



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 10 de marzo de 2016.

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 (...) municipio de Tazacorte, suscrito con la empresa P.G., S.L. (EXP. 47/2016 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 de un procedimiento de extinción de la concesión de un kiosco-bar sito en (...) y de resolución del contrato.

2. La legitimación del Alcalde para solicitarlo resulta de los arts. 11.1.D.d) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con 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, el cual es de aplicación en virtud de los arts. 2.1 y 3.1.a) del mismo y por la remisión del art. 78.2 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.

II

1. 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

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

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.

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 del Pleno del Ayuntamiento el 6 de agosto de 2013 (posteriormente anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa), notificándose el 21 del mismo mes.

El Pleno del Ayuntamiento, el 9 de julio de 2015 asume la propuesta contenida en informe jurídico emitido el 2 de julio de 2015 y, en cumplimiento de sentencia, tiene por anulado el Acuerdo de 6 de agosto de 2013, retrotrae actuaciones y solicita de este Consejo el preceptivo dictamen.

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 (punto primero del Acuerdo) 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".

3. Ese Acuerdo municipal fue remitido a este Consejo para dictamen, según el cual (DCC 306/2015) debido a la existencia de informes insuficientes para valorar la resolución solicitada -pues no se responde a todas las cuestiones planteadas por la entidad concesionaria en sus alegaciones y ofrecimientos, ni se justifica 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"- no procedía emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, debiéndose dar cumplida respuesta a las cuestiones planteadas, tras lo que se deberá elaborar una nueva Propuesta de Resolución que sea remitida a este Consejo para dictamen.

III

1. Se remite nueva documentación a este Consejo por el Alcalde de Tazacorte, que se concreta en el Decreto Nº 71/2016, del Alcalde, por el que se desestiman las alegaciones presentadas por P.G., SL, y en el informe Propuesta de Resolución de extinción de concesión administrativa para uso privativo de un kiosco-bar a P.G., S.L.

Del contenido de esa documentación, se destaca, por lo que luego se dirá, lo siguiente:

- Se cuestiona que ante la no comparecencia del contratista en el presente procedimiento se exija por parte de este Consejo que se contesten a las alegaciones por aquel realizadas en el procedimiento anterior, declarado caducado. Sin embargo, se omite que, por sentencia judicial, se anula el acto resolutorio del procedimiento y se retrotraen las actuaciones por falta de dictamen de este Consejo (cuya preceptividad viene exigida precisamente por la oposición del contratista a la resolución del contrato).

- Se reproduce literalmente la contestación que la Administración local ya realizó a las alegaciones contenidas en el procedimiento caducado anterior.

- En relación a si los servicios técnicos del Ayuntamiento tenían conocimiento de las obras de demolición del kiosco y de que el concesionario seguía las instrucciones emanadas por el mismo, el informe Propuesta de Resolución se limita a expresar que no se encuentra documentación alguna al respecto y que no entra a valorar la veracidad de las mismas porque cualquier apreciación podría calificarse de subjetiva (*sic*).

2. Este Consejo estima que, por distintas razones, en esta ocasión tampoco puede abordar el fondo del asunto puesto que esa documentación sigue siendo insuficiente.

A. No puede hacerlo, en primer lugar, porque la instructora debió recabar informe del Servicio Técnico sobre las manifestaciones del concesionario; en particular, debió requerir a ese Servicio para que informara sobre si conocían que se estaban realizando esas obras y si, además de conocerlas, dieron instrucciones al concesionario, como este afirma.

Hemos de recordar que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) es de aplicación subsidiaria en materia de contratación administrativa,

según establece la disposición final tercera TRLCSP, por lo que el procedimiento en virtud de cual se decida la resolución de los contratos administrativos ha de observar las normas que regulan la tramitación del procedimiento administrativo común.

Así, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, consolidada desde la STS de 19 de noviembre de 2000, el procedimiento de resolución contractual es esencialmente contradictorio, pues ha de quedar garantizada la presencia de las partes en toda su tramitación.

Por lo que respecta a la fase probatoria, la regla general del Derecho, contenida en el art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, impone a las partes la carga de probar los hechos que presenta como fundamento de su alegato. De ahí que el art. 80.1 LRJAP-PAC establezca que cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados, acordará la apertura de un período de prueba; y según su apartado 2, sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

Por su parte, el art. 82.1 LRJAP-PAC dispone que, a efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que se juzguen necesarios para resolver, fundamentando la conveniencia de reclamarlos.

En el presente caso, es evidente que la Instructora, ante las manifestaciones del contratista de que el Servicio técnico no solo conocía el inicio de las obras de reforma del kiosco sino que dio instrucciones de cómo debían hacerse, hubo de o abrir periodo probatorio -en el que el contratista pudiera proponer las que estimara pertinentes para probar su alegación- o recabar informe del Servicio Técnico -o ambas cosas a la vez- a efectos de verificar los hechos alegados por el contratista que la Instructora no entra a valorar.

B. El segundo motivo por el que este Consejo no puede entrar en el fondo del asunto planteado es que se ha prescindido de un nuevo trámite de audiencia. El art. 84.4 LRJAP-PAC permite omitir dicho trámite únicamente cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado. La Propuesta de Resolución no se preocupa en argumentar por qué se prescinde del tal trámite.

Este Consejo entiende que existe documentación nueva (la remitida a este Consejo: Decreto de la Alcaldía Nº 71/2016 e informe Propuesta de Resolución) que

ha debido conocer el interesado para, en su caso, realizar las alegaciones que estimare pertinentes.

Además de ello, la propia existencia del Dictamen 306/2015 es un hecho nuevo que si bien no entra en el fondo del asunto posee la suficiente relevancia jurídica como para que tuviera que ser conocido por las partes en la medida en que pone de manifiesto defectos formales en la tramitación del procedimiento de resolución contractual que nos ocupa.

3. Todo ello, la falta de apertura de un periodo probatorio (y/o la solicitud de informe al Servicio Técnico) y la omisión de un nuevo (y preceptivo) trámite de audiencia, produce indefensión al afectado, por lo que la Propuesta de Resolución es contraria a Derecho.

La consecuencia de la existencia de esas deficiencias que producen indefensión es, como se dijo, la improcedencia de emitir un dictamen sobre el fondo del asunto, debiéndose retrotraer las actuaciones a fin de abrir periodo probatorio (o pedir informe al Servicio Técnico) sobre la veracidad de las manifestaciones vertidas por el concesionario, así como ponerle de manifiesto la nueva documentación obrante en expediente. Una vez realizados esos trámites es cuando se ha de proceder a la redacción de una nueva Propuesta de Resolución que se someta a la consideración de este Consejo.

C O N C L U S I Ó N

Por las razones expuestas en los fundamentos de este Dictamen 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 (...) que se dictamina no se ajusta a Derecho.