



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 29 de octubre de 2013.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Antigua en relación con la ***Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato de concesión administrativa para la ocupación de zona verde ubicada en la primea fase de la urbanización El Castillo-Caleta de Fuste (EXP. 370/2013 CA)*.***

F U N D A M E N T O

Único

1. Por escrito de 10 de septiembre de 2013, la Sra. Alcalde del Ayuntamiento de Antigua, Fuerteventura, solicita dictamen preceptivo por el procedimiento ordinario, al amparo de los arts. 11.1.D.d), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, respecto de la Propuesta de Resolución del procedimiento resolutorio de la concesión administrativa de ocupación de la zona verde ubicada en la primera fase de la urbanización El Castillo-Caleta de Fuste.

En el informe de la Secretaría General de fecha 10 de septiembre de 2013 del Ayuntamiento de Antigua se propone:

“PRIMERO.- Solicitar el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo de Canarias respecto de la resolución del contrato de concesión administrativa para la ocupación de zona verde ubicada en la primera fase de la urbanización El Castillo-Caleta de Fuste.

SEGUNDO.- Acordar la suspensión del transcurso del plazo máximo legal para resolver este procedimiento al amparo de lo previsto en el art. 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por el tiempo que medie entre la

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

petición, que deberá comunicarse a la entidad interesada, y la recepción del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos.

TERCERO.- Dar traslado del presente acuerdo al Consejo Consultivo de Canarias, así como a la Entidad B.H.C., S.L..”.

La Resolución, formalizada como Decreto 1004/2013, de 10 de septiembre de 2013, sucede a los informes de la Secretaría General corporativa, de 5 y 10 de septiembre de 2013, que proponían:

El primero, de 5 de septiembre de 2010:

“Primero.- Desestimar íntegramente las alegaciones formuladas (...).

Segundo.- Resolver la concesión de ocupación de zona verde ubicada en la primera fase de la urbanización El Castillo-Caleta de Fuste, adjudicada por acuerdo del Pleno de la corporación de fecha 9 de agosto de 1997, por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, concretamente por incumplimiento de la ejecución de las obras e instalaciones que deberían llevarse a cabo según el pliego de bases reguladoras de la concesión, según el proyecto presentado por la concesionaria y según el contrato formalizado entre las partes.

Tercero.- Determinar la inexistencia de daños y perjuicios a indemnizar al Ayuntamiento por parte del contratista.

Cuarto.- Determinar la inexistencia de daños y perjuicios a indemnizar al contratista, así como la no reversión de las instalaciones al Ayuntamiento por tratarse de un terreno de titularidad privada, sin perjuicio de la necesaria e inmediata puesta en marcha de los mecanismos de gestión urbanística que garanticen la titularidad pública demanial de dicho sujeto”.

El segundo informe, de 10 de septiembre de 2013:

“PRIMERO.- Solicitar el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo de Canarias respecto de la resolución del contrato de concesión administrativa para la ocupación de zona verde ubicada en la primera fase de la urbanización El Castillo-Caleta de Fuste.

SEGUNDO.- Acordar la suspensión del transcurso del plazo máximo legal para resolver este procedimiento al amparo de lo previsto en el art. 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por el tiempo que medie entre la

petición, que deberá comunicarse a la entidad interesada, y la recepción del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos.

TERCERO.- Dar traslado del presente acuerdo al Consejo Consultivo de Canarias, así como a la Entidad B.H.C., S.L.”

Es decir, la Propuesta de Resolución acoge parcialmente los previos informes-propuestas de la Secretaría General, lo que objetable por las siguientes razones:

A. La Propuesta de Resolución que acompaña a la solicitud de dictamen no contiene una descripción total de incidencias generadas con ocasión de la tramitación del procedimiento matriz y el resolutorio que se tramita.

B. De hecho, se solicita el dictamen sin haber concluido el procedimiento resolutorio, al señalar tal documento que “será requisito necesario para la resolución del contrato que se emita dictamen del” Consejo Consultivo, resolviéndose en consecuencia “solicitar el (...) dictamen del Consejo Consultivo”.

C. De hecho, en su Resuelvo –lugar donde se concretan las pretensiones o facultades ejercidas- no se dispone expresamente la resolución del contrato,

D. Tampoco se resuelve la incautación de la fianza definitiva por concurrir culpa del contratista, consecuencia de toda resolución contractual culpable [arts. 114.4 y 44.c) LCAP].

2. El apartado segundo del Resuelvo de la Propuesta acuerda “la suspensión del transcurso del plazo máximo legal para resolver este procedimiento al amparo de lo previsto en el art. 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a la entidad interesada, y la recepción del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos”. Sin embargo, no es posible tal pretensión por cuanto, como este Consejo ha señalado en varias ocasiones, su dictamen no es un “informe” cuyo contenido sea determinante del contenido de la Resolución –pues este Consejo dictamina justamente la Propuesta, lo que abunda en el hecho de que pareciera que la instrucción aun no ha terminado- y este Consejo a estos efectos no es “Administración activa”, condición institucional a la que se anuda la efectividad del precepto. Tampoco puede ser apreciable, en este caso, la excepción al caso que resulta de la interrupción del plazo por el preceptivo mes de

agosto de vacaciones de esta institución, pues la solicitud de dictamen tuvo entrada el 24 de septiembre de 2013.

3. Sin perjuicio de lo anterior y sin prejuzgar lo que en su momento pueda dictaminar este Consejo Consultivo, el informe de la Secretaría de 5 de septiembre de 2013 precisa que no procede acordar la reversión de las instalaciones *al Ayuntamiento “por tratarse de un terreno de titularidad privada, sin perjuicio de la necesaria e inmediata puesta en marcha de los mecanismos de gestión urbanística que garanticen la titularidad pública demanial*. Luego, se está admitiendo una eventual concesión contraria a Derecho, pues no se puede otorgar concesión sobre suelo privado ajeno, siendo nulas las concesiones “que se otorgaren sin las formalidades que se establecen en los artículos siguientes” (art. 81 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado por R.D. 1372/1986, de 13 de junio, RBCL), de los que resulta que la concesión es título que legitima la “ocupación privativa y normal de dominio público” (art. 82 RBCL).

Según la entidad interesada manifestó en su escrito de alegaciones el Ayuntamiento sacó “a concurso la explotación de un suelo que hasta la fecha no ha sido cedido al Ayuntamiento de Antigua y que sigue siendo propiedad de una sociedad mercantil. No conforme con esto, el suelo de referencia en la actualidad no segregado de la finca matriz, es de titularidad privada y perteneciente a (la interesada)”.

Al margen de que no queda claro si el suelo afectado es de una o dos sociedades mercantiles, privadas en todo caso, el Secretario General informa que “un contrato de concesión ha de partir necesariamente de la titularidad municipal de un bien de dominio público”, por lo que si “el suelo en que iban las instalaciones [es (...)] de titularidad privada de la concesionaria [ello (...)] entraña una eventual contradicción”.

Debe tenerse en cuenta que Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP (regulación vigente hasta el 22 de junio de 2000, aunque en esta materia fue sucedida por textos posteriores que esencialmente reiteran su contenido) dispone que los contratos podrán ser inválidos por causa de Derecho administrativo o de Derecho civil (art. 62 LCAP). Las primeras son las causas de nulidad indicadas en el art. 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC); también la falta de capacidad de obrar o de solvencia; estar incurso el adjudicatario

en alguna de las prohibiciones o incompatibilidades; y la carencia o insuficiencia de crédito (art. 63 LCAP).

La declaración de nulidad de los contratos “llevará, en todo caso, consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido” (art. 66 LCAP).

Lógicamente, si se estimara que concurriera esta causa de nulidad -antes en el tiempo que la resolutoria que se alega- se debería pasar por sus efectos, comenzando con la no procedibilidad del procedimiento resolutorio. La lógica consecuencia de ello es que, con carácter previo, debe aclararse la naturaleza jurídica del suelo afectado desde la constitución de la concesión hasta este momento.

4. En cuanto a la resolución contractual se pretende fundar en el “incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, concretamente por incumplimiento de la ejecución de las obras e instalaciones que deberían llevarse a cabo según el pliego de bases reguladoras de la concesión”.

Antes de la resolución de un contrato -el efecto más radical que sólo debe adoptarse cuando sean inaplicables otras medidas: advertencias, recordatorios, sanciones etc.- el contratista debe conocer previamente las consecuencias de su negativa actitud. No es que se le de audiencia sobre la pretensión resolutoria, que se le ha dado; es que la resolución debe fundarse en la previa voluntad rebelde del contratista de no cumplir las órdenes dadas en orden a la correcta ejecución del contrato. Al tal efecto, además, debe ponderarse su grado de culpa o negligencia (incumplimiento del contratista cuando tal incumplimiento se basa en otro previo de la Administración).

La entidad interesada ha alegado una situación de “tolerancia y conocimiento” por parte de la Administración, quien nunca -al parecer- requirió antes el cumplimiento que ahora exige, “pactándose las modificaciones realizadas de forma verbal”. Si fuera así, la parte debe probar tales afirmaciones y el Ayuntamiento rebatirlas, pero lo que está sosteniendo el contratista es que actuó de acuerdo con el Ayuntamiento. Obviamente, se trataría de modificaciones no formales del contrato; pero, al margen de ello, pudiera haber existido una apariencia con suficiente entidad como para que el concesionario fundara una expectativa de confianza de que lo actuado quedaba amparado por el Ayuntamiento.

La propia Secretaría General califica la actuación municipal de “nefasta”. La recíproca buena fe (art. 7.1 del Código Civil) a ello obliga. Puede que por tal causa en vez de la resolución por el alegado incumplimiento culpable del concesionario proceda –sin perjuicio de la instrucción complementaria que se realice– la adopción de medida distinta o la resolución fundada en causa diferente, no olvidando que nuestro Ordenamiento consagra como principios generales los de equidad y proscripción de abuso del derecho (arts. 3.2 y 7.2 del Código Civil).

5. En consecuencia la Propuesta de Resolución no se considera conforme a Derecho, porque:

A. Presenta los defectos formales y materiales mencionados en el apartado 1.

B. No procede la suspensión condicionada del plazo resolutorio al hecho de la emisión del dictamen solicitado (apartado 2).

C. Si la concesión incurre en nulidad es un incidente previo al resolutorio (apartado 3).

D. El procedimiento resolutorio no se ha completado en cuanto a su instrucción (apartado 4).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución del contrato de concesión administrativa para la ocupación de zonas verdes ubicada en la primera fase de la urbanización El Castillo-Caleta de Fuste, no se considera conforme a Derecho, por las razones que se expresan en los fundamentos del presente dictamen, por lo que procede retrotraer las actuaciones a la fase de instrucción para que la misma se complete.