



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 9 7 / 2 0 1 4

(Sección 2ª)

La Laguna, a 3 de junio de 2014.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puerto del Rosario en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se concluye el procedimiento de resolución del contrato de concesión administrativa de obra pública y explotación de los servicios de carácter deportivo y social complementario en la Urbanización L.G., en Puerto del Rosario (EXP. 173/2014 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 Puerto del Rosario, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato de concesión administrativa de obra pública y explotación de los servicios de carácter deportivo y social complementario en la Urbanización L.G., T. M. Puerto del Rosario.

La legitimación para la solicitud de dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión 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, en relación con el art. 59.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), y con el art. 109.1.d), asimismo básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

2. El contrato del que trae causa el presente procedimiento de resolución fue adjudicado el 31 de agosto de 2005, bajo la vigencia del mencionado TRLCAP. Por tanto, de conformidad con lo previsto en la disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP), a la que se remite la correspondiente del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la legislación aplicable viene constituida por el citado TRLCAP.

II

1. Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de resolución contractual, y que constan documentados en el expediente, son los siguientes:

- Mediante Decreto nº 1.160, de 31 de agosto de 2005, del Concejal Delegado de Presidencia, actuando por delegación del Pleno, se adjudicó a M.J.C.M. el contrato de concesión administrativa de obra pública y explotación de los servicios de carácter deportivo y social complementario en la Urbanización L.G., Puerto del Rosario.

De conformidad con lo previsto en la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigió la contratación (PCAP), su objeto consistía "en la ejecución de obras de edificación de un área deportiva y social, equipamiento y gestión de la misma, todo ello a cuenta del adjudicatario, obra que se ejecutará en una parcela de 6.550 m², de propiedad municipal, sita en la Urbanización L.G. de Puerto del Rosario, con destino a uso público".

El plazo de vigencia de la concesión se fijó en 50 años (cláusula 7 PCAP) y el de ejecución de obras e instalaciones en 24 meses, contados a partir de la firma del acta de comprobación del replanteo, para las pistas de tenis, squash, pádel, piscina y gimnasio, y de 4 años para la ejecución de las obras de oficinas, vestuarios, salón social y cafetería-restaurante (cláusula 9 PCAP).

Como canon a satisfacer por la concesionaria se estableció el de 300,00 euros mensuales, con revisión anual por aplicación de las variaciones del IPC.

- El contrato fue formalizado en documento administrativo con fecha 2 de septiembre de 2005.

- Con fecha 8 de noviembre de 2007, la adjudicataria presenta escrito por el que cede los derechos adquiridos en virtud de la citada concesión a la entidad O.F., S.L.,

creada específicamente para la gestión de dicho contrato, adjuntando escritura de constitución.

En escrito de 13 de noviembre de 2007, de la Concejala Delegada de Contratación, se requiere a la concesionaria la acreditación de determinados extremos a los efectos de autorizar la cesión de los derechos de explotación del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el art. 114.2 TRLCAP.

En el expediente no consta más documentación sobre esta autorización.

- Mediante Providencia de 27 de octubre de 2008, del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Puerto del Rosario, se declaran embargados a la citada entidad los derechos derivados del contrato de concesión administrativa.

- La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 3 de octubre de 2011, acordó la designación de responsables para la dirección del contrato, en aplicación de lo previsto en el art. 41 LCSP.

En informe de 2 de diciembre de 2011 éstos ponen de manifiesto que en el expediente no se acredita control alguno en relación con el contrato hasta esta fecha. En concreto, señalan que no se encuentra entre la documentación acta de inicio del servicio destinado a la actividad deportiva, ni horario, personal necesario, titulación, horas de uso anual, ni el resto de los datos necesarios para efectuar un control de la prestación.

- Con fecha 16 de enero de 2012, los responsables designados solicitan de la Intervención Municipal informe relativo al abono del canon por la concesionaria. Se solicita asimismo a la Oficina Técnica informe relativo a la licencia de obra, ejecución, visado y finalización de obra y cualesquiera otros documentos que dicha Oficina determina para este tipo de ejecución de obras.

- El 20 de enero de 2012, se emite nuevo informe por uno de los responsables en el que pone de manifiesto que no se han construido todas las instalaciones previstas en el proyecto presentado por la adjudicataria, pues no se han ejecutado las obras correspondientes a una pista de tenis, una pista de pádel, una pista de squash, una piscina y un gimnasio. Se añade, además, que una de las pistas de pádel instalada no se encuentra en la ubicación establecida en el plano del proyecto.

- Con fecha 27 de enero de 2012, se informa por la Intervención municipal que la adjudicataria ha realizado con fecha 16 de enero de 2012 un ingreso por importe de 300,00 euros en las cuentas municipales en concepto de canon de la concesión, por

lo que sería necesario comprobar la finalización de la obra y apertura de las instalaciones para estipular la fecha exacta de inicio del cobro. Finaliza su escrito advirtiéndole que el hecho de no abonar el canon constituye un incumplimiento del contrato, lo cual se pone en conocimiento de los Servicios Jurídicos municipales y de los responsables del contrato para que realicen las actuaciones oportunas.

- El 6 de febrero de 2012, se emite informe técnico por el responsable del contrato en el que, entre otros extremos, reitera el incumplimiento en la ejecución de las obras y se propone que por la Oficina Técnica se determine el estado de la obra, así como la fecha en que se suscribió el acta de comprobación del replanteo a los efectos de determinar el plazo de ejecución.

- Mediante Auto de 25 de febrero de 2009, del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Puerto del Rosario, se declara el embargo preventivo los derechos derivados del contrato de concesión administrativa.

- La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 5 de marzo de 2012, revocó el nombramiento del responsable del contrato, designando a otro técnico para el cumplimiento de estas funciones.

- Con fecha 26 de diciembre de 2012, se dicta Providencia por la Concejala Delegada de Patrimonio por la que se solicita la emisión de informe de fiscalización respecto a la deuda pendiente de la concesionaria. En esta Providencia se pone de manifiesto que la adjudicataria adeuda al Ayuntamiento la cantidad de 28.765,92 euros en concepto de pago de las mensualidades del canon de la concesión desde octubre de 2005 hasta diciembre de 2012, cantidades que han sido revisadas anualmente con la aplicación de la variación del IPC que publica el Instituto Nacional de Estadística. Añade que de esta cantidad hay que descontar tres mensualidades de 300 euros que el concesionario abonó en concepto de canon correspondiente a las mensualidades de enero, febrero y marzo de 2012, siendo la cantidad final a abonar la de 27.865,92 euros.

El informe de la Intervención, de 22 de marzo de 2013, pone de relieve que las deudas de Derecho público, independientemente de su origen, prescriben a los cuatro años, salvo que se haya producido alguna acción interruptiva de este plazo, añadiendo respecto de los periodos no prescritos que deberá ejercerse el procedimiento de apremio para su recaudación, liquidando los intereses de demora que procedan.

- Se emite seguidamente informe por una de los técnicos responsables del contrato en el que se propone que se requiera a la concesionaria el abono de las mensualidades correspondientes a los últimos cuatro años, cantidades que han sido revisadas anualmente con la aplicación de la variación del IPC, más los intereses correspondientes y que suman un total de 20.479,74 euros.

Esta propuesta fue informada favorablemente por la Intervención municipal.

- El referido requerimiento fue acordado por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 22 de abril de 2013, bajo apercibimiento de que su impago supondrá el inicio de expediente para la resolución del contrato.

Este Acuerdo fue notificado a la concesionaria con fecha 7 de mayo de 2013, quien, tras solicitar aclaración sobre la cantidad cuyo abono se requiere, presenta escrito en el que manifiesta su disconformidad con el cálculo de los intereses practicado. Como consecuencia de este escrito, se practica nueva liquidación por importe de 18.252,26 euros, acordada por la Junta de Gobierno Local, en sesión de 17 de junio de 2013.

Este Acuerdo fue notificado a la interesada con fecha 4 de julio de 2013.

- El 29 de abril de 2013, se emite nuevo informe técnico por otro de los responsables del contrato en el que propone el cierre temporal de la concesión hasta que el órgano competente ejecute el procedimiento oportuno, al no constar en el expediente licencia final de obra y, por consiguiente, tampoco la de apertura de las instalaciones ni de la tramitación de la actividad (uso de las instalaciones).

En este informe se deja asimismo constancia de que la obra no se ajusta al proyecto, al no haberse ejecutado todas las instalaciones, y que la concesionaria adeuda en concepto de canon la señalada cantidad de 20.479,74 euros.

- En esta misma fecha y a la vista de este informe se adopta acuerdo por la Junta de Gobierno Local de solicitud de informe al departamento de Urbanismo acerca del cumplimiento de las condiciones de Seguridad y adecuación a las licencias de edificación y de actividad en su caso, habida cuenta de la realización de actividades en las citadas instalaciones por parte de las escuelas deportivas municipales. Se requiere también informe técnico acerca de la adecuación del proyecto ejecutado a la licencia de obras y si cuenta con licencia de actividad.

En ejecución de este Acuerdo, se emiten los requeridos informes de 14 de mayo y 3 de julio de 2013, respectivamente, en los que se indica que la Junta de Gobierno

Local, en sesión celebrada el 3 de mayo de 2006, acordó conceder a la entidad O.F., S.L. licencia urbanística para la ejecución de las obras, y que no consta que tenga licencia de primera utilización o primera ocupación ni que se haya presentado comunicación previa a la instalación de la actividad clasificada. En cuanto al estado de las obras, una vez girada visita, se constata que no se están desarrollando de conformidad con el proyecto, destacando como diferencias principales el cambio de ubicación de tres pistas de pádel, así como la inejecución de la pista de squash, la piscina, las rampas, el graderío, una de las tres pistas de tenis, los vestuarios, los aseos, la recepción. Indica asimismo que hay una zona cubierta con sillas que no figuraba en proyecto y un contenedor de obra.

- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 8 de octubre de 2013, se requiere a los responsables del contrato a fin de que informen acerca lo actuado por parte del concesionario después de los requerimientos efectuados.

En informe de 20 de noviembre de 2013, después de hacer constar los antecedentes relevantes, se indica que en esta fecha no se ha obtenido respuesta alguna por parte del concesionario a los requerimientos realizados por la Administración, por lo que se han personado en las instalaciones para supervisar el control de calidad de las mismas, observando que siguen abiertas al público, que se encuentran en peores condiciones, sin ninguna mejora al respecto con el peligro que conlleva, sin garantizar la seguridad de los usuarios en pista.

En este informe se propone la incoación de expediente de resolución de la concesión con fundamento en el incumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones esenciales, en aplicación del art. 243 en relación con el 264.1 apartados j) y k) TRLCAP, dado que no se ha ejecutado la obra con arreglo a lo dispuesto en el contrato y la ausencia de pago del canon.

2. Con estos antecedentes, la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 25 de noviembre de 2013, acuerda iniciar el procedimiento de resolución de la concesión, fundamentado en las señaladas causas.

Consta en el expediente que mediante Acuerdo plenario de 29 de septiembre de 2011 se delegó en la Junta de Gobierno Local el seguimiento y adopción de cuantos acuerdos sean precisos durante el plazo de ejecución del contrato que nos ocupa, por lo que a este órgano corresponde el inicio y resolución del presente procedimiento.

Consta además en el expediente el cumplimiento de los trámites preceptivos. De este modo, el Acuerdo de inicio se ha notificado a la concesionaria, así como a su

avalista, presentando alegaciones la primera en las que se opone a la resolución contractual, y se ha emitido informe por la Secretaría y la Intervención municipales. Se ha elaborado finalmente la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento.

III

Sin perjuicio de lo señalado acerca del cumplimiento de los trámites preceptivos, el procedimiento de resolución contractual ha de considerarse caducado, al haber transcurrido el plazo de tres meses que para su resolución establece 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 (LRJAP-PAC).

Sobre esta cuestión es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo la de considerar aplicable el instituto de la caducidad a los procedimientos de resolución de los contratos administrativos. Señala, así, la STS de 22 de marzo de 2013, en la misma línea que las de 2 de octubre de 2007, 9 de septiembre de 2009 y 28 de junio de 2011, entre otras:

«(...) entre las prerrogativas que en materia de contratación pública poseen las distintas Administraciones se halla la de resolver los contratos determinando los efectos de esa decisión, y esa resolución la pueden acordar los órganos de contratación bien de oficio o a instancia del contratista, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine, y añade la norma que los acuerdos que decidan la resolución pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos. De lo anterior deduce esta Sala que la resolución del contrato constituye un procedimiento autónomo y no un mero incidente de ejecución de un contrato, que tiene sustantividad propia, y que responde a un procedimiento reglamentariamente normado como disponía el art. 157 del Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975, y como recoge ahora el art. 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

A ratificar lo anterior ha venido la doctrina sentada en la Sentencia del Pleno de esta Sala de 28 de febrero de 2007, que en su Fundamento de Derecho Cuarto señala que “Así, en el caso de autos, la petición de intereses deducida es una incidencia de la ejecución de un contrato de obras. No existe un procedimiento específico relativo a la ejecución del contrato de obras; sólo lo hay, en la relación de procedimientos

existentes para las peticiones de clasificación de contratistas, modificación, cesión o resolución del contrato o peticiones de atribución de subcontratación”.

Al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente el procedimiento de resolución del contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a las Administraciones Públicas impone el art. 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo, que al no estar establecido por su norma reguladora la Ley lo fija en tres meses en el artículo citado y el art. 44 de la Ley 30/1992, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, en vigor cuando se inició el procedimiento, en su apartado 1 mantiene que “en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos” y en su número 2 dispone como efecto del vencimiento del plazo que “en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92”».

Como consecuencia de lo expuesto, en el caso examinado cuando la Administración dictó la Resolución por la que resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía, y lejos de ello lo que debió decidir fue la caducidad del expediente y el archivo de las actuaciones sin perjuicio de los efectos a que se refiere el art. 92.3 LRJAP-PAC.

Pues bien, en el presente caso el procedimiento fue iniciado el 25 de noviembre de 2013 mediante el correspondiente Acuerdo del Consejo de la Junta de Gobierno Local, por lo que el plazo de tres meses se encuentra vencido desde el 25 de febrero de 2014.

Por consiguiente, el procedimiento de resolución iniciado se encuentra incurso en causa de caducidad, al no haberse resuelto y notificado al contratista en el plazo de tres meses desde su incoación, de acuerdo con lo previsto en el art. 44.2 en relación con el art. 42.2 LRJAP-PAC.

En definitiva, debe declararse la caducidad del presente procedimiento de resolución del contrato, sin perjuicio de la procedencia de tramitar un nuevo

procedimiento de resolución, cuyo inicio deberá acordarse formalmente, debiendo incorporarse al mismo las actuaciones obrantes en el expediente remitido, y en el que, tras dar audiencia al contratista y al avalista y redactar la correspondiente Propuesta de Resolución, se deberá recabar el dictamen de este Consejo, adoptando las cautelas que impidan que transcurra el plazo máximo para resolver establecido en el citado art. 42 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

Por las razones que se expresan en el Fundamento III, no procede entrar a conocer el fondo del asunto, debiendo acordarse la caducidad del procedimiento y el inicio, en su caso, del procedimiento de resolución pertinente, basado en la causa que proceda y con realización de los trámites jurídicamente exigibles, formulándose nueva Propuesta de Resolución que deberá ser dictaminada por este Organismo.