



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 12 de junio de 2017.

Dictamen solicitado por la Ilma. Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Telde en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de adjudicación del derecho de superficie sobre las parcelas P-1 y P-2 de U.A. La Mareta 1, suscrito entre el Ayuntamiento de Telde y la entidad Mercantil (...) (EXP. 177/2017 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la señora Alcaldesa del Ayuntamiento de Telde, es la propuesta de acto decisorio del procedimiento de resolución del contrato para la constitución del derecho de superficie sobre las parcelas P-1 y P-2 de la unidad de actuación de La Mareta para la ejecución y explotación de un parque de equipamiento recreativo, de ocio, comercial y hotelero, adjudicado a la sociedad mercantil (...), la cual se ha opuesto a la resolución contractual.

2. A través de un procedimiento abierto de concurso el Pleno del Ayuntamiento de Telde adjudicó el 22 de mayo de 2003 a la sociedad mercantil (...), un contrato para la constitución de un derecho real de superficie sobre las parcelas P-1 y P-2 de la unidad de actuación de La Mareta para la ejecución y explotación de un parque de equipamiento recreativo, de ocio, comercial y hotelero. La fecha citada determina que la regulación substantiva del contrato la constituyan el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en virtud del apartado 2 de la Disposición Transitoria

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

3. El primer apartado de la Cláusula primera del Pliego de Condiciones Jurídicas, Económicas y Administrativas del contrato dice así:

«Es objeto de este Pliego, establecer las bases facultativas, jurídicas, económicas y administrativas que regirán el concurso, en procedimiento abierto, para la adjudicación y constitución de un derecho de superficie sobre el bien inmueble de propiedad municipal descrito a continuación en este pliego, para la construcción y explotación de un Parque de Equipamiento comercial, de ocio y hotelero».

Las Cláusulas segunda y cuarta describen que ese bien inmueble de propiedad municipal son las parcelas P-1 y P-2 situadas dentro del ámbito territorial del Plan Especial del Parque Comercial de Telde en la zona denominada La Mareta. La parcela P-1 está incluida en la Unidad de Actuación La Mareta-1 y la parcela P-2 en la Unidad de Actuación La Mareta-2. Las alineaciones, las rasantes y los volúmenes de cada una de ellas se remiten a los respectivos Estudios de Detalle 1 y 2. Ambas figuran en el inventario municipal como bienes de naturaleza patrimonial. Según el planeamiento su uso dominante es el equipamiento terciario dedicado a actividades comerciales en todos sus grados, recreativas, salas cinematográficas, locales de hostelería, residencias de tercera edad.

Con la constitución de este derecho real de superficie el adjudicatario quedaba obligado a construir sobre las parcelas un parque de equipamiento comercial, de ocio y hotelero con las correspondientes obras de urbanización, por lo cual la oferta de los licitadores debía incluir un anteproyecto de la obra del parque de equipamiento recreativo, de ocio, comercial y hotelero, ajustado en su redacción a los criterios técnicos básicos contemplados en el Plan General de Ordenación Urbana de Telde (Cláusula 11.2 del Pliego); cuya calidad y contenido constituía uno de los criterios de adjudicación que podía ser valorado hasta los cien puntos (Cláusula 13 del Pliego). La Cláusula 7 del Pliego, dedicada a los derechos y obligaciones del adjudicatario, establece en su apartado 1 que el adjudicatario redactará a su costa los estudios, anteproyectos, proyectos, y demás documentación técnica necesaria para la ejecución de las obras del parque de equipamiento objeto del concurso así como los proyectos de obras de urbanización. Como uno de los estudios necesarios para la ejecución de ambas clases de obras, las de construcción del edificio y las de urbanización, son los Estudios de Detalle a los que se remite las Cláusulas 2 y 4 que

describen las parcelas, es claro que la redacción y presentación para su aprobación de esos Estudios de Detalle son obligaciones del adjudicatario.

La Cláusula 7.3 del Pliego dispone que el adjudicatario debía presentar ante la Administración en el plazo de cuarenta y cinco días, contados desde la notificación de la adjudicación del mismo, el Proyecto Básico de las obras. Después de la presentación de este documento técnico, disponía de otro plazo de cuarenta y cinco días más para la presentación de los Proyectos de Ejecución y los respectivos Estudios de Seguridad y Salud así como de los Planes de Seguridad y Salud.

El derecho de superficie tendría la duración que propusiera el licitador que resultara adjudicatario con un máximo de setenta y cinco años a contar desde la inauguración y apertura al público del Parque de Equipamiento comercial, de ocio y hotelero. El término de ese plazo comportaba la adquisición por el Ayuntamiento de Telde de la propiedad de las edificaciones e instalaciones construidas, sin indemnización alguna por ningún concepto al titular del derecho de superficie, o a aquel o aquellos que de él traigan justa causa y título, provocando la extinción de toda clase de derechos reales o personales contratados con terceros por el adjudicatario. En consecuencia, sería nula cualquier obligación contraída por el superficiario en relación con la parcela e inmuebles edificados sobre la misma por un plazo superior al de la concesión del derecho de superficie. Por este motivo se establece que el superficiario se obliga a entregar el Parque de equipamiento objeto del concurso en perfectas condiciones de uso y funcionamiento. La entrega y recepción del parque se realizará con la formalización de la oportuna acta que podrá ser expedida unilateralmente por el Ayuntamiento si citado en forma dos veces el titular del derecho de superficie no compareciere para la firma de aquel documento administrativo que las partes reconocen como bastante para su acceso al Registro de la Propiedad, y cancelación del derecho de superficie y consolidación del pleno dominio a favor del Ayuntamiento (Cláusulas 5 y 7.6).

El superficiario y promotor de la obra tenía derecho a explotarla conforme a su destino durante el plazo por el que se concedía el derecho de superficie, satisfaciendo, según la Cláusula 6 del Pliego, un canon único por dicha concesión de 14.537.881 euros, que se debía abonar de la siguiente manera:

a) El 35% del precio más el IGIC correspondiente, en el plazo de diez días a partir de la fecha de la adjudicación mediante ingreso a favor del Ayuntamiento de Telde en la cuenta corriente que se le indicará en la notificación del acuerdo de

adjudicación, corriendo de cuenta del mismo el pago de los anuncios respectivos, cuya cuantía se le notificará conjuntamente con la adjudicación.

b) El 35% del precio más el IGIC correspondiente, en el plazo de tres meses contados a partir del día siguiente al de la notificación del acuerdo de adjudicación.

c) El 30 % restante del precio más el IGIC, en el momento de la firma de la escritura a favor del adjudicatario, que se efectuará en el plazo de diez días siguientes a la aprobación definitiva del estudio de detalle.

Es claro, pues, que el pago de las dos primeras cuotas del canon es independiente del otorgamiento de la Escritura por la que se constituye el derecho de superficie a favor del adjudicatario. El *dies ad quem* de los respectivos plazos para el pago de ambas cuotas está vinculado a la notificación del acuerdo de adjudicación. El momento de pago de la tercera cuota coincide con el momento de la firma de la mencionada Escritura. El otorgamiento de esta Escritura estaba condicionado a la aprobación definitiva del estudio de detalle, cuya redacción y presentación para su aprobación son obligaciones del adjudicatario.

Esta misma Cláusula 6 preveía la resolución del contrato si el adjudicatario no procedía al pago en el plazo previsto.

La Cláusula 17 estatúa que el adjudicatario debía constituir a disposición del órgano de contratación, por cualquiera de los medios autorizados en el art. 36.1 TRLCAP y, dentro del plazo de quince días naturales desde que le fuera notificada la adjudicación, una garantía definitiva por importe del 4% del importe de la adjudicación del contrato que se mantendría hasta la finalización y expedición de la certificación final de obra y acta de conformidad expedida por el Ayuntamiento de Telde.

El plazo máximo de ejecución de las obras se fijaba en 16 meses a partir de la fecha de la comprobación del replanteo (Cláusula 19).

Al Ayuntamiento le correspondía ejercer de una manera continuada y directa la inspección de las obras durante su ejecución, designando para ello los técnicos que estime necesario. Las obras debían ajustarse exactamente a los proyectos aprobados y cualquier modificación, que sólo podían ser de carácter estrictamente imprescindible, necesitaba la aprobación del órgano de contratación, especialmente aquellas que afectaran a las obras incluidas en el canon concesional (Cláusula 20).

Además de las expresamente previstas en la Ley, como causas específicas de resolución del contrato la Cláusula 21 establece las siguientes:

- «a).-El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.
- b).-La falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva en plazo o la no formalización del contrato en plazo.
- c).- El incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, especialmente las contempladas en la cláusula 7 del presente pliego.
- d).-Por disolución o quiebra de la sociedad adjudicataria, sin que exista derecho a indemnización alguna.
- e).-Por no presentar en el plazo y forma establecidos en el pliego, los proyectos definitivos de las obras.
- l).- Incurrir en graves defectos en la ejecución de las obras, salvo que sean subsanados con las debidas garantías técnicas.
- i).- Dedicación del Parque comercial, de ocio y hotelero, a usos distintos a los específicamente señalados en este pliego, sin previa autorización municipal, si procediere.
- j).- No atender con la debida diligencia y cuidado el mantenimiento del Parque de equipamiento o no cumplir las instrucciones dictadas por la Administración municipal sobre dichos particulares».

4. Se ha expuesto lo más sintéticamente posible el contenido de los Pliegos para dilucidar si merece la calificación de contrato administrativo o de contrato privado, porque se presenta expresa y formalmente como un contrato por el que se adjudica la creación de un derecho de superficie sobre unas parcelas que tienen la calificación de bienes inmuebles de naturaleza patrimonial, por lo que, según el apartado 3 del art. 5 TRLCAP, sería, en su calidad de negocio jurídico sobre bienes inmuebles, un contrato privado y, por ende, las controversias entre las partes sobre sus efectos y extinción (la resolución es una forma de extinción de la relación contractual) corresponde al orden jurisdiccional civil, mientras que actos que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato se consideran actos jurídicos separables, que son impugnables ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Sin embargo, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el régimen jurídico de los contratos es el que corresponde a su verdadera naturaleza con independencia de la denominación que le den las partes (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala I, de 16 de mayo de 2000 y 3 de noviembre de 2010 y de la Sala III, de 10 de julio de 2008, entre otras muchas).

En este caso el contrato tiene un carácter instrumental, para permitir el establecimiento del derecho real de superficie. Este carácter subordinado del contrato respecto del derecho real de superficie obliga a que analicemos esta figura, para determinar su vinculación «al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública» (art. 5.2.b. TRLCAP). Aunque se trate de una categoría jurídica encuadrable en el Derecho privado, el derecho real de superficie, rescatado por el Derecho público, y particularmente por el Derecho Urbanístico, para sus fines propios [arts. 53 y 54 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLRURJ), aprobado por RDL 7/2015 de 30 de octubre, y ya regulada en la entonces vigente legislación urbanística estatal básica] se considera un instrumento principalmente al servicio de fines públicos (está encuadrada en el Título VII del TRLRURJ, *Función social de la propiedad y gestión del suelo*).

Pues bien, esta vinculación con el giro o tráfico específico de la Administración nos permite calificar este contrato como contrato administrativo especial (art. 4.2.b TRLAP), lo que no sólo arrastra la aplicación del régimen jurídico de los contratos administrativos, sino además fundamenta en este caso la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias.

5. Como el presente contrato es un contrato administrativo, puede ser resuelto unilateralmente por la Administración, conforme a los arts. 111 a 113 TRLCAP, a través del procedimiento regulado por el art. 109 RCAP. Al examen de si se han observado los requisitos procedimentales se dedican los siguientes apartados.

6. El procedimiento se inició el 17 de marzo de 2017 por el acuerdo del Pleno de la Corporación, con fundamento en que la contratista no había satisfecho el canon ni consignado la garantía definitiva, lo cual constituye sendos incumplimientos del pliego de cláusulas del contrato, que son causas de resolución contractual.

7. En el procedimiento la contratista ha tenido acceso al expediente y obtenido copia de cuantos documentos obrantes en él ha solicitado y se le ha dado trámite de audiencia, en el cual ha formulado alegaciones oponiéndose a la resolución contractual. No se ha solicitado el informe de la Asesoría Jurídica, porque, según el art. 109, c) RCAP, no es preceptivo cuando la resolución contractual se fundamente, como sucede en el presente caso, en que no se ha constituido la garantía definitiva y en la mora del contratista. En definitiva, en el procedimiento se han observado los trámites exigidos por los arts. 211.1 TRLCSP y 109 RCAP, por lo que no existen irregularidades formales que obsten a la emisión de un Dictamen de fondo.

II

1. Los antecedentes administrativos que se desprenden del Expediente que se dictamina son los siguientes:

1.1. El Pleno del Ayuntamiento de Telde adjudicó el 22 de mayo de 2003 a la sociedad mercantil (...), el contrato para la constitución de un derecho de superficie sobre las parcelas P-1 y P-2 de la unidad de actuación de La Mareta para la ejecución y explotación de un parque de equipamiento recreativo, de ocio, comercial y hotelero por un canon de 16.828.339,00 euros.

1.2. El acuerdo de adjudicación y el requerimiento para que, conforme a la Cláusula 6 del Pliego, pagara el 35% del canon más el IGIC se le notificaron a la adjudicataria el 22 de agosto de 2003.

1.3. El 8 de septiembre de 2003 la contratista aceptó la adjudicación y solicitó el aplazamiento de la obligación de ingresar la primera cuota del canon hasta que obtuviera la licencia comercial.

1.4. Tras los informes pertinentes el 28 de noviembre de 2003 el Pleno acordó desestimar las alegaciones de la contratista, denegar el aplazamiento del abono de la primera cuota del canon y resolver la adjudicación del derecho de superficie por incumplimiento de la cláusula 6 en relación con la 14 del Pliego. Sobre la decisión de resolver el contrato se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Consultivo cuando ya hacía tiempo que había sido adoptada y notificada. Por este motivo, el pertinente Dictamen 105/2005, de 30 de marzo, recordó que

«(...) la solicitud ha de remitirse en momento adecuado para que la función consultiva instada se realice precedentemente, de modo que el Dictamen en la que se plasma produzca los efectos legalmente determinados y, por ende, se respete su carácter anterior al acto a producir. Así, el objeto del Dictamen es el Proyecto o Propuesta del mismo y su finalidad es determinar su adecuación jurídica antes de que se dicte, en congruencia con la naturaleza de garantía de la referida función, que actúa como control previo de juridicidad».

A continuación constató y razonó lo siguiente:

«(...) el procedimiento de resolución de la adjudicación del derecho de superficie del que se trata concluyó por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 28 de noviembre de 2003, notificado al adjudicatario el 12 de enero de 2004, habiendo éste formulado incluso recurso contencioso-administrativo contra tal Acuerdo.

Por tanto, pese a ser preceptiva la solicitud de Dictamen en ese procedimiento, lo cierto es que no se efectuó aquélla respecto al Proyecto del Acuerdo formulado por el instructor del mismo, por el que se pretendía resolver. Esto es, estando culminada la tramitación del procedimiento salvo dicha solicitud y el referido Acuerdo, a adoptar por el órgano decisor tras recibirse el Dictamen o, en su caso, transcurrido el plazo para emitirlo sin haberlo sido.

Por consiguiente, máxime estando en marcha un proceso contencioso-administrativo, no procede recabar el Dictamen en estos momentos y sobre el Acuerdo adoptado, ni cabe que se emita el mismo al respecto, no cabiendo en estos momentos y situación procesal la subsanación de este defecto.

Lo que, es claro, comporta que el Acuerdo en cuestión presenta el concreto vicio formal de omisión del preceptivo Dictamen, a solicitar y evacuar, se insiste, sobre su Proyecto o Propuesta, con la correspondiente consecuencia que ello comporta».

Por lo que concluyó:

«(...) no procede pronunciamiento de fondo en este caso, sin perjuicio de advertirse que el Acuerdo del Ayuntamiento en Pleno de 28 de noviembre de 2003, al no haberse sometido a Dictamen de este Organismo su Proyecto o Propuesta, está incurso en vicio formal, con la consecuencia que corresponde».

1.5. La Sentencia 266/2010, de 28 de junio de 2010, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria, resolvió el recurso de la adjudicataria contra el Acuerdo del Pleno de 28 de noviembre de 2003, por haberse dictado sin haber recabado previamente el Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias y desestimó la pretensión resarcitoria porque no estaba acreditada la existencia de un daño real y efectivo.

Esta sentencia se notificó a ambas partes el 26 de julio de 2010. La Sentencia fue apelada por la adjudicataria.

1.6. La Sentencia 193/2011, de 9 de septiembre, de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede Las Palmas del Tribunal Superior de Justicia de Canarias confirmó íntegramente la Sentencia 266/2010.

1.7. El 23 de diciembre de 2011 el Pleno del Ayuntamiento tomó conocimiento de la Sentencia 193/2011, acordó su ejecución y puso a disposición de la adjudicataria el derecho de superficie sobre las parcelas referidas «(...) señalando para el día 14 de febrero de 2012 a las 12:00 horas para su entrega formal, tanto en la sede de la Concejalía de Urbanismo, como físicamente en los terrenos propiamente dichos al objeto de constatar la realidad física de los mismos y el estado en que se encuentran (...)».

1.8. Notificado este Acuerdo a la contratista, ésta presentó un escrito solicitando «el inicio urgente e inaplazable de negociaciones con el Ayuntamiento para resolver los problemas planteados y continuar con el proyecto».

1.9. A la vista de ese escrito, el 22 de febrero de 2012 el Pleno del Ayuntamiento reiteró la puesta a disposición de la contratista del derecho de superficie y la requirió para que satisficiera la primera cuota del canon.

1.10. La entidad mercantil solicitó la ejecución de la Sentencia. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Las Palmas, dictó Auto de 10 de abril de 2013, que declaró ejecutada la Sentencia de 28 de junio de 2010 con base en el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 18 de diciembre de 2012, que tomó conocimiento de la citada Sentencia y la ejecutó poniendo a disposición del ejecutante el derecho de superficie anteriormente reconocido.

1.11. La contratista interpuso recurso de apelación frente a dicho Auto, el cual fue resuelto por la Sentencia 244/2014, de 17 de noviembre, de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede Las Palmas del Tribunal Superior de Justicia. En el Fundamento de Derecho Segundo de esta sentencia se dice:

«El auto apelado estimó ejecutada la Sentencia ya que el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local puso a disposición del recurrente el derecho de superficie anteriormente reconocido. Estimando que basta con que la Administración municipal tome conocimiento y ejecute la Sentencia, con independencia del órgano administrativo que dicte el acuerdo de ejecución. Así mismo, señaló que muchas de las cuestiones planteadas excedían del fallo de la Sentencia.

Compartimos, a grandes rasgos, los razonamientos del auto apelado. Sin embargo, el único matiz que motiva la estimación del recurso de apelación es la razonabilidad de la pretensión del recurrente de que se anulen las segregaciones, parcelaciones, etc. realizadas en la parcela P-1. De tal manera que la entrega del derecho de superficie debió realizarse en las mismas condiciones registrales que la parcela tenía en el año 2003. En este particular, se estima el recurso, la entrega del derecho de superficie debe realizarse en las mismas condiciones que tenía la parcela y, en consecuencia, la Sentencia no está ejecutada en sus propios términos».

En consecuencia, estimó el recurso de apelación y dejó sin efecto el Auto.

1.12. Como consecuencia de esta sentencia, el 10 de febrero de 2015, se adoptó el siguiente acuerdo por la Junta de Gobierno Local:

«Primero.- Tomar conocimiento de la sentencia dictada, el 17 de noviembre de 2014, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Canarias por la que se estima el Recurso número 150/2013 interpuesto por el Entidad (...) contra el Auto de 10 de abril de 2013 del Juzgado de lo Contencioso número tres, por el que se entendía ejecutada la sentencia, de 28 de junio de 2010, emitida en el procedimiento ordinario 31/2012.

Segundo.- Que, atendiendo a las prescripciones derivadas de la resolución judicial dictada y en virtud de la cual, para entender definitiva y fielmente ejecutada la misma en sus términos, acordar y/o habilitar para que se adopte lo pertinente para suprimir o eliminar de la vida jurídica las parcelaciones o segregaciones que se hubieran practicado sobre la denominada Parcela P-1, finca registral 80333 y en concreto la agrupación de la finca registral 87711 a la 80333.

Tercero.- En consecuencia, solicitar al Sr. Registrador de la Propiedad que, con base en lo previsto en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, entienda apto y título suficiente la certificación del acuerdo que en este sentido se adopte por la Junta de Gobierno Local y, en su mérito, proceda a inscribir la agrupación de la finca registra/ 87711 a la que fuera su finca matriz la 80333».

1.13. Este acuerdo se presentó en el Registro de la Propiedad, el cual agrupó la finca inicialmente segregada a la matriz, conformando la unión de una y otra aquella que en el año 2003 constituía la P-1, expidiéndose la documentación registral pertinente que fue remitida al Juzgado al objeto de cumplimentar lo requerido.

1.14. El acuerdo, de 10 de febrero de 2015, de la Junta de Gobierno Local fue recurrido en incidente de ejecución de sentencia que fue resuelto por el Auto 185/2016, de 14 de junio de 2016, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3, donde se dice:

«(...) a tenor de la documentación aportada por la Administración ejecutada, en concreto por certificación registral presentado en el acto de la comparecencia de este incidente, resulta acreditado que la parcela P-1 tiene una superficie de 71.182,51 m², con lo que vuelve a tener la misma extensión que al inicio, cuando le fue concedido el derecho de superficie al ejecutante.

No cabe que por este Juzgado se realice un pronunciamiento de nulidad del Acuerdo de fecha 10 de febrero de 2015, ni de escrituras públicas, ni de inscripciones o asientos porque el art. 103 LJCA sólo permite la declaración de nulidad de actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su incumplimiento, y, precisamente, el Acuerdo citado tiene por objeto el cumplimiento de la Sentencia y, además, las escrituras públicas, las inscripciones y asientos no tienen naturaleza

de actos y disposiciones, sin perjuicio del derecho del ejecutante de acudir a la jurisdicción competente en defensa de sus intereses.

Respecto a la petición de que se incoe expediente de reintegro, la misma excede del fallo de la Sentencia, por lo que no puede plantearse como cuestión incidental en la ejecución de la misma, además de considerar que ya ha sido rechazada por la Sala, pues idéntica pretensión se formuló en el recurso de apelación, según lo antes transcrito, y el órgano superior sólo accedió a la restitución del derecho de superficie en las mismas condiciones registrales que la parcela tenía en el año 2003.

En cuanto a la indemnización pretendida, ya en la Sentencia dictada en los autos principales por este Juzgador se rechazó la reclamación que, en aquel momento, fue fijada en la cantidad de 20.477.857 euros, según el siguiente fundamento: "(...) En cuanto a la indemnización reclamada, es reiterada la doctrina jurisprudencial según la cual el derecho a resarcirse por parte del perjudicado debe ceñirse a los daños derivados directamente de la aplicación del acto legislativo, sin que se deban incluir los gastos relacionados con el contrato pero anteriores a su perfección (como son las propuestas, informes previos a la adjudicación del contrato, los cuales se comprenden dentro del riesgo empresarial); y las meras expectativas de ganancias patrimoniales que los actores incluyen en el concepto de lucro cesante, las cuales dependían, ante todo, del desarrollo de la propuesta comercial.

No habiéndose acreditado otros gastos efectivos y siguiendo la doctrina jurisprudencial (entre otras, STS de 15 octubre 1986 y 3 de febrero de 1989), dado que falta una prueba que determine la certeza de los daños y perjuicios reclamados, al exigirse una prueba rigurosa de las garantías dejadas de obtener, observándose que la indemnización, ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios, es por lo que no procede acceder al reconocimiento de una situación individualizada (...)"

Por tanto, los daños y perjuicios que nuevamente se reclaman ya fueron rechazados por la Sentencia dictada en primera instancia, sin que ahora puedan reproducirse con la excusa del incumplimiento de la Sentencia o el retraso en el cumplimiento de la misma, pues los conceptos son prácticamente idénticos (no poder firmar contratos con terceros, lucro cesante, desequilibrio económico y gastos judiciales).

Pero es que, además, sólo cabría objeto de indemnización, en el marco de esta ejecución, si se hubiera declarado la imposibilidad material o legal de ejecutar la Sentencia, como se indica en el art. 105 LJCA, y, en este caso, dicha declaración no se ha producido.

En conclusión, la única cuestión que puede admitirse es la referida a que se ordene al Ayuntamiento acordar y realizar los actos que, en cumplimiento de la Sentencia 266/10, permitan poner a disposición de la parte ejecutante el derecho de superficie ganado por concurso adjudicado el 23 de mayo de 2003, en las condiciones existentes con anterioridad al

acuerdo anulado por la citada Sentencia 266/10 y ello porque, pese a la reagrupación de fincas, no consta la existencia de escritura pública alguna, firmada entre las partes, por el que se ponga a disposición del ejecutante el derecho de superficie adjudicado, de ahí que así se ordene en la pieza principal de ejecución, llevando testimonio de esta resolución a la misma».

Por consiguiente, la parte dispositiva del Auto decía:

«Estimar parcialmente las cuestiones incidentales planteadas por el Procurador (...), ordenando a la Administración a que acuerde y realice los actos que, en cumplimiento de la Sentencia 266/10, permitan poner a disposición de la parte ejecutante el derecho de superficie ganado por concurso adjudicado el 23 de mayo de 2003, en las condiciones existentes con anterioridad al acuerdo anulado por la citada Sentencia 266/10, llevando testimonio de esta resolución a la pieza de ejecución definitiva, sin hacer expresa condena en costas».

1.15. Por providencia de 15 de junio siguiente, se requirió al Ayuntamiento para que, en el plazo de 30 días, diera cumplimiento a dicho Auto, mediante otorgamiento de escritura pública sobre derecho de superficie a favor del ejecutante.

1.16. El Ayuntamiento promovió un incidente de ejecución de Sentencia en el que solicitó la suspensión del plazo de otorgamiento de escritura pública, al no constar el abono de canon alguno por parte del adjudicatario, cuestión esta que impide la total ejecución de la Sentencia. Este incidente fue resuelto por el Auto 292/2016, de 13 de diciembre de 2016, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3, cuyo Fundamento de Derecho Tercero razona así:

«Pues bien, declarado nulo el acuerdo plenario de resolución del derecho de superficie y habiéndose ordenado que la Administración acuerde y realice los actos que, en cumplimiento de la Sentencia 266/10, permitan poner a disposición del ejecutante el derecho de superficie adjudicado, el trámite siguiente se refiere al pago del canon pues, en este sentido, es claro el iter procedimental previsto en el mismo Pliego que rige la adjudicación, expuesto en el fundamento jurídico anterior, esto es, adjudicado el derecho y notificado al interesado, el mismo debe proceder al pago del precio, en los plazos fijados por el Pliego, y formalizarse el contrato en escritura pública.

No procede acordar la suspensión del plazo concedido para el otorgamiento de la escritura pública, habida cuenta que la formalización de la misma no está sujeta a condición de pago alguna, sólo al transcurso del plazo desde la notificación de la adjudicación, sin perjuicio del requerimiento de pago que la Administración pueda realizar al adjudicatario, conforme a las condiciones 6 y 14 del Pliego y las consecuencias previstas en el mismo documento, en caso de incumplimiento».

1.17. En el expediente obra la Escritura pública, de 27 de enero de 2017, del acta de manifestaciones del representante de la adjudicataria por el cual éste declara que se había personado el 25 de enero de 2016 en el despacho del Notario actuante al objeto de proceder a la firma de la Escritura de constitución del derecho de superficie conforme a un borrador que presentó la Alcaldesa de Telde, que él declaró que estaba dispuesto a firmar si se introducían una serie de modificaciones, que la Alcaldesa manifestó que desde el lunes anterior se le había entregado el borrador de Escritura para que propusiera las modificaciones con antelación a fin de trabajar sobre ellas, pero ante los cambios propuestos respecto a lo que consta en el borrador no procede la firma.

1.18. En el procedimiento de ejecución de la Sentencia se dictó la providencia de 17 de febrero de 2017, que fue recurrida en reposición por la adjudicataria. El Auto, de 17 de marzo de 2017, que resuelve ese recurso, dice:

«Insiste la parte en que debe accederse a lo solicitado en escrito anterior, sin embargo, a la vista de la concreción de la providencia dictada, no cabe más que la desestimación del recurso.

Según el art. 103 LJCA, la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional, y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia, estando las partes obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignan.

Es por ello que este Juzgado, de forma reiterada ha procedido -y lo seguirá haciendo mientras no conste- a instar a la Administración para la ejecución de la Sentencia, resolviendo cuantas cuestiones y dudas se hayan planteado por las partes personadas, para el completo cumplimiento de la misma.

Es por ello que, en la providencia dictada, se tienen por hechas las manifestaciones realizadas por la ejecutante y se le remite a lo ya acordado, en concreto a los autos dictados resolviendo todas las cuestiones planteadas que impedían, hasta ese momento, la ejecución de la Sentencia, sin que se hayan planteado más dudas respecto de la misma. Y ello sin perjuicio de que, habiéndose manifestado objeciones en cuanto al borrador de escritura pública presentado, en el acto de firma de la misma, deban ser las propias partes las que resuelvan las mismas pues este Juzgador, se insiste, ya ha resuelto las a él planteadas, no quedando pendiente ninguna hasta este momento».

1.19. Por el Ayuntamiento se procedió a requerir notarial y judicialmente al representante de la adjudicataria del derecho de superficie sobre las parcelas P1 y

P2 de la Mareta, en primer lugar, «para el pago del 35% del precio más el IGIC correspondiente al primer pago en el término de diez días a partir del presente requerimiento, la cantidad de 5.889.918,65 € (CINCO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS DIECIOCHO EUROS CON SESENTA Y CINCO CENTIMOS) más el 7% de IGIC, ESTO ES, 412.294,30 € (CUATROCIENTOS DOCE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO EUROS CON TREINTA CENTIMOS) conforme a lo dispuesto en la condición 14.1 en relación con la 6.2 del Pliego de condiciones», y, en segundo lugar, para «que constituya a disposición del órgano de contratación y, dentro del plazo de QUINCE DÍAS NATURALES a partir del presente, conforme establece la condición 17 del Pliego, una garantía definitiva por importe del 4% del importe de la adjudicación del contrato que se mantendrá hasta la finalización y expedición de la certificación final de obra y acta de conformidad expedida por el Ayuntamiento de Telde, quedando esta reducida al 4% de la parte del precio que se hubiere aplazado y se encuentre pendiente de pago en este momento», todo ello bajo apercibimiento de que el impago de las cantidades adeudadas conllevará la aplicación de las disposiciones y consecuencias previstas en el Pliego de condiciones que rigió la licitación. El representante de la contratista en su escrito de alegaciones declara que este requerimiento lo recibió por conducto notarial el 27 de enero de 2017.

1.20. El 17 de marzo de 2017 el Pleno de la Corporación acordó iniciar el presente procedimiento con fundamento en que la contratista no había satisfecho el canon ni consignado la garantía definitiva, lo cual constituye sendos incumplimientos del pliego de cláusulas del contrato, que son causas de resolución contractual.

1.21. El informe, de 23 de mayo de 2017, de la Titular del Órgano de Gestión Económico Financiera expresa que: «Según los datos obrantes en la contabilidad municipal y en la cuenta corriente bancaria de (...), (...), titularidad del Ayuntamiento de Telde NO CONSTA INGRESO alguno a nombre de la mercantil (...) ni a nombre de (...), por importes de 5.889.918,65 (cinco millones ochocientos ochenta y nueve mil novecientos dieciocho euros con sesenta y cinco céntimos) y 412.294,30 (cuatrocientos doce mil doscientos noventa y cuatro euros con treinta céntimos)».

2. Antecedentes administrativos que se deducen del análisis de los Expedientes 2039/2005 (segregación de parcela), 1697/2005 (enajenación de parcela) y 28/2008 (nulidad de segregación y enajenación) remitidos por el Ayuntamiento de Telde a este Consejo Consultivo solicitando dictamen sobre Propuesta de Resolución de revisión de oficio, resuelta por nuestro Dictamen 392/2009, de 23 de julio.

2.1. Incoado y tramitado el expediente 2039/2005, por Decreto de la Alcaldía de Telde 5690/2005, de 14 de septiembre se expide licencia de segregación de 6.000 metros cuadrados desde la parcela P-1 (finca registral 80.033), una de las dos objeto del contrato preparatorio del derecho real de superficie, dando lugar a la parcela PA-1 (finca registral 87.711).

2.2. En el expediente 1697/2005 recae acuerdo de 12 de diciembre de 2005 de adjudicación a la empresa Proyectos Inmobiliarios Las Arenas (PILA) de la enajenación de la parcela segregada PA-1, por importe de 10.500.000 euros. Con esta venta de parte del suelo destinado en 2003 a dar soporte al derecho real de superficie deviene imposible la constitución del mismo, pues el Ayuntamiento de Telde (cedente) dejó de ser propietario.

2.3. Tres años después el Ayuntamiento acuerda iniciar la revisión de oficio de los acuerdos de segregación y de enajenación, por considerar que incurrían en nulidad de pleno derecho por vicios de carácter jurídico urbanísticos. En el expediente tramitado al efecto (el 28/2008) no se alegan vicios relacionados con el contrato para el establecimiento del derecho real de superficie, que implícitamente se da por resuelto por acuerdo de 28 de noviembre de 2003, sino que sólo se formulan causas de nulidad derivadas del régimen jurídico-urbanístico de las parcelas resultantes. La Propuesta de Resolución de este procedimiento de revisión de oficio (de 1 de julio de 2009) se somete a consulta de este Consejo, cuyo Dictamen 392/2009, de 23 de julio, acepta los reproches de nulidad radical del Ayuntamiento, pero por la concurrencia de defectos formales de tramitación desestima la revisión de oficio instada, si bien indica al Ayuntamiento que puede intentar una nueva tramitación que salve las irregularidades procedimentales. El Ayuntamiento no reinicia nueva revisión de oficio, por lo que mantienen su vigencia los acuerdos de segregación y enajenación de 2005, y permanece en consecuencia la situación de no propiedad del Ayuntamiento sobre parte del suelo destinado en 2003 al derecho real de superficie, impidiendo la constitución de éste.

2.4. En definitiva, en julio de 2009 el Ayuntamiento, si bien considera que la segregación y ulterior enajenación son nulas, no prosigue la necesaria revisión de oficio, ni tampoco considera que el contrato preparatorio del derecho real de superficie permanezca en vigor, pues lo resolvió por acuerdo de 28 de noviembre de 2003.

2.5. Posteriormente, la Sentencia 266/2010, confirmada por Sentencia 193/2011 del TSJC, declara nulo el acuerdo municipal de resolución del contrato de 2003, reconociendo la vigencia del mismo. Entre 2011 y 2016 el superficiario solicita del Tribunal contencioso-administrativo la ejecución de las sentencias, lo que implica de su parte la defensa de la vigencia del contrato original. No obstante, en todos estos años, es decir hasta mayo de 2016, el Ayuntamiento no acuerda instar del Registro de la Propiedad la reagrupación de la parcela PA-1 (finca registral 87.711) segregada de la matriz P-1 (finca 80033).

2.6. En todo ese largo periodo de tiempo (once años) la carencia de titularidad del Ayuntamiento sobre la totalidad del suelo sobre el que debía constituirse el derecho real de superficie generó la imposibilidad de que éste pudiera establecerse, pues tal figura requiere como condición necesaria que el bien inmueble sobre el que se constituirá sea propiedad del cedente. El contrato original seguía en vigor, al haberse anulado judicialmente su resolución, aunque permaneciese en una suerte de hibernación jurídica. En esta circunstancia, y encontrándose la Administración municipal desvinculada del contrato al considerarlo resuelto, tampoco cabía deducir de él cualquier exigencia de cumplimiento frente a la contratista superficiaria. Hasta la reagrupación registral de las parcelas matriz y segregada, reconocida por Auto 185/2016, de 14 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3, no se restableció la situación que impediría durante todo ese tiempo la efectiva continuidad del procedimiento de establecimiento del derecho real de superficie. Sólo cuando el Ayuntamiento retorna al marco convencional, en 2016, promoviendo la reagrupación de la parcela segregada, se reactiva la efectividad del contrato original, lo que le permite a esta Entidad local exigir a la contratista el cumplimiento de sus obligaciones, y a partir de entonces resulta fundada en Derecho la resolución de aquél por incumplimiento del superficiario. Este mismo criterio constituiría el límite de eventuales reclamaciones de responsabilidad en uno u otro sentido, de resultar fundadas.

3. Alegaciones de la contratista superficiaria.

En su escrito de alegaciones la contratista se opone a la resolución contractual por las siguientes razones:

1º.- Que el trámite de audiencia debió concedérsele por un plazo de entre 10 y 15 días hábiles con base en la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2º.- Existe excepción de litispendencia en favor del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número tres y el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en virtud del principio "non bis in ídem".

3º.- El acuerdo del Pleno, de 17 de marzo de 2017, de incoación del presente procedimiento es nulo conforme al art. 103.4 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, porque ha sido tomado por el Ayuntamiento de Telde con el objetivo de no ejecutar la sentencia núm. 266/2010 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número tres, así como la Providencia de 15 de junio de 2016 del mismo Juzgado dictada conforme a los autos de 14 de junio y 13 de diciembre del mismo año.

4º.- Que no se ha realizado actividad instructora y probatoria alguna con posterioridad a los informes anteriores al acuerdo del Pleno de 17 de marzo.

5º.- Que no consta que se haya emitido informe de la interventora municipal, lo cual es causa de nulidad por ser un trámite esencial.

6º.- Excepción de litispendencia por las Diligencias Previas 2776/2013 instruidas por el Juzgado de Instrucción número dos de Telde. Así como que se ha ampliado la denuncia en las diligencias previas 2776/2013 por el acuerdo del Pleno de 17 de marzo y solicitud de suspensión del acuerdo al Juzgado de lo Contencioso Administrativo número tres y de prejudicialidad a favor del Juzgado de Instrucción.

7º.- Que el acuerdo del Pleno, de 17 de marzo de 2017, de incoación del presente procedimiento es nulo por falta de motivación.

3.1. Respecto a la primera alegación se ha de atender a que la aplicación supletoria de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), a los procedimientos regulados por la legislación de contratación administrativa sólo procede en caso de que la regulación procedimental de ésta presente una laguna de Derecho (D.A. VII TRLCAP, D.F. III.1 TRLCSP), por lo que si la legislación de contratación administrativa establece en el art. 109.1, a) RGCAP una regla expresa y clara en cuanto a que el plazo de audiencia al contratista en el procedimiento de resolución contractual es de diez días naturales, esta es la que se debe aplicar. Esta regla además es coherente con la D.A. XII TRLCSP, según la cual «los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles».

3.2. Respecto a la alegación de cosa juzgada se ha de considerar que la Sentencia 266/2010, de 28 de junio de 2010, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria, resolvió el recurso de la adjudicataria contra el Acuerdo del Pleno de 28 de noviembre de 2003, por haberse dictado sin haber recabado previamente el Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias y desestimó la pretensión resarcitoria porque no estaba acreditada la existencia de un daño real y efectivo. La Sentencia 193/2011, de 9 de septiembre, de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede Las Palmas del Tribunal Superior de Justicia de Canarias confirmó íntegramente la Sentencia 266/2010. Este procedimiento es uno nuevo y diferente y se dirige a la creación de un acto distinto de aquel que anuló la Sentencia 266/2010 exclusivamente por defectos procedimentales sin entrar en el fondo de su legalidad material. La situación jurídica creada por esa Sentencia obliga a las partes a otorgar la Escritura de pública de constitución del derecho de superficie, para lo cual el Ayuntamiento ha removido todos los obstáculos registrales. Si ésta no se ha otorgado aún se debe a objeciones en su contenido que deben ser resueltas por las partes mismas. Como se dice en el Auto, de 17 de marzo de 2017, «la providencia dictada, se tienen por hechas las manifestaciones realizadas por la ejecutante y se le remite a lo ya acordado, concreto a los autos dictados resolviendo todas las cuestiones planteadas que impedían, hasta ese momento, la ejecución de la Sentencia, sin que se hayan planteado más dudas respecto de la misma. Y ello sin perjuicio de que, habiéndose manifestado objeciones en cuanto al borrador de escritura pública presentado, en el acto de firma de la misma, deban ser las propias partes las que resuelvan las mismas pues este Juzgador, se insiste, ya ha resuelto las a él planteadas, no quedando pendiente ninguna hasta este momento».

Pero la situación jurídica consagrada por la Sentencia 266/2010, la obligación de otorgar dicha Escritura, no exime a las partes de las restantes obligaciones dimanantes del contrato que sean independientes de aquélla, en el sentido de que para su cumplimiento no es necesario el otorgamiento de la misma.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha declarado en su Sentencia de 30 de junio de 2003:

«El principio o eficacia de cosa juzgada material -que es de la que se trata- se produce cuando la cuestión o asunto suscitado en un proceso ha sido definitivamente enjuiciado y resuelto en otro anterior por la resolución judicial en él recaída. Tal manifestación de la cosa juzgada, que consagraba el artículo 1252 del CC y ahora el artículo 222 de la LECiv/2000, atiende de manera especial a la seguridad jurídica, evitando que la discusión jurídica se

prolongue indefinidamente mediante la iniciación de nuevos procesos sobre lo que ha sido ya definido o determinado por la Jurisdicción, y, al mismo tiempo, que se produzcan resoluciones o sentencias contradictorias.

La cosa juzgada material produce una doble vinculación: de una parte, negativa o excluyente, obligando al órgano judicial a declarar inadmisibile el proceso cuando advierte que el objeto de éste coincide o es jurídicamente idéntico a lo resuelto en sentencia firme en un proceso anterior; y, de otra, positiva o prejudicial, por la que, si el segundo proceso es sólo parcialmente idéntico a lo decidido en el primero, la decisión de aquél no podrá, sin embargo, contradecir lo definitivamente resuelto en éste. Dicho en otros términos, el órgano judicial del proceso posterior, en el caso de que formen parte de su "thema decidendi" cuestiones ya decididas en sentencia firme anterior deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola como punto de partida.

En su vertiente negativa, la excepción de cosa juzgada tenía su expresa consagración en el artículo 82.d) LJCA -art. 69, d) LJCA- dando lugar a la declaración de inadmisibilidad del recurso Contencioso-Administrativo. Y, en una jurisprudencia que por reiterada excusa la cita concreta de los pronunciamientos de esta Sala que la conforman, se ha configurado dicha causa de inadmisión en torno a la comprobación de la identidad de las pretensiones: de la que fue objeto del proceso decidido por sentencia firme y de la que lo es del nuevo proceso en que se hace valer la causa de inadmisión. Así han de contrastarse los tres elementos: a) identidad subjetiva de las partes y de la calidad en que actúan; b) causa de pedir, "causa petendi", o fundamento de la pretensión; y c) "petitum" o conclusión a la que se llega según los hechos alegados y su encuadramiento en el supuesto abstracto de la norma jurídica invocada.

Así esta Sala ha señalado: "la cosa juzgada tiene matices muy específicos en el proceso Contencioso-Administrativo, donde basta que el acto impugnado sea histórico y formalmente distinto que el revisado en el proceso anterior para que deba desecharse la existencia de la cosa juzgada, pues en el segundo proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo nunca examinado antes, sin perjuicio de que entrando en el fondo del asunto, es decir, ya no por razones de cosa juzgada, se haya de llegar a la misma solución antecedente" (SSTS de 10 noviembre 1982; cfr., asimismo, SSTS de 28 enero 1985, 30 octubre 1985 y 23 marzo 1987, 15 de marzo de 1999, 5 de febrero y 17 de diciembre de 2001 y 23 de septiembre de 2002, entre otras). Y además, claro está, la apreciación de la excepción de cosa exige que se trate no sólo del mismo acto, disposición o actuación material sino también de la misma pretensión u otra sustancialmente idéntica a la que fue objeto del proceso anterior (SSTS, Sala 4.ª, de 22 mayo, 1980). Si en el proceso posterior sobre el mismo acto, disposición o actuación cambian la "causa petendi" o el "petitum" de la pretensión examinada y decidida en la resolución judicial firme anterior tampoco operará en su función negativa la cosa juzgada.

El efecto prejudicial positivo dependerá de la conexión entre el acto, disposición o actuación juzgados y el acto, disposición o actuación respecto de los que se invoca dicho efecto en el proceso ulterior».

Y concluye señalando:

«(...) En el presente caso, no era posible hablar propiamente de excepción de cosa juzgada, con el efecto negativo excluyente que corresponde a tal institución procesal porque en el proceso administrativo el objeto lo constituye una pretensión impugnatoria referida a determinados actos administrativos. Y, en el presente caso, no son los mismos actos de la Administración los impugnados en el primer recurso en el que recayeron las sentencias de 8 de julio de 1992, en instancia, y de 16 de noviembre de 1994, en la casación núm. 1397/92 y los que lo han sido en el proceso de instancia resuelto por la sentencia que ahora se impugna en esta casación».

Esta doctrina jurisprudencial es plenamente aplicable aquí: La Sentencia 266/2010 anuló el Acuerdo, de 28 de noviembre de 2003, del Pleno exclusivamente por defectos procedimentales sin entrar en el fondo de su legalidad material. La cuestión de la legalidad del ejercicio de la potestad resolutoria por incumplimiento de la prestación de la garantía definitiva y del impago del canon, no fue examinada ni resuelta por esa Sentencia ni por la posterior que la confirmó. Por consiguiente, la fuerza de cosa juzgada de la Sentencia 266/2010 no impide que la Administración ejerza por un nuevo procedimiento tramitado correctamente la aludida potestad si se constataren los mencionados incumplimientos.

3.3. La contratista alega que el acto por el que se incoó el presente procedimiento es nulo, porque vulnera los arts. 103.4 y 180.2 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, puesto que se ha dictado con la finalidad de eludir el cumplimiento de la Sentencia 266/2010. Respecto a esta alegación debe recordarse que el Auto 292/2016, de 13 de diciembre de 2016, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3, dictado en un incidente de ejecución de sentencia promovido por el Ayuntamiento con el fin de que se aplazara el otorgamiento de la Escritura hasta que la adjudicataria abonara las dos primeras cuotas del canon, dejó establecido:

a) Que el otorgamiento de la Escritura pública no está sujeto a condición de pago alguna, sólo al transcurso del plazo desde la notificación de la adjudicación. Por ende, la formalización de la misma es independiente del pago del canon.

b) Que adjudicado el derecho de superficie y notificada la adjudicación al interesado, éste debe proceder al pago del precio, en los plazos fijados por el Pliego.

c) La Administración puede requerir al adjudicatario el pago conforme a las condiciones 6 y 14 del Pliego y que en caso de incumplimiento se desplegarían las consecuencias previstas en dicho documento. Como se vio más atrás las cláusulas 6 y 21 del Pliego contemplaban como causa de resolución el incumplimiento de abonar las cuotas del canon en las condiciones establecidas.

Estos pronunciamientos del Auto confirman lo que se acaba de explicar: La fuerza de cosa juzgada de la Sentencia 266/2010 no impide que la Administración ejerza su potestad resolutoria por impago del canon. De donde se sigue, que el ejercicio de dicha potestad no contradice los pronunciamientos de la Sentencia, por ende, el acto que alumbre no tiene como finalidad eludir su cumplimiento.

3.4. También se alega que no se ha realizado actividad instructora y probatoria alguna con posterioridad a los informes anteriores al acuerdo del Pleno de 17 de marzo.

Sobre esta cuestión se debe recordar que la resolución pretende fundarse en que la contratista no ha abonado las dos primeras cuotas del canon ni ha prestado la garantía definitiva. La existencia de estas dos obligaciones está acreditada por el Pliego que aceptó la adjudicataria. La prueba de su cumplimiento le corresponde a ésta, de acuerdo con la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone.

En segundo lugar, la constitución en mora de la adjudicataria no precisa intimación previa por la Administración (art. 95.2 TRLCAP). Establecido en el pliego los plazos en los que debe cumplir sus obligaciones, la contratista incurre sin más en mora si no ha cumplido con ellas antes del vencimiento del plazo correspondiente.

En tercer lugar, en el expediente consta que se le ha requerido para que abone las dos primeras cuotas del canon y preste la garantía definitiva y obra el informe, de 23 de mayo de 2017, de la titular del Órgano de Gestión Económico Financiera que acredita que no ha ingresado en la cuenta corriente bancaria que se le indicó los importes correspondientes a las dos primeras cuotas del canon y a la garantía definitiva. El incumplimiento de la contratista está acreditado.

3.5. También se alega la excepción de litispendencia por la existencia de las Diligencias Previas 2776/2013 instruidas por el Juzgado de Instrucción número dos de

Telde, que se ha solicitado la suspensión del acuerdo del Pleno de 17 de marzo de 2017 al Juzgado de lo Contencioso Administrativo número tres y de prejudicialidad a favor del Juzgado de Instrucción.

Al respecto se debe observar que en el expediente no hay constancia de que el Juzgado de Instrucción número dos de Telde haya dirigido a otro órgano de la Administración de Justicia o al Ayuntamiento resolución alguna dictada en el seno de las citadas Diligencias Previas impidiéndole tramitar el presente procedimiento. Tampoco obra resolución del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número tres en el mismo sentido y motivada por la tramitación de las mencionadas Diligencias Previas. Tampoco figura copia de ellas que permita constatar su existencia y contenido.

Ni el TRLCSP ni la LPACAP contemplan que se suspenda un procedimiento administrativo por la existencia de un procedimiento penal. El art. 22, g) LPACAP contempla una suspensión potestativa, no obligatoria, del plazo máximo para resolver «Cuando para la resolución del procedimiento sea indispensable la obtención de un previo pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional, desde el momento en que se solicita, lo que habrá de comunicarse a los interesados, hasta que la Administración tenga constancia del mismo, lo que también deberá serles comunicado».

Por consiguiente, salvo que recaiga una resolución judicial prohibiendo a la Administración tramitar y resolver determinado procedimiento debido a la tramitación de un procedimiento penal, la mera existencia de este último no impide que la Administración resuelva el primero.

3.6. También se alega que no se ha solicitado informe de la interventora municipal, lo cual es causa de nulidad por ser un trámite esencial. Esta alegación debe ser desestimada porque el procedimiento de resolución contractual tiene su regulación específica en el art. 109 RGCAP, que no prevé que en su tramitación se emita un informe de Intervención.

3.7. La alegación relativa a que el acuerdo del Pleno, de 17 de marzo de 2017, de incoación del presente procedimiento es nulo por falta de motivación carece de todo fundamento porque en los folios 203 a 231 obra certificación de dicho Acuerdo, el cual a lo largo de sus 28 páginas contiene una exhaustiva relación de antecedentes de hecho y una amplia fundamentación jurídica.

En definitiva, por las razones expuestas en este Fundamento se deben desestimar las alegaciones de la contratista.

III

1. Según la Cláusula 6 del Pliego, la adjudicataria debía un canon único por la concesión del el derecho de superficie de 14.537.881 euros, que se debía abonar de la siguiente manera:

a) El 35% del precio más el IGIC correspondiente, en el plazo de diez días a partir de la fecha de la adjudicación mediante ingreso a favor del Ayuntamiento de Telde en la cuenta corriente que le indicara en la notificación del acuerdo de adjudicación.

b) El 35% del precio más el IGIC correspondiente, en el plazo de tres meses contados a partir del día siguiente al de la notificación del acuerdo de adjudicación.

c) El 30% restante del precio más el IGIC, en el momento de la firma de la escritura a favor del adjudicatario, que se efectuará en el plazo de diez días siguientes a la aprobación definitiva del Estudio de Detalle.

Esta misma Cláusula 6 preveía la resolución del contrato si la contratista no procedía al pago en el plazo previsto. Se ajusta esa prescripción convencional a lo establecido por el art. 111.g) TRLCAP.

Está acreditado que la contratista no ha abonado esas dos primeras cuotas del canon ni dentro de los plazos contractuales ni en ningún momento posterior. Por consiguiente, procede la resolución del contrato por esta causa.

2. También está constatado en el expediente que la contratista no ha prestado, ni dentro del plazo de quince días naturales desde que le fue notificada la adjudicación ni en cualquier momento posterior, la garantía definitiva a la cual le obligaba la Cláusula 17 del Pliego. El art. 41.1 TRLCAP dispone:

«El adjudicatario deberá acreditar en el plazo de quince días, contados desde que se le notifique la adjudicación del contrato, la constitución de la garantía definitiva. De no cumplirse este requisito por causas imputables al adjudicatario, la Administración declarará resuelto el contrato».

La Cláusula 21, b) del Pliego reitera esta regulación legal. Por consiguiente, también procede la resolución del contrato por esta otra causa.

CONCLUSIONES

1. Restablecida la integridad de las parcelas P-1 y P-2 de la Mareta sobre las que iba a establecerse el derecho real de superficie, procede la resolución del contrato porque la contratista (...) no ha abonado las dos primeras cuotas del canon dentro de los plazos contractuales; también, subsidiariamente, porque no ha prestado la garantía definitiva.

2. La Propuesta de Resolución que se dirige a declarar resuelto el contrato es conforme a Derecho.