



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 6 / 2 0 1 3

(Sección 1ª)

La Laguna, a 15 de marzo de 2013.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Antigua en relación con la *Propuesta de Acuerdo plenario de resolución del contrato de concesión administrativa a la entidad T.P.L., S.L. de la Cantera de Antigua (EXP. 63/2013 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Antigua, es la Propuesta de Acuerdo plenario de resolución del contrato de concesión administrativa a las mercantil T.P.L., S.L. de la cantera de Antigua.

2. La contratista se ha opuesto a la resolución contractual. Esta oposición determina la preceptividad del Dictamen según el art. 211.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, TRLCSP (aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), en relación con el art. 11.1.D.d) de la Ley del Consejo Consultivo. De este último precepto y del art. 12.3 de la misma Ley resultan, respectivamente, la competencia del Consejo para emitir el Dictamen y la legitimación de la Sra. Alcaldesa para solicitarlo.

3. En la tramitación del expediente no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que obsten a un Dictamen sobre el fondo.

II

1. La cantera está ubicada en la parcela de referencia catastral (...) de titularidad del Ayuntamiento de Antigua. Esta parcela forma parte de la finca nº

* **PONENTE:** Sr. Tejera Lorenzo.

100052 del Inventario de Bienes de dicho Ayuntamiento destinada a pastos mancomunales. Los bienes comunales son bienes de dominio público según el art. 80.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, LBRL y el art. 2.3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, RBL (aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio). Por el contrato que se pretende resolver se cedió la explotación de la cantera a una sociedad mercantil, lo cual constituye un uso privativo de una porción del dominio público ya que excluye su utilización por terceros (art. 75.2ª RBL). Este contrato tiene, por consiguiente la naturaleza de una concesión administrativa (art. 78.1 RBL) que se regula por el RBL y la legislación de contratación administrativa (arts. 78.2 y 81 RBL).

2. La concesión administrativa, previa solicitud de P.P.L.M., fue adjudicada a P.P.L. y S., por Acuerdo del Pleno, de 25 de junio de 1997, con un canon de 200.000 pesetas mensuales (1.202 euros), actualizable conforme al Índice de Precios al Consumo (IPC) y por un período de cinco años.

Esta adjudicación de la concesión se realizó prescindiendo total y absolutamente del procedimiento regulado por los arts. 80 a 89 y 91 RBL.

La fecha de adjudicación de la concesión determina, en virtud de la D.T.1.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (actualmente D.T.1.2 del Texto Refundido de dicha Ley) y la D.T. 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, TRLCAP (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), que la legislación sustantiva por la que se rige el contrato sea la vigente en dicha fecha y que está constituida por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP, su normativa de desarrollo y, como se dijo, el RBL.

3. El 16 de mayo de 2000, P.P.L.M., actuando en nombre y representación de la empresa "T.P.L., S.L.", presenta una solicitud al Ayuntamiento en la que manifiesta que es la concesionaria de la explotación de la cantera en virtud del acuerdo plenario de 25 de junio de 1997 y solicita que se le amplíe a quince años la concesión con un canon de 200.000 pesetas mensuales (1.202 euros) por el mineral extraído, más la entrega gratuita al Ayuntamiento de los materiales que éste le requiera. Además, abonaría una cuota mensual de 25.000 pesetas (150,25 euros), por la ocupación de las instalaciones. Ambas cifras serían actualizadas anualmente de acuerdo con el IPC. Ofrecía también una fianza de seis millones de pesetas (36.060,72 euros) para garantizar la restauración de la zona, un aval bancario por importe de dos millones de pesetas (12.020,24 euros) para garantizar la fianza del

plan de restauración y un seguro de responsabilidad civil de cien millones de pesetas (601.012,10 euros) con vigencia por el plazo de la concesión.

El Pleno del Ayuntamiento, por acuerdo de 26 de julio de 2000, aprobó "la ampliación de la concesión administrativa de la Cantera de Antigua, explotada por la entidad T.P.L., S.L. por un período de quince años, con un canon de 200.000 pesetas mensuales a favor del Ayuntamiento, aceptando el resto de condiciones establecidas en su solicitud de prórroga de la concesión".

Con este acuerdo el Ayuntamiento aprobó simultáneamente la transmisión del título concesional del concesionario originario a la sociedad mercantil y amplió su duración a quince años.

4. El Ayuntamiento, en su calidad de titular del derecho minero, solicitó la ampliación de la superficie de explotación de la cantera de los 41.575 m² iniciales a 35.000 m² más, con lo que se ocupaba la totalidad de los 76.575 m² de la parcela minera, ampliación que fue autorizada por Resolución, de 30 de agosto de 2005, de la Dirección General de Industria y Energía de la Consejería de Industria.

5. El Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, por Auto, de 22 de octubre de 2012, declaró en situación de concurso voluntario a la empresa "T.P.L., S.L. ".

6. La concesionaria dejó de abonar el canon desde diciembre de 2011 por lo que a 13 de diciembre de 2012 debía al Ayuntamiento 18.345'74 euros.

7. El Pleno del Ayuntamiento acordó el 13 de diciembre de 2012 la incoación del procedimiento de resolución contractual.

8. En trámite de audiencia, a la vista del informe en que fundamenta la resolución en el impago del canon, la concesionaria alega:

a) Que el 23 de febrero de 2009 solicitó, con base en que era un proveedor de obras y servicios del Ayuntamiento, la compensación de forma indefinida de los importes del canon con las facturas que presentara al Ayuntamiento.

b) Que el 24 de diciembre de 2012 presentó la certificación de liquidación de la obra "repavimentación de aceras de El Castillo" y la factura nº 001/662, la suma de cuyos importes es superior a la cantidad adeudada en concepto de canon, por lo que procede la compensación de deudas.

c) Que no existe contrato entre la empresa y el Ayuntamiento sino una transmisión de derechos mineros, por lo que la Administración no puede resolver un contrato inexistente; y que, además, en esa transmisión del derecho minero se infringió el art. 94 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, LM.

d) Que, en virtud de la declaración judicial de concurso voluntario de la empresa, el derecho de crédito del Ayuntamiento queda integrado en la masa pasiva del concurso, para el caso de que el Ayuntamiento no considere compensada las deudas recíprocas.

III

1. La alegación de que la deuda por el canon está compensada en virtud de su solicitud de 23 de febrero de 2009 de compensación indefinida de las deudas se debe desestimar porque, según resulta del art. 56 del Reglamento General de Recaudación, RGR (aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio) en relación con los arts. 71 y 72 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, LGT, para que se compensen las deudas tributarias (el canon tiene este carácter en virtud del art. 80.7ª RBL) con créditos frente a la Administración es necesario que éstos estén identificados, sean actuales, no futuros y probables, de cuantía líquida y determinada, y reconocidos por un acto administrativo.

A la vista de esa regulación es patente que es imposible la compensación indefinida entre una deuda determinada y futuras deudas indeterminadas.

Esa solicitud careció de cualquier efecto porque el art. 56.3 RGR dispone que si no se demuestra la existencia del crédito, que es lo mismo que decir su actualidad y realidad, la solicitud se tendrá por no presentada y se archivará sin más trámite.

2. En cuanto a la denominada "*certificación de liquidación de la obra repavimentación de aceras de El Castillo*", no es tal, porque no está expedida por la Administración a través del facultativo director de la obra ni firmada por el representante de la contratista, ni recoge los datos que obligatoriamente ha de contener una certificación de obra, tal como exigen los arts. 232.1 y 235.1 del TRLCSP y los arts. 150 y 151.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RCAP (aprobado por el Real Decreto 1089/2001, de 12 de octubre) en relación con el Anexo XI del mismo.

Esos documentos carecen de los requisitos esenciales para ser calificados de una certificación de obras y, por ende, para atribuirles el carácter de un acto administrativo declarativo de la existencia de un crédito frente a la Administración.

Solo tienen el carácter de facturas elaboradas unilateralmente por la empresa y presentadas ante la Administración. La mera presentación de facturas ante la Administración no implica el reconocimiento por ésta de un crédito. Éste, como se señaló, ha de estar reconocido por un acto administrativo para que pueda ser compensado con las deudas del acreedor con la Administración.

3. También se ha de atender a que la factura denominada "*certificación liquidación obra repavimentación de aceras en El Castillo*", por importe de 18.088,40 euros, está datada el 17 de diciembre de 2012 y presentada en el Registro del Ayuntamiento el 24 de ese mismo mes y año, mientras que el Auto de declaración judicial de concurso se dictó en una fecha anterior, el 22 de octubre de 2012, por lo que en ningún caso es compensable, ya que el art. 58 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, LC, prohíbe que se compensen los créditos nacidos con posterioridad a la declaración del concurso.

El canon que adeudaba la concesionaria a la fecha de 13 de diciembre de 2012 ascendía a 18.345,74 euros. El importe de las facturas que presenta, sin tener en cuenta la de 17 de diciembre de 2012, por un importe de 18.088,40 euros, que no es compensable en virtud del art. 58 LC, no cubre el total adeudado. Si, hipotéticamente, se admitiera que los créditos que reflejan reúnen los requisitos para ser compensados, la concesionaria continuaría debiendo mensualidades del canon manteniendo su situación de incumplidora.

Por estas razones, se debe desestimar la alegación de que la deuda en concepto de canon esté compensada.

4. En cuanto a la alegación de que no existe un contrato de concesión administrativa sobre un bien de dominio público se debe considerar que, independientemente de las irregularidades que se hayan producido en su adjudicación, mientras por causa de ellas no se haya declarado nulo el contrato, éste vincula a las partes. Las concesiones demaniales son transmisibles entre los particulares con autorización de la Administración titular del bien; y que la concesión de la cantera, inicialmente adjudicada a una persona física, ésta se la transmitió a la sociedad limitada, ya que ésta en concepto de titular de la concesión solicitó su prórroga al Ayuntamiento, el cual, al acceder a ella simultáneamente autorizó esa transmisión. Con ello, se produjo la novación modificativa subjetiva pasiva del contrato de concesión que se contempla en el art. 1.203.2º del Código Civil. La sociedad mercantil se subrogó así en la posición del concesionario inicial y en virtud

del título concesional ha ocupado un bien inmueble de dominio público sobre el cual ha desarrollado un uso privativo.

El hecho de que este uso consista en una extracción de recursos mineros de la Sección A) del art. 3.1 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, LM, amparada en una autorización cuyo titular es el Ayuntamiento, y que la cesión de la explotación o arrendamiento de este derecho minero se haya realizado conjunta e inseparablemente de la concesión de la cantera para la cual se otorgó, no afecta en absoluto a la existencia del vínculo concesional.

Esta cesión de la explotación, uso o ejercicio, arrendamiento en suma del derecho minero se realizó dando cuenta de ello a la Administración que lo otorgó, tal como exige el art. 94.3 LM, según acreditan el oficio que el Alcalde dirigió el 11 de abril de 2001 a la Consejería de Industria y la Resolución, de 19 de julio de 2000, de la Dirección General de Industria y Energía, aceptando, a solicitud de la sociedad mercantil, el nombramiento del Director facultativo de la cantera.

Por estas razones tampoco se puede estimar esta alegación.

5. En cuanto a la última alegación, se ha de considerar que el hecho de que los créditos de la Administración frente al concursado se integren en la masa pasiva del concurso sin que aquella pueda satisfacerlos por la vía de apremio (arts. 49 y 55 LC), no impide que la Administración pueda resolver el contrato; porque el art. 67.1 LC establece que los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos administrativos entre el deudor y las Administraciones públicas se regirán por la legislación de contratación administrativa. Esta legislación no anuda al hecho de la declaración de concurso del contratista ningún límite a la potestad administrativa de resolución contractual por incumplimientos del contratista, sean anteriores o posteriores a esa declaración. Véanse al respecto el art. 112 LCAP, aplicable por razón de la fecha de su adjudicación al presente contrato, y el art. 223 del vigente TRLCSP. Por consiguiente, tampoco esta alegación obsta a la resolución contractual.

IV

La concesión administrativa que se pretende resolver se rige, en primer lugar, por los arts. 78 a 91 RBL y, en segundo lugar, por la legislación de contratación administrativa en virtud de la remisión expresa a ella de los arts. 78.2 y 81 RBL y, además, porque el régimen que para las concesiones de uso privativo de bienes demaniales establece el art. 80 RBL, es el propio de un contrato administrativo. Esa

legislación de contratación administrativa para esta concesión está constituida, como se explicó de suso, por la LCAP vigente cuando se adjudicó.

El art. 112, g) LCAP tipifica como causa de resolución el incumplimiento de una obligación contractual esencial. Con la calificación como esencial de la obligación cuyo incumplimiento puede fundamentar la resolución contractual, se excluyen aquellos incumplimientos de obligaciones menores o accesorias que no afectan al núcleo del tipo contractual, es decir, a las obligaciones que configuran la causa del contrato. En un contrato oneroso, como es el de la concesión del uso privativo y anormal de un bien demanial, las obligaciones esenciales son la entrega por parte de la Administración de la posesión del bien al concesionario y el pago por parte de éste del canon pactado como contraprestación. El impago del canon supone, pues, el incumplimiento de una obligación esencial del concesionario, lo cual, según el 112, g) LCAP faculta a la Administración para resolver la concesión.

En el presente caso el impago del canon mensual es reiterado y grave porque se ha prolongado desde diciembre de 2011. Concorre, por tanto, la causa de resolución del art. 112, g) LCAP como aprecia la Propuesta de Resolución.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.