



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 0 / 2 0 0 5

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de febrero de 2005.

Dictamen solicitado por la Il.ª Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *resolución del contrato suscrito con J.S.M., S.L., adjudicataria de la concesión demanial sobre la zona de dominio público ocupada por la terraza L.R. (EXP. 8/2005 CA)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. Mediante escrito de entrada el 19 de enero de 2005, la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria solicita por el procedimiento ordinario y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, y 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por R.D. 1.098/2001, de 12 de octubre (RLCAP), cuyo Texto Refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TR-LCAP-2000), preceptivo Dictamen respecto de la Propuesta de Resolución, con forma de Acuerdo de la Comisión de Gobierno, por el que se pretende resolver la concesión de dominio público en los jardines de Alonso Quesada concedida en su día a la entidad J.S.M., S.L. (el concesionario) para la instalación de una terraza de verano; adjudicación que se llevó a cabo por Acuerdo de la referida Comisión de Gobierno de 10 de abril de 2003, firmándose el contrato el 31 de julio de 2003 por un canon anual de 216.364,32 € a abonar por semestres anticipados.

2. La Propuesta de Acuerdo fundamenta la resolución de la concesión otorgada en el art. 111, apartados g) y h) TR-LCAP-2000; es decir, en el incumplimiento de las "obligaciones contractuales esenciales" y "aquellas que se establezcan expresamente

---

\* **PONENTE: Sr. Bosch Benítez.**

en el contrato”, siendo así que la cláusula 24 del Pliego de Condiciones Económico-Administrativas contempla como causa de extinción de la concesión la “falta de pago del canon” con el añadido efecto de la incautación de la fianza definitiva e indemnización complementaria por los daños y perjuicios que excedan del importe de aquella (art. 113.4 TR-LCAP-2000).

De conformidad con lo dispuesto en el art. 109.1.a) y b) RLCAP, en el procedimiento resolutorio incoado se ha dado trámite de audiencia al concesionario pero no al avalista, compareciendo aquél pero no éste sin que, por cierto, haya constancia que haya sido notificado.

El análisis de la adecuación jurídica de la Propuesta exige efectuar un breve relato de los hechos e incidencias más relevantes, según se desprende del expediente tramitado.

(...)<sup>1</sup>

## II

1. Desgranando los distintos elementos que concurren en la exposición de hechos realizada en el apartado anterior, la primera afirmación de principio es que todos, ciudadanos y poderes públicos, están sometidos a la Constitución (CE) y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE); sometimiento que la propia Constitución (art. 103.1) reitera y refuerza al imponer a la Administración la sujeción plena a la Ley y al Derecho, así como el respeto, entre otros, del principio de objetividad. Por ello, es cierto que por encima de prácticas más o menos reales y/o probadas lo que impera es la legalidad de la actuación administrativa, sin que forme parte del contenido del principio de igualdad el derecho a la igualdad en la ilegalidad, al margen de las consecuencias, de índole institucional y personal para autoridades y funcionarios, que se deduzcan del hecho de efectuar o permitir prácticas ajenas a la letra y el espíritu de la ley; en este caso, el contrato suscrito y los pliegos que son asimismo contenido del mencionado contrato, en el contexto de lo dispuesto por la legislación contractual.

Los pliegos son la ley del contrato suscrito y en los Pliegos nada hay que apoye, sustente o refuerce la posición del concesionario, cuya conducta implica incumplimiento de plano de cláusulas esenciales del contrato como son justamente

---

<sup>1</sup> Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

las que conciernen a la forma de abono y cuantía del canon asumidas por el contratista desde el momento en que presentó su oferta sin efectuar cuestionamiento alguno de las mismas. No se trata, pues, como dice el concesionario, de un incumplimiento no esencial del contrato sino, justamente, de un incumplimiento grave de una cláusula básica cual es la que concierne a la contraprestación por el uso y el aprovechamiento del dominio público local. Razón por la que puede entenderse que en este caso ha habido “una ruptura objetiva del equilibrio o sinalagma contractual que es causa de resolución del contrato” (STSJ de Andalucía, de 25 de febrero de 2002). Ciertamente, cuando de resolución contractual se trata, no cualquier incumplimiento es causa de la misma, pues los mismos deben alcanzar una “intensidad suficiente” que en cualquier caso debe permitir “cierto margen para la ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso y muy en particular en función de la valoración de la conducta de cada una de las partes contratantes (SSTS de 5 de marzo de 1985; 2 de abril de 1985; 17 de junio de 1986 y la Sentencia antes citada del TSJ de Andalucía).

Por lo que respecta a la costumbre administrativa alegada por el concesionario para proponer, en el contexto del expediente resolutorio, una modificación de los términos de la concesión concernientes a la cuantía y modo de pago del canon ha de recordarse, nuevamente, que el principio básico que rige el funcionamiento y actuación de las Administraciones Públicas es el de legalidad en el que el uso de la costumbre tiene un lugar meramente residual. Ciertamente el “uso inveterado” de una práctica puede llegar a convertirse en costumbre siempre y cuando no contradiga la Ley (STSJ de Castilla-León de 21 de diciembre de 2001). Se precisa, pues, una observancia “uniforme y continuada (...) que no sea contraria a la moral o al orden público (siempre que) no exista ninguna disposición legal: pero en todo caso la costumbre ha de ser probada (art. 1.3 del Código Civil)”, STS de 18 de febrero de 1995, RJ 1661.

2. Es en este punto donde confluyen las distintas argumentaciones sostenidas en relación con la causa resolutoria alegada, pues ambas partes se fundamentan, en exclusiva, en sendas posiciones extremas de una ecuación en la que la Jurisprudencia no admite soluciones unívocas sino siempre ponderadas.

Al respecto, es de pertinente cita la STSJ de Cantabria, de 28 de abril de 1998, en la que se efectúa un matizado pronunciamiento sobre el valor y alcance del

precedente administrativo en cuanto configurador de una posible costumbre *extra legem*. En efecto, al margen de la vocación expansiva del principio de legalidad estricto, la mencionada Sentencia entiende que aunque no posea valor normativo el precedente "reiterado puede tener un cierto valor vinculante para la Administración", en el entendimiento de que apartarse de él podría suponer quiebra del principio de igualdad y del de buena fe. Es por ello por lo que el art. 54.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) obliga a la Administración a motivar los actos que se separan del precedente; y en este caso, justamente, el concesionario alega la existencia de un precedente continuado con ocasión de determinado incidente concesional en los que para otros y el propio concesionario la solución administrativa fue entonces diferente a la que ahora se ofrece, que no es sino la resolución contractual. La situación fáctica en la que se apoya ese precedente es que mientras se estén ejecutando las obras de la concesión no se gira canon, pues en ese tiempo no hay actividad empresarial ni beneficios, devengándose aquél una vez que las obras finalicen. Esta solución no ha sido aceptada en esta ocasión por la Administración y es lo que ha motivado el expediente resolutorio y la oposición del concesionario de acuerdo con el citado precedente.

Es aquí donde hay que reubicar la petición de información por parte del concesionario en relación a esas otras concesiones previas; petición que fue desestimada por la Administración con arreglo al principio de la confidencialidad de datos tributarios. Tal respuesta no puede ser aceptada por este Organismo; en primer lugar, porque la petición de información no concernía a dato tributario estricto sino a los datos de adjudicación de las concesiones, comienzo y fin de obras y comienzo de abono de canon, información que como es obvio no afecta en modo alguno a la intimidad tributaria de los otros concesionarios. Por otra parte, debe recordarse que la regla general del procedimiento administrativo es la del derecho de acceso a archivos y registros (art. 37 LRJAP-PAC) sin que en el presente caso sean de aplicación las limitaciones que se contienen en el apartado 5 del mencionado artículo, por lo que la negativa de la Administración ha eliminado de la deseable contradicción un elemento fundamental que atañía al posible precedente cuya eficacia si no normativa sí existe con un alcance preciso: El expediente resolutorio carece de la motivación adecuada porque ignora un elemento esencial cuyo posible concurso hubiera hecho, quizás, inviable el propio expediente resolutorio. Justamente, la Sentencia últimamente citada se fundamenta en tal circunstancia

para anular el acto por falta de motivación originadora de indefensión al sustraer del debate “un dato esencial”.

Sin embargo, obra en las actuaciones, pese a la negativa a dar información por parte de la Administración, documentos que avalan lo sostenido por el concesionario y lo arriba argumentado, pues, en efecto, a los folios 307 y 310 del expediente figuran sendos documentos en los que se aprecia que el canon girado respondía a aquella peculiar circunstancia de que mientras se estuvieran ejecutando las obras de la concesión no se devengaba el mismo.

### III

1. En definitiva, y a pesar de la gravedad que supone el no abono del canon, se hace necesario dilucidar la existencia, naturaleza y alcance del mencionado precedente administrativo; precedente que es resuelto por la Administración en el sentido de que “no es cierto que sea práctica habitual de este Ayuntamiento”, lo que parece indicar que al menos era una práctica. Que sea habitual o no es lo que hay que probar para que la misma constituya un precedente alegable y esa prueba fue imposibilitada por la propia Administración al negarle al concesionario el acceso a la información solicitada.

El valor del precedente, por otra parte, no solo incide en la posible falta de motivación del acto, sino que además concierne a otros principios de relevancia legal como son los de buena fe y confianza legítima en el actuar de la Administración. Existe esa confianza cuando la misma “se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes que induzcan (al ciudadano) a confiar en la apariencia de legalidad que la actuación administrativa a través de actos concretos revela” (SSTS de 15 de noviembre de 1999, 4 de junio de 2001 y 15 de abril de 2002); es decir, “una conducta de la Administración en relación con (el concesionario) que le haya hecho esperar con cierta seguridad que iba a” actuar en cierto sentido (STS de 11 de diciembre de 2002), de modo que la Administración no podría “adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla”, bien entendido que para que el mencionado principio proceda no basta una “mera expectativa de una invariabilidad de las circunstancias”; tampoco el derecho a conservar “las situaciones de ventaja económica que comportan un enriquecimiento que se estima

injusto deban mantenerse irreversibles"; ni "cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular". Tal convicción, tal confianza, se debe fundar "en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la apariencia de legalidad" (STS de 15 de abril de 2002).

Y, justamente, obra en las actuaciones al folio 311 un documento en el que en su día, año 1999, la Administración accedió a la petición del ahora concesionario de que el abono del canon tuviera en cuenta la situación de la ejecución de las obras; lo que se otorgó no de forma discrecional o arbitraria sino "siguiendo las determinaciones contenidas en la Ordenanza municipal reguladora de las terrazas al aire libre y otras instalaciones hosteleras análogas"; Ordenanza, por cierto, que forma parte del régimen legal de la concesión (cláusula 9 del Pliego de Prescripciones Técnicas de la concesión).

Expuesto lo que antecede, se considera que, vista la instrucción realizada y a la luz de la documentación disponible y los datos proporcionados por ella, resulta necesario que el órgano instructor, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 78 LRJAP-PAC, acuerde la práctica de la prueba documental interesada por la entidad J.S.M., S.L., en el Otrosí de su escrito de fecha 18 de junio de 2004.

2. Finalmente, en caso de que la Propuesta Resolutoria siga su curso, sus términos deberán ser puestos en conocimiento del avalista en los términos que resultan de la legislación contractual, pues pese a que en el seno del procedimiento incoado se ordenó tal notificación no consta ni la diligencia efectuada ni su comparecencia al procedimiento.

## C O N C L U S I Ó N

Deben retrotraerse las actuaciones a fin de que se complete el expediente en los términos expuestos en el Fundamento III.1, último párrafo, y de este modo se cuente con los presupuestos imprescindibles para la formulación de un pronunciamiento sobre el fondo.