



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 0 6 / 2 0 1 5

(Sección 2ª)

La Laguna, a 10 de septiembre de 2015.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tazacorte en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de concesión para el uso privativo de un Kiosco Bar de propiedad municipal, sito en la Avenida del Emigrante del municipio de Tazacorte, suscrito con la empresa P.G., S.L. (EXP. 308/2015 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Tazacorte, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de uso privativo de un kiosco bar, mediante la modalidad de concesión administrativa, y la consecuente extinción de la concesión.

El contrato, publicada su licitación en el Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife el 29 de junio de 2012, fue adjudicado por Acuerdo plenario el 27 de septiembre de 2012 y suscrito el 11 de octubre de 2012, con un plazo de ejecución de seis meses.

2. La legitimación del Alcalde para solicitarlo resulta de los arts. 11.1.D.d) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto citado con el art. 211.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el cual es de aplicación en virtud de los arts. 2.1 y 3.1,a) del mismo y por la remisión del art. 78.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, (RBCL), aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, a la legislación de contratación administrativa.

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

3. Se recaba dictamen en cumplimiento del fallo de la Sentencia de 14 de mayo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, recaído en procedimiento ordinario nº 356/2013, tramitado a instancia de la mercantil P.G., S.L., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, de 6 de agosto de 2013, por el que se declara la extinción de la concesión del kiosco-bar referenciado, fallo que estima el recurso interpuesto, anula el acuerdo impugnado y acuerda la retroacción de actuaciones con la finalidad de que se solicite el preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo.

Según se deduce del Acuerdo del Pleno municipal de 6 de agosto de 2013 anulado -y que ha de entenderse como la propuesta de resolución que se somete a dictamen de este Consejo-, se pretende la resolución contractual con fundamento en la causa definida en el apartado g) del art. 223 TRLCSP, esto es, la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, mientras que en el punto segundo del Acuerdo se establece que procede resolver el contrato por "incumplimiento culpable del concesionario al demoler el kiosco bar de propiedad municipal, haciendo imposible el objeto de la concesión administrativa". Asimismo se acuerda reclamar al concesionario una indemnización por daños y perjuicios por importe de 13.080 euros, correspondientes a la valoración de la instalación demolida, suma de la que se deducirá la incautación de la garantía.

4. Los términos pactados son los contenidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares que han de servir de base a la concesión administrativa, que incluye (cláusula séptima) que el adjudicatario realizará a su costa las obras de adecuación-reforma del kiosco existente y de su entorno delimitado por el proyecto realizado por la Oficina Técnica Municipal. En ese proyecto, que contiene cómo ha de quedar el kiosco remodelado, existe descripción pormenorizada de las obras a realizar y en el capítulo dedicado a los presupuestos parciales (presupuesto parcial nº 1 DEMOLICIONES, folio 132). De la lectura de las unidades de obra contenidas en el citado presupuesto parcial no se deduce que se trate de un previsión de demolición de todo el kiosco: "demolición de tabique (...)"; demolición de solado de losa hidráulica (...)"; arranque carpintería (...) por medios manuales, incluso limpieza, apilado y acopio de material a pie de obra"; "levantado de fregadero (...)"; "levantado de inodoro (...)"; "levantado de lavabo (...)"; "transporte de escombros (...)"; y, finalmente, demolición de pavimento de hormigón en masa y de forjados de semiviguetas y bovedillas (...)".

El 3 de diciembre de 2012, informa el arquitecto municipal que las obras en ejecución en el kiosco-bar no se ajustan al proyecto redactado por la Oficina Técnica Municipal. El 7 de diciembre de 2012, se dicta el Decreto 514/2012 ordenando la paralización de las obras y se solicite su legalización [el inmueble originario se encuentra en una situación ilegal de fuera de ordenación (folio 211)]. El 11 de enero informa el arquitecto municipal sobre las obras que se han ejecutado; que el kiosco antiguo fue demolido; y que no se ha emitido licencia de obras para la reforma que se planteaba sobre aquel solicitada el 29 de noviembre de 2012.

El 14 de enero de 2014, la Oficina Técnica Municipal propone denegar la licencia de obras al resultar inviable la legalización de las mismas por la demolición total del objeto de la concesión, que produce una modificación de la naturaleza de la obra, que deja de ser de adecuación o reforma y se convierte en régimen de fuera de ordenación. Asimismo, propone el restablecimiento del orden jurídico, requiriendo al concesionario proyecto de demolición para la ejecución voluntaria de lo ordenado. El 16 de enero de 2013, solicita que se den por iniciados los trámites de legalización de las obras; su paralización; y la redacción, por parte del Ayuntamiento, del proyecto de legalización de las obras suspendidas.

El 18 de enero de 2013, se dicta el Decreto 17/2013 por el que se deniega la autorización y legalización solicitada; y el 21 de marzo se requiere al interesado con urgencia para que presente un proyecto de demolición, con advertencia de su ejecución subsidiaria por el Ayuntamiento en caso de incumplimiento.

El 27 de marzo de 2013, el concesionario presenta el proyecto demandado y el compromiso de encargo de la dirección técnica responsable de las obras de demolición; el 12 de junio, la Oficina Técnica Municipal informa que se ha ejecutado en su totalidad conforme al proyecto presentado.

El 30 de enero de 2013, se había dispuesto la incoación del expediente de resolución. El 18 de febrero de 2013, el arquitecto municipal valora el inmueble en 13.080 euros (folio 315).

II

1. No consta que se haya contestado a las alegaciones que el contratista realizó tanto al procedimiento de denegación de licencia de obras (solicitada el 20 de noviembre de 2012) como al de resolución contractual que posteriormente se declaró caducado (págs. 228 a 229 y 318 a 319 del expediente) en las que, entre otras cosas,

afirma que no existe la gravedad necesaria para la extinción y/o resolución del contrato y haber seguido órdenes verbales de la Oficina Técnica Municipal en la demolición y construcción del nuevo kiosco, actuaciones demostrativas de su buena fe ante los diferentes decretos y órdenes del Ayuntamiento.

El art. 89 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) reclama que la resolución que ponga fin al procedimiento “decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo”.

2. El presente procedimiento de resolución contractual -tras el inicio y la declaración de caducidad de uno anterior (de fechas 30 de enero y 20 de junio de 2013, respectivamente)- se inició de oficio el 20 de junio de 2013 por Decreto de la Alcaldesa y se resolvió por Acuerdo el Pleno del Ayuntamiento el 6 de agosto de 2013 (posteriormente anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa), notificándose el 21 del mismo mes, por lo que transcurrieron dos meses entre el inicio y la terminación del procedimiento.

La sentencia anulatoria de dicho Acuerdo, que ordena retrotraer actuaciones, es de 14 de mayo de 2015. El Pleno del Ayuntamiento, el 9 de julio de 2015, asume la propuesta contenida en el informe jurídico emitido el 2 de julio de 2015, y, en cumplimiento del fallo, tiene por anulado el Acuerdo de 6 de agosto de 2013, retrotrae las actuaciones, y solicita de este Consejo el preceptivo dictamen.

3. Como la Administración local que solicita el presente dictamen ya conoce, pues declaró en el presente caso la caducidad de un procedimiento anterior, reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (contenida, entre otras, en las Sentencias de 19 de julio de 2004, 2 de octubre de 2007, de 13 de marzo de 2008, 9 de septiembre de 2009, y de 8 de septiembre de 2010) considera, que la seguridad jurídica y el principio de legalidad de la actuación administrativa (arts. 3.1 y 53 LRJAP-PAC) impiden que la Administración mantenga indefinidamente abierto un procedimiento de resolución contractual; que ante la ausencia de una norma que fije un plazo específico para la resolución de esos procedimientos, les es de aplicación, en virtud de la disposición final tercera.¹ TRLCSP; y el art. 42.3 LRJAP-PAC determina que en esos procedimientos la resolución debe notificarse en el plazo de tres meses contado desde la fecha del acuerdo de iniciación *de oficio*. No obstante, habida cuenta que este procedimiento se incoa en ejecución de un Sentencia del Juzgado Contencioso

Administrativo de Santa Cruz de Tenerife, estamos ante un procedimiento incoado a instancia de parte.

III

1. Hay informes en el expediente, jurídicos y del arquitecto municipal, que declaran, por un lado, que la obra que se estaba ejecutando no coincide con el proyecto redactado por la Oficina Técnica Municipal al que debía ajustarse como objeto de la concesión administrativa; también de la demolición del kiosco primitivo, cuya modificación, ya no es posible. También existe la valoración consecuencia de esa actuación que se entiende que es a la que debe responder el contratista.

2. Pues bien, todo ello se estima insuficiente para valorar la resolución planteada. Como se ha anticipado, debe responderse a todas la cuestiones planteadas por la entidad concesionaria en sus alegaciones y ofrecimientos, y justificar motivadamente la imposibilidad de aplicar, en toda su extensión, el art. 223.g) TRLCSP, en lo que se refiere a "(...) la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I".

CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas en los Fundamentos II y III del presente dictamen, no procede emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, debiéndose proceder en consecuencia, tras lo que se deberá elaborar una nueva Propuesta de Resolución que dé cumplida respuesta a las cuestiones planteadas y se remitida a este Consejo para su dictamen.