivar de la demora, a determinar en ejecución de sentencia, condenando a la Administración a estar y pasar por esta declaración. Sin costas”.

8. Contra esta sentencia el Ayuntamiento interpuso recurso de casación.

9. El 17 de noviembre de 1993 el Pleno del Ayuntamiento acordó:

“PRIMERO.- Iniciar expediente de declaración de caducidad de la concesión otorgada a la Entidad Mercantil I.P., S.A., relativa a CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE UN CENTRO COMERCIAL Y ESTACIONAMIENTO SUBTERRÁNEO, ESTACIÓN DE SERVICIO Y APARCAMIENTO DE AUTOBUSES O SIMILARES EN LA CALLE LAS QUINTERAS, BARRANCO DE LA CARNICERÍA;

SEGUNDO.- Advertir a I.P., S.A. que se le requiere expresamente para que, en el plazo de UN MES, corrija las siguientes deficiencias:

1) Vulneración del plazo máximo de TRES MESES que establece el artículo 7 del Pliego de Condiciones, respecto a la presentación del Proyecto de Ejecución, que debió producirse el 2 de junio de 1993.

2) Presentación, con fecha 11 de junio de 1993, de un proyecto que la propia empresa califica de básico, en vez del Proyecto de Ejecución Definitivo, que adolece de la falta del cuadro de precios, mediciones y presupuesto total detallado, cuya inclusión estipula el apartado e) del artículo 7 y del Plan de Obras que determina el apartado 1 del artículo 29 del Pliego;

TERCERO.- Apercibir a I.P., S.A. que, en su caso, será declarada por esta entidad la caducidad de la citada concesión; y

CUARTO.- Como medida provisional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, suspender la ejecución de las obras correspondientes a dicha concesión, si las mismas hubieran comenzado, para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer”.

10. Contra este Acuerdo I.P., S.A. interpuso un recurso contencioso-administrativo que fue resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Santa Cruz de Tenerife del Tribunal Superior de Justicia de Canarias mediante la Sentencia nº 276 de 24 de marzo de 1995 cuyos dos Fundamentos de Derecho dicen así:

“PRIMERO.- El objeto del recurso se reduce a determinar la legalidad del acuerdo plenario impugnado en el punto cuarto del mismo en el que se decreta la suspensión de la ejecución de las obras correspondientes a la concesión, si las mismas hubieren comenzado, al amparo del art. 72 de la LPC, sin que sea procedente examinar los otros extremos del acuerdo a los que no se contrae el escrito de interposición del recurso por tratarse de actos de trámite. A este respecto conviene destacar que de lo actuado en el expediente ha resultado acreditado que la entidad demandante adjudicataria del concurso no presentó el proyecto de ejecución de las obras en el plazo de tres meses a partir de la notificación de la adjudicación -11 de marzo de 1993-, incumpliendo así el art. 7 del Pliego de Condiciones y el art. 28 en el que se establece que las obras deberán comenzar

dentro del plazo de treinta días a partir del siguiente al del replanteo del proyecto de obras. Como consecuencia de los anteriores incumplimientos, la Alcaldía, mediante resolución de 30 de septiembre de 1993, requirió a la empresa adjudicataria al objeto de que en el plazo perentorio de un mes presentara el Proyecto de Ejecución incluido el Plan de Obras, a los que se refieren los arts. 7 y 29 del Pliego de Condiciones. El 15 de noviembre de 1993 la empresa cumplimenta el anterior requerimiento presentando el Proyecto de Ejecución y Planing de Obra que a juicio de la Jefatura de la Sección Técnica de Arquitectura, Urbanismo y Vivienda del Ayuntamiento incumple el Pliego de Condiciones en los extremos que se especifican en informe emitido el 23 de noviembre de 1993, sin que conste la subsanación de las indicadas deficiencias ni el cumplimiento de la advertencia que en el mismo sentido se formuló a la empresa en el punto 2º del acuerdo plenario de 18 de noviembre de 1993.

SEGUNDO.- En el contexto anterior definidor del grado de incumplimiento por parte de la empresa adjudicataria del Pliego de Condiciones en los extremos referidos, no parece técnicamente dudosa la adopción por el Ayuntamiento de la medida provisional de suspensión de las obras al amparo del art. 72 de la LPC para asegurar la eficacia de la previsible declaración de caducidad y la prestación del servicio objeto de la concesión en el supuesto probable, a la vista de lo acontecido en el iter concesional, de que no se hubieren corregido las deficiencias advertidas imputables al concesionario, conforme al art. 136.3 del RSC. Por consiguiente, no es difícil llegar a la conclusión de que se han dado los elementos suficientes a que se refiere el art. 72.1 «in fine» de la LPC para adoptar la medida provisional mencionada, sin que esta haya ocasionado perjuicios de imposible o difícil reparación dado que, de haberse producido, lo que no se ha probado, serían económicamente evaluables e indemnizables, si se tiene en cuenta además que, en este caso, no se habían iniciado propiamente las obras tal como se desprende del informe emitido el día 11 de noviembre de 1993 por el Arquitecto Técnico Municipal con ocasión de la visita efectuada al lugar donde debían ejecutarse aquellas”.

En consecuencia, la Sentencia desestimó el recurso de I.P., S.A.

11. En 1999 la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección séptima) del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1999, por considerar que concurría la causa de inadmisión tipificada en el art. 100.2.b) de la antigua Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 27 de diciembre de 1956, desestimó el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento contra la STSJ nº 726, de 25 de

octubre de 1993, que anuló el Acuerdo plenario de 26 de diciembre de 1991 que resolvió el contrato con G.I.T., S.A..

12. En cumplimiento de esta sentencia el Pleno del Ayuntamiento en sesión celebrada el 8 de junio de 2001 acordó:

“PRIMERO.- Determinar la libre disponibilidad de los terrenos objeto de concesión ubicados en Las Quinteras, Barranco de la Carnicería en esta Ciudad, así como que se han realizado las modificaciones en el planeamiento urbanístico, de conformidad con lo informado por los Servicios Técnicos Municipales.

SEGUNDO.- Promover la ejecución provisional de los Autos dictados por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 19 de febrero y 5 de marzo de 2001, en ejecución de la Sentencia de fecha 25 de octubre de 1993 confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 1 de junio de 1999, en el recurso contencioso-administrativo nº 339/92 seguido a instancia de G.I.T., S.A. contra este Ayuntamiento, facultando a los Servicios Jurídicos Municipales a dichos efectos”.

El 4 de septiembre de 2006 se levantó el Acta de puesta a disposición de la parcela municipal objeto de la concesión, acta suscrita por la Alcaldesa y los representantes legales de G.I.T., S.A.

Hasta la fecha no se ha iniciado obra alguna en dicha parcela.

13. Siete años después del Acuerdo de 8 de junio de 2001, el Alcalde dicta la providencia de trámite de 26 de mayo de 2008 concediendo trámite de audiencia a I.P., S.A. con carácter previo a la resolución unilateral de la concesión con devolución de la fianza, como consecuencia de la STSJ nº 726 de 25 de octubre de 1993 que declaraba la vigencia de la anterior concesión sobre la misma parcela adjudicada a G.I.T., S.A. No consta el acuerdo de iniciación del procedimiento; la primera actuación en este procedimiento fue un Informe de la Gerencia Municipal de Urbanismo de 20 de mayo de 2008.

14. En el procedimiento, que se amplió en tres meses a solicitud de I.P., S.A., ésta pretende que se le indemnice por la resolución del contrato concesional en la cantidad 7.250.324 euros, mientras que los servicios económicos del Ayuntamiento cuantifican la indemnización en 432.784,37 euros.

15. El 29 de octubre de 2010 se formuló propuesta de declarar la resolución del contrato concesional, con causa en la STSJ de 25 de octubre de 1993, devolver la

fianza a I.P., S.A. e indemnizarla con la cantidad 432.784,37 euros por los perjuicios causados.

16. El 4 de noviembre se solicitó a la Asesoría Jurídica municipal que emitiera informe sobre la Propuesta, el cual fue emitido favorablemente el 18 de febrero de 2011. No obstante, en el Fundamento de Derecho de tal Informe, la Asesoría Jurídica municipal señala que “todo hace presumir que la relación contractual entre I.P., S. A. y este Ayuntamiento estaba ya abocada a su finalización con bastante anterioridad al comienzo de la tramitación del expediente objeto de este informe, por causas claramente imputables a la entidad mercantil y no a esta Corporación Local”.

El 21 de febrero de 2011 se solicita informe a la Intervención, la cual lo emite con carácter favorable el 29 de diciembre de 2011. Tras estos informes se formula nueva propuesta de resolución el 1 de febrero de 2012 en el mismo sentido que la originaria.

III

1. La concesión a I.P., S.A. se adjudicó el 18 de febrero de 1993. Esta fecha determina que la legislación aplicable sea el Texto Articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado, LCE (aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril) y su normativa complementaria, dado el tenor de la Disposición transitoria I.2 TRLCSP, y de la Disposición Transitoria I del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, TRLCAP (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio).

2. El Pliego de Condiciones Técnicas y Económico-Administrativas de la Concesión, PC, forma parte del contrato según establece la cláusula novena de éste en coherencia con los arts. 80 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, RB (aprobado por el Decreto 1372/1986, de 13 de junio) y el art. 115 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, RS (aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955). El art. 7 PC establece la obligación del adjudicatario de presentar en el plazo máximo de tres meses a partir de la notificación de la adjudicación el proyecto de las obras a ejecutar redactado por técnico competente y con el contenido mínimo que allí se detalla. La adjudicación se notificó el 11 de marzo de 1993, por lo que el plazo para entregar el proyecto vencía el 12 de junio de 1993. La concesionaria incumplió esta obligación, a pesar de que el Alcalde, por resolución de 30 de septiembre de 1993, la requirió para que presentara el proyecto, por lo que el Pleno, por Acuerdo de 17 de noviembre de 1993, inició el procedimiento de declaración de caducidad de

la concesión, otorgándole un plazo de un mes para que presentara el proyecto de ejecución, advirtiéndole de que, de no presentarlo en ese plazo sería declarada la caducidad de la concesión, y como medida cautelar acordó la suspensión de las obras, medida que venía impuesta por la carencia del proyecto conforme al cual se tenían que ejecutar.

La concesionaria recurrió este Acuerdo del Ayuntamiento. La STSJ nº 276 de 24 de marzo de 1995, tras constatar el incumplimiento de la concesionaria, declaró ajustado a Derecho dicho Acuerdo.

3. El art. 2.3 del PC establece que si la Administración se ve obligada a declarar la nulidad de la concesión por culpa del concesionario, éste no tendrá derecho a indemnización de daños y perjuicios por la extinción de la concesión antes del vencimiento de su plazo. La cláusula séptima del contrato estipula que si éste se resuelve por culpa de la contratista perderá la fianza y habrá de indemnizar al Ayuntamiento los daños y perjuicios que le irroge esa resolución contractual. El art. 136 RS establece que procede la declaración de caducidad en los supuestos previstos en el pliego de condiciones, y además en el supuesto de que incurriera en infracción gravísima de sus obligaciones esenciales. Una obligación esencial en la presente concesión la constituía la presentación del proyecto, porque éste era necesario para la ejecución de las obras objeto de la concesión. Sin proyecto no eran posibles las obras y sin éstas perdía su objeto la concesión.

4. En el expediente está acreditado que la concesionaria nunca presentó el proyecto, ni dentro del plazo contractual ni dentro del plazo de un mes que le concedió el Acuerdo plenario de 17 de noviembre de 1993 con advertencia de que si no lo entregaba caducaría la concesión.

Este incumplimiento está constatado por la STSJ nº 276 de 24 de marzo de 1995. La no presentación del proyecto de obras constituye una causa de resolución contractual por incumplimiento del contratista.

Esta causa de resolución surgió con anterioridad a las consecuencias que se pretenden hacer valer ahora, a saber la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1999 que confirió firmeza a la STSJ nº 726, de 25 de octubre de 1993, dictada cuando ya I.P., S.A. había incumplido el 12 de junio de 1993 el contrato concesional, Sentencia a la cual se le viene a dar cumplimiento el 4 de septiembre de 2006 mediante el acta de puesta a disposición de G.I.T., S.A. de los terrenos objeto de la concesión.

5. La resolución de un contrato procede al surgir una causa a la cual la Ley liga ese efecto. La Administración tiene que fundamentar toda su actuación en defensa del interés público y muy especialmente en materias contractuales. Si existe causa para la resolución contractual por incumplimiento del contratista, esta causa es de aplicación necesaria en buena defensa de los intereses generales que persigue el contrato administrativo (Dictamen del Consejo de Estado nº 44.834 de 9 de diciembre de 1982, Recopilación de Doctrina Legal nº 91).

6. La Propuesta de Resolución afirma que la competencia para declarar la resolución contractual le corresponde a la Junta de Gobierno Municipal. Ya se señaló más atrás que la legislación aplicable a este contrato es la vigente al tiempo de su adjudicación. Según esa legislación la adjudicación correspondía al Pleno del Ayuntamiento porque se trata de un contrato plurianual de duración superior a cuatro años porque la concesión que otorgaba era por 75 años (art. 22.1, n) de la Ley 7/1985, de 2 de abril Reguladora de las Bases del Régimen Local, LRBRL, en su redacción vigente al tiempo de la adjudicación). En el mismo sentido, el art. 124 RSCCLL. La facultad de resolver los contratos corresponde al órgano de contratación, el cual, en este caso fue el Pleno del Ayuntamiento.

La Disposición Adicional II.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, LCSP (ahora D.A.II.3 TRLCSP) que atribuye a la Junta de Gobierno todas las competencias en materia de contratación no tiene eficacia retroactiva (Disposición Final XII LCSP y D.F. Única del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprobó el TRLCSP, en relación con la D.T.I.2 de ambos textos normativos y con el art. 2.3 del Código Civil). Por consiguiente, el acuerdo de resolución contractual debe ser adoptado por el Pleno del Ayuntamiento.

7. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo mantiene con reiteración el criterio de que al procedimiento de resolución contractual, en cuanto produce efectos desfavorables o de gravamen, es de aplicación el plazo de tres meses fijado en el art. 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC, por lo que en caso de incumplirse ese plazo la Administración no tiene más alternativa que declarar la caducidad y ordenar el archivo de las actuaciones, según el art. 44.2 LPAC. Véanse al respecto las SSTS 5567/2009, de nueve de septiembre de 2009 y 4766/2010, de 8 de septiembre de 2010 y las que en ellas se citan. Esta caducidad no produce por sí sola la prescripción de las acciones de la Administración

según el art. 92.3 LPAC, por lo que la Administración puede iniciar un nuevo procedimiento de resolución contractual y resolverlo en el plazo de tres meses.

C O N C L U S I O N E S

1. El procedimiento ha caducado, por lo que la única resolución que se puede dictar es la que declare tal caducidad y ordene el archivo de las actuaciones, sin perjuicio de que la Administración inicie de oficio un nuevo procedimiento de resolución contractual por el incumplimiento de la contratista consistente en la no presentación del proyecto de obras.

2. En todo caso, la competencia para declarar la caducidad de la concesión corresponde al Pleno del Ayuntamiento y no a la Junta de Gobierno.