



Roj: **STSJ EXT 29/2016 - ECLI:ES:TSJEXT:2016:29**

Id Cendoj: **10037330012016100020**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **26/01/2016**

Nº de Recurso: **197/2015**

Nº de Resolución: **9/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **CASIANO ROJAS POZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

CACERES

SENTENCIA: 00009/2016

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los Iltmos. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S. M. el Rey, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA N°9

PRESIDENTE :

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS :

DOÑA ELENA MÉNDEZ CANSECO

DON MERCENARIO VILLALBA LAVA

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON CASIANO ROJAS POZO/

En Cáceres a veintiséis de Enero de dos mil dieciséis.

Visto el **recurso de apelación** número **197/2015** interpuesto por **ASERTO EXTREMADURA S.L** representada por el Procurador Sr. Mayordomo Gutiérrez , frente a la **EXCMA DIPUTACION PROVINCIAL DE CACERES (AYUNTAMIENTO DE MALPARTIDA DE PLASENCIA)**, representado por el Letrado de la Diputación; contra Sentencia de fecha 23/07/2015 sobre: **Urbanismo**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Por el Juzgado de lo Contencioso administrativo N° 1 de Cáceres, se remitió a esta Sala recurso contencioso administrativo número 110/14, seguido a instancias de ASERTO EXTREMADURA S.L sobre: Urbanismo.

SEGUNDO : Notificada la anterior resolución a las partes intervinientes se interpuso recurso de Apelación por ASERTO EXTREMADURA S.L, dando traslado a la representación de la parte apelada; aduciendo los motivos y fundamentos que tuvo por conveniente.

TERCERO : Elevadas las actuaciones a la Sala se formó el presente rollo de apelación por proveído de fecha.

CUARTO : En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.-

Siendo Ponente para este trámite el Iltmo. Sr. Magistrado D.CASIANO ROJAS POZO, que expresa el parecer de la Sala.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se somete a examen de la Sala a través de Recurso de apelación, la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de los de Cáceres de fecha 23 de julio de 2015, en sus autos PO 110/2014, que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de Malpartida de Cáceres que establece la medida provisional de suspensión del derecho del agente urbanizador, hoy apelante, a ejecutar las obras incluidas en los programas de ejecución de las Unidades de Ejecución nº 3 y nº 11, posteriormente ampliado al Acuerdo de Pleno de fecha 14/08/2014 que resuelve la adjudicación del programa de ejecución UE-3 por causas imputables a él y, consecuentemente, incauta la garantía definitiva por importe de 12.686,63 euros.

Un conflicto idéntico al que ahora nos ocupa ha sido objeto de nuestra Sentencia nº 227, de fecha 17/12/2015, recurso de apelación 184/2015, seguido entre las mismas partes, con lo que no nos queda sino reproducir lo allí razonado, por aplicación de los principios de igualdad, coherencia y unidad de doctrina.

Razonamos de la siguiente manera, y ahora ratificamos:

"SEGUNDO.- Vuelve la parte a insistir en los argumentos del Recurso principal. A modo de resumen, indicar que sostiene la falta de cobertura legal de la medida cautelar acerca de la suspensión del derecho del agente urbanizador para ejecutar las obras incluidas en el programa de ejecución. Asimismo, expone que no se dan las circunstancias imputables al Agente urbanizador para decretar la resolución ni incautar la garantía. Por su parte el Ayuntamiento pide la confirmación de la Sentencia.

Se hace innecesario, resultando superfluo en consecuencia, volver a exponer todas las circunstancias fácticas, así como las resoluciones dictadas en el expediente en cuestión. Es de sobra conocido por las partes y consta no sólo en la resolución del Consejo Consultivo, sino también en el fundamento tercero de la Sentencia, las circunstancias de hecho a las que nos referimos. En Sentencia de 20 febrero 2008, el Tribunal Supremo con remisión a las de fechas 28 de octubre de 2006 (recurso de casación 4245/2003), 27 de marzo de 2007 (recurso de casación 6007/2003), 6 de junio de 2007 (recurso de casación 7376/2003), 27 de diciembre de 2007 (recurso de casación 10/2004) y 5 de febrero de 2008 (recurso de casación 714/2004) indica que «es aplicable a las adjudicaciones de actuaciones urbanísticas lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 13/1995, de 18 de mayo, y en el Texto Refundido de la misma aprobado por Real Decreto 2/2000, de 16 de junio, dado que estos textos legales constituyen legislación básica sobre contratos administrativos de acuerdo con el artículo 149.1.18ª de la Constitución y han incorporado a nuestro ordenamiento interno el propio de la Unión Europea. De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial no cabe duda que en la materia de adjudicaciones urbanísticas previstas en dicho ordenamiento autonómico son de aplicación los preceptos relativos a la petición y adopción de medidas cautelares establecidas en la legislación estatal sobre contratación administrativa. Como establece la Ley contractual aplicable por motivos temporales, los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por los preceptos contenidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siendo de aplicación supletoria los de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El Art 72 LRJAPYAC indica que iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello. En todo caso, se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente. Pues bien, existente y en vigor el procedimiento de adjudicación e incoado el de resolución el 17 de marzo de 2014, dos días después se adopta la medida de suspensión. Así por tanto, no sólo entendemos que existe cobertura legal para ello sino que se siguieron las directrices formales, sin olvidar que además el ámbito urbanístico constituye una función pública, debiéndose tutelar los intereses generales. La medida cautelar es un instrumento adecuado, proporcional. En el momento de la adopción tenía sentido y desaparece con la resolución por parte administrativa de la adjudicación concedida. En tal sentido compartimos por tanto el criterio del Magistrado de Instancia, por lo que no cabe estimar el recurso en este aspecto.

SEGUNDO.- Por lo que respecta al núcleo de la impugnación, es decir a la resolución de la adjudicación que adopta el Ayuntamiento, convenimos como ya lo hizo el Consejo Consultivo y la Sentencia que ahora se apela, que son de aplicación los artículos 138 y concordantes de la LESOTEX, en relación con los del RDL 2/2000. El Agente urbanizador es el responsable de ejecutar la actuación urbanizadora por cuenta de la Administración y conforme al convenio estipulado. Es determinante su capacidad empresarial urbanizadora. Suscribe compromisos, asume las obligaciones y presta las correspondientes garantías. (arts. 118, 132, 135) etc. A su vez debe indicarse que existe una remisión legal al contrato de gestión de servicios públicos. El art 167 expone que: "son causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, además de las señaladas en el artículo 111, con la excepción de sus letras e) y f)" Es decir remite a las del 111, que contiene en su apartado g) el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales. Como establece



el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de diciembre de 2007, "la administración que acuerda resolver un contrato debe probar la existencia de una situación objetiva de incumplimiento por parte del contratista. Por su parte el contratista deberá acreditar la existencia de una causa exoneradora de su responsabilidad". Del examen del expediente y de lo actuado, esta Sala, vuelve a entender como así se ha hecho en instancia y por el Consejo Consultivo, que existió un incumplimiento de lo pactado en cuanto a la ejecución. Ese incumplimiento se ha dilatado en el tiempo de manera notable, sin que se acrediten causas exoneradoras. No pudiendo entenderse como tal, lo referente a la reparcelación, teniendo en cuenta la fecha de aprobación de la misma y las circunstancias expuestas en Sentencia. Es más que evidente por tanto, que desde la fecha de aprobación del Convenio, no se ha cumplido con lo pactado. Bien sea por que se ha calculado empresarialmente mal y no se tuvieron en consideración determinadas circunstancias o por motivos voluntarios, lo cierto es que el Convenio se incumplió de forma notable y no meramente accidental o superflua y por tanto es incardinable en la causa de resolución acordada.

En lo que a la incautación de la garantía se refiere, el art 118 de la LESOTEX, en su apartado 3. D, manifiesta que: "Los Programas de Ejecución:... asegurarán el cumplimiento de sus previsiones... mediante garantía, financiera o real, prestada y mantenida por el particular que actúe como agente urbanizador, por el importe mínimo que reglamentariamente se determine, que nunca podrá ser inferior al siete por cien del coste previsto de las obras de urbanización, en el caso de que se refieran a actuaciones a ejecutar por gestión indirecta".

Efectivamente por la ubicación y dicción del precepto a que se refiere el art 132.2, el mismo determina otro tipo diferente al que nos ocupa. Las garantías por penalidades e incumplimientos deben seguir el criterio de la Normativa contractual. Así por tanto el art 44 RD Legislativo 2/2000 determina que la garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate o resuelto éste sin culpa del contratista. Igualmente, el art 113.4, indica que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. Así pues, entendemos que el Ayuntamiento actuó de conformidad a la legalidad, por lo que el Recurso debe ser desestimado".

TERCERO . - En virtud del art 139 de la LJCA , las costas se impondrán a la recurrente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, por la potestad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso interpuesto por Aserto Extremadura S.L. frente a la Sentencia a la que se refiere el primer fundamento dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de los de Cáceres. Confirmamos la misma.

Ello con imposición en costas a la Recurrente.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase testimonio junto con los autos, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.