



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 8 / 2 0 0 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 12 de febrero de 2007.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Granadilla de Abona en relación con la *Propuesta de Acuerdo de la Junta de Gobierno Local sobre resolución de contrato de concesión administrativa de plaza, aparcamientos subterráneos, piscina y servicios complementarios de la manzana 2B de El Cabezo, en el Médano, a la empresa L.A., S.L. (EXP. 13/2007 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

Mediante escrito de 9 de enero de 2007, con entrada en este Consejo el 11 del mismo mes, el "Concejal Delegado de Obras" del Ayuntamiento de Granadilla de Abona remite a este Consejo el "expediente administrativo relativo a la concesión administrativa de parcela 2B, en el Cabezo, El Médano", lo que "se (...) notifica a este Consejo a los efectos oportunos" que son los que se desprenden del anterior oficio del Alcalde corporativo, de 8 de enero, en el manifiesta que, visto el expediente, de conformidad con lo resuelto por la Junta de Gobierno Local de 12 de mayo de 2006, se solicita "conforme a lo previsto en los arts. 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 11.1.D, inciso d) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, Dictamen preceptivo (...) sobre la procedencia de retirada de la citada concesión administrativa a la entidad adjudicataria (L.A., S.L.)", el concesionario.

* PONENTE: Sr. Bosch Benítez.

II¹**III**

1. La exposición de hechos expuesta sugiere las siguientes observaciones generales al procedimiento resolutorio y a la Propuesta de Resolución que lo culmina.

A. Sobre el Derecho aplicable. De conformidad con lo dispuesto en las cláusulas 1ª y 2ª del pliego, el contrato suscrito y la concesión que incorpora se rigen por los Reglamentos de Bienes [Reglamento aprobado por Real Decreto 1372/1986 de 13 de junio) y el citado de Servicios de las Corporaciones Locales (aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, cuyo Título III sigue vigente en cuanto no se oponga al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, disposición derogatoria única.f)], y por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo Texto Refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TR-LCAP).

Las disposiciones transitorias primera TR-LCAP y del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), precepto concerniente al "procedimiento para la resolución de los contratos", disponen la aplicación no retroactiva de sus determinaciones, de modo que los contratos adjudicados anteriormente "se regirán por la normativa anterior". Lo cual, en puridad, sólo es aplicable a las determinaciones materiales de los contratos suscritos, mas no a los aspectos procedimentales que ordenan las diversas incidencias del contrato, como la resolución, tal y como este Consejo ha razonado en diversas ocasiones (DCC 42/1996, de 24 de junio). Así pues, desde el punto de vista material son aquellos Reglamentos los que deben ser primariamente aplicados en cuanto no se opongan a la actual legislación contractual, que en cualquier caso será la aplicable en cuanto concierna a los aspectos procedimentales.

B. Sobre el procedimiento de resolución. La descripción del relato de hechos evidencia que la terminación del procedimiento fue efectuada antes de lo debido. De todas las alternativas jurídicas que el Ordenamiento jurídico ofrece para hacer frente a la situación en la que se hallaba la concesión (dejarla sin efecto; caducarla; resolverla; sancionar al concesionario; secuestrar la concesión) en los términos que resultan del informe final, ninguna fue propuesta al órgano de contratación [si bien hay referencias expresas en el informe de 28 de octubre de 2005 ("... debiendo

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

incorporarse el oportuno expediente de recuperación de la concesión), y en el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 12 de mayo de 2006, se menciona el art. 133.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales] y el expediente fue elevado a su consideración "para que resuelva lo que proceda". Y lo que procedió, según la Junta de Gobierno Local en los términos que resultan de la Propuesta de Resolución, fue "desestimar las alegaciones (del concesionario y) que por la Sección de Contratación se continúe la tramitación del procedimiento". Sin embargo, el siguiente paso fue la solicitud de Dictamen a este Consejo instando su precepto parecer de conformidad con lo dispuesto en el art. 109 RGCLAP; es decir, porque la concesión se encontraba en situación de resolución contractual.

Si el Acuerdo de la Junta Local citado es la Propuesta de Resolución, carece del contenido necesario para que sea tenida como tal, pues se trata de un Acuerdo de contenido no dispositivo -no resuelve concesión alguna-, sino de procedimiento: ordena la continuación del mismo.

Si el informe previo ofrecía varias alternativas que fueron ofrecidas a la Junta de Gobierno Local, entre ellas, tácitamente, el secuestro de la concesión y aquella se pronuncia por la resolución de la concesión, el Acuerdo de la Junta ordenando la continuación del procedimiento solo puede significar que el procedimiento debiera continuar de conformidad con las previsiones legales relativas a la resolución contractual. Lo que debiera finalizar a su vez con una Propuesta de Resolución en la que se acordare esa resolución con los efectos y consecuencias que las Ley dispone con ocasión del mencionado incidente contractual. Y es entonces cuando esa Propuesta debiera remitirse al Consejo Consultivo a fin de que pueda ser dictaminada.

Que la petición de Dictamen ha sido precipitada se acredita por el hecho de que en el oficio en el que el Alcalde se solicita Dictamen a este Consejo se hace referencia al citado art. 109 RGLCAP que concierne al procedimiento de resolución, pero sin hacer mención alguna, con soporte legal expreso, a la causa o causas en las que se fundamenta la resolución, aunque en la inteligencia de la Propuesta, ésta menciona los "incumplimientos presuntos" del concesionario que fundamentarían tan radical pronunciamiento para la vida de la concesión.

C. Sobre la Propuesta de Resolución. Tomando el referido Acuerdo de la Junta de Gobierno Local como la preceptiva Propuesta de Resolución que ha de ser el objeto del Dictamen solicitado, la misma es cuestionable en cuanto Propuesta porque no

efectúa una relación detallada de hechos probados a los efectos de su debido contraste con el condicionado del pliego, imprescindible para determinar que los incumplimientos del concesionario son de una envergadura tal que la concesión merece la resolución contractual.

Como ya se indicó, durante la tramitación del procedimiento se barajaron otras alternativas jurídicas con las que reprimir tales incumplimientos, aunque finalmente parece que se optó por la resolución; es decir, por la extinción definitiva del vínculo contractual. Y para estos casos la legislación contractual dispone de una serie de cautelas tanto de índole formal como material que no parece que se han cumplido en este caso. Las primeras, se contemplan en el art. 109 RGLCAP, que exige entre otros requisitos el informe del Servicio Jurídico -aquí, la Secretaría corporativa, sin que parezca deba ser tenido por tal el certificado del Secretario del Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, salvo en una interpretación sumamente formalista- y la intervención del avalista; las segundas, en el art. 113 TR-LCAP, que obliga en todo caso a que el Acuerdo de resolución deba pronunciarse sobre la incautación de la fianza y sobre los daños y perjuicios producidos, entre otras obligaciones que marca el art. 169 TR-LCAP y lo prevenido en los arts. 122 y ss. del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Todo lo cual abunda en el hecho de que el procedimiento fue cerrado prematuramente.

En este punto, ha de significarse que el procedimiento de resolución se inició a resultas de las denuncias interpuestas por determinados particulares en relación con el incumplimiento de los términos de la concesión. Más adelante, se imputó al concesionario la "venta" o "traspaso" de la concesión a una Comunidad de Usuarios integrada por los propietarios de los de las viviendas sitas en los edificios en cuyas inmediaciones se ubican las instalaciones, sin que el Presidente de tal Comunidad de Usuarios o en su caso los Presidentes de las Comunidades de Propietarios -a los que obviamente afectaría siquiera de forma refleja el procedimiento resolutorio incoado- hayan sido llamados al procedimiento.

D. Sobre la causa de resolución. Tampoco esta cuestión tiene un tratamiento adecuado en la Propuesta de referencia. De entrada, fundar una propuesta de resolución contractual en "incumplimientos presuntos" es del todo inaceptable. No es el concesionario quien debe demostrar que no está cumpliendo los términos de la concesión en sus justos y estrictos términos. La concesión, como todo contrato, goza de la presunción de correcto y debido cumplimiento. Es la Administración la que

debe y puede fiscalizar la concesión, en sus aspectos formales y materiales, a los efectos de determinar que está siendo incumplida. A tal efecto, puede investigar, recabar y diligenciar denuncias, inspeccionar obras y servicios, realizar auditorias y controles, recabar información y documentación. Y a resultados de tales actividades instrumentales iniciar el procedimiento que fuere pertinente, rescate, secuestro o resolución contractual. Y cualquiera de estas incidencias en el título concesional, graves por su propia naturaleza y fin, deberá quedar suficientemente acreditada y fundada, sin que quepa concluir el procedimiento en sentido resolutorio si sólo se acreditaran sospechas, conjeturas, indicios o comportamientos que no llegan a tener la suficiente y notoria entidad como para afectar a la estabilidad del título concesional.

Debe tenerse en cuenta que el procedimiento resolutorio empezó a instancia de unas denuncias de particulares que se habían quejado de que se había puesto una malla de separación entre la zona de uso público general y la zona de uso privativo, que afectaba a la piscina, cuyo acceso quedaba limitado a los vecinos de ciertos edificios, sin que los demás ciudadanos pudieran utilizar sus instalaciones en contra de lo previsto en el pliego. Tales imputaciones iniciales fueron contradichas por el concesionario al entender que la colocación de la malla no era sino consecuencia de las condiciones del título concesional -que distinguía entre dos zonas de régimen jurídico diferente- y que existía una puerta de acceso exterior a la zona de piscina, por lo que no existía uso excluyente. Por tales razones, estas iniciales imputaciones decayeron, pero fueron sustituidas por otras.

Consta, ciertamente, una petición del concesionario de cesión de la concesión a las Comunidades de Propietarios de los edificios en los que las instalaciones se ubican así como de reconocimiento del derecho al uso a una determinada plaza de aparcamiento, lo que desde luego llevaría a una *privatización de la concesión* contraria al pliego y a la Ley. Y, precisamente, fueron peticiones denegadas; denegación, se supone, que debió tener las consecuencias propias de tal pronunciamiento. Y si no fuera así, en las actuaciones hubiera debido haber información suficientemente acreditativa de que el concesionario, en efecto, había incumplido aspectos determinantes del pliego.

2. Y en cuanto a los incumplimientos de las obligaciones esenciales que se imputan al concesionario, y que se detallan en la Propuesta de Resolución, se podría decir lo siguiente:

Altura en la ejecución de la plaza (se trata, en su caso, de un incumplimiento en la ejecución de las obras, que fueron recibidas sin cuestionarse. El principio de confianza legítima impide su consideración en este momento, pues no se trata de un vicio oculto); anulación de ventanas de ventilación (si la anulación fue resultado de una ejecución indebida de la obra, nos remitimos a la anterior consideración; si fue posterior, ningún obstáculo habría en revertir la situación al estado original); estado de abandono (no se prueba); venta de una parte alícuota de la concesión (no se prueba); exclusión del uso abierto de los servicios concedidos (negado por el concesionario y no se prueba contradictoriamente, pues lo que existen son unas denuncias de vecinos); necesidad de contar con autorizaciones administrativas (la gravedad de este incumplimiento formal va unida a la gravedad de la actuación material no autorizada); traspaso no autorizado de la concesión (no probado, aunque hay ciertos indicios); e incumplimiento de las obligaciones concernientes a las pólizas suscritas (no probado; ni siquiera hay informe de la o las compañías de seguros).

Si concurrieran alguna o algunas de los incumplimientos denunciados - particularmente la venta o cesión de la concesión, siendo significativo a este respecto que a esta imputación el concesionario no efectúa alegación alguna- no cabe duda que estaríamos ante un supuesto de incumplimiento de los términos de la concesión y por ello ésta entraría en causa de resolución. Pero una incidencia tan grave en la estabilidad del título sólo sería posible en caso probado de incumplimiento grave. La resolución sólo cabría en estos supuestos y no ante cualquier otra clase de incumplimiento que por su propia naturaleza merecerían reproche de diferente índole y a los que el pliego hace referencia en su cláusula 9ª relativa a "fiscalización y sanciones". Es decir, aplicando el Derecho sancionador.

Y, ciertamente, habría infracciones calificadas como muy graves (el traspaso no autorizado de la concesión o no estar al día en el pago de las primas de seguros, apartado 2) que llevarían aparejados "la extinción de la concesión" (apartado 3). Pero hay otros incumplimientos, realizar obras sin autorización (instalar una malla de separación), o no mantener la salubridad, cuya calificación es de falta grave, económicamente sancionable (apartado 6). Todas las demás infracciones son leves (apartado 4), sancionables asimismo económicamente (apartado 6).

Y al margen de todo ello, no se puede ocultar un elemento importante, manifestado varias veces por el concesionario e incorporado en la Propuesta de Resolución, a tener en cuenta y que no puede ser desoído por la Administración y que

no es otro que la puesta a disposición del concesionario “para corregir las posibles deficiencias dentro de plazo que a tal efecto fuese fijado por la Administración”.

En suma, la Administración debe probar los incumplimientos y una vez probados calificarlos en razón de su gravedad a los efectos pertinentes, sin basar el procedimiento resolutorio en indicios o presunciones. Lógicamente, la infracción mayor (sancionable con resolución) arrastra a la menor (sancionable económicamente), pero de todo ello debe quedar cumplida y suficiente cuenta a los efectos pretendidos.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Acuerdo no es conforme a Derecho, debiéndose retrotraer las actuaciones a fin de que se complete el expediente en los términos expuestos en el Fundamento III, y de que este modo se cuente con los presupuestos necesarios para la formulación de un pronunciamiento sobre el fondo.