



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 2 de julio de 2020.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de resolución del procedimiento de extinción de la concesión administrativa para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo para vehículos automóviles en la (...) de Santa Cruz de Tenerife adjudicado a la entidad mercantil (...) (EXP. 240/2020 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente dictamen, solicitado mediante oficio con registro de entrada en este Consejo el 16 de junio de 2020, tiene por objeto examinar la adecuación jurídica del informe con forma de propuesta de resolución (art. 175 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales) formulado por el Concejal Delegado de Bienestar Comunitario y Servicios Públicos del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, en virtud del cual se acuerda la extinción de la concesión administrativa para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo para vehículos automóviles en la (...), otorgada a favor de la entidad mercantil (...), mediante acuerdo del Pleno municipal de 20 de noviembre de 1998 (formalizado en documento administrativo el día 25 de enero de 2000), como consecuencia de la comisión de dos infracciones de carácter muy grave; a saber, «*no respetar el objeto de la concesión y no ejercer directamente la explotación, traspasándola sin autorización municipal*» -cláusulas 7 y 9 del pliego de condiciones económico-administrativas por las que se rige la concesión (en adelante, el Pliego)-.

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

2. La legitimación para la solicitud de dictamen le corresponde a la Sra. Alcaldesa-Presidenta de la Corporación Local de acuerdo con el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias; siendo competencia del Consejo Consultivo la emisión, con carácter preceptivo, de Dictamen en los supuestos de «(...) *extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario*» [art. 11.1.D, apartado d) del precitado texto legal]. Circunstancias éstas que concurren en el presente procedimiento administrativo - incluida la oposición del concesionario-.

3. La competencia para resolver el presente expediente de extinción de la concesión administrativa, se entiende que corresponde al mismo órgano que la otorgó en su día, esto es, al Pleno del Ayuntamiento.

De forma análoga a lo dispuesto en el art. 83, apartado f) de la Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias (en donde se prevé que la extinción de la concesión administrativa por falta de pago del canon o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular de la concesión, sea declarado por el órgano que otorgó la concesión, tras la resolución de un procedimiento de carácter contradictorio, que se sujete a las normas contenidas en la legislación estatal sobre el procedimiento administrativo común), se entiende que la extinción del título concesional le corresponde al mismo órgano que lo otorgó -el Pleno Municipal- [art. 100, apartado f) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas], precepto declarado básico, sobre la base del art. 149.1.18 CE, por la DF2ª de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

En el supuesto analizado, la concesión administrativa fue adjudicada por acuerdo del Pleno Municipal en sesión celebrada el día 20 de noviembre de 1998 -folios 95 a 97-, por lo que la competencia para resolver el presente expediente administrativo y, por ende, para extinguir el citado título concesional, le corresponde al referido órgano municipal [arts. 22.2, letra q) y 123.1 p) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL)].

Por otro lado, y de conformidad con lo establecido en el apartado segundo de la parte dispositiva del acuerdo de la Junta de Gobierno Local adoptado con fecha 22 de agosto de 2019 -folio 411-, la instrucción del presente procedimiento administrativo le corresponde al Concejal Delegado de Bienestar Comunitario y Servicios Públicos.

No procede aplicar la disposición adicional segunda de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público como se alude en el informe del Secretario Municipal, porque en materia de concesión sobre los bienes demaniales se aplica la legislación contractual con carácter supletorio, a falta de normas más específicas en la legislación básica de régimen local o legislación básica de las Comunidades Autónomas en materia patrimonial.

En este sentido, el art. 80.2 LRBRL establece que: «los bienes patrimoniales se rigen por su legislación específica y, en su defecto, por las normas de derecho privado».

Por su parte el art. 5.4 de Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) dispone: «*Los bienes y derechos de dominio público se regirán por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación y, a falta de normas especiales, por esta Ley y las disposiciones que la desarrollen o complementen. Las normas generales del derecho administrativo y, en su defecto, las normas del derecho privado, se aplicarán como derecho supletorio*».

Y el art. 7.3 LPAP establece: «*El régimen de adquisición, administración, defensa y enajenación de los bienes y derechos patrimoniales será el previsto en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen. Supletoriamente, se aplicarán las normas del derecho administrativo, en todas las cuestiones relativas a la competencia para adoptar los correspondientes actos y al procedimiento que ha de seguirse para ello, y las normas del Derecho privado en lo que afecte a los restantes aspectos de su régimen jurídico*».

Finalmente el art. 1 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales dispone:

«1. El patrimonio de las Entidades locales estará constituido por el conjunto de bienes, derechos y acciones que les pertenezcan.

2. El régimen de bienes de las Entidades locales se regirá:

a) Por la legislación básica del Estado en materia de régimen local.

b) Por la legislación básica del Estado reguladora del régimen jurídico de los bienes de las Administraciones Públicas.

c) Por la legislación que en el ámbito de sus competencias dicten las Comunidades Autónomas.

d) En defecto de la legislación a que se refieren los apartados anteriores, por la legislación estatal no básica en materia de régimen local y bienes públicos.

e) Por las Ordenanzas propias de cada Entidad.

f) *Supletoriamente por las restantes normas de los ordenamientos jurídicos, administrativo y civil.*

3. *En todo caso, se aplicará el derecho estatal de conformidad con el artículo 149.3 de la Constitución».*

En este caso, a falta de norma concreta en la normativa básica de régimen local atributiva de competencia en esta materia, resultan de aplicación el art. 100 apartado f) LPAP, precepto declarado básico por la DF2ª LPAP, y el art. 83, apartado f) de la Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias de contenido muy similar (en donde se prevé que la extinción de la concesión administrativa por falta de pago del canon o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular de la concesión, sea declarado por el órgano que otorgó la concesión, tras la resolución de un procedimiento de carácter contradictorio, que se sujete a las normas contenidas en la legislación estatal sobre el procedimiento administrativo común), se entiende que la extinción del título concesional le corresponde al mismo órgano que lo otorgó -el Pleno Municipal-.

Además, la cláusula 9.5 y 8 del pliego de condiciones económico-administrativas que ha de regir el contrato, señala que la comisión de faltas muy graves se sancionará en todo caso con la extinción de la concesión y que la imposición de sanción por falta muy grave corresponderá al Excmo. Ayuntamiento en Pleno.

4. En lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, se han de efectuar las siguientes consideraciones jurídicas.

4.1. Respecto a la regulación sustantiva de la extinción del título concesional, es oportuno traer a colación, además de lo señalado en el apartado anterior, lo ya informado por este Consejo Consultivo en su Dictamen n.º 386/2019, de 7 de noviembre (con cita, a su vez, del Dictamen n.º 316/2014, de 11 de septiembre):

«Aunque no se concreta el régimen jurídico aplicable, la concesión se otorgó al amparo de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), y el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado por R.D. 1372/1986, de 13 de junio (RBCL), de desarrollo de los arts. 79 a 83 LRBRL. Tales disposiciones constituyen su régimen jurídico de primer grado (art. 1.1 RBCL); el de segundo grado, lo constituye la legislación básica del Estado en materia de régimen jurídico de bienes de las Administraciones Públicas constituido actualmente por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), aunque el aplicable al tiempo de la adjudicación lo constituye la Ley 89/1962, de 24 de diciembre, de Bases del Patrimonio del Estado, y Texto Articulado, (aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril), y su Reglamento de desarrollo, aprobado por R.D. 1373/2009, de 28 de agosto. Tal régimen

jurídico patrimonial es el que se debe aplicar también cuando de extinguir -que no resolver- la concesión se trata. Lo que significa que no estamos en presencia de una resolución de contrato administrativo, por más que (...) la legislación patrimonial remita en ocasiones a la contractual. El procedimiento de resolución incoado se fundamenta en las causas de resolución de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), que se considera de aplicación supletoria por la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público [Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, LCSP], dadas las lagunas del pliego. Sin embargo, por muchas similitudes que haya entre las legislaciones patrimonial y contractual, el régimen jurídico que debemos seguir en primer lugar es el patrimonial, no el contractual. Ha de señalarse que la concesión -de dominio público y no de servicio público-, a cuyo Reglamento se hace referencia indebidamente en la Propuesta de Resolución fue adjudicada antes de la entrada en vigor de la Ley 33/2003, que se produjo el 4 de febrero de 2004 (disposición final sexta LPAP). Por lo que atañe al régimen concesional, esta Ley contiene sendas disposiciones transitorias relativas a la improrrogabilidad de las concesiones concedidas por un plazo mayor de 75 años (primera) y a los expedientes patrimoniales que se encuentren en tramitación, que se someterán a la nueva Ley (tercera).

La anterior legislación patrimonial, derogada, carece pues de ultraactividad, más allá del hecho de que los actos de trámite dictados a su amparo siguen vigentes en tanto no se opongan a la nueva Ley, que sería la aplicable. Lo que significa que en primer lugar deben aplicarse las determinaciones de la Ley de Bases de Régimen Local, su Reglamento de Bienes, así como las vigentes Ley y Reglamento de Patrimonio, y solo supletoriamente la legislación contractual. En todo caso, al margen de lo expuesto, ambas legislaciones -la contractual y la patrimonial- contemplan las mismas causas que en este caso se alegan para fundar la extinción de la concesión”.

Régimen jurídico al que se debe incorporar -por evidentes razones cronológicas- las previsiones contenidas en la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los Municipios de Canarias, dictada al amparo de las competencias autonómicas en materia de desarrollo de la legislación básica de régimen local [art. 1.2, letra c) del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, en relación con el art. 1 y la Disposición Final primera de la Ley territorial 7/2015, de 1 de abril]».

4.1.1. Partiendo de lo señalado anteriormente, y en lo que concierne a la regulación sustantiva de los supuestos de extinción del título concesional resultan de aplicación -preferente- no sólo las causas previstas en los pliegos de condiciones o clausulado de la concesión, sino, además, las contempladas en la legislación vigente al tiempo de otorgamiento de la concesión (de acuerdo con la jerarquía de fuentes normativas descrita anteriormente). Así resulta de lo dispuesto en la cláusula 2ª del

Pliego de condiciones económico-administrativas por las que se rige la presente concesión administrativa, aprobado por el Pleno Municipal con fecha 19 de junio de 1998; y de lo establecido en el art. 115.14 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; los arts. 1 y 80 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales; los arts. 5.4, 84.3 y 100 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; y los arts. 4 y 9.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

4.1.2. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que resulta de aplicación a la presente concesión, es la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de conformidad con lo establecido en la Disposición transitoria primera del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que dispone que los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, se regirán por la normativa anterior.

4.1.3. Pues bien, en el supuesto analizado, la propuesta de resolución se fundamenta en la aplicación de las causas de extinción de la concesión administrativa previstas en las cláusulas 7.3 y 9.2, letras b) y c) del Pliego («*infracciones de carácter muy grave por parte del concesionario*»), y que llevan aparejada la extinción del título concesional. En este sentido, la cláusula 9.5 del Pliego señala que «*las faltas muy graves se sancionarán en todo caso con la extinción de la concesión*». Por su parte, la cláusula decimocuarta del documento administrativo de formalización de la concesión administrativa, de fecha 25 de enero de 2000, reserva al Ayuntamiento «*(...) el derecho de resolver el contrato por incumplimiento del adjudicatario*».

4.2. Una vez analizada la normativa material o sustantiva aplicable a la concesión demanial, procede, a continuación, centrarnos en el estudio del Derecho procedimental.

En este sentido, se han de efectuar las siguientes consideraciones.

4.2.1. En primer lugar, y a falta de un procedimiento general establecido a tales efectos en la normativa tanto de régimen local como de patrimonio de las Administraciones Públicas, y por aplicación del orden de fuentes establecido en el art. 1.1, apartado f) en relación con los arts. 78.2, 81 y demás concordantes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, parece lógico, desde el punto de vista jurídico, seguir el procedimiento que, para la resolución de los contratos,

establece la normativa de contratación administrativa. Tesis que encuentra apoyo, asimismo, en lo ya informado por este Consejo Consultivo en los precitados Dictámenes 316/2014, de 11 de septiembre y 386/2019, de 7 de noviembre -donde se propugna la aplicación supletoria de la legislación contractual- y en lo manifestado por otros Consejos Consultivos en supuestos similares (*v.gr.* Dictamen 520/2014, de 12 de noviembre, del Consejo Consultivo de Castilla y León, o el Dictamen 368/2012, de 20 de junio, del Consejo Consultivo de Madrid). Así, y como señala de forma expresa el Dictamen 370/2014, de 9 de julio, del Consejo Consultivo de Madrid, «(...) *el Consejo viene aplicando el procedimiento de resolución de contratos a concesiones demaniales en dictámenes como el 604/11, de 2 de noviembre, el 368/12, de 20 de junio y el 349/13, de 4 de septiembre*».

4.2.2. En segundo lugar, las normas de procedimiento aplicables serán las vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la extinción del título concesional. Afirmación que se sustenta en lo establecido en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) [*«a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior*»], norma de aplicación supletoria a los procedimientos en materia de contratación, según establece el apartado primero de la Disposición Final Tercera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

4.2.3. A la vista de lo anteriormente expuesto, y habiéndose iniciado el presente procedimiento de extinción de la concesión administrativa bajo la vigencia de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (Disposición Final Decimosexta), es por lo que procede acudir, en primer lugar, a su art. 191, relativo al *«procedimiento de ejercicio»* de las prerrogativas de la Administración Pública en materia de contratación.

En dicho precepto se establecen como trámites preceptivos la audiencia al contratista (art. 191.1) y, cuando se formule oposición por parte de éste, el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva [art. 191.3, apartado a)]. Trámites éstos que aparecen debidamente cumplimentados en el expediente administrativo que se ha remitido a este Consejo.

Por su parte, el art. 109.1, apartado b) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas, prevé también la apertura de un trámite de audiencia al avalista cuando se propone la incautación de la garantía depositada. Requisito procedimental cuyo cumplimiento consta acreditado en el expediente administrativo.

Asimismo, el art. 109.1, apartado c) del precitado texto normativo, prevé la evacuación preceptiva del informe de los Servicios Jurídicos.

Finalmente, y como ha señalado este Consejo Consultivo en diversos pronunciamientos (*v.gr.*, Dictamen n.º 59/2020, de 18 de febrero), *«en el ámbito local, se preceptúa como necesarios para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, de acuerdo con el art. 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril»*.

Trámites cuya omisión ha sido subsanada por el Ayuntamiento cumplimentando las observaciones del DCC 205/2020.

5. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver el procedimiento administrativo, se ha indicar lo siguiente:

5.1. Aplicando supletoriamente la regulación que del procedimiento de resolución contractual establece la legislación sobre contratación pública -art. 1.2, letra f) del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio- (*vid.*, Dictamen n.º 386/2019, de 7 de noviembre), se entiende que el presente procedimiento administrativo encaminado a la extinción de la concesión administrativa otorgada con fecha 20 de noviembre de 1998 no está caducado.

En este sentido, el art. 212.8 de la Ley 9/2017, de 8 noviembre, de Contratos del Sector Público, prevé un plazo máximo de ocho meses para instruir y resolver los expedientes de resolución contractual. Plazo que no se ha superado en el presente supuesto, al haberse incoado de oficio el actual procedimiento el día 22 de agosto de 2019 y haber sido registrada la solicitud de Dictamen en este órgano consultivo, el día 6 de marzo de 2020. No obstante, tal plazo se ha visto afectado por el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma en todo el territorio nacional. En atención al mismo y al RD 465/2020, de 17 de marzo, que lo modifica, y en el que, entre otras medidas, se suspenden los plazos procesales y administrativos, se dictó por el Presidente de este Consejo Consultivo la Resolución 14/20, de 17 de marzo, ordenando la interrupción de los plazos para la aprobación de dictámenes, lo que ha afectado a la tramitación de este procedimiento consultivo. Sin embargo, mediante Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que

se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se ha procedido al levantamiento de la suspensión declarada por el Real Decreto 463/2020, a cuyo efecto su art. 9 dispone que *«con efectos desde el 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas»*.

En consecuencia, teniendo en cuenta la interrupción derivada del estado de alarma, el presente procedimiento de extinción concesional caducará el próximo día 9 de julio de 2020.

5.2. Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, es necesario advertir que al presente supuesto le ha resultado igualmente de aplicación la suspensión del plazo para resolver el procedimiento de extinción de la concesión demanial, por los motivos que se acaban de exponer en el apartado anterior.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento administrativo y que constan documentados en el expediente remitido son los siguientes:

1. El Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, en sesión celebrada el día 20 de noviembre de 1998, acordó adjudicar a la entidad mercantil (...), la concesión administrativa para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo para vehículos automóviles en la (...), con sujeción a lo estipulado en el Pliego de condiciones económico-administrativas aprobado por acuerdo de fecha 19 de junio de 1998.

La citada adjudicación se formalizó el día 25 de enero del año 2000.

2. Por acuerdo plenario de 22 de septiembre de 2000, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife denegó la autorización para la constitución de la Unión Temporal de Empresas solicitada por la entidad adjudicataria, por la que pretendía ejecutar la realización del objeto contractual junto a la sociedad mercantil (...); y ello al no concurrir los requisitos establecidos en el art. 115 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, para la modificación del referido contrato.

3. Mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de marzo de 2014, se denegó la autorización solicitada por la empresa adjudicataria relativa a la cesión de

la concesión administrativa a esa misma entidad mercantil (...) «(...) *por no haber transcurrido el plazo mínimo legal desde el comienzo de la explotación (...)*», volviéndose a constatar el incumplimiento de los requisitos establecidos en el precitado art. 115 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para poder llevar a efecto la cesión solicitada.

4. Por medio de diversos acuerdos de la Junta de Gobierno Local de 31 de mayo de 2016 y 12 de septiembre de ese mismo año, se acuerda incoar diferentes expedientes sancionadores al concesionario por incumplir el contenido de la cláusula 9.2, letra c) del Pliego, en el que se establece como infracción de carácter muy grave «*no ejercer directamente la explotación, traspasándola sin previa autorización municipal*».

Sin embargo, y tras diversos avatares que constan en el extenso expediente remitido a este Consejo, se procede a declarar la caducidad de ambos procedimientos sancionadores al haber transcurrido el plazo legalmente establecido para resolver.

5. Con fecha 27 de octubre de 2016, la empresa concesionaria solicita -una vez más- la cesión de los derechos y obligaciones derivados de dicho título concesional en favor de la empresa (...).

6. El día 6 de marzo de 2018 se efectúa requerimiento a la empresa concesionaria para que aporte la correspondiente documentación técnica que acreditara la subsanación de las deficiencias detectadas en el aparcamiento público, y por las que, mediante acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 31 de mayo de 2016, se les instó para que aportara un cronograma de actuación, el cual fue presentado el día 4 de agosto de 2016, y que a continuación se relacionan:

- Problemas de humedades que afectan al inmueble.
- Separación de los elementos de control de agua y energía eléctrica.
- Protección contra incendios.
- Indebida utilización de la oficina que se encuentra a la entrada del aparcamiento y que es utilizada por el personal de vigilancia.
- Indebido uso de la zona de aparcamiento público por el almacenamiento de material inflamable.

7. Con fecha 20 de marzo de 2018 el representante de la entidad concesionaria presenta escrito por el que comunica la completa subsanación de las tres últimas

deficiencias indicadas en el apartado anterior; y, con respecto a las dos primeras, esto es, las relativas a las humedades y la separación de los elementos de control del agua y energía eléctrica, solicita que se atienda la petición realizada con fecha 27 de octubre de 2016, para llevar a cabo la cesión de la concesión en favor de la entidad (...), que será, a su juicio, con quien deberán seguirse los trámites relativos para la completa reparación de las referidas deficiencias.

8. Mediante escrito presentado el día 6 de julio de 2018 por el representante de la entidad mercantil (...), éste declara tener conocimiento del requerimiento efectuado a (...), comprometiéndose a ejecutar -en el plazo de un año a partir de la formalización de la cesión de la citada concesión administrativa- las obras que resulten necesarias para subsanar las deficiencias advertidas en el parking público, de conformidad con el correspondiente cronograma que adjunta a su escrito.

9. Ese mismo día (6 de julio de 2018) la entidad concesionaria presenta, nuevamente, escrito por el que solicita la cesión de la concesión administrativa otorgada en favor de la entidad mercantil (...).

10. Con fecha 19 de febrero de 2019 se solicita a la Asesoría Jurídica municipal la emisión de informe facultativo, en el que se interesa el parecer de dicho Servicio Jurídico sobre la siguiente cuestión: *«En el caso que nos ocupa en el presente expediente, en el que parece estar acreditada la existencia de un incumplimiento contractual culpable del contratista que determinaría, por aplicación del pliego, la resolución de la concesión, ¿este centro gestor puede en este momento optar por instar el cumplimiento escrupuloso del contrato en los términos suscritos con el concesionario o debe, necesariamente, incoar el correspondiente procedimiento de resolución contractual?»*.

11. El día 23 de abril de 2019 se emite por la Asesoría Jurídica municipal el correspondiente informe jurídico. En dicho documento se concluye que, ante el concreto incumplimiento de sus obligaciones por parte del concesionario, el pliego de condiciones económico-administrativas no concede la posibilidad al Ayuntamiento de incoar un expediente de imposición de penalidades al objeto de exigir el cumplimiento de la prestación; sino que, la única opción con la que cuenta la Corporación Municipal es la de decidir entre las dos obligaciones impuestas en el Pliego ante un incumplimiento de esa naturaleza (faltas muy graves): bien declarar la extinción de la concesión administrativa mediante su resolución conforme a lo dispuesto en la cláusula 9ª, bien decretar la caducidad de la concesión de conformidad con lo establecido en la cláusula 26ª.

La posibilidad de optar entre ambas soluciones obedece, según la Asesoría Jurídica, a la contradicción existente en el Pliego, al incluir ambas cláusulas ante la comisión de una falta calificada como muy grave. Por todo ello concluye que el Ayuntamiento, a la vista de las circunstancias concurrentes, debiera considerar ambas formas de extinción de la concesión y ponderar todo ello con la intención que se persiga.

Finalmente, en el citado informe jurídico se advierte que la extinción de la concesión -bien por la vía de la resolución, bien a través de su caducidad-, no puede producir menoscabo en el desarrollo de la actividad ejercida legítimamente por parte de (...), al amparo de la licencia de apertura y puesta en funcionamiento concedida mediante Resolución de 16 de octubre de 2001, debiendo respetarse el acceso al centro comercial por ambas rampas, pues ostenta dicho derecho en virtud del acuerdo plenario de 17 de noviembre de 2000.

12. Con fecha 13 de junio de 2019 se realiza visita de inspección al aparcamiento público al objeto de poder valorar la situación real del mismo en la actualidad.

Una vez girada inspección, se emite el correspondiente informe técnico con fecha 2 de julio de 2019, en el que se constata el incumplimiento de diversas obligaciones esenciales impuestas al concesionario en virtud del pliego de condiciones económico-administrativas por las que se rige la concesión administrativa de referencia.

13. Mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 22 de agosto de 2019 se deniega a (...) (concesionaria) la solicitud de cesión de la concesión administrativa que le fue otorgada para la explotación de un aparcamiento subterráneo para vehículos automóviles en (...), en favor de la entidad mercantil (...), al no darse todas las condiciones establecidas en el art. 115 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Dicho acuerdo fue notificado el día 27 de agosto de 2019 a ambas entidades mercantiles, otorgándoles los plazos legalmente establecidos para la interposición de los correspondientes recursos administrativos y/o contencioso-administrativo, sin que conste la interposición de recurso alguno contra el precitado acuerdo de 22 de agosto de 2019.

III

En cuanto a la tramitación del presente procedimiento administrativo de extinción del título concesional, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 22 de agosto de 2019, se incoa expediente para declarar la extinción -mediante su resolución- de la concesión administrativa otorgada a la entidad mercantil (...), al haberse constatado la comisión de dos infracciones calificadas como muy graves con arreglo a lo establecido en la cláusula 9 del Pliego de condiciones económico-administrativas: *«no respetar el objeto de la concesión y no ejercer directamente la explotación, traspasándola sin autorización municipal»*.

Dicho acuerdo fue notificado el día 27 de agosto de 2019 a la empresa concesionaria -como presunto responsable de las infracciones descritas-, y a la entidad mercantil (...); otorgándose un plazo de diez días hábiles para que presentaran cuantas alegaciones, documentos o informaciones estimasen convenientes.

2. Con fecha 10 de septiembre de 2019 la empresa concesionaria presenta escrito de alegaciones.

3. El día 1 de octubre de 2019 el órgano instructor formula informe-propuesta de resolución por la que se acuerda *«resolver el expediente para declarar la extinción de la concesión administrativa para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo para vehículos automóviles en la (...), que fue formalizada el día 25 de enero del año 2000, mediante su resolución, conforme a lo dispuesto en la cláusula 9 del Pliego de Condiciones Económico-Administrativa, al haberse constatado la comisión de dos infracciones calificadas de carácter muy grave, al no respetar el objeto de la concesión y no ejercer directamente la explotación, traspasándola sin autorización municipal»*.

4. Con fecha 2 de octubre de 2019 se solicita la emisión del informe preceptivo de la Asesoría Jurídica Municipal [art. 13.j) del Reglamento del Servicio Jurídico - B.O.P., n.º 152, de 29 de octubre de 2004, y n.º 129, de 7 de julio de 2009-]; que es evacuado, finalmente, con fecha 15 de noviembre de ese mismo año. Dicho informe jurídico se pronuncia en los siguientes términos (conclusión):

«(...) considerando ajustada a Derecho la resolución de la concesión administrativa para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo para vehículos automóviles en la (...) de este término municipal, al considerar que concurren –pues han sido minuciosamente motivadas y correctamente apreciadas- las causas de resolución invocadas por esta Administración, SE INFORMA FAVORABLEMENTE, con las siguientes observaciones:

- Tal y como establece el artículo 114.5 LCAP, así como el Consejo Consultivo de Canarias, la propuesta de resolución deberá contener, en todo caso, un pronunciamiento

expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida.

- A tenor de lo previsto en el artículo 114.5 LCAP, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. En consecuencia, con este mandato, resulta del todo punto necesario la emisión de informe técnico que cuente con una descripción detallada de los concretos daños causados al dominio público y su correspondiente valoración económica, a efectos de conocer si exceden del importe de la garantía incautada y, en su caso, proceder a la reclamación de los mismos.

- Considerando que la garantía definitiva fue constituida mediante aval bancario, la resolución que se dicte deberá notificarse a la entidad crediticia, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 LPACAP, en concordancia con el artículo 4.1.b), que por los que se establece que se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses.

- De conformidad con el artículo 113 RGLCAP, la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios requiere decisión motivada previa audiencia del contratista, por lo que deberá retrotraerse el presente expediente al momento anterior a la formulación de propuesta de resolución, para lo cual será necesario disponer del informe técnico de valoración aludido anteriormente.

- Deberá recabarse con carácter previo a la resolución del presente expediente, el preceptivo Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, de conformidad con lo previsto en los artículos 60.3 LCSP y 11.1.D.d) Ley 5/2002, de 3 de junio del Consejo Consultivo de Canarias (...).».

5. Partiendo de la necesidad expresada en las conclusiones del informe de la Asesoría Jurídica Municipal -respecto a la inexcusable evacuación del correspondiente informe técnico que cuente con una descripción detallada de los concretos daños causados al dominio público y su valoración económica; a efectos de conocer si exceden del importe de la garantía constituida y, en su caso, proceder a la reclamación de los mismos-, con fecha 24 de enero de 2020 se emite informe técnico acerca del estado actual de conservación que presenta el inmueble, señalando los desperfectos que se observan en el mismo, así como una valoración del costo de las reparaciones necesarias para devolver al edificio su aspecto inicial, y fijar las medidas de protección y mantenimiento para evitar y corregir posibles deterioros futuros. Dicha valoración asciende a la cantidad de doscientos noventa y nueve mil, quinientos setenta y tres euros con cincuenta y seis céntimos (299.573,56 euros).

6. El día 28 de enero de 2020 el órgano instructor formula, nuevamente, informe-propuesta de resolución, planteando lo siguiente (parte dispositiva):

«PRIMERO.- Resolver el expediente para declarar la extinción de la concesión administrativa para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo para vehículos automóviles en la (...), que fue formalizada el día 25 de enero del año 2000, mediante su resolución, conforme a lo dispuesto en la cláusula 9 del Pliego de Condiciones Económico-Administrativa, al haberse constatado la comisión de dos infracciones calificadas de carácter muy grave, al no respetar el objeto de la concesión y no ejercer directamente la explotación, traspasándola sin autorización municipal.

SEGUNDO.- Incautar la garantía definitiva depositada por el concesionario [“Aval de (...), por importe de 24.192.960 ptas. (mandamiento de ingreso n.º 1, de fecha de 22 de enero de 1.999)].

TERCERO.- Reclamar a la entidad concesionaria, la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados en el inmueble, por el importe de 154.170,94 €.

CUARTO.- Notificar la presente propuesta a la entidad mercantil (...) y a la entidad avalista, otorgándoles un plazo de 10 días, contados desde el día siguiente a la recepción de la notificación para que aporte cuantas alegaciones, documentos o informaciones estime conveniente y, en su caso, proponga prueba concretando los medios de los que pretenda valerse».

Dicha propuesta de resolución consta debidamente notificada a la empresa concesionaria, a la entidad avalista, y a (...); otorgándoles, como ya se ha indicado anteriormente, un plazo de diez días para formular alegaciones y proponer los medios de prueba de que pretendan valerse.

7. Con fechas 17 y 21 de febrero de 2020 se formulan sendos escritos de alegaciones por la entidad concesionaria y la avalista, respectivamente.

8. El día 5 de marzo de 2020 el órgano instructor emite una nueva propuesta de resolución por la que desestima las alegaciones formuladas por el concesionario y el avalista, y propone resolver en idénticos términos al informe-propuesta de resolución de 28 de enero de 2020.

9. Con fecha 6 de marzo de 2020 se solicita por la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife dictamen preceptivo a este Consejo Consultivo, que se emite con fecha 3 de junio de 2020, mediante Dictamen 205/2020, el cual se remite a la Corporación el 9 de junio de 2020, señalando que

procede retrotraer las actuaciones, al objeto de solicitar los informes preceptivos de Secretaría e Intervención.

10. Con fecha 11 de junio de 2020 se emite por la Asesoría Jurídica municipal informe favorable a la propuesta de resolución.

IV

1. El informe-propuesta de resolución remitido a este Organismo Consultivo desestima las alegaciones efectuadas por el concesionario y la entidad avalista; y, entendiendo acreditada la comisión de dos infracciones tipificadas por el pliego de condiciones como muy graves, procede a *«(...) declarar la extinción de la concesión administrativa para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo para vehículos automóviles en la (...)»*, incautando la garantía definitiva depositada en su día por la entidad concesionaria por importe de 24.192.960 ptas. (145.402,62 euros) y reclamando, asimismo, la indemnización de daños y perjuicios irrogados a la Entidad Pública que cuantifica en 154.170,94 euros.

2. Son dos las causas alegadas por el Ayuntamiento para la resolución de la concesión administrativa otorgada a (...) para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo para vehículos automóviles en la (...), calificadas como infracciones muy graves.

La primera, prevista en la cláusula 9.2.c) del pliego que rige el contrato: *«no ejercer directamente la explotación, traspasándola sin previa autorización municipal»*.

La segunda, contemplada en la cláusula 7.3 del Pliego que determina como obligación del contratista *«Mantener en todo momento el aparcamiento y anejos en perfecto estado de conservación y limpieza, hasta que, por conclusión de la concesión, deban entregarse»*. Incumplimiento que se considera una infracción muy grave prevista en la cláusula 9.2.b) del pliego, esto es, *«No respetar el objeto de la concesión y los límites establecidos en la misma»*.

Cuando concurren varias causas de resolución, es doctrina reiterada de este Consejo Consultivo que es preciso atender a la que aparezca primero en el tiempo. El art. 211.2 LCSP señala que en los casos en que concurren diversas causas en la resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo, tal como se ha tenido ocasión de señalar en los DCC 52/2019, de 20 de febrero, 263/2018, de 6 de junio y 60/2016, de 10 de marzo:

«La doctrina del Consejo de Estado ha establecido una consolidada doctrina favorable a considerar de aplicación prioritaria la causa de resolución que aparezca antes en el tiempo.

En su Dictamen 47.892, de 4 de julio de 1985, citado por la Propuesta de Resolución, se sostiene que `cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo´.

Así lo ha entendido también el Consejo Consultivo de Canarias, que en su Dictamen 142/2012, de 13 de marzo, con cita de la doctrina legal constantemente reiterada por el Consejo de Estado, señaló que `la resolución de un contrato procede al surgir una causa a la cual la ley liga ese efecto, de modo que si posteriormente sobrevienen otras causas, estas son ya irrelevantes; que no puede alegarse como causa resolutoria una distinta y posterior para encubrir un incumplimiento anterior del contratista de las cláusulas contractuales atinentes al plazo; que si existe causa para la resolución contractual por culpa del contratista, esta causa es de aplicación necesaria´. Y que `también es doctrina legal del Consejo de Estado que la resolución de un contrato no puede basarse en más de una causa, especialmente cuando comporten efectos resolutorios de distinto alcance, por lo que una resolución contractual no se puede fundamentar simultáneamente en el incumplimiento de la empresa contratista y en la posterior suspensión de pagos de la misma, pues solo cabe fundada en la primera dada su prioridad temporal´».

De lo anterior se infiere que si es posible detectar que una de las causas, de concurrir, es primera en el tiempo, esta es suficiente para resolver el contrato».

Por ello, lo relevante a efectos de la resolución de la presente concesión es analizar si el concesionario incumplió la obligación de ejercer directamente la explotación, traspasando la concesión sin previa autorización municipal, pues la otra causa alegada por el Ayuntamiento surge con posterioridad a la primera, siendo por tanto irrelevante a los efectos de la resolución de la concesión. Si resulta acreditada la primera causa, existirá motivo suficiente para resolver la concesión.

3. Entrando en el análisis de la causa de resolución que aparece primero en el tiempo, esto es, no ejercer directamente la explotación cediéndola sin autorización municipal, hemos de señalar que supone el incumplimiento de la cláusula 7.12 del pliego de condiciones económico- administrativas que rige el concurso, que dispone que es obligación del concesionario ejercer directamente la explotación, no traspasándola, salvo expresa autorización municipal. Por su parte, la cláusula 9.2.c) tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de esta obligación. Asimismo, la cláusula 9.5 y 8 del pliego de condiciones económico-administrativas, señala que la comisión de faltas muy graves se sancionará en todo caso con la extinción de la

concesión y que la imposición de sanción por falta muy grave corresponderá al Excmo. Ayuntamiento en Pleno.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en la contratación administrativa constituye la «*Ley del contrato*», al que quedan sujetos tanto la Administración como los particulares. En este sentido cabe aducir, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo, de 13 de abril de 1981, 10 de marzo de 1982, 20 de enero de 1985, 17 de febrero de 1987, 18 de noviembre de 1987, 6 de febrero de 1988, 20 de abril de 1992, 31 de diciembre de 1994 y 15 de febrero de 1999.

El art. 115 de la citada Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, dispone que para que opere la cesión deben cumplimentarse una serie de requisitos, disponiendo:

«1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato.

2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión.

b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato, o realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si éste fuese de gestión de servicios públicos.

c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración de conformidad con los artículos 15 a 20 y que esté debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente.

d) Que se formalice la cesión, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.

4. La Administración no autorizará la cesión del contrato en favor de personas incursas en suspensión de clasificaciones o inhabilitadas para contratar».

La actuación realizada por la concesionaria se desarrolló contraviniendo de manera ostensible las estipulaciones del Pliego de Cláusulas Administrativas y las exigencias de la legislación contractual, tal como se expondrá a continuación.

Por su parte, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su artículo 97 dispone que: «*El titular de una concesión*

dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión», estableciendo su art. 98 que: «Los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario a que se refiere el artículo precedente sólo pueden ser cedidos o transmitidos mediante negocios jurídicos entre vivos o por causa de muerte o mediante la fusión, absorción o escisión de sociedades, por el plazo de duración de la concesión, a personas que cuenten con la previa conformidad de la autoridad competente para otorgar la concesión», preceptos que tienen carácter básico según dispone la disposición final segunda apartado segundo de la referida Ley.

4. Sentado lo anterior, en el presente expediente consta que el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, en sesión celebrada el día 20 de noviembre de 1998, acordó adjudicar a la entidad mercantil (...) la concesión administrativa para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo para vehículos automóviles en la (...), con sujeción a lo estipulado en el Pliego de Condiciones Económico- Administrativas aprobado por acuerdo de fecha 19 de junio de 1998. La citada adjudicación se formalizó el día 25 de enero del año 2000.

Por acuerdo plenario de fecha 22 de septiembre de 2000, se denegó la autorización para la constitución de la Unión Temporal de Empresas solicitada por la citada empresa adjudicataria, por la que pretendía ejecutar la realización del objeto contractual, junto a la entidad (...), al no darse cumplimiento a los requisitos establecidos en el art. 115 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, para la modificación del referido contrato.

Obviando la indicada circunstancia de no admitirse por el Ayuntamiento la constitución en UTE del adjudicatario con la entidad (...), la entidad concesionaria (...) pide en varias ocasiones al Ayuntamiento la cesión del contrato a favor del (...), que es denegada por acuerdos del Pleno de 22 de septiembre de 2000, 17 de marzo de 2014, 25 de enero de 2015 y 22 de agosto de 2019.

Sobre la cesión del contrato, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1001/2004, de 22 de junio expone:

«En el caso, se trata de una concesión mixta de obra, construcción del Tanatorio y de ampliación del cementerio, y gestión de la explotación tanto del Tanatorio como del cementerio municipal, y si bien es cierto que respecto de este particular se cumple el requisito del porcentaje de obra, no es menos cierto que respecto de la explotación de la concesión no sucede lo mismo porque el plazo para la gestión del tanatorio es de 50 años y para el cementerio de 25, contados a partir de la adjudicación el 14 de diciembre de 1994,

por cuya razón a la fecha del contrato de cesión parcial de 5 de enero de 1998, no se había cumplido este requisito. Por tanto, ha de anularse y dejarse sin efecto la cesión parcial realizada, que también había incumplido la exigencia legal de otorgarse en escritura pública».

A raíz de la Resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo, emitida con fecha 11 de marzo de 2014 y por la que se denegaba expresamente la licencia de obras de reforma y adecuación por traslado de los vestuarios a la planta sótano 2 del citado inmueble, solicitada por (...), el Ayuntamiento tiene conocimiento del acuerdo privado suscrito el 15 de marzo de 2001, entre (...) y (...) para la explotación del aparcamiento público y por el que interesaron en el mes de febrero de 2014, la autorización municipal para la cesión de la referida concesión administrativa. El contrato privado pone de relieve que el concesionario (...), en virtud del negocio jurídico celebrado con (...) a cambio de una relevante contraprestación económica, sólo conserva una titularidad formal, asumiendo la entidad (...) la total explotación del aparcamiento, tanto de la parte pública que ostentaba el concesionario, como la parte privada que ya era propiedad de (...).

Hay numerosas evidencias en el expediente administrativo de que es (...) quien asume la explotación del aparcamiento:

- Es esta entidad la que por medios propios o a través de empresas de servicios contratadas por esta, realiza las operaciones de apertura y cierre de las instalaciones, seguridad, limpieza, mantenimiento, etc.
- No consta presencia de personal de la empresa (...) en el aparcamiento.
- Aparecen a su nombre los distintos servicios de suministro necesarios para el funcionamiento del aparcamiento.
- No se han realizado las actuaciones necesarias para la debida separación de las instalaciones entre la parte pública del aparcamiento y la parte perteneciente a (...).
- Es quien recibe la recaudación de los cajeros automáticos, cuyos tickets llevan la identificación comercial del (...).

Es la entidad que solicita la recepción de las obras al Ayuntamiento.

Ante los incumplimientos contractuales evidenciados a lo largo del expediente, la Corporación puede decidir, en virtud de lo establecido en el Pliego de Condiciones Económico- Administrativas, entre las dos obligaciones impuestas en el mismo ante un incumplimiento tipificado como falta muy grave, esto es, la de declarar la

extinción de la concesión, mediante su resolución conforme a lo dispuesto en la cláusula 9ª, o la de la caducidad, conforme a lo dispuesto en la cláusula 26ª. En el presente caso, la Administración ha optado por resolver el contrato.

En este sentido, es reiterada la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos de que no basta cualquier incumplimiento del contrato para acordar la extinción anticipada del mismo, sino que es necesario que se trate de un incumplimiento del contrato grave, cualificado y de naturaleza sustancial, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia.

Es el propio pliego de condiciones económico-administrativas el que califica la cesión de la concesión sin consentimiento de la Administración, como infracción muy grave, que debe llevar aparejada necesariamente la resolución del contrato. Por otra parte, se observa que la cesión se produjo casi desde el inicio del contrato, manteniéndose a lo largo de toda la vida de la concesión.

5. Una vez acreditada la concurrencia de la primera causa de resolución, se ha de advertir que, la segunda causa de resolución no se considera conforme a derecho, ya que el objeto de la concesión consiste en la redacción de anteproyecto, construcción y posterior explotación comercial de aparcamientos subterráneos para vehículos automóviles en la (...). Sin embargo, la causa que se alega por el Ayuntamiento de falta de mantenimiento del inmueble, no sólo afecta al objeto de la concesión, sino también a la plaza pública, que no es objeto directo de la concesión, sino que es una contraprestación o mejora que el adjudicatario de la concesión se comprometió a cumplir y que resultó relevante para la adjudicación de la concesión.

En la página 246 del expediente administrativo figura informe técnico que señala que los problemas de humedad procedentes del forjado de la plaza superior están generando un grave deterioro de la estructura del edificio y a medio plazo podrían provocar la oxidación de las armaduras de vigas/pilares con una capacidad portante de los elementos estructurales afectados, recomendando la reparación inmediata de la impermeabilización de la cubierta. El origen de las humedades también consta en el informe de (...) de 24 de enero de 2020.

Consta en el expediente administrativo la solicitud de entrega formal de la plaza pública entre la calle (...) y la (...) dentro de la UA-6 LS-5 el 14 de mayo de 2007, y el acta de recepción de las obras de dicha plaza pública formalizada el 12 de

septiembre de 2007, en base a un informe favorable del Servicio de Proyectos Urbanos, Infraestructuras y Obras de 28 de mayo de 2007.

La plaza pública fue recibida sin reparos por el Ayuntamiento el 12 de septiembre de 2007, transcurriendo un año más tarde, el plazo de garantía de un año pactado en el pliego de condiciones (cláusula 4). No puede, por tanto, el Ayuntamiento ir en contra de sus propios actos y alegar ahora que el problema de las humedades existía desde el principio de la concesión, porque si fuera así, de lo que no hay constancia ni prueba alguna en el expediente administrativo, tenía que haberlo hecho constar por escrito al concesionario y exigir su subsanación antes de firmar el acta de recepción de las obras.

El art. 151 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias y los arts. 137, 138 y 226 y ss. del Decreto 183/2004, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión y Ejecución del Sistema de Planeamiento de Canarias, así como el art. 67 del RD 3288/1978 de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, establecen que la obligación de mantenimiento de la obras corresponde al Ayuntamiento una vez efectuada la cesión o recepción de las obras.

Por todo ello, si el origen de las humedades existentes en el aparcamiento objeto de concesión tiene su origen en defectos de impermeabilización de la plaza pública, sus jardineras e imbornales, el Ayuntamiento tiene la obligación de repararlos a su costa, pues ya desde 2007 las obras de la plaza fueran recibidas y puestas al uso y disfrute público, transcurriendo el plazo de garantía estipulado en el pliego de condiciones desde el 12 septiembre de 2008.

6. En cuanto a los efectos de la resolución del contrato, el art. 114.4 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, establece que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

El apartado quinto del mismo precepto señala: *«En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida».*

En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado de 19 de abril de 2012 ha señalado: *«Interesa resaltar que el apartado transcrito no prevé la incautación de la*

garantía definitiva como un efecto asociado automáticamente a la resolución contractual por incumplimiento de la contratista. Esta previsión contrasta con la contenida en el artículo 113.4 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”), precepto con arreglo al cual la resolución del contrato por dicha causa conllevaba la incautación de la fianza, sin perjuicio de la obligación de la contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios en lo que excediera del importe de la garantía». En el mismo sentido se pronuncian los dictámenes 54/2012 del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha, 138/2012 del Consejo Consultivo de Asturias y 894/2012 de Andalucía.

Esta doctrina es aplicable al caso, porque la redacción del art. 113.4 RDL 2/2000 coincide con la del art. 114.4 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Señala asimismo la STS de 12 de julio de 2006: *«La Sentencia motiva y razona por qué procedía la incautación de la fianza puesto que la resolución del contrato que tenía como causa la conducta de la Ute contratante con la Administración así lo exigía de acuerdo con lo dispuesto por el art. 114.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCL 1995, 1485, 1948) que señalaba que “cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía”».*

Procede, por tanto, incautar automáticamente la fianza y, además, proceder a una nueva liquidación de daños y perjuicios que habrá de ser abonada por el concesionario en lo que pueda exceder del valor de la garantía incautada.

Para realizar la liquidación de daños y perjuicios deberá realizarse un informe técnico que proceda a deslindar las responsabilidades del Ayuntamiento y del concesionario sobre las siguientes bases:

Todos los daños causados en el inmueble incluido el aparcamiento subterráneo, que tengan su origen en el defecto de impermeabilización de la plaza pública, sus jardineras e imbornales, deberán sufragarse por el Ayuntamiento, que recibió la plaza pública el 12 de septiembre de 2007, sin ningún reparo por este motivo, sin proceder con posterioridad a la recepción de las obras a realizar operaciones de mantenimiento. El art. 151 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias; los arts. 137, 138 y 226 y ss. del Decreto

183/2004, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión y Ejecución del Sistema de Planeamiento de Canarias, así como el art. 67 del RD 3288/1978 de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, establecen que la obligación de mantenimiento de las obras corresponde al Ayuntamiento una vez efectuada la cesión o recepción de las obras.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se acuerda la extinción de la concesión administrativa otorgada a la entidad mercantil (...), para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo para vehículos automóviles en la (...), sito en el término municipal de Santa Cruz de Tenerife se considera ajustada a derecho, sin perjuicio de las observaciones formuladas en el Fundamento IV del presente Dictamen.