

Expediente Núm. 14/2015
Dictamen Núm. 31/2015

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 19 de febrero de 2015, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 23 de enero de 2015 -registrada de entrada el día 29 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución y extinción de la concesión demanial para la adecuación y explotación de un estacionamiento subterráneo para residentes, adjudicada a la empresa

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Gijón, en sesión celebrada el 19 de mayo de 2011, acordó “aprobar la concesión demanial para la adecuación y explotación de un estacionamiento subterráneo para residentes (...). Iniciar el expediente de contratación para la concesión demanial (...). Aprobar los

pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares que habrán de regir la licitación (...) mediante tramitación ordinaria y procedimiento abierto no sujeto a regulación armonizada con varios criterios para su adjudicación (...). Someter a información pública el expediente”.

Como antecedentes, obran en el expediente, entre otros documentos, el informe emitido el 19 de abril de 2011 por la Jefa de la Sección de Inventario en el que se describe el inmueble objeto de concesión y se precisa que tiene la calificación jurídica de “bien de dominio público”; un pliego de prescripciones técnicas, suscrito el mismo día por el Jefe de la Sección de Arquitectura y la Jefa del Servicio de Patrimonio, y un pliego de cláusulas administrativas particulares, firmado el día 9 del mes siguiente por la Jefa de la Sección de Contratación, con el conforme del Jefe del Servicio de Contratación y Compras.

2. Publicado el correspondiente anuncio de licitación, la Jefa del Servicio de Relaciones Ciudadanas certifica el 11 de julio de 2011 que se ha recibido una única oferta. Requerida la empresa ofertante para que acredite su solvencia financiera, sin que presente la documentación necesaria, la Junta de Gobierno, en sesión celebrada el 2 de agosto de 2011, acordó “no admitir en la licitación (...) a la empresa (...). Declarar desierta la licitación convocada para adjudicar la concesión demanial para la adecuación y explotación de un estacionamiento subterráneo para residentes (...). Continuar con los trámites necesarios para la adjudicación de referencia”.

3. Consta en el expediente un nuevo pliego de cláusulas administrativas particulares suscrito el 3 de noviembre de 2011 por la Jefa del Servicio de Contratación y Compras.

La cláusula 1.^a dispone que “es objeto de este pliego (...) una concesión administrativa de uso privativo del dominio público sobre el local L2, sito en el subsuelo (...), para su adecuación como aparcamiento subterráneo y subsiguiente cesión del derecho sobre las plazas de garaje resultantes a residentes./ Dicha concesión administrativa de dominio público (...) se otorga

(...) con sujeción a lo dispuesto en las cláusulas contenidas en el presente pliego, lo establecido en el art. 93 y siguientes de la Ley 33/2003 (aquellos preceptos que tengan la consideración de básicos), de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, el R. D. 1372/86, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, y la normativa aplicable, en su caso, en la contratación de las Administraciones públicas”.

En la cláusula 3.^a se recoge que “el plazo máximo de la concesión será de setenta y cinco años (...). Al término del plazo el adjudicatario vendrá obligado a abandonar y dejar libre a disposición del Ayuntamiento las instalaciones, con todas sus mejoras, y sin que el costo de dichas mejoras originen derecho a indemnización alguna, sin necesidad previa de intimación por parte de este”.

La cláusula 4.^a señala que “el adjudicatario deberá destinar las plazas de garaje resultantes (...) para su cesión, por venta del derecho de uso, a los residentes en el área de influencia definida en el plano II del pliego técnico (...). Podrá destinar las que no hayan sido objeto de cesión (...) a su explotación bajo la modalidad de abonado o rotación. A tales efectos, incluirá en su oferta las tarifas que hubiera de percibir de los usuarios (...). También podrá ofertarlas libremente al precio máximo de 22.500,00 euros, más el IVA (...). El adjudicatario no podrá ceder las plazas de aparcamiento destinadas a residentes por un importe superior a 22.500 € por plaza, más el IVA que legalmente corresponda”.

La cláusula 5.^a define como obligaciones del contratista, entre otras, “gestionar, desarrollar, poner en funcionamiento y explotación un estacionamiento subterráneo (...) ejecutando las obras precisas (...). Abonar el canon (...). La conservación y mantenimiento del local”.

Según la cláusula 8.^a, “se fija como canon mínimo de la concesión (...) la cantidad de 4.000 € (...) por cada plaza de garaje que resulte del proyecto básico de adecuación, debiendo plantearse un mínimo de 50 plazas de garaje (...). El presupuesto de ejecución material de las obras de adecuación será, como mínimo, de 150.000,00 euros”.

La cláusula 16.^a establece que “el pago del canon ofertado por el adjudicatario deberá realizarse en el plazo máximo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la adjudicación, y con anterioridad a la formalización del contrato”.

La cláusula que sucede a la anterior, a la que el pliego atribuye de nuevo el número 16 a pesar de que le correspondería el 17, determina que “el contrato deberá formalizarse en documento administrativo en el plazo máximo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la adjudicación”.

En la cláusula 20.^a se señala que “los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones solo podrán ser hipotecados como garantía de los préstamos contraídos por el titular de la concesión para financiar la realización, modificación o ampliación de las obras, construcciones e instalaciones de carácter fijo situadas sobre la dependencia demanial ocupada./ En todo caso, para constituir la hipoteca será necesaria la previa autorización de la autoridad competente para el otorgamiento de la concesión”.

La cláusula 23.^a dispone que la concesión “se extinguirá por cualquiera de las causas contenidas en el artículo 100 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas”. Añade que “igualmente constituyen causas de resolución”, entre otras, “el incumplimiento de la obligación de elaboración del proyecto de adecuación”.

Finalmente, la cláusula 25.^a establece el “derecho aplicable” a “la presente concesión demanial”, reiterando, en relación con este extremo, el contenido de la cláusula 1.^a.

4. El día 22 de noviembre de 2011, el Jefe del Servicio Jurídico emite informe favorable sobre el pliego de cláusulas administrativas particulares, una vez comprobado que el mismo “se ajusta a los requisitos establecidos por la Ley 33/2003 (...), por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (...), por la (...) Ley 30/2007, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas (...) y en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007”.

Con fecha 24 del mismo mes, la Viceinterventora del Ayuntamiento de Gijón, “vista la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, así como el RD 1372/1986, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales”, también informa “favorablemente la tramitación del expediente”.

5. La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Gijón, en reunión celebrada el 29 de noviembre de 2011, acordó “aprobar el nuevo pliego de cláusulas administrativas particulares que, junto con el pliego de prescripciones técnicas aprobado por la Junta de Gobierno el día 19 de mayo de 2011, habrán de regir la licitación para la concesión demanial para la adecuación y explotación de un estacionamiento subterráneo para residentes, mediante tramitación ordinaria y procedimiento abierto no sujeto a regulación armonizada con varios criterios para su adjudicación (...). Someter a información pública el expediente”.

6. Por su parte, el pliego de prescripciones técnicas referido recoge, en su cláusula 3, que “los concursantes presentarán con su proposición el proyecto básico de adecuación del local objeto de la concesión”, y añade que “el adjudicatario se compromete a presentar en el término de treinta días naturales, a partir de la fecha en que le sea notificada la adjudicación, el proyecto completo de adecuación”.

7. Publicada la licitación, y previos los trámites oportunos obrantes en el expediente, la Junta de Gobierno, en reunión de 22 de febrero de 2012, acordó adjudicar la concesión demanial de referencia a la empresa reclamante. Debe señalarse que la adjudicataria, única licitadora, es además la misma empresa cuya participación no fue admitida en la primera licitación convocada. En el citado acuerdo de adjudicación se la requiere para la adecuación del proyecto

básico presentado, ya que "serán necesarias tres plazas de aparcamiento para vehículos que transporten personas en situación de movilidad reducida". Asimismo, se acuerda "requerir a la empresa adjudicataria para que, en el término de treinta días naturales, a partir de la fecha de la notificación de la presente adjudicación, presente el proyecto completo de adecuación" y "en el plazo máximo de dos meses (a partir de la misma fecha) comparezca en las dependencias de este Ayuntamiento a los efectos de formalizar el correspondiente contrato administrativo, previo pago, en el mismo plazo, del canon ofertado". El citado acuerdo es notificado al adjudicatario el 24 de febrero de 2012.

8. Obra incorporado al expediente, entre otros documentos, el informe emitido el 28 de febrero de 2012 por la Jefa del Servicio de Contratación y Compras en el que se señala que la empresa adjudicataria ha presentado "la garantía definitiva exigida por importe de 10.500,03 euros, por lo que procede la devolución de la garantía provisional constituida (...) por importe de 3.000,00 euros".

9. Con fecha 18 de abril de 2012, el administrador único de la adjudicataria presenta en el registro municipal un escrito en el que formula "alegaciones para que sean tenidas en cuenta a la hora de redactar el contrato administrativo, puesto que, consultado con el Registro de la Propiedad de Gijón, si dicho contrato se hiciese en los términos en que está redactado el pliego no constituiría título suficiente para acceder a dicho Registro". Dado que la inscripción registral de la concesión es necesaria para "poder llevar a cabo la hipoteca prevista en la cláusula 20.^a del pliego de condiciones administrativas particulares, que permita financiar la realización, modificación o ampliación de las obras, construcciones e instalaciones y la subrogación de los futuros compradores", solicita la modificación del "contrato administrativo a suscribir (...), de forma que dicho contrato pueda tener acceso al Registro de la Propiedad".

10. El día 11 de junio de 2012, la Jefa de la Sección de Inventario, con el visto bueno de la Jefa del Servicio de Patrimonio, informa desfavorablemente las alegaciones presentadas, ya que “las modificaciones planteadas son matices que se desprenden de la lectura del propio pliego, por lo que no se estima necesaria su constancia expresa en el contrato para su inscripción en el Registro de la Propiedad (...). Dichas matizaciones sí pueden recogerse en el contrato que el adjudicatario debe formalizar con los futuros cesionarios de las plazas de garaje que construya”.

11. La Junta de Gobierno, en sesión celebrada el 17 de julio de 2012, acordó “denegar (...) la solicitud (...) de modificación del contenido del contrato administrativo que en base al pliego de cláusulas administrativas particulares que rige dicha concesión ha formalizarse, reiterando a dicha contratista la obligación de dar cumplimiento a los requerimientos contenidos en el acuerdo de adjudicación a su favor, adoptado por la Junta de Gobierno en sesión de 22 de febrero de 2012”. El acuerdo es notificado al contratista el 24 del mismo mes.

12. El día 7 de septiembre de 2012, el Tesorero Municipal informa que, una vez “transcurrido (...) el vencimiento correspondiente para el cumplimiento de la obligación derivada de la adjudicación, en el día de la fecha no existe constancia en esta Tesorería de que hubiera ingresado el interesado el importe del canon ofertado por la concesión”.

13. Mediante oficio de 28 de noviembre de 2012, la Jefa de la Sección de Inventario solicita a la Sección de Arquitectura un informe en relación con el proyecto presentado de construcción de guardería de vehículos. No consta en el expediente el citado proyecto ni la fecha de presentación del mismo.

Con fecha 30 de noviembre de 2012, el Arquitecto Municipal indica que, “examinada la documentación del proyecto básico de adecuación del local (...),

se observa que (...) serán necesarias tres plazas de aparcamiento para vehículos que transporten personas en situación de movilidad reducida (...) que se situarán tan cerca como sea posible del acceso peatonal accesible (...). Con respecto al proyecto básico presentado en la licitación de la concesión, una de las plazas destinadas a personas con movilidad reducida se aleja del acceso peatonal accesible, con lo cual ahora son dos las plazas que no cumplen el mencionado requisito de proximidad”.

14. El día 14 de enero de 2013, la Jefa de la Sección de Inventario, con el visto bueno de la Jefa del Servicio de Patrimonio, señala que, examinado el “proyecto básico presentado por el adjudicatario, se emitió informe técnico indicando que (...) serán necesarias tres plazas de aparcamiento para vehículos que transporten personas en situación de movilidad reducida (...) que se situarán tan cerca como sea posible del acceso peatonal”. Añade que, “presentado el proyecto completo de adecuación, se emitió de nuevo informe técnico (...) señalando que dos de las tres plazas (...) incumplen el requisito de proximidad”. Considera que “para dar cumplimiento al clausulado de la concesión el adjudicatario deberá presentar en este Ayuntamiento, en el plazo de 20 días desde que se le requiera, el correspondiente modificado del proyecto de adecuación (...). Por otro lado, procede reiterar el requerimiento a la empresa adjudicataria para que comparezca en las dependencias del Ayuntamiento a los efectos de formalizar el contrato administrativo, previo pago del canon ofertado”.

15. Mediante oficios de 25 de enero de 2013, notificados al adjudicatario el día 29 del mismo mes, la Jefa del Servicio de Contratación y Compras le requiere para que en el plazo de quince días hábiles comparezca en las dependencias municipales para la formalización del contrato, previo pago del canon correspondiente, y en el plazo de veinte días hábiles presente el proyecto de adecuación modificado.

16. El día 19 de febrero de 2013, el administrador único de la empresa adjudicataria presenta en el registro municipal un escrito en el que manifiesta que, “tal y como ya les hemos trasladado en diferentes ocasiones, nos encontramos con un problema esencial que determina la nulidad del pliego de cláusulas administrativas particulares (...) y del que trae causa el contrato administrativo a firmar por las partes./ Y es que (...) los términos en que aparecen redactadas las cláusulas del pliego (...) impiden al mismo acceder al Registro de la Propiedad (...). Sobre tal imposibilidad (...) hemos solicitado informe al Registro de la Propiedad de Gijón, el cual aportaremos al presente expediente inmediatamente una vez obre en nuestro poder”. Por ello, solicita que se “acuerde la suspensión del plazo señalado para la firma del contrato administrativo” y que se realicen en el pliego de cláusulas administrativas particulares “todas las modificaciones que desde el Registro de la Propiedad se señalen como necesarias para el acceso al Registro del contrato”.

17. La Jefa de la Sección de Inventario, con el visto bueno de la Jefa del Servicio de Patrimonio, emite informe el 27 de febrero de 2013 en el que se ratifica en los términos señalados en el de 11 de junio del año anterior, y recuerda que la misma petición del adjudicatario ya fue rechazada por acuerdo de la Junta de Gobierno el 17 de julio de 2002, en el que, además, se le reiteraron sus obligaciones. Tras subrayar que los requerimientos se repitieron mediante oficios notificados el 29 de enero de 2013, sin que hubiera dado cumplimiento a los mismos, estima que “no procede suspender el plazo concedido para el pago del canon y la formalización del contrato, incurriendo, en caso de incumplimiento, en causa de extinción de la concesión”.

18. El administrador único de la empresa adjudicataria presenta un escrito en el registro municipal el 19 de septiembre de 2014 en el que insiste en los argumentos ya expuestos anteriormente, y pone de manifiesto un nuevo hecho “que legitima también el desistimiento de esta empresa de la proposición presentada”. Afirma que “con posterioridad a la adjudicación de la concesión a

esta parte (...) por parte de este Ayuntamiento se procede a liberar parte de los terrenos incluidos dentro del 'Plan de Vías', autorizando el uso privativo de los mismos como aparcamiento gratuito (...). Dichos terrenos son colindantes a la parcela en la que se localiza el aparcamiento objeto de concesión, localizándose los mismos dentro del 'área de influencia' (...), dentro de cuyos límites deberíamos proceder a comercializar las plazas de garaje".

Entiende que en estas condiciones no existe demanda sobre las plazas de aparcamiento objeto de concesión, lo cual supone "una alteración unilateral y extraordinaria acordada por el Ayuntamiento que modifica sustancialmente las condiciones jurídicas y económicas previstas cuando se aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares". Solicita que se "declare nula o, en su caso, anulable y sin efecto la Resolución de la Junta de Gobierno Local, de fecha 22 de febrero de 2012, por la que se adjudica (...) la concesión demanial", y que se "acuerde reintegrar" la "garantía definitiva, con sus correspondientes intereses".

19. El día 29 de septiembre de 2014, la Jefa de la Sección de Inventario, con el visto bueno de la Jefa del Servicio de Patrimonio, emite informe sobre el escrito presentado por el adjudicatario. En él señala que, "por lo que respecta a la imposibilidad de inscripción registral de las plazas de garaje resultantes (...), se dejó ya resuelto en Acuerdo de (la) Junta de Gobierno de 17 de julio de 2012 (...). En cuanto a la existencia de un aparcamiento de uso público en las inmediaciones del que es objeto de concesión, se informa que se trata de una concesión temporal de ADIF a favor del Ayuntamiento de Gijón de dichos terrenos para destinarlos a aparcamiento y vial de comunicación, de fecha 24 de septiembre de 2013. La puesta en uso del aparcamiento municipal es muy posterior a la adjudicación de la concesión al interesado, cuando las obligaciones derivadas de la misma debían estar ya cumplidas. Por otro lado, las características del aparcamiento de uso público, en superficie, son radicalmente distintas a las del aparcamiento subterráneo bajo la plaza objeto de concesión, en el cual sus titulares tendrían derecho a la utilización en

exclusiva de una plaza de garaje./ En consecuencia, no se da el supuesto alegado por el interesado de incumplimiento por causas ajenas a la voluntad del adjudicatario”.

Sostiene que aquel ha incumplido sus obligaciones, recogidas en los acuerdos de la Junta de Gobierno de 22 de febrero y 17 de julio de 2012 y reiteradas mediante oficios de 25 de enero de 2013, por lo que “el adjudicatario está incurso en causa de extinción de la concesión por incumplimiento grave de sus obligaciones, sin perjuicio de las penalidades que sea procedente imponer en aplicación de la cláusula 22 del pliego de condiciones administrativas particulares”.

20. Obra en el expediente una diligencia, firmada por la Jefa de la Sección de Contabilidad el 20 de octubre de 2014, en la que se recoge que “la fianza definitiva depositada (...) por importe de 10.500,03 € figura ingresada en metálico”.

21. Una técnica del Servicio de Contratación y Compras informa, el día 28 de octubre de 2014, que procede “iniciar expediente de extinción de la concesión (...), así como conceder un plazo de 10 días naturales al adjudicatario (...) para que presente las alegaciones que estime oportunas (...), significándole que se procederá así mismo a la incautación de la garantía definitiva”. Contempla como causas de resolución las previstas en la cláusula 23.^a del pliego de las administrativas particulares, según la cual “también resultan de aplicación las establecidas en el artículo 100 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, que establece, entre otras, en su letra f), (la) falta de pago del canon o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular de la concesión, declarados por el órgano que otorgó la concesión o autorización”.

Indica que “en el presente caso resulta palmario el incumplimiento del concesionario por la falta de pago del canon y formalización del contrato, a pesar de los reiterados requerimientos realizados, y ello por causas imputables al mismo, y consecuentemente todas las demás derivadas de la falta de

ejecución del objeto del contrato./ Subsidiariamente, el artículo 245 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, contempla en su apartado j), el abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales”.

Añade que “el artículo 247.4 la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece que cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada”.

22. Con fecha 3 de noviembre de 2014, el Jefe de la Asesoría Jurídica emite un informe en el que, tras recoger los antecedentes del caso, señala que “la Ley de Contratos del Sector Público, en su artículo 245.k), permite que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares puedan establecerse supuestos de resolución del contrato, además de los regulados en el artículo 245. Y al respecto, el artículo 23 del pliego de condiciones particulares (...) establece que la concesión se extinguirá por cualquiera de las causas contenidas en el artículo 100 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas./ A su vez, el artículo 100.f) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, establece que las concesiones y autorizaciones demaniales se extinguirán por la falta de pago del canon o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular de la concesión (...). Asimismo, debe también considerarse que el artículo 247.4 de la Ley de Contratos del Sector Público establece que cuando el contrato se resuelve por causa imputable al concesionario, como en el presente caso sucede a la vista de los hechos relatados, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada”.

Manifiesta, asimismo, que “el procedimiento a seguir para la resolución del contrato exige el cumplimiento de los requisitos recogidos en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre”.

23. El día 6 de noviembre de 2014, el Interventor General informa favorablemente la “extinción de la concesión demanial”, y señala que, “tras los informes, audiencia al concesionario, dictamen en su caso del órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma, acuerdos y demás trámites preceptivos, si la tramitación concluye con la extinción de la concesión por incumplimiento imputable al contratista procedería la incautación de la fianza definitiva y, si se aprecia la existencia de daños y perjuicios ocasionados, la exigencia de la pertinente indemnización”.

24. Con fecha 10 de noviembre de 2014, una Técnica del Servicio de Contratación y Compras, con el visto bueno de la Jefa del Servicio, formula propuesta de resolución a la Junta de Gobierno en el sentido de que se inicie el “procedimiento de resolución de la concesión demanial” y se conceda “a la contratista (...), como trámite previo a la extinción de la concesión y de la incautación de la garantía constituida, audiencia por plazo de diez días naturales”. Fundamenta la propuesta en el incumplimiento del adjudicatario de sus obligaciones de formalización del contrato, abono del canon y presentación de un modificado del proyecto técnico de adecuación, derivadas todas ellas de los acuerdos adoptados por la Junta de Gobierno los días 22 de febrero y 17 de julio de 2012 y reiteradas mediante oficios de la Jefa del Servicio de Contratación y Compras de 25 de enero de 2013. Considera como normativa de aplicación lo dispuesto en la cláusula 23.^a del pliego; el artículo 100, apartado f), de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, y el artículo 247.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

25. La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Gijón, en reunión celebrada el 25 de noviembre de 2014, acuerda “iniciar (...) procedimiento de resolución de la concesión demanial” y “conceder a la contratista (...), como trámite previo a la extinción de la concesión y de la incautación de la garantía constituida,

audiencia por plazo de diez días naturales”. El acuerdo se adopta con base en los criterios ya expuestos en la propuesta de resolución. Consta en el expediente la notificación de dicho acuerdo al interesado el día 10 de diciembre de 2014.

26. El día 18 de diciembre de 2014 el adjudicatario presenta alegaciones. En su escrito manifiesta que se ratifica en el “de fecha 18 de septiembre de 2014, dado que su contenido y sus conclusiones no han sido desvirtuadas por el Ayuntamiento”. Tras reseñar que “por parte del Ayuntamiento no se puede desconocer que los licitadores concurren a la adjudicación (...) con la intención de comercializar posteriormente entre privados esas plazas de garaje”, sostiene que esa comercialización resulta imposible, dado que, “según manifestación del propio Registrador de la Propiedad”, las plazas “no se pueden inscribir”, y además, “a escasos metros y con posterioridad a la adjudicación de la concesión, el Ayuntamiento ha acondicionado decenas de plazas de garaje gratuitas”. Añade que el acuerdo adoptado supone que la empresa “tenga que asumir unos perjuicios económicos inasumibles y que la avocarían al cierre (...), a pesar de que esos perjuicios tienen su origen y son consecuencia de los errores y de las decisiones adoptadas (a posteriori) por ese mismo Ayuntamiento”.

Solicita que se “declare nula o, en su caso, anulable y sin efecto la Resolución de la Junta de Gobierno Local, de fecha 25 de noviembre de 2014, por la que se acuerda la incautación de la garantía”, y que se proceda a la devolución de su importe.

27. La Jefa de la Sección de Inventario, con el visto bueno de la Jefa del Servicio de Patrimonio, emite informe el 8 de enero de 2015. En él indica que “el adjudicatario se opone en su escrito de alegaciones a la incautación de la fianza que resultaría de la extinción de la concesión, y fundamenta tal oposición en los motivos que ya fueron objeto de informe por este Servicio el 29 de septiembre de 2014, que se ratifica”.

28. La Jefa de la Sección de Contratación formula propuesta de resolución con fecha 22 de enero de 2015. En ella reitera el contenido del anterior acuerdo de la Junta de Gobierno y, a la vista del informe emitido por el Servicio de Patrimonio, propone “desestimar las alegaciones presentadas (...). Resolver (...) la concesión demanial (...). Incautar la finanza definitiva por importe de 10.500,03 euros”.

29. En este estado de tramitación, mediante escrito de 23 de enero de 2015, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución y extinción de la concesión demanial para la adecuación y explotación de un estacionamiento subterráneo para residentes, adjuntando a tal fin una copia autenticada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- Se consulta sobre la “resolución y extinción de la concesión demanial para la adecuación y explotación de un estacionamiento subterráneo para residentes” al haberse formulado, en el curso del procedimiento referido, oposición por parte de la adjudicataria a la incautación de la garantía definitiva prestada. La solicitud de dictamen se efectúa exponiendo su carácter preceptivo, con invocación a tal efecto de lo establecido en los apartados n) y o) del artículo 13.1 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, y en los apartados n) y o) del artículo 18.1 del Decreto 75/2005, de 14 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Vista la dualidad de preceptos invocada por el órgano consultante, resulta necesario concretar en virtud de cuál de ellos procede, en su caso, la emisión de dictamen por parte de este Consejo. Para llevar a cabo esa labor es preciso afrontar en primer lugar la naturaleza jurídica del expediente sometido a consulta, determinando si nos encontramos ante la "resolución de un contrato" o ante la "extinción de una concesión".

El pliego de cláusulas administrativas particulares que sirvió de base a la licitación dispone, en su cláusula 1.ª, que "es objeto de este pliego regular las condiciones generales que servirán de base para la adjudicación (...) de una concesión administrativa de uso privativo del dominio público". Como consecuencia de tal calificación, el régimen jurídico aplicable, según las cláusulas 1.ª y 25.ª del citado pliego, será el "establecido en el art. 93 y siguientes de la Ley 33/2003 (aquellos preceptos que tengan la consideración de básicos), de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, el R. D. 1372/86, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, y la normativa aplicable, en su caso, en la contratación de las Administraciones públicas".

Junto a características propias de la concesión demanial, como la duración de la misma, que se fija en 75 años, y el abono de un canon, el pliego de cláusulas administrativas particulares contiene elementos que van más allá de los inherentes a una concesión de uso privativo del dominio público. La finalidad que se pretende satisfacer, según la cláusula 4.ª del pliego, es facilitar plazas de aparcamiento subterráneas -en régimen de venta del derecho de uso, abono o rotación- a los "residentes en el área de influencia". Este interés público, vinculado a los fines propios de la Administración, supera ampliamente el interés -también público- de otorgar a un particular el uso privativo de un bien de dominio público, con independencia de que sobre el mismo aquel desarrolle una actividad susceptible de explotación económica. Las obligaciones del "concesionario", recogidas en las cláusulas 4.ª y 5.ª del pliego -relativas a la ejecución de obras, explotación del estacionamiento, conservación y mantenimiento de las instalaciones o percepción de tarifas por los usuarios-,

presentan características propias de los contratos administrativos de concesión de obra pública o gestión de servicios. Tampoco la previsión de la cláusula 3.^a del pliego, al señalar que finalizado el plazo todas las instalaciones quedarán “a disposición del Ayuntamiento”, es un elemento definidor de la concesión demanial, puesto que la regla general prevista en el artículo 101.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, es la demolición de las obras ejecutadas. La propia cláusula 19.^a señala que el “contrato se realizará a riesgo y ventura del concesionario”, lo que asevera la naturaleza contractual del expediente que nos ocupa.

No puede desconocerse que el desarrollo de cualquier contrato administrativo cuya ejecución requiera la ocupación del dominio público requerirá la ocupación privativa de aquel. Sin embargo, el artículo 91.4 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas consagra el principio de accesoria de tales ocupaciones con respecto al contrato principal, al disponer que las “autorizaciones y concesiones que habiliten para una ocupación de bienes de dominio público que sea necesaria para la ejecución de un contrato administrativo deberán ser otorgadas por la Administración que sea su titular, y se considerarán accesorias de aquél. Estas autorizaciones y concesiones estarán vinculadas a dicho contrato a efectos de otorgamiento, duración y vigencia y transmisibilidad (...). No será necesario obtener estas autorizaciones o concesiones cuando el contrato administrativo habilite para la ocupación de los bienes de dominio público”.

Por otra parte, como este Consejo ha tenido oportunidad de exponer en su Dictamen Núm. 139/2013, el Tribunal Supremo viene señalando reiteradamente (por todas, Sentencia de 15 de febrero de 1999 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a-) que, “en el Derecho Administrativo, la calificación que las partes otorguen al contrato no tiene virtualidad para alterar su verdadera naturaleza jurídica”.

A la vista de lo expuesto, debemos concluir que el expediente sometido a nuestro dictamen contiene elementos definitorios de los contratos administrativos que impiden su calificación exclusiva como “concesión

administrativa de uso privativo del dominio público” y que obligan a otorgarle naturaleza contractual, con independencia de cuál sea la concreta calificación jurídica del mismo.

Ahora bien, el artículo 13.1.o) de nuestra Ley se refiere a “concesiones”, lo que da lugar a interpretar si los contratos de concesión de obra pública o de gestión de servicios en régimen de concesión, previstos en los artículos 7, 8 y 277.a) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), y que comparten elementos comunes con el contrato que nos ocupa, son susceptibles de subsumirse en el mismo. A nuestro juicio, el hecho de que en ambos casos se trate de contratos administrativos típicos supone que la emisión de dictamen sobre aquellos encuentra acomodo directo en el apartado n) del citado cuerpo legal.

Descartada la posibilidad de dictaminar con base en el artículo 13.1.o) de ley referenciada, este Consejo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el apartado n) del mismo precepto.

SEGUNDA.- De acuerdo con dichas normas, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”.

En el caso ahora examinado existe oposición, pero no a la resolución del contrato, sino a las causas y consecuencias de la misma, las cuales dependen de la determinación del sujeto responsable de la resolución, lo que constituye el verdadero objeto de discrepancia. Como hemos manifestado en anteriores dictámenes, la oposición del contratista que determina la intervención preceptiva de este Consejo existe no solamente cuando este manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato, sino también cuando, coincidiendo ambas partes en la procedencia de la citada resolución, la oposición se refiere a los presupuestos y efectos de la misma.

TERCERA.- La ya señalada naturaleza contractual del acto de referencia supone que el régimen jurídico aplicable al caso sea esencialmente el contenido en las normas en materia de contratos del sector público. La disposición transitoria primera del TRLCSP dispone que “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato”. El acuerdo de adjudicación fue adoptado por la Junta de Gobierno Local el 22 de febrero de 2012. Sin embargo, el anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial del Principado de Asturias el 9 de diciembre de 2011 -siete días antes de la entrada en vigor del TRLCSP-, lo que determina la aplicación al fondo del asunto de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

Ahora bien, al objeto de determinar la ley aplicable al procedimiento de resolución contractual y a la competencia del órgano que debe acordarla hemos de remitirnos al momento de incoación del procedimiento resolutorio, que en este caso ha tenido lugar mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 25 de noviembre de 2014, lo que implica la aplicabilidad del TRLCSP y del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 210 del TRLCSP, la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”. En el mismo sentido, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, atribuye al órgano de la entidad local competente para contratar la facultad de acordar la resolución de los contratos celebrados con los límites, requisitos y efectos legalmente señalados.

El ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no solo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los

contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación, pues, como acabamos de indicar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la ley.

La instrucción del procedimiento que analizamos se encuentra sometida a lo dispuesto en el artículo 224 del TRLCSP, que se remite a la regulación de desarrollo, y en el artículo 109.1 del RGLCAP. Esta última norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio; audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía, e informe del Servicio Jurídico, salvo que este último no sea necesario atendiendo a la causa resolutoria. Además, tratándose de una entidad local, resulta igualmente preceptivo el informe de la Intervención de la entidad, según dispone el artículo 114 del TRRL. Finalmente, también es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo cuando, como ocurre en el supuesto examinado, se formula oposición por parte del contratista.

En el caso que analizamos se cumplen sustancialmente tales requisitos. Se ha dado la preceptiva audiencia a la empresa adjudicataria y, habiendo depositado aquella la fianza definitiva en metálico, no resulta necesario otorgar trámite de audiencia a terceros. Asimismo, se ha incorporado al expediente el informe del Servicio Jurídico que, tratándose de un municipio incluido en el ámbito de aplicación del título X de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, sustituye al informe de Secretaría, conforme a lo dispuesto en el apartado e) de la disposición adicional octava del referido cuerpo legal. La emisión de este informe, junto con el suscrito por el Interventor General, que también obra en el expediente, permiten entender cumplidos los trámites exigidos por el apartado 8 de la disposición adicional segunda del TRLCSP.

Por último, hemos de referirnos a la competencia para acordar, en su caso, la resolución del contrato, que, tal y como recoge la propuesta de

resolución, corresponde a la Junta de Gobierno Local en atención a lo establecido en la disposición adicional segunda, apartado 3, del TRLCSP.

En cuanto al plazo máximo para resolver y notificar la resolución que recaiga, observamos que, iniciado de oficio el procedimiento de resolución contractual mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 25 de noviembre de 2014, en la fecha de emisión de este dictamen estaría próximo a transcurrir el plazo máximo de tres meses establecido en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), aplicable al procedimiento de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de marzo de 2008 -Sección 4.ª- y de 9 de septiembre de 2009 y 8 de septiembre de 2010 -Sección 6.ª-, entre otras). No resulta de la documentación remitida que la Administración haya utilizado la posibilidad de suspender el transcurso de dicho plazo de resolución por causa de la petición de dictamen a este Consejo Consultivo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC. Advertimos de todo ello a los efectos oportunos.

Asimismo, se aprecia que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar al interesado, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

CUARTA.- En relación con el fondo del asunto, debemos indicar que, en caso de concurrir causa resolutoria, es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato, si bien, para ello, se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa.

Con arreglo al marco legal anteriormente señalado, resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato la LCSP en la redacción vigente al tiempo de celebrarse el mismo.

El acuerdo de inicio del procedimiento de resolución dispone que son causa de resolución “los motivos señalados en el cuerpo del presente Acuerdo”, que se concretan en “la falta de pago del canon y formalización del contrato (...) y, consecuentemente, todas las demás derivadas de la falta (de) ejecución del objeto del contrato”. Como consecuencia, propone la incautación de la garantía definitiva depositada.

Frente a ello, el adjudicatario manifiesta su disconformidad con la resolución adoptada “en cuanto acuerda la incautación de la garantía”, y considera que la resolución contractual “obedece única y exclusivamente a causas provocadas por (el) Ayuntamiento”.

A pesar de las afirmaciones de ambas partes en cuanto a las causas de resolución del contrato, debe observarse que la cláusula 16.^a del pliego de las administrativas particulares dispone que “el contrato deberá formalizarse (...) en el plazo máximo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la adjudicación del contrato”. Obra en el expediente la oposición del adjudicatario a la formalización del contrato si no se modifica previamente el contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares, y la Junta de Gobierno Local reitera la obligación de formalización el 17 de julio de 2012. Ante la nueva oposición del adjudicatario en los términos ya señalados, mediante oficio de la Jefa del Servicio de Contratación y Compras de fecha 25 de enero de 2013 se le requiere de nuevo para la necesaria formalización del contrato. Superado ampliamente el plazo previsto, y dadas las posturas encontradas de ambas partes, la formalización no se llega a realizar. Estamos, por tanto, ante un contrato adjudicado pero no formalizado.

La redacción original de la LCSP consideraba, en su artículo 140.3, causa de resolución del contrato la falta de formalización del mismo. Ello resultaba ajustado al contenido del artículo 27 del mismo cuerpo legal, según el cual “Los contratos de las Administraciones Públicas (...) se perfeccionan mediante su adjudicación definitiva”. Sin embargo, ambos preceptos fueron modificados por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de Modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre

Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales, y 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para Adaptación a la Normativa Comunitaria de las dos primeras. De esta forma, desde la entrada en vigor de esta norma el 9 de septiembre de 2010, el artículo 27 de la LCSP pasó a disponer que “Los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización”, y, como consecuencia lógica de lo anterior, el artículo 140 eliminó la falta de formalización del contrato como causa de resolución del mismo. La redacción del apartado 4 del artículo 140 de la LCSP, fruto de la modificación señalada y aplicable al presente contrato, señala que “Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso, hubiese exigido./ Si las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar”.

Por ello, no podemos entender la ausencia de formalización como causa de resolución del contrato.

En consonancia con lo dispuesto en el artículo 27 de la LCSP, tampoco puede admitirse como causa de resolución contractual el incumplimiento de las “demás (obligaciones) derivadas de la falta (de) ejecución del objeto del contrato”, puesto que si este no se ha formalizado no resultan exigibles las obligaciones dimanantes del mismo. Distinto es el supuesto de falta de abono del canon que el propio pliego de cláusulas administrativas particulares -cláusula 16- obligaba a realizar “con anterioridad a la formalización del contrato”; sin embargo, el cuestionable momento temporal al que el pliego refiere la obligación no debe distraernos de la perspectiva que debemos abordar, pues, no existiendo contrato, tal circunstancia no constituirá nunca causa de resolución del mismo. A lo sumo, estaríamos ante el incumplimiento de una de las obligaciones del adjudicatario.

En definitiva, no procede la resolución pretendida, siendo de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el artículo 140.4 de la LCSP en cuanto a la ausencia de formalización de los contratos que celebren las Administraciones públicas.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede la resolución del contrato de adecuación y explotación de un estacionamiento subterráneo para residentes, sometido a nuestra consulta, sin perjuicio de lo señalado a propósito de la aplicación del artículo 140.4 de la LCSP.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN.