



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 5 / 2000

La Laguna, a 27 de enero de 2000.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con *la resolución del contrato relativo a la concesión administrativa para instalación de área de flora y fauna y área de ocio en la Finca de Sintés (EXP. 112/1999 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

El Dictamen que se recaba por la Presidencia del Gobierno -con carácter preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.7 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, reguladora de este Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el artículo 97.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), con posterioridad modificada por Ley 53/1999, de 28 de diciembre (que no afecta al citado artículo y cuyas modificaciones no son aplicables al expediente objeto de examen en virtud de su Disposición Transitoria Única)- tiene por objeto el acuerdo de un organismo del Ayuntamiento de Teror, sobre propuesta de resolución del contrato relativo a la concesión administrativa para la instalación de área de flora y fauna y área de ocio en la Finca Sintés, sita en dicho término municipal, adoptado en el expediente tramitado al efecto.

Sin embargo, es preciso destacar que la preceptividad de este Dictamen no se fundamenta en el artículo 97.1 LCAP en relación con el precedente artículo 96, pues este precepto se refiere a la demora en la ejecución del contrato, bien del plazo total fijado o bien de los plazos parciales, y la ejecución del contrato en el supuesto contemplado se refiere a las obligaciones derivadas de la explotación de la concesión. Por el contrario, se fundamenta en el artículo 26.1 del Real Decreto

* **PONENTE:** Sr. Cabrera Ramírez.

390/1996, de 1 de marzo, de Desarrollo Parcial de la Ley 13/1995, en relación con el artículo 112, causa h) de esta Ley, ya que la resolución se fundamenta esencialmente en la demora del pago del canon anual.

Debe señalarse que al procedimiento que nos ocupa le es aplicable los artículos 95 a 98, 112 a 114, 155 a 159 y 168 a 170 de la LCAP, en cuanto a sus textos originarios y no a los modificados, y los artículos 2, 25, 79, 85, 86 y 88 de la Ley 7/85, reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL).

II

El procedimiento resolutorio del contrato de concesión administrativa se ha ajustado esencialmente a la regulación que lo ordena, en particular a lo dispuesto en el citado artículo 26 del Real Decreto 390/1996, incluyendo la audiencia al contratista, habiéndose producido en efecto oposición de la empresa concesionaria a las causas en que se pretende fundamentar la resolución. Han actuado los órganos del Ayuntamiento legalmente competentes en tal procedimiento.

No obstante, parece ser técnicamente objetable que se recabe sin más la propuesta del acuerdo aprobado por la Alcaldía, aún incluso con el informe favorable de la Comisión Municipal Informativa de Hacienda, Patrimonio, Personal y Organización, sin que, además de las decisiones que propone adoptar, no se contengan mínimamente los antecedentes de hechos y fundamentos jurídicos que motivan tales resoluciones o, al menos, se exprese que se aceptan los establecidos en el informe-propuesta del Jefe de Sección de Asuntos Generales, pues en el apartado 2 de la propuesta de acuerdo se hace referencia a los antecedentes de hecho y de derecho precedentes, sin que resulten de dicha propuesta (cfr. artículo 89, Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -LPAC-). Asimismo, se debe expresar, cuando adquiera dicha propuesta de acuerdo la condición de acto que pone fin al procedimiento, qué recursos proceden contra el mismo, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

III

De los distintos expedientes tramitados por el Ayuntamiento de Teror: el primero (1), de otorgamiento de concesión administrativa; el segundo (2), sobre demora en el pago del canon correspondiente al ejercicio de 1998 y el tercero (3), sobre resolución de la concesión administrativa, es preciso destacar los siguientes datos relevantes para dictaminar sobre la Propuesta de Acuerdo por el Ayuntamiento Pleno sometida a Dictamen:

1. En acuerdo plenario, de fecha 5 de junio de 1997, fue resuelto el procedimiento para la adjudicación de contrato en régimen de concesión administrativa, mediante licitación de concurso para la instalación, explotación, mantenimiento y conservación de un parque de Flora y Fauna y Área de Esparcimiento y Ocio en la Finca Los Sintés, sita en el término municipal de Teror, aprobándose, entre otros, los siguientes apartados: en el 3º, inicialmente, como obra municipal ordinaria, el proyecto técnico de las obras para implantación del servicio y en el apartado 4º, también inicialmente, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares incluido en el Anexo I, el cual ha de regular el concurso para la adjudicación de la concesión del servicio.

De ese Anexo I cabe señalar los siguientes artículos:

Art. 9.- La construcción del Parque de Flora, Fauna y Área de Esparcimiento y Ocio tendrá que ajustarse al proyecto que sea aprobado por el Pleno Corporativo.

El adjudicatario de la obra estará obligado a obtener las autorizaciones administrativas de todas clases que sean necesarias, estando condicionada la validez de la adjudicación de la concesión a la efectiva obtención de las mismas. En tal sentido, la adjudicación de la concesión lleva implícito el otorgamiento de licencia de obras y de apertura, estando la validez de éstas condicionada a los términos en que se emitan los informes que procedan por parte de los órganos que resulten competentes de la Comunidad Autónoma o Cabildo Insular.

Art. 11.- Las instalaciones y servicios complementarios opcionales que podrán presentarse en las propuestas, como elementos a valorar en el resultado del concurso, son: (...) b) Cafetería y sus instalaciones y maquinarias.

Art. 13.- "Al vencimiento del período del contrato o por cualquier causa de extinción de la concesión la totalidad de las edificaciones pasarán automáticamente a posesión y propiedad del Ayuntamiento, sin ningún otro requisito y libres de cargas y gravámenes y en buen estado de conservación (...)"

Art. 17.- "(...) El precio de la concesión durante su vigencia se fija, al menos, en el siguiente canon fijo durante quince años: cuatrocientas mil pesetas al año a pagar antes del 31 de diciembre del ejercicio a que corresponda, en otro caso, el Ayuntamiento incautará la fianza definitiva para cobrar con cargo a ella (...)"

Art. 34.- "Procederá la rescisión del contrato en los siguientes casos: (...) c) El impago del canon establecido a favor del Ayuntamiento, con un retraso superior a dos meses".

El Pliego de Cláusulas administrativas fue definitivamente aprobado por el Pleno municipal por acuerdo de fecha 24 de julio de 1997.

2. Comparece como único licitador la compañía "C.C.Z.H.T., S.L.", que presenta toda la documentación exigida, entre la que se encuentra la Memoria descriptiva, el proyecto de obras a ejecutar y su valoración, realizado por la empresa constructora A., que asciende a un importe total de 14.229.264 ptas., y de las instalaciones del Bar-Merendero redactado por la empresa M. S.A. y, a propuesta de la Mesa de Contratación, se le adjudica a esta única compañía licitadora el concurso para la adjudicación de la gestión indirecta por concesión administrativa para la explotación del Parque de Flora y Fauna y Área de Esparcimiento y Ocio ubicada en la Finca Sintés, con una duración de quince años y canon anual de 400.000 pesetas, así como en los restantes términos establecidos en su propuesta económica en la medida que se adapten a lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento en sesión extraordinaria celebrada el 31 de julio de 1997, y exigirle la constitución de garantía definitiva por importe de 400.000 pesetas y de póliza de seguro para el comienzo de la gestión.

Luego de existir una demora por parte de la Compañía adjudicataria en la constitución de la fianza definitiva y la firma del contrato administrativo, finalmente la fianza quedó constituida mediante el ingreso en la Depositaria de Fondos del Ayuntamiento el 10 de diciembre de 1997 y el contrato se suscribió el 10 de diciembre de 1997, como se había solicitado por la entidad adjudicataria. En el contrato se establece, en su cláusula sexta, que ambas partes se obligan al exacto

cumplimiento del contrato, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del proyecto de obra.

3. El Sr. Alcalde dicta Decreto, con fecha 15 de diciembre de 1997, en el que designa como representante de la Administración a la Concejala Delegada de Parques y Jardines, requiere al Arquitecto Jefe de la Oficina Técnica para que proceda a levantar el Acta de recepción de las obras realizadas por la empresa y requiere a la empresa concesionaria para la obtención de la licencia de obra y de apertura que exige el art. 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Notificado este decreto a la empresa concesionaria, la misma formula un escrito, de fecha 21 de enero de 1998, en el que manifiesta que, conforme al citado art. 9 del Pliego de Condiciones, la adjudicación de la concesión lleva implícita el otorgamiento de licencia de obras y apertura. Insiste el Sr. Alcalde en nuevo Decreto de 11 de febrero de 1998 en requerir a la entidad concesionaria de solicitar la tramitación de las licencias para su efectiva obtención material y validez, que dependerán de la destrucción de la condición impuesta por el propio Pliego. La Concejala representante de la Administración emite su informe, que aporta con instancia fechada el 17 de marzo de 1988, sobre las obras realizadas y valoradas, en el sentido de construcción de los Kioskos por importe de 3.501.418 pesetas; de construcción del Bar-Terraza por importe de 3.631.667 pesetas; ejecución de parque infantil y obras diversas, entre las que se encuentra la terraza adjunta al Bar, por importe de 12.465.003 pesetas, y carpa de hierro como techo del Bar por importe de 1.850.538 pesetas, con una suma total de 21.448.626 pesetas, todas ellas con fotografías de las mismas.

4. El expediente municipal sobre demora en el pago del canon del ejercicio 1998 se inicia mediante informe de 15 de febrero de 1999 de la Interventora accidental del que resulta que hasta el día de la fecha no se ha ingresado cantidad alguna por el contratista-concesionario en calidad de canon, seguido de informe de la Sección de Servicios Generales, en el sentido de que, a la vista de los antecedentes y consideraciones, resulta obligado el pago del canon y su impago acarrea la rescisión preceptiva del contrato y la incautación preceptiva de la fianza definitiva. En base a estos informes, el Sr. Alcalde dicta providencia de fecha 17 de febrero de 1998, en el que acuerda incoar procedimiento con la finalidad de determinar la procedencia de la incautación de la fianza definitiva y da un plazo de 10 días a la representante de la empresa concesionaria para alegaciones. Ésta, en escrito con fecha 26 de febrero de

1999, solicita que se considere un aplazamiento de 30 días para el pago del canon que se solicita. Consta por escrito fechado el 17 de marzo de 1999 de la Jefa de la Sección de los Servicios de Tesorería del Ayuntamiento que, con fecha 8 del mismo mes de marzo, se ingresó por la empresa concesionaria en la cuenta del Ayuntamiento en el banco C. la cantidad de 400.000 pesetas y asimismo por la Carta de Pago del Depositario del Ayuntamiento sin fecha.

No obstante, mediante informe de fecha 26 de marzo de 1999 de la Sección de Asuntos Generales del Ayuntamiento se formula Propuesta de Resolución, en la que: 1º, se desestima la petición de aplazamiento para el pago del canon debido a que se presentó cuando ya no había plazo para ampliar y a que posteriormente se realizó el pago, dejando sin objeto, la propia interesada, su petición; 2º, se aprueba la liquidación provisional de la pena por demora en la ejecución del contrato, sobre la base del presupuesto de obras por cuenta del concesionario de 14.229.264 ptas., penalidad de 5.000 ptas. diarias y 66 días de demora, por lo que resulta el total de 330.000 pesetas. La Alcaldía, sobre la base de este informe-propuesta, dicta Resolución, con fecha 26 de marzo de 1999, aprobando definitivamente la propuesta informada. Posteriormente, la Sección de Asuntos Generales del Ayuntamiento decide hacer una consulta a "El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados", el cual contesta que, a su parecer, no se dan las circunstancias legales (artículos 161 a 169, LCAP) para sancionar al contratista por incumplimiento, pero sí que, según el Pliego de Condiciones, existe causa de resolución por impago del canon al así preverlo en su art. 34 y contemplarse en el art. 112 de la LCAP, en su apartado h), con los efectos previstos en el art. 114.4 de la misma norma. A la vista de esta contestación a la consulta, la Alcaldía en providencia de 10 de agosto de 1999, dispone acumular al procedimiento para la incautación de la fianza por demora en el pago del canon, el procedimiento para determinar la procedencia de la resolución del contrato como consecuencia de estar conceptuado en el pliego dicho impago como incumplimiento de contrato, a fin de adoptar la resolución que más se ajuste a derecho.

5. En consecuencia, abre nuevo procedimiento sobre resolución del contrato administrativo, del que cabe destacar las siguientes actuaciones: La providencia de fecha 31 de marzo de 1999 del Sr. Alcalde, en la que acuerda iniciar expediente sobre determinación de la existencia de causa de resolución de concesión administrativa, así como, en su consecuencia, acordar la resolución de la misma y otorgar a la empresa concesionaria un plazo de 10 días para que presente alegaciones. La representación de la entidad concesionaria formula mediante escrito de fecha 19 de

abril de 1999 sus alegaciones, en las que se opone a la resolución del contrato de concesión administrativa porque, si bien es cierta la demora en el pago del canon, según la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en torno al art. 1.224 del Código Civil, no basta el simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones para decretar la resolución, exigiendo la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, y así también se ha aplicado en el campo de la contratación administrativa por la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 9 de octubre de 1987, y en el expediente no se patentiza de modo alguno esa voluntad rebelde.

Este procedimiento continúa su tramitación, dictándose providencia, con fecha 7 de mayo de 1999 de la Alcaldía, en la que se acuerda: 1º, ampliar el objeto del expediente con la finalidad de ampliar las causas resolutorias a otros incumplimientos, tales como que la empresa concesionaria no procediera a la tramitación de la licencia de apertura; que no haya procedido a la formalización de la recepción de obras realizadas y relación valorada y descriptiva de las mismas y por la instalación de una terraza junto a la cafetería, que no aparece relacionada en el art. 11 del Pliego de Condiciones como instalación complementaria opcional; y 2º, dar 10 días para alegaciones a la empresa contratista. Ésta, con fecha 1 de junio de 1999, formula sus alegaciones, reiterando lo que dispone el art. 9 del Pliego de Condiciones; que, no obstante, presentó un proyecto de las obras redactado por un Arquitecto Técnico, visado por el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos y remitido por correo certificado con fecha 22 de agosto de 1998; que el acta de recepción de las obras no se ha practicado porque no se puede formalizar sin la colaboración del Ayuntamiento, a cuyo fin deberá señalarse el día y hora para cumplimentarlo, cosa que no se ha hecho; que, en cuanto a la terraza junto a la cafetería, que se encuentra amparada por el Pliego de Condiciones, ha sido consentida por el Ayuntamiento y que su existencia consta tanto en la propuesta efectuada para la adjudicación de la concesión como en la solicitud de la licencia de apertura referida. Por parte del Ayuntamiento se manifiesta que no consta la aportación de esos documentos, pese a haberse requerido a la empresa constructora su aportación, incluso en período probatorio. Termina este procedimiento con el Informe-propuesta de resolución, con fecha 16 de noviembre de 1999, que emite el Jefe de Sección de Asuntos Generales del Ayuntamiento, que es al que se alude en el acuerdo de la Comisión Municipal Informativa de Hacienda, Patrimonio, Personal y Organización, en sesión de fecha 25 de noviembre de 1999, en el que se aprueba la

Propuesta de la Alcaldía de fecha 16 de noviembre de 1999 y que se aporta como la Propuesta objeto del presente Dictamen.

IV

Del informe con Propuesta de Resolución que formula el Jefe de Sección de Asuntos Generales del Ayuntamiento de Teror, que es la motivación de la Propuesta de Acuerdo municipal que se nos somete, resulta que son cuatro las causas en que se fundamentaron, por incumplimiento del contrato y el Pliego de las Condiciones de la concesión, la resolución del contrato de concesión administrativa para la instalación de área de flora y fauna y área de ocio en la Finca Sintés: la primera, la falta de pago del canon dentro del plazo anual pactado; la segunda, la no obtención de las licencias de obra y de apertura y sus condicionamientos; la tercera, la no entrega y recepción de las obras públicas ejecutadas por la empresa concesionaria; y, la cuarta, el incumplimiento del deber de sujetar la actividad a los límites objetivos establecidos en el Pliego de Condiciones. Con base, pues, en el examen de esas cuatro causas de incumplimiento y los argumentos recogidos en ese informe a favor de las mismas, debe valorarse su concurrencia efectiva o no para determinar si la propuesta de resolución es adecuada al ordenamiento jurídico o, por el contrario, la misma no se ajusta a tal ordenamiento. El análisis de las causas de incumplimiento procede hacerlo sin seguir el mismo orden con que lo hace el informe mencionado, sino siguiendo, a nuestro entender, un orden de menor a mayor entidad en los supuestos de incumplimiento que se invocan.

A) Incumplimiento del deber de sujetar la actividad a los límites objetivos establecidos en el pliego de condiciones. Se afirma en el informe que se analiza que "el expediente iniciado para la obtención de licencia de apertura ha sido caducado por no aportación de documentación precisa para ello (al exceder la obra y uso previsto al establecido en el pliego de la concesión administrativa) y, por otro lado, se ha puesto en explotación una terraza junto al Kiosko destinado a la actividad de cafetería, desnaturalizando el uso acordado que se iba a dar a éste, pues se pretende el uso de restaurante (...)". Sin perjuicio del examen que luego se hará sobre la necesidad o no de solicitar las licencias de obra y de apertura de conformidad con el pliego de condiciones de la concesión, es de destacar que no se acierta a comprender cómo se pretende fundamentar este incumplimiento por exceso de obra o de uso previstos, y más aún en la existencia de un dolo en el consentimiento del contrato. Queda bien patente, de los mismos preceptos citados en el informe municipal, arts.

1.265 y 1.269 del Código Civil, y de la jurisprudencia reseñada, que de existir tal dolo el mismo daría lugar no al incumplimiento del contrato sino a declarar la nulidad absoluta del mismo, consecuencia que no se plantea en el acuerdo municipal que se examina. Pero es que, por otra parte, no cabe estimar exceso de obra en la terraza junto al Kiosko destinado a cafetería, pues, aparte de que es de uso frecuente la cuestión del uso de terrazas como complemento de la explotación de un bar, cafetería o restaurante en calles y plazas públicas, cuanto más en un parque, resulta que en la Cláusula Quinta del contrato concesional, firmado el 10 de diciembre de 1997, se establece que "Cualquier tipo de usos y actividades [por ejemplo, terrazas, (...)] (...) que no se hallen definidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares o en el Proyecto Técnico de Obra y sean acometidos sin título para ello por el concesionario con la mera tolerancia de la Administración sólo podrán dar lugar, en su caso, al surgimiento de un aprovechamiento en precario sin que por ello surja un derecho a indemnización para el concesionario cuando aquélla acuerde el cese de dicho aprovechamiento, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación del régimen sancionador previsto en el art. 30 del Pliego". Luego es claro que la construcción de la terraza no está prevista como causa de resolución del contrato, sino, a lo sumo, daría lugar a las sanciones previstas.

Tampoco cabe estimar que la cafetería y sus instalaciones y maquinarias, que se establece en el art. 15 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se haya podido desnaturalizar, porque en alguna ocasión se emplee la denominación de restaurante para la misma, puesto que las cafeterías pueden encuadrarse en un tipo de restaurante, ya que en ambos tipos de establecimientos existen similares servicios.

En definitiva, no parece acertado que se pueda afirmar que se ha incumplido el deber de sujetar la actividad a los límites objetivos establecidos en el pliego de condiciones concesionales, pues así no resulta de lo razonado.

B) Incumplimiento por la no entrega y recepción de las obras públicas ejecutadas por la empresa concesionaria. En ningún momento resulta del expediente que la empresa concesionaria se haya negado a la entrega por su parte y recepción por parte de la Corporación Municipal de las obras realizadas. Ha dado conocimiento de las obras ejecutadas en el informe que entregó a la Concejala municipal designada representante y su relación valorada, entre las que se encuentra, además, la terraza,

y que dicho edil presentó con su escrito de fecha 17 de mayo de 1998. Por su parte, el Ayuntamiento ha requerido al Jefe de la Oficina Técnica Municipal para que levante la oportuna acta. La empresa concesionaria lo que ha interesado es que se señale el día y la hora para que se practique la recepción de las obras y se levante la correspondiente acta. Corresponde a la Corporación municipal por medio de su órgano competente el señalamiento de esa fecha para tal recepción y levantamiento del acta, cuyo incumplimiento, caso de no comparecer la empresa concesionaria, no parece que pueda tener la trascendencia de una causa de resolución del contrato concesional amparable en el art. 112.g) o h), LCAP, pues no alcanza el carácter de esencial ni se establece expresamente en el contrato con esa eficacia, pues lo que si resulta de la Cláusula Tercera del contrato concesional es que las obras han de ser objeto de recepción por el Ayuntamiento una vez les sean ofrecidas por el concesionario y la confección del acta compete a dicho organismo, para cuyo fin deberá señalar el día y la hora para su levantamiento. Por consiguiente, no resulta del expediente que el no levantamiento del acta de recepción sea imputable a la empresa concesionaria.

C) Incumplimiento relativo a la no solicitud de las licencias de obras y de apertura. La regulación de esta cuestión figura, sin lugar a dudas, en el art. 9 del Pliego de Condiciones, que dice literalmente en su párrafo segundo: "El adjudicatario de la obra estará obligado a obtener las autorizaciones administrativas de toda clase que sean necesarias, estando condicionada la validez de la adjudicación a la efectiva obtención de las mismas. En tal sentido, la adjudicación de la concesión lleva implícita el otorgamiento de la licencia de obras y de apertura, estando la validez de éstas condicionada a los términos en que se emitan los informes que procedan por parte de los órganos que resulten competentes de la Comunidad Autónoma y Cabildo Insular". De este artículo del Pliego de Condiciones queda bien patente que la no obtención de las autorizaciones administrativas de toda clase que sean necesarias no es una cláusula de resolución del contrato, sino que afecta y condiciona la validez de la adjudicación de la concesión. Por consiguiente, la no obtención de esas autorizaciones administrativas a las que se refiere no puede ser nunca causa de rescisión del contrato. Es más, en este supuesto, la adjudicación de la concesión estaría condicionada a tal obtención y de no obtenerse la consecuencia será el que la adjudicación queda sin efecto y no de resolución de contrato.

Ahora bien, ¿a qué autorizaciones administrativas se está refiriendo? Sin duda alguna, no se trata de la licencia de obras y de las licencias de apertura, que

corresponde otorgarlas al Ayuntamiento, y cuyas licencias, como dice claramente el mencionado artículo 9 del Pliego de Condiciones, se consideran implícitamente otorgadas al adjudicar la concesión. Ésto es lógica consecuencia de la adjudicación de la concesión y a tal fin los concursantes tenían que presentar al concurso el proyecto de las obras a ejecutar y los locales que iban a ser luego objeto de explotación con expresión de su finalidad concreta. Por consiguiente, la empresa adjudicataria por medio de la adjudicación de la concesión ya tenía otorgadas las licencias de obras y de apertura. No es, por tanto, necesario que el concesionario tenga el deber de solicitar las licencias de obras y de apertura como se dice en el informe, ya las tenía otorgadas. Otra cosa es que esas licencias ya otorgadas, quedaran a su vez condicionadas a los informes que emitieran los órganos competentes de la Comunidad Autónoma y Cabildo Insular. Pero se plantearía entonces la siguiente cuestión: ¿a quién corresponde solicitar tales informes, al concesionario o al mismo Ayuntamiento, ya que éste para poder otorgar dichas licencias ha debido de contar con tales informes favorables? En todo caso, la falta de tales informes condicionan la validez de las licencias de obra y de apertura implícitamente otorgadas y la validez de éstas condicionan la validez de la adjudicación de la concesión. Por consiguiente, en ningún caso la falta del cumplimiento de las denominadas en el expediente *conditio iuris*, ha de dar lugar a la resolución del contrato concesional, sino a la invalidez de éste. Pero ésta no es la consecuencia que recoge la Propuesta de Acuerdo a adoptar por el Pleno del Ayuntamiento, sino aquélla.

D) Finalmente se invoca y fundamenta la causa de la falta de pago del canon dentro del plazo. No cabe duda que el art. 17 del Pliego de Condiciones, en su párrafo cuarto, establece que "El precio de la concesión durante su vigencia se establece, al menos, en el siguiente canon fijo durante los quince años: cuatrocientas mil pesetas al año, a pagar antes del 31 de diciembre del ejercicio a que corresponda; en otro caso, el Ayuntamiento se incautará la fianza depositada para cobrar con cargo a ella", ni tampoco que el art. 34 del mismo Pliego dispone que "Procederá la rescisión del contrato en los siguientes casos: (...) c) el impago del canon establecido a favor del Ayuntamiento, con un retraso superior a dos meses (...)". Por tanto, parece claro que es aplicable el art. 112, causa h), "aquellas que se establezcan expresamente en el contrato". Esta ha sido la fundamentación que se hace sustancialmente en el informe que sirve de fundamento jurídico a la propuesta

de acuerdo al Pleno del Ayuntamiento que se dictamina. En este sentido, cabría aceptar esta causa de resolución del contrato.

Sin embargo, la empresa concesionaria en su escrito de alegaciones de fecha 19 de abril de 1999 se opone alegando que en lo no previsto en el contrato y en los pliegos que le sirven de base, regirán las disposiciones aplicables a la Administración General del Estado y, en su defecto, los preceptos pertinentes del Derecho privado y así la facultad resolutoria establecida en el artículo 1.224 del Código Civil para las obligaciones recíprocas viene siendo interpretada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el sentido de que no basta el simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones para decretar la resolución, exigiendo la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido. Esta misma doctrina, como señala el mismo escrito de alegaciones, ha sido acogida para la contratación administrativa por la Sentencia de la Sala Cuarta, en la actualidad Tercera, del Tribunal Supremo de fecha 9 de octubre de 1987 (Ar. 8324).

En efecto, en esta sentencia, que reitera lo ya declarado en la anterior Sentencia de 16 de octubre de 1984 (Ar. 5655), se sienta la siguiente doctrina, en su Fundamento de Derecho Tercero: "que no todo incumplimiento puede generar la resolución contractual, sino que ello debe contemplarse en cada caso, atendiendo las circunstancias de toda índole que concurran para dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberadora y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos, haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista, y en qué casos se trata de mero retrasos, desfases o desajustes en modo alguno reveladores de tal voluntad de no cumplir lo pactado", y añade, "(...) a la misma conclusión se llega con la aplicación del ordenamiento civil como supletorio del administrativo y, concretamente, del artículo 1.124 del Código Civil para integrar las normas de los artículos 65 y 66 del Reglamento de Contratación de las Entidades Locales de 1953, pues implica la asunción por esta Sala de la doctrina legal establecida por la Primera al interpretar aquel precepto, en la que, con el designio de que se conserven los contratos válidamente celebrados, se restringe la resolución de los contratos limitándola a los supuestos en que se patentice una rebelde voluntad a su cumplimiento o exista un hecho obstativo que, de manera definitiva, lo impida".

Pues bien, en el supuesto sometido a Dictamen, estima este Consejo, que se dan las circunstancias por las que no se puede aplicar automáticamente la causa

resolutoria del impago del canon con retraso superior a dos meses. En efecto, según los datos obrantes en los distintos expedientes que se han destacado en el Fundamento III de este Dictamen, claramente se desprenden estas circunstancias: 1ª, el contrato concesional es por quince años; 2ª, el canon de 400.000 pesetas anuales, cuyo pago se retrasa es el del primer año completo de concesión, el cual efectivamente no se abona antes del 31 de diciembre de 1998, pero dentro de los dos meses concedidos de retraso en el contrato se comunica mediante escrito por la empresa concesionaria al Ayuntamiento la solicitud de una ampliación de treinta días, y sin que el Ayuntamiento haya contestado nada a esta solicitud, dicha empresa, el 8 de marzo de 1999, o sea antes de los 30 días de ampliación solicitados, ingresa en la cuenta del Ayuntamiento del banco C. las cuatrocientas mil pesetas, cuya recepción se acredita con la carta de pago expedida por la Depositaria de Fondos del Ayuntamiento; y, 3ª, debe tenerse en consideración que la empresa concesionaria ha invertido en la ejecución de las obras necesarias para la explotación del servicio concedido más de 20.000.000 de pesetas, lo que, en definitiva, puede haber dificultado el pago puntual del canon. Estas circunstancias evidencian que la voluntad de la empresa concesionaria no es una voluntad deliberada y clara de no atender al pago del canon, pues efectivamente lo ha pagado aunque con un retraso de ocho días sobre los dos meses de retraso que determinaría, en su caso, según lo convenido, la resolución de un contrato de duración de quince años, y mucho más después de haber invertido un capital importante en la realización de unas obras, que apenas ha tenido un año para explotarlas. En definitiva, el Ayuntamiento, que inició el procedimiento para la incautación de la fianza, no tuvo necesidad de incautarla y además, aunque con retraso superior a los dos meses, recibió y aceptó el pago del canon, y con posterioridad a este abono es cuando inicia el procedimiento de resolución por impago, que luego amplía a las otras causas anteriormente examinadas, que carecen absolutamente de fundamento o motivación, pero que se añaden, al parecer, para aparentar una situación de incumplimientos más graves que la del simple retraso del pago del canon anual.

Todo este conjunto de circunstancias llevan a este Consejo a no considerar suficiente el retraso superior al convenido para el pago del canon como causa de resolución del contrato concesional.

A estas consideraciones precedentes puede añadirse que la empresa concesionaria ha alegado en su oposición a la resolución que el Ayuntamiento

tampoco ha cumplido la obligación establecida en el art. 15 en el Pliego de Condiciones, en su último párrafo: "El ajardinamiento del Parque será de cuenta del Ayuntamiento, tanto en lo relativo a la flora que se vaya a introducir como a las obras que dicho embellecimiento requiera, así como su mantenimiento en perfecto estado, debiendo indemnizar al concesionario de los perjuicios que se derivan del incumplimiento de esta obligación". Del examen de esta oposición, resulta que, conforme a las Sentencias antes citadas, recogiendo la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, "es necesario que quien inste la resolución haya cumplido por su parte las obligaciones que le incumban, pues no tiene derecho a pedir la resolución el contratante incumplidor de sus obligaciones" (Sentencias de 17 de junio de 1969 -Ar. 3495- y 7 de febrero de 1984 -Ar. 579-). A este respecto, la empresa concesionaria, con fecha 29 de julio de 1999, formuló escrito solicitando del Ayuntamiento que adopte las medidas adecuadas a dar cumplimiento al acondicionamiento de la flora del Parque de Sintés, al que acompaña numerosas fotografías del estado de la flora en las que se constata esa situación, y que da lugar por parte del Ayuntamiento a la apertura de un expediente que deja de tramitar, pero que se ha remitido a este Consejo juntamente con los anteriores. De esta forma, siguiendo aquella jurisprudencia, puede también aceptarse que el Ayuntamiento instante de la resolución del contrato concesional no parece haber cumplido con sus obligaciones sobre el mantenimiento en perfecto estado de la flora del Parque -lo que supone un atractivo más para la afluencia de visitantes al mismo- cuestión de especial interés para el concesionario y que inhabilita a la Corporación Municipal para instar la resolución del contrato. Sin embargo, sobre esta oposición nada se dice en el informe-propuesta, aunque sea para rechazarla.

Por último, al no estimarse la concurrencia de causas que hayan de dar lugar a la resolución del contrato concesional, además de no ser ajustadas las decisiones de la Propuesta de Acuerdo municipal relativas a la resolución de la concesión administrativa, tampoco lo son las que se proponen como consecuencias y efectos de esa resolución no adecuada.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Acuerdo para la resolución contractual que se formula al Pleno del Ayuntamiento no es adecuada al ordenamiento jurídico, conforme se razona en el Fundamento IV de este Dictamen.