



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 9 / 2 0 0 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 29 de enero de 2009.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Granadilla de Abona en relación con la *Propuesta de Resolución, con forma de propuesta de Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, por la que se acuerda la resolución de contrato de concesión administrativa de plaza, aparcamientos subterráneos, piscina y servicios complementarios de la manzana 2B de el Cabezo, en el Médano, otorgada a la empresa L.A., S.L. Cesión no autorizada de la concesión (EXP. 568/2008 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 11 de diciembre de 2008, con entrada en este Consejo el 23 del mismo mes, la Alcaldesa Presidenta del Ayuntamiento de Granadilla solicita de este Consejo, por el procedimiento ordinario, Dictamen preceptivo, al amparo del art. 11.1.D.d) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, sobre "la procedencia de retirada de la (...) concesión administrativa (otorgada) a la entidad adjudicataria (L.A., S.L.)", el concesionario, sobre la parcela 2B, en el Cabezo, El Médano por concurrir en el mismo falta muy grave prevista en el pliego concesional, cual es ceder la concesión a terceros sin autorización corporativa.

2. Los antecedentes más relevantes del procedimiento tramitado son los siguientes:

(...)¹

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

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

II

1. Es la segunda ocasión en la que este Consejo debe pronunciarse sobre una Propuesta de Resolución en este procedimiento de resolución de la concesión a la que se ha hecho referencia.

Anteriormente, este Consejo, como ya se indicó, emitió su Dictamen 78/2007, de 12 de febrero, en el que no se entró a conocer el fondo del asunto al entenderse entonces que lo que procedía era la retroacción de actuaciones con la finalidad de aclarar determinados extremos concernientes a que:

A. La Propuesta no optaba expresamente por alguna de las alternativas que se barajaron en las actuaciones sobre la concesión (dejarla sin efecto; caducarla; resolverla; sancionar al concesionario; secuestrar la concesión), pues al final el acuerdo adoptado fue el de continuar el procedimiento, por lo que la solicitud de Dictamen a este Consejo fue prematura.

B. La Propuesta no efectuaba una relación detallada de hechos probados a los efectos de su debido contraste con el condicionado del Pliego; operación imprescindible para determinar que los incumplimientos del concesionario son de una envergadura tal que son merecedores de la resolución contractual.

C. Porque en los casos de resolución la legislación contractual dispone de una serie de cautelas tanto de índole formal como material que no parece que se hayan cumplido en este caso. Las primeras, se contemplan en el art. 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, 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- y la intervención del avalista; las segundas, en el art. 113 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TR-LCAP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que obliga en todo caso a que el Acuerdo de resolución deba pronunciarse sobre *la incautación de la fianza y sobre la posibilidad de resarcimiento, en su caso, de 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, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955.

D. Porque 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 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.

E. Porque la resolución se fundaba en "incumplimientos presuntos", que había que probar, a cuyo efecto se debía investigar, recabar y diligenciar denuncias, inspeccionar obras y servicios, realizar auditorias y controles, o recabar información y documentación.

En definitiva, este Consejo venía a concluir:

"Si concurrieran alguno o algunos 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”.

2. De conformidad con lo dispuesto en las cláusulas 1 y 2 del Pliego, el contrato de concesión que incorpora se rige por el Reglamento de Bienes [Reglamento aprobado por Real Decreto 1.372/1986 de 13 de junio) y por 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.ª), 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 RGLCAP 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, si bien la vigente legislación contractual será la aplicable en cuanto concierna a los aspectos procedimentales.

Por otro lado, se remite a este Organismo una Propuesta de Resolución cuyo acuerdo primero desestima las alegaciones del concesionario en relación con la apertura del procedimiento resolutorio y cuyo acuerdo segundo dispone la remisión del expediente a este Consejo a efectos del preceptivo Dictamen, *sin contener previsión alguna sobre la fianza constituida ni con la posible indemnización de daños y perjuicios.*

La dilación del procedimiento seguido, en que el concesionario ha tenido oportunidad de conocer los informes de la Administración en relación con todas las incidencias derivadas de la adjudicación y el cumplimiento de los términos y

obligaciones de la concesión, ha determinado *que la finalización del incidente de apertura del procedimiento resolutorio coincida con la propia resolución*. Tal coincidencia no obsta, sin embargo, a la posible formulación de la Propuesta producida, pues lo importante a estos efectos es que la posición de la Administración esté clara y el interesado haya tenido oportunidad, que la ha tenido, de defender sus posiciones en el contexto del procedimiento resolutorio e incidentes transversales, de los que en efecto tuvo cuenta el concesionario, compareciendo a todas las actuaciones, como se acredita del relato de hechos.

Así, se recuerda que previa petición del concesionario de modificación del Pliego concesional en orden a la autorización de cesión de derechos a las Comunidades constituidas, la Comisión de Gobierno, en sesión celebrada el día 14 de octubre de 2000, deniega ambas peticiones, requiriéndose (al concesionario) “al objeto de que lleve a efecto la explotación de la concesión con arreglo al pliego de condiciones aprobado y al contrato suscrito”.

Y que, el 10 de noviembre de 2008, la Junta de Gobierno Local adoptó los acuerdos de “Desestimar las alegaciones presentadas” por la concesionaria “contra el acuerdo de iniciar expediente de resolución de la concesión administrativa” por la “comisión de una infracción muy grave de las previstas en la cláusula 9 del pliego de condiciones que rigen el contrato consistente en no ejercer directamente la explotación traspasándola sin autorización a las Comunidades de Vecinos M. I y M. II”, lo que se “sancionará con la extinción de la concesión”; asimismo, se acordó “remitir el expediente al Consejo Consultivo de Canarias”; y, finalmente, notificar “el presente acuerdo a la empresa adjudicataria a los efectos oportunos”.

3. En la Propuesta de Resolución ahora formulada la Administración efectúa una opción precisa por una de las alternativas posibles, que es la de resolución de la concesión, por una causa que además se indica, y que es un incumplimiento muy grave a resultas del Pliego y del contrato suscrito entre ambas partes. Lo que, obviamente, es perfectamente compatible con la incoación de expediente sancionador y con el expediente de requerimiento de reparación de deficiencias en las instalaciones, de lo que el concesionario fue requerido en ambas ocasiones, sin que conste la reparación de las mismas *bajo la excusa de que la conservación y mantenimiento es de las Comunidades constituidas, negando a la par que se haya cedido la concesión*. De esta situación compleja, ciertamente, se hizo eco tanto el propio Defensor del Pueblo como el Diputado del Común, que tomaron razón de las

denuncias efectuadas por el Presidente de una de las Comunidades constituidas (M. I) y que dio lugar a un procedimiento de queja cuya duración en el tiempo acredita la complejidad de la solución.

En este sentido, del expediente se desprende la producción de todas las actuaciones relatadas en relación con la intervención del Defensor del Pueblo, del Diputado del Común, del Cabildo y de la Consejería de Sanidad.

En cualquier caso, se pretende, en fin, la resolución de la concesión con arreglo a una prolija motivación que argumenta tanto la razonabilidad de la causa resolutoria como la endeblez de los motivos que aduce el concesionario para oponerse a la resolución, por lo que desde la perspectiva de la fundamentación y motivación de la propuesta resolutoria nada hay que decir.

Pues bien, al margen de ciertos incumplimientos graves del Pliego (cláusula 9.3: “No mantener la seguridad, salubridad y ornato del dominio público concedido” y “el retraso en el cumplimiento de las directrices emanadas del Ayuntamiento tendentes a mejorar el servicio o a corregir deficiencias del mismo”), y que hubieran podido motivar un expediente sancionador, distinto de este procedimiento resolutorio, como indicó con reiteración el Defensor del Pueblo y argumentó este Consejo, la resolución de la concesión se funda en la cesión de la misma sin autorización de la Corporación, lo que contraviene expresamente la cláusula 9.2 del Pliego, que califica como falta muy grave tanto “no ejercer directamente la explotación, traspasándola sin autorización municipal”, como “no respetar el objeto de la concesión y los límites establecidos en la misma”. Esto es, como se informa por los Servicios competentes de la Administración actuante, se ha producido una *vulneración de la concesión* por la cesión de derechos y deberes de forma que éstos serían asumidos por los compradores de las viviendas anejas y por los usuarios de los garajes, quienes adquirirían una alícuota parte sobre la citada concesión.

En este orden de cosas, el argumento de la concesionaria es que si se sigue destinando la concesión al uso previsto y se conserva el equilibrio financiero de la misma, los contratos privados que el concesionario haya hecho con los terceros con ocasión de la compra de una vivienda, aneja a la cual se ofrecía la alícuota parte de los derechos dimanantes de la concesión, no tienen nada que ver con la concesión. Sin embargo, tal distinción no es de recibo, pues la concesión, como título administrativo que faculta para el uso o explotación privativa de un bien demanial, no sólo tiene un régimen jurídico unitario que se aplica íntegramente en cada caso, incluyendo todas sus condiciones y obligaciones, sino que, en este supuesto y

afectando por demás a la prestación de un servicio municipal, existe un Pliego de Cláusulas que limitan y condicionan la cesión de la concesión o la modificación de los derechos y obligaciones del concesionario, exigiéndose previa autorización administrativa y producirse con determinados límites. Y, en efecto, la pretendida cesión del título público concesional se acredita producida por ciertas actuaciones del concesionario con terceros que aparecen documentadas en las actuaciones, cuales son:

A. Copia de lo que se denomina "documento de reserva" suscrito entre el luego concesionario y un interesado en cuyos expositivos se hace referencia a la inminente construcción de un edificio de viviendas cuyo sótano se habilitará para aparcamiento, que en la manzana delimitada existe un espacio público municipal cuya calificación urbanística es la de "plaza y área de juego"; y que se está tramitando un convenio con el Ayuntamiento para la cesión de uso y aprovechamiento por 50 años de tal espacio.

B. Copia de contrato de "cesión temporal del uso y disfrute de plaza de aparcamiento", de 19 de noviembre de 2002, suscrito entre el concesionario y terceras personas, propietarias de vivienda en M. II., resultando que por este contrato el concesionario recibe no una tarifa de uso, en razón al Pliego, sino una cantidad alzada por la totalidad de los 50 años de uso, lo que desde luego es indicativo de una vinculación de una plaza de aparcamiento con una de las viviendas de las que fue promotor el concesionario, en lo que en apariencia parece ser una privatización del derecho concesional. Ciertamente que en el Pliego se establece un régimen de preferencia de uso en favor de los propietarios, pero la retribución del concesionario en base a un sistema de tarifas que figuran en el Pliego se ha visto sustituido, sin intervención de la Administración, por uno distinto no contemplado en aquél.

III

En resumidas cuentas, estamos en presencia de un procedimiento de resolución de la concesión, que no debería ser demorado ni impedido por los eventuales expedientes sancionadores que se hubieran podido incoar por distintas Administraciones Públicas. Estos son asuntos distintos, aunque conexos y con eventual afectación al que nos ocupa en cuanto suponen, también, supuestos de incumplimientos de la concesión otorgada a los efectos de apoyar o incrementar la procedencia de su rescate o resolución.

En esta línea, cabe presumir, vistas las actuaciones y toda la documentación obrante en el expediente, que al concesionario le convenía el otorgamiento de la concesión en su concepto de promotor de edificios que construía en la zona, pero no parecía tener intención de gestionarla.

Pero, en todo caso y en lo que aquí importa, especialmente en relación con el preceptivo pronunciamiento de este Organismo, lo determinante es analizar el eventual incumplimiento, ante todo y sobre todo, de la cláusula 9ª del Pliego concesional. Y, justamente, puede y debe decirse que, además de esas otras vulneraciones de distintas cláusulas del mismo, tal incumplimiento se ha producido, afectando a la cláusula esencial del contrato concesional porque garantiza la virtualidad y funcionamiento del título otorgado y convenido por el concesionario, alterándose con la cesión no autorizada su régimen jurídico y, por ende, su finalidad y justificación.

Por lo tanto, considera este Consejo que existe causa fundada de resolución de la concesión; lo que debe hacerse constar en el Resuelvo de la Propuesta, junto con el destino de la fianza constituida y, si procediera y se considerara oportuno y viable, la incoación de procedimiento de determinación de daños y perjuicios.

C O N C L U S I O N E S

1. La resolución contractual es conforme a Derecho puesto que se dan las condiciones legales determinadas en el Ordenamiento jurídico contractual aplicable.

2. En cualquier caso, el Acuerdo resolutorio ha de constar de un Resuelvo que contenga la causa fundada de resolución de la concesión, así como un pronunciamiento sobre la incautación de la fianza y, en su caso, sobre de la incoación de un procedimiento de daños y perjuicios en cuanto excedieren de aquella fianza, en los términos del art. 113.4 y 5 TR-LCAP.