



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 9 7 / 2 0 1 3

(Sección 1ª)

La Laguna, a 18 de septiembre de 2013.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de San Bartolomé de Lanzarote en relación con la *Propuesta de Resolución del Acuerdo Plenario de resolución del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación de Centro Deportivo Municipal en Playa Honda (EXP. 292/2013 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Alcaldesa del Ayuntamiento de San Bartolomé, es la Propuesta de Acuerdo plenario de resolución del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Centro Deportivo Municipal de Playa Honda.

2. La contratista se ha opuesto a la resolución contractual. Esta oposición determina la preceptividad del Dictamen según los arts. 211.3.a) y 249.2, ambos de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, TRLCSP (aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), en relación con el art. 11.1.D.d) de la Ley del Consejo Consultivo. De este último precepto y del art. 12.3 de la misma Ley resultan, respectivamente, la competencia del Consejo para emitir el Dictamen y la legitimación de la Alcaldesa para solicitarlo.

3. El contrato se adjudicó el 22 de marzo de 2010. Esta fecha determina, por mor de la Disposición Transitoria I. 2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, TRLCSP (aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) que la legislación sustantiva por la que se rige el contrato sea la vigente

* **PONENTE:** Sr. Lorenzo Tejera.

en dicha fecha y que está constituida por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, LCSP, y su normativa complementaria.

4. En la tramitación del expediente no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que obsten a un Dictamen sobre el fondo.

II

1. El contrato se adjudicó el 22 de marzo de 2010 a la unión temporal de empresas formada por las sociedades mercantiles C., S.L. y L., S.L., las cuales en cumplimiento de las cláusulas 8, 16 y 17 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en relación con el art. 46 LCSP, constituyeron la sociedad de responsabilidad limitada denominada S.L., S.L. con la cual se formalizó el contrato de 26 de abril de 2010.

2. El 1 de septiembre de 2010 L., S.L. dirigió una solicitud (página 812 del expediente) al Ayuntamiento en la que exponía que estaban en trámites con los bancos para solicitar financiación y que, como la finca donde se iba a construir el centro deportivo no estaba inscrita en el Registro de la Propiedad, necesitaban que se les expidiera certificación catastral de la finca en la que se expresara que era propiedad del Ayuntamiento.

El Ayuntamiento expidió dicha certificación el 23 de septiembre de 2010 donde se expresaba que, según el Inventario de Bienes del Ayuntamiento y el Catastro de Bienes Inmuebles de Naturaleza Urbana, la parcela situada en las calles de Timón y Chalana de Playa Honda era de titularidad municipal. A esta certificación se acompañó con las fichas del Catastro y del Inventario de Bienes Inmuebles. Según esta última, la parcela, de 5.896 m² de superficie y ocupada por unas pistas polideportivas municipales de servicio público, tenía el carácter de bien urbano de dominio público y no constaba inscrita en el Registro de la Propiedad (páginas 893 a 811 del expediente). Esta certificación fue entregada el mismo día 23 de septiembre.

3. El 28 de enero de 2011 se firmó el acta de comprobación del replanteo, suscrita por la representante de la contratista y sus facultativos y los representantes del Ayuntamiento de San Bartolomé, donde consta la disponibilidad de los terrenos, la viabilidad del proyecto y la autorización del inicio de las obras. Conforme a la Cláusula IV del contrato (pg. 611) el término del plazo de finalización de las obras se situó el 29 de julio de 2012. Nada alega la concesionaria con respecto a la falta de inscripción registral en el momento de la firma de dicha acta de replanteo.

4. El 31 de mayo de 2011 la concesionaria abandonó unilateralmente la obra después de cuatro meses y cuatro días del inicio de las mismas. El 3 de junio de 2011 solicitó que el Ayuntamiento inscribiera la finca objeto del contrato en el Registro de la Propiedad antes del 15 de junio de 2011 para así poder obtener el préstamo hipotecario que le permitiera la financiación de la obra, puesto que la entidad financiera había fijado dicha fecha como término del plazo para formalizarlo. Asimismo, indicaba que sin ese préstamo no podía financiar la ejecución de las obras, por lo que solicitaba su suspensión. Además también, con base en la Cláusula III del contrato y XXIII PCAP, solicitaba que se le pagara la subvención correspondiente a la primera anualidad del contrato.

A esta solicitud le adjuntó un informe de 14 de abril de 2011 del subdirector de la oficina 1.509 de la entidad L.C. en la que se expresaba que se le había concedido el 24 de marzo de 2011 a la mercantil L., S.L. dos operaciones de financiación por importe de tres millones de euros para la ejecución del proyecto concesión de obra pública para la construcción y explotación del centro deportivo municipal de San Bartolomé y que para la formalización de las citadas operaciones era necesaria la inscripción registral del suelo a favor del Ayuntamiento y la inscripción registral de la concesión administrativa antes del 15 de junio de 2011.

5. El Ayuntamiento, por oficio notificado el 16 de junio de 2011, contestó a dicha solicitud informando que, con base en los arts. 30 y 31 del Reglamento sobre inscripción en el registro de actos de naturaleza urbanística (aprobado por el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio) se había incoado el 13 de junio el expediente para la inscripción de la finca. En dicho oficio se denegó el pago de la subvención por la razón de que ésta no procedía para la construcción de la obra sino para la explotación del servicio. En cuanto a la solicitud de suspensión de las obras no resolvió expresamente.

6. El 20 de julio de 2011 la contratista comunicó al Ayuntamiento que había vencido el plazo que le había dado la entidad financiera para formalizar el crédito hipotecario por lo que la operación de financiación se canceló por resultar imposible la obtención de dicho crédito al no constar la titularidad municipal del suelo en el Registro de la Propiedad y solicitó que se le abonara la subvención.

7. El 30 de julio de 2012 el Ayuntamiento le notificó a la contratista que la finca estaba inscrita en el Registro de la Propiedad desde el 23 de julio de 2012.

8. El 27 de marzo de 2013 la contratista solicitó la resolución del contrato con base en el art. 245.f) LCSP, puesto que el Ayuntamiento había incurrido en una demora superior a seis meses en la entrega a la concesionaria de la titularidad registral de los terrenos como condición *sine qua non* para poder hipotecar la concesión.

9. Por Acuerdo plenario, de 27 de mayo de 2013, notificado a la concesionaria el 5 de junio de 2013 se denegó resolución contractual solicitada por ésta y se decidió la incoación de oficio de un procedimiento de resolución contractual por incumplimiento culpable muy grave del contratista al no ejecutar la construcción del centro deportivo dentro del plazo fijado.

10. En trámite de audiencia, la concesionaria se opone a la resolución contractual porque considera que la obra está paralizada desde el 31 de mayo de 2011 por carecer de financiación para la ejecución de la obra a causa de que no ha podido obtener un préstamo hipotecario al no estar inscrita la finca en el Registro de la Propiedad. Esa financiación de la obra mediante un préstamo hipotecario estaba incluida en el plan económico-financiero que constituía su oferta económica y que forma parte del contrato. La paralización de la obra y consecuente incumplimiento del plazo para su ejecución es imputable a la Administración que incumplió su obligación de inscribir la finca en el Registro de la Propiedad. Este incumplimiento de la Administración determina su responsabilidad contractual por demora superior a seis meses en la entrega al concesionario de la titularidad registral de los terrenos, lo cual constituye la auténtica cusa de resolución.

11. La Propuesta de Resolución desestima las alegaciones del contratista porque el contrato de concesión de obra pública es a riesgo y ventura del contratista (arts. 7.2, 199, 225.1 y 236.1 LCSP). Entre esos riesgos se incluye el de obtener la financiación para la normal ejecución de las obras. La negativa de las entidades de crédito a conceder financiación no es causa imprevista dado que es una posibilidad que cualquier buen administrador debe prever. Además, de las empresas que constituyeron la UTE adjudicataria del contrato, una se encuentra clasificada lo que demuestra que posee capacidad financiera para ejecutar el contrato. A ello se une que los informes que presentaron ambas empresas expedidos por dos bancos [art. 64.1.a) LCSP] expresan que tienen suficiente solvencia financiera y económica para que cada una de ellas por sí sola asuma la ejecución del contrato. Asimismo las declaraciones de la cifra de negocios que presentaron expresa para una un volumen superior a los 20 millones de euros en cada uno de los tres años anteriores a la

presentación de su oferta, y para la otra un volumen superior a los tres millones para cada uno de esos tres años.

La Propuesta de Resolución señala que la UTE adjudicataria conocía antes de la adjudicación que la finca no estaba inscrita, que tuvieron oportunidad de constatarlo en el Registro de la Propiedad y que, como resulta de la solicitud y documentación mencionadas en el apartado 2 de este Fundamento, en septiembre de 2010, antes del inicio de las obras, sabía que no estaba inscrita la finca.

También se señala que el acta de comprobación del replanteo y la ejecución de la obra durante cuatro meses acredita la plena disponibilidad y entrega de la finca a la concesionaria.

Se destaca también que:

a) Únicamente es el 3 de junio de 2011, una vez paralizada la obra, cuando se solicita la inscripción registral de la finca por el Ayuntamiento antes del día 15 de junio de 2011.

b) Que, a pesar de que desde el 30 de julio de 2012 se le notificó la inmatriculación de la finca, la concesionaria ha mantenido el abandono de la obra y que fue el 27 de marzo de 2013 cuando solicitó la resolución contractual fundándose en que la finca no estaba inmatriculada.

Una vez desestimadas las alegaciones de la concesionaria, la propuesta de resolución fundamenta la resolución contractual en la Cláusula XXXV.I PCAP (que tipifica como incumplimiento muy grave no finalizar las obras en el plazo establecido) en relación con el art. 235.3 LCSP y el art. 196 LCSP al que remite el art. 235.5 LCSP.

La parte dispositiva propone la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, la incautación de la garantía definitiva, la exigencia a la concesionaria de 111.376,3 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios, cifra cuya suma a los 172.501,24 euros de la garantía depositada alcanza los 283.877,54 euros fijados por los servicios técnicos municipales como presupuesto de ejecución para la reposición de la finca a su estado anterior al inicio de las obras; y por último la imposición de una penalidad de 5.225,04 euros.

III

1. La finca sobre la cual se otorgó la concesión de obra pública para la construcción del centro deportivo municipal estaba ocupada por unas pistas y canchas deportivas con graderío destinadas al servicio público. Conforme a los arts. 5.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, LPAP y arts. 2.2 y 4 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, RBL, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, tiene la naturaleza de bien demanial de servicio público y, por ende, es inalienable, inembargable e imprescriptible [art. 132.1 de la Constitución, art. 6.a) LPAP, art. 5 RBL]. Por consiguiente, sobre ellos no se puede constituir una hipoteca porque su eventual ejecución conlleva el embargo y alienación del bien.

2. Las concesiones administrativas, que tienen la naturaleza de un derecho real de duración limitada sobre el dominio público, se consideran un bien inmueble (art. 334.10 del Código Civil) y por tanto es inscribible en el Registro de la Propiedad (art. 4 del Reglamento Hipotecario, RH). El contrato de concesión de una obra pública sobre un bien demanial confiere al concesionario un derecho real sobre la obra construida que le otorga durante el plazo de la concesión los derechos y obligaciones del propietario (art. 97 LPAP). Esta concesión se puede inscribir por su titular en el Registro de la Propiedad siendo título suficiente para ello el documento administrativo donde se haya formalizado (art. 93 LPAP, art. 31 del Reglamento Hipotecario, RH). Esta inscripción de la concesión constituye la inmatriculación de una finca registral que abre folio y que no necesita de la inscripción del dominio público sobre el que se erige la obra (art. 44.6 RH en relación con el art. 8 de la Ley Hipotecaria, LH). Esto es así porque, como se señaló, la concesión tiene el carácter de bien inmueble (art. 334.10 del Código Civil) y por consiguiente es inscribible como tal en el Registro (art. 4 RH).

La concesionaria, para inscribir su concesión en el Registro, para lo cual está legitimada por el art. 6 LH, no necesitaba que el bien demanial sobre el que recaía estuviera inmatriculado. Esta inscripción de la concesión la pudo realizar desde el 26 de abril de 2010 fecha en que se formalizó su otorgamiento. Una vez inmatriculada su concesión pudo solicitar de la Administración la autorización para hipotecar la concesión [art. 98.2 LPAP, art. 228.f) LCSP]. De esta regulación resulta la inconsistencia de la alegación de la concesionaria consistente en que el contrato se ha frustrado por culpa de que la Administración no había inmatriculado la finca sobre

la que se otorgó la concesión de obra pública, lo que imposibilitó que pudiera obtener el préstamo hipotecario para la financiación de la construcción.

3. En su escrito de alegaciones la concesionaria reconoce que abandonó las obras el 31 de mayo de 2011. Esta paralización de los trabajos no encuentra justificación en el hecho de que haya solicitado la suspensión de las obras hasta que el Ayuntamiento inmatriculara la finca, por lo siguiente:

El art. 196.2 LCSP establece el cumplimiento obligatorio de los plazos parciales y del plazo total de ejecución del contrato. Una vez perfeccionado el contrato, el contratista debe cumplirlo con sujeción a las cláusulas y estipulaciones del mismo (arts. 191 y 102 LCSP) entre las que se incluye la observancia del plazo de ejecución. El contratista sólo la puede suspender unilateralmente en el supuesto del art. 200.5 LCSP (demora en el pago por la Administración superior a cuatro meses). Por otro lado, la Administración sólo puede suspender la ejecución de las de los contratos cuando ello sea necesario para proceder a su modificación (art. 203 LCPS, art. 159.1 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RCAP, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre). La suspensión del plazo de ejecución representa una modificación del PCAP que es el que fija ese plazo, por lo que la Administración únicamente puede acordar esa suspensión cuando concurren los requisitos del art. 202 LCSP, es decir, que se acuerde por razones de interés público y para atender a causas imprevistas.

El abandono de los trabajos desde el 31 de mayo de 2011 reconocido expresamente por la concesionaria sin que hasta la fecha la concesionaria haya reanudado los trabajos es subsumible en el art. 245.j) LCSP, que configura como causa de resolución el abandono de la concesión por el contratista. Aquí no se está ante un mero retraso en el incumplimiento de plazos parciales o del plazo total para la ejecución de la obra, sino pura y sencillamente ante un abandono completo de la obra. El objeto de la concesión es la construcción, mantenimiento y explotación de una obra pública. La ejecución de ésta es el presupuesto básico para la permanencia y despliegue del vínculo concesional, por lo que el desestimiento en su construcción constituye un abandono de la concesión.

Ninguna de las alegaciones de la contratista justifica este incumplimiento contractual, por lo que el contrato se resuelve por una causa imputable exclusivamente a ella. Esto determina que, conforme al art. 247.4 LCSP, pierda la

fianza y que deba indemnizar a la Administración de los daños derivados del incumplimiento.

A partir del informe técnico existente en el expediente que indica las intervenciones necesarias para reponer la situación a su estado original, se debe requerir a la concesionaria para que ejecute o bien por sí misma, señalando un plazo al efecto o, en caso de no efectuarlo, lo ejecute la propia Administración a su cargo. En tal caso, la cuantificación del importe de las obras de reposición se establecerá con posterioridad a su ejecución, en la fase de liquidación, previa audiencia al contratista.

4. En cuanto a la imposición de penalidades se debe recordar que su régimen durante la fase de ejecución de las obras, según el art. 235.5 LCSP, será el establecido por el art. 196 LCSP. Según este precepto, ante la demora del contratista en el cumplimiento del plazo total de ejecución o de los plazos parciales que impliquen el incumplimiento del plazo total, la Administración puede optar entre la imposición de penalidades o la resolución contractual. Si elige la primera opción no puede resolver el contrato y viceversa, porque la imposición de penalidades persigue compeler al contratista al cumplimiento del plazo de ejecución pactado y, por ende, es manifestación de la voluntad administrativa de mantener el contrato; lo que es incompatible con el propósito de extinguirlo.

Además, la imposición de penalidades procede en el supuesto de incumplimiento del plazo de ejecución, no cuando se está ante el supuesto distinto de abandono de la obra y por consiguiente de la concesión. En el primer supuesto el contratista tiene voluntad de cumplir el contrato aunque se haya retrasado culpablemente en su ejecución. En el segundo supuesto está completamente ausente esta voluntad por lo que no cabe más opción que su resolución.

CONCLUSIONES

1. Procede la resolución contractual con fundamento en el abandono culpable de la concesionaria [art. 245.j) LCSP], con la consecuencia inherente de la incautación de la garantía definitiva y la exigencia de indemnización de daños y perjuicios, conforme a lo señalado en el apartado III.3 de este Dictamen.

2. No procede la imposición de penalidades.