

DICTAMEN 192/2015

Resolució d'una concessió d'ús de domini públic d'un edifici com a equipament hostaler atorgada per l'Ajuntament de Berga a una empresa

La Comissió Jurídica Assessora, reunida el 18 de juny de 2015, sota la presidència del Sr. Albert Lamarca i Marquès i actuant com a secretària, per substitució, la Sra. Ana Morillon i Merino, amb la participació de les Sres. i els Srs. Ferran Badosa i Coll, Eladi Crehuet i Serra, Tomàs Font i Llovet, Marta Franch i Saguer, Àngel Garcia i Fontanet, Margarida Gil i Domènech, Ma. Jesús Montoro Chiner, Isabel Pont i Castejón, Josep-Enric Rebés i Solé, Susana Sartorio i Albalat, Joan Manuel Trayter i Jiménez, i Carles Viver i Pi-Sunyer, i essent-ne ponent el Sr. Enric Argullol i Murgadas, ha aprovat el Dictamen següent.

ANTECEDENTS

1. El 6 de setembre de 2007, el Ple de l'Ajuntament de Berga va acordar adjudicar el contracte de concessió de domini públic del bé immoble del berenador de la Font Negra a l'empresa «Multi Esports Juvenils, SL». El contracte es va formalitzar a la casa consistorial el 8 de novembre de 2007, amb un termini de concessió de cinquanta anys, comptats des de la data de la formalització.
2. L'objecte del contracte era l'ús privatiu del berenador i comprenia la realització de les obres d'adequació de l'immoble, d'acord amb el Plec de clàusules i el Projecte d'adaptació de l'equipament; l'explotació posterior per a la realització de les activitats de bar, berenador i restaurant, i l'explotació de les activitats relacionades amb l'entorn natural de l'indret, que forma part del Pla Especial d'Interès Natural (PEIN) corresponent.



3. Figura en l'expedient rebut la documentació tramitada amb caràcter previ a l'adjudicació directa del contracte, entre d'altres, el Plec de clàusules administratives particulars, reguladores de la concessió; el Projecte d'adaptació de l'equipament hostaler, redactat pels serveis tècnics municipals i aprovat el març del 2007, i l'informe d'Intervenció. També hi consta la constitució de la garantia definitiva per un import de 8.501,52 euros.
4. Mitjançant un Acord del Ple municipal de 2 de maig de 2013 es va disposar no autoritzar la hipoteca del títol de concessió de domini públic del berenador, petició feta per la concessionària, per tal de poder allargar el termini d'amortització del préstec sol·licitat amb motiu de les inversions en l'adaptació del berenador.
5. Per un escrit presentat el 15 de setembre de 2014, la concessionària va demanar extingir la concessió, per l'incompliment greu i injustificat de diverses obligacions a què l'Ajuntament es va comprometre en l'acta de formalització del contracte, i per la posició d'inactivitat total davant les consultes constants, les peticions i sol·licituds que li han adreçat, amb la qual cosa, juntament amb el fet de no haver pogut ampliar el període del finançament existent sobre la concessió, la situació ha esdevingut insostenible i suposa la inviabilitat total de continuar amb l'activitat.
6. A més d'extingir la concessió, demana 533.895,47 euros, que és l'import corresponent a les factures de compra; el pagament de la indemnització regulada a la clàusula 28 del contracte; el pagament de 40.366,58 euros, corresponents a les despeses assumides per l'empresa i que anaven a càrrec





de l'Ajuntament; el retorn de la garantia definitiva, i el retorn dels imports cobrats com a tributs municipals a què la mercantil no estava obligada.

7. El 23 d'octubre de 2014, i davant la manca de resposta, la concessionària va presentar un nou escrit, en què manifestava que, si la inactivitat municipal en la petició anterior persistia, iniciarien la via jurisdiccional contenciosa, per tal de vetllar i salvaguardar els seus drets.
8. El 14 de novembre de 2014, l'interventor municipal va informar sobre les despeses suportades per l'Ajuntament al berenador i els voltants, i el 25 de novembre del 2014 va emetre dos informes sobre el cànon de la concessió i sobre els tributs municipals a què està subjecte el concessionari.
9. El 21 de novembre de 2014, els tècnics dels serveis tècnics municipals van informar sobre les factures aportades per l'empresa en relació amb les obres dutes a terme a l'edifici de la Font Negra. Entre d'altres, l'informe adjunta un reportatge fotogràfic.
10. El 26 de novembre de 2014, els tècnics dels serveis tècnics municipals van emetre un segon informe sobre els treballs de manteniment realitzats per l'Ajuntament al paratge de la Font Negra, informe al qual s'adjunta documentació fotogràfica.
11. En la mateixa data, el 26 de novembre de 2014, el tècnic de Gestió Administrativa va informar sobre la petició d'extinció de la concessió i va manifestar, entre d'altres, que la concessionària havia executat obres addicionals de millora sense haver-ho sol·licitat prèviament, cosa que no pot

generar cap obligació a l'ens local; i que aquelles obres estaven subjectes a una llicència urbanística que no es va sol·licitar. Així mateix, afirma que l'Ajuntament ha complert amb les seves obligacions, per la qual cosa no hi ha cap causa que se li pugui imputar per a resoldre la concessió.

12. Per Decret d'alcaldia 2014/1113, del mateix dia 26 de novembre, un cop vista la sol·licitud de l'empresa i la instrucció de l'expedient amb els informes incorporats, es va resoldre atorgar a l'empresa el tràmit de vista i d'audiència de l'expedient, cosa que es va comunicar per un ofici de la mateixa data.

13. El 2 de desembre de 2014, la mercantil va presentar un escrit en què demanava una còpia dels informes relacionats i la suspensió del termini per a presentar-hi d'al·legacions, peticions que es van atorgar i que consten degudament notificades.

14. El 2 de gener de 2015, l'empresa va presentar un escrit d'al·legacions en què qüestionava el contingut dels informes emesos i reiterava que l'activitat és del tot insostenible, per causa dels molts greuges patits.

15. El 23 de gener de 2015, el secretari de l'Ajuntament va emetre un informe desfavorable sobre la petició de la concessionària d'extingir la concessió, per tal com es considerava que no s'ha acreditat el caràcter d'essencials dels possibles incompliments municipals, ni tampoc la inactivitat de l'Ajuntament.



16. El 27 de gener de 2015, l'enginyer municipal va emetre un informe tècnic en relació amb la legalització de la instal·lació elèctrica, la instal·lació de la depuradora i l'ampliació o la connexió de la xarxa de l'enllumenat exterior de la zona.
17. El Ple de la corporació, en la sessió de 5 de febrer de 2015, va proposar desestimar íntegrament les alegacions presentades i declarar que no era procedent la resolució de la concessió per causes imputables a l'Ajuntament. Així mateix, va acordar demanar el dictamen preceptiu a la Comissió Jurídica Assessora i suspendre el termini de resolució i notificació del procediment.
18. El 6 de març de 2015 va tenir entrada al Departament de Governació i Relacions Institucionals l'expedient seguit, i la petició de l'alcalde de l'Ajuntament de Berga per tal de remetre'l a la Comissió Jurídica Assessora a fi d'emetre'n el dictamen preceptiu.
19. Per un ofici de 12 de març de 2015, la Subdirecció General d'Assistència Jurídica i Règim Local va demanar a l'Ajuntament una documentació addicional, la qual consta que es va presentar el 24 de març de 2015.
20. El 30 de març de 2015, la tècnica de la Direcció General d'Administració Local i el cap del Servei de Règim Local van informar favorablement sobre la tramesa de l'expedient a la Comissió Jurídica Assessora.
21. El 28 d'abril de 2015 va tenir entrada en aquest òrgan la petició de dictamen, formulada per l'Ajuntament de Berga i tramesa per la consellera de

Governació i Relacions Institucionals. I el 30 d'abril de 2015, el Ple de la Comissió va admetre a tràmit la petició referida i en va nomenar ponent.

FONAMENTS JURÍDICS

I. La consellera de Governació i Relacions Institucionals tramet a la Comissió Jurídica Assessora, a l'empara dels articles 275.3 del Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, aprovat pel Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, i de l'article 8.3.e) de la Llei 5/2005, de 2 de maig, reguladora d'aquest òrgan consultiu, la petició de dictamen formulada per l'Ajuntament de Berga en relació amb la resolució de la concessió administrativa atorgada el 8 de novembre de 2007, a la mercantil «Multi Esports Juvenils, SL», per a l'ús privatiu d'una finca municipal, de domini públic, per a ser destinada a berenador.



II. El fet de tractar-se d'una petició de resolució de la concessió, instada per la concessionària, que l'Ajuntament proposa desestimar per no considerar procedent la resolució, cal plantejar si és preceptiu el dictamen de la Comissió Jurídica Assessora. La intervenció de la Comissió en supòsits d'extinció contractual troba suport en l'article 8.3.e) de la Llei 5/2005, de 2 de maig, de la Comissió, en relació amb l'article 59.3 del Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (TRLCAP), i amb l'article 109.1 del Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, que aprova el Reglament general de contractació, que preveuen la intervenció consultiva de la Comissió quan, en l'expedient de resolució, el contractista formula oposició a la proposta de resolució (Dictamen 105/2015, entre d'altres). En aquest cas, ha estat la mateixa concessionària la que ha demanat extingir la concessió, però es genera

igualment una discrepància entre l'Administració i la concessionària, ja que l'Ajuntament en la proposta denega la resolució de la concessió sol·licitada. Atesa aquesta circumstància, es pot considerar que no s'exclou, des d'un punt de vista substancial –en tant que es discuteix el no-ús de la prerrogativa administrativa–, la raó que articula la intervenció dels òrgans consultius en supòsit de resolució.

III. La normativa aplicable, pel que fa al fons de la qüestió plantejada, és la legislació relativa als béns públics, que es detallarà més endavant, i, d'una manera complementària, a la regulació de contractes públics, amb l'advertiment que, atesa la data d'adjudicació de la concessió –el 6 de setembre de 2007– ho és el Reial decret legislatiu 2/2000, que va aprovar el Text refós de la Llei de contractació administrativa, avui derogada. En canvi, respecte a la tramitació de l'expedient instruït com a conseqüència de la sol·licitud de la concessionària, és d'aplicació la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, que s'acaba d'esmentar, en la versió del Text refós aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre.

IV. Pel que fa als tràmits realitzats, s'ha d'indicar que per Decret d'alcaldia 2014/1113, de 26 de novembre, es disposa que, un cop vista la sol·licitud de l'empresa i la instrucció de l'expedient amb la incorporació dels informes pertinents de Secretaria i d'Intervenció, s'obri el tràmit de vista i audiència de l'expedient. La concessionària afectada hi ha presentat al·legacions i s'ha formulat una proposta de resolució.

Es pot afirmar, doncs, que s'han complert els tràmits previstos per l'ordenament.

V. L'expedient s'ha iniciat, com ja s'ha advertit, a instància de la concessionària, que pretén la resolució del contracte de concessió d'ús de domini públic del berenador adjudicat per l'Ajuntament de Berga el 6 de setembre de 2007. Aquest immoble està situat a la forest pública de Queralt i Emprius. L'objecte del contracte és l'ús privatiu del berenador, i comprèn la realització de les obres d'adequació de l'immoble –d'acord amb el plec de clàusules i amb el projecte d'adaptació de l'equipament–, l'explotació posterior per a realitzar-hi les activitats de bar, berenador i restaurant, i l'explotació de les activitats relacionades amb l'entorn natural de l'indret, i, en concret, un punt d'atenció al públic que doni informació i les recomanacions necessàries per al bon ús i conservació de l'entorn.

Les obres d'adequació de l'edifici s'havien d'efectuar de conformitat amb el projecte aprovat per l'Ajuntament, per un import d'execució material total de 116.537 euros, part a càrrec del concessionari, part a càrrec de l'Ajuntament. El termini de concessió és de 50 anys, comptats des de la data de la formalització del contracte.

El motiu que addueix la concessionària en la petició de resolució és l'incompliment greu i injustificat de l'Ajuntament de diverses obligacions a què es va comprometre en el contracte, i la inactivitat municipal enfront de consultes, peticions i sol·licituds que se li han adreçat. A més, s'esmenta que el Ple municipal, en la sessió de 2 de maig de 2013, no va autoritzar la constitució d'una hipoteca sobre la concessió, fet que, en afectar el finançament de la inversió realitzada, converteix la situació en insostenible i suposa la total inviabilitat de continuar amb l'activitat.

L'Ajuntament proposa la desestimació íntegra de les al·legacions i declarar que no és procedent la resolució de la concessió per causes imputables al mateix l'Ajuntament. En aquest sentit, afirma que la concessionària havia executat obres addicionals de millora, sense sol·licitar-ho prèviament; que aquestes obres estaven



subjectes a llicència urbanística, i que aquesta no es va sol·licitar; i que l'Ajuntament ha complert amb les seves obligacions contractuals. En aquest sentit, l'informe del secretari de l'Ajuntament, de 23 de gener de 2015, puntualitza que no s'ha acreditat el caràcter d'essencials dels possibles incompliments municipals als efectes de poder sol·licitar i obtenir una resolució de la concessió, ni tampoc s'ha acreditat la inactivitat de l'Ajuntament.

VI. La concessió, l'extinció de la qual demana la concessionària, és de domini públic i està regulada per la Llei 33/2003, de 3 de novembre, del patrimoni de les administracions públiques, i el seu reglament, aprovat pel Reial decret 1373/2009, de 28 d'agost, i, en situar-se en l'àmbit local, pel Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, i el Decret 336/1988, de 17 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament de patrimoni dels ens locals. D'una manera complementària, com hem dit, és d'aplicació la legislació de contractació administrativa. En allò que sigui necessari, és d'aplicació la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya, i la Llei de l'Estat 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC).

L'extinció de les concessions demaniales està regulada en l'article 100 de la Llei 33/2003, de 3 de novembre, de patrimoni de les administracions públiques, precepte que, d'acord amb la disposició final segona, té la condició de bàsic. A la lletra i) preveu que les concessions, a més de les causes identificades al precepte, s'extingiran per "Qualsevol altra causa prevista en les condicions generals o particulars per les quals es regeixin".



A l'empara d'aquesta prescripció, el Plec de clàusules administratives particulars reguladores de la concessió de domini públic de l'edifici de la Font Negra, dedica la clàusula 27 a les causes d'extinció del contracte.

En el primer apartat les enumera: "1. Són causes d'extinció del contracte les establertes en les normes que formen part dels blocs descrits en les lletres a. i b. de l'apartat 1 de la clàusula 3 d'aquest plec, les descrites en els apartats 3 i 4, la comissió per part del contractista d'una falta greu o molt greu d'acord amb el règim sancionador regulat en aquest plec, i l'incompliment greu i injustificat per part de l'Ajuntament de les obligacions que li correspon d'acord amb el plec present". A continuació, en el segon, defineix l'incompliment greu i injustificat: "2. A efectes del que disposa l'apartat anterior, s'entendrà per incompliment greu i injustificat aquell que comporti per al concessionari un perjudici o entrebanc molt rellevants per al desenvolupament per part seva de les actuacions i activitats descrites de l'apartat 1 de la clàusula 1 d'aquest plec i que no tingui el seu origen en una causa raonable."

Els apartats tercer i quart regulen altres causes de resolució del contracte a instàncies del concessionari: "3. El contracte també es resoldrà en els casos d'impossibilitat o dificultat significativa per part del concessionari de poder continuar fent les activitats descrites en els punt 1.2 i 1.3 de l'apartat 1 de la clàusula 1, a causa de les disposicions i resolucions de tipus tècnic que dictin els òrgans públics competents i que afectin de qualsevol forma aquestes activitats. 4. El contracte es podrà resoldre a petició del concessionari quan aquesta impossibilitat o dificultat significativa es deguin a motius de rendibilitat econòmica."

La clàusula 28 es refereix als efectes de l'extinció del contracte. És especialment significatiu l'apartat vuitè, ja que es refereix a la resolució anticipada per incompliment de l'Ajuntament greu i injustificat, que és el supòsit al·legat pel concessionari. En concret, aquest apartat disposa que "en els casos de resolució



anticipada del contracte per l'incompliment de l'Ajuntament a què es refereixen els apartats 1 i 2 de la clàusula anterior a la present i per la causa prevista en la lletra d) de l'article 100 de la Llei de patrimoni de les administracions públiques, l'Ajuntament indemnitzarà al contractista a raó de trenta mil euros (30.000 euros) per cada any que resti per a la finalització de la concessió i fins a un límit màxim de sis-cents mil euros (600.000 euros). A efectes de la determinació de l'import de la indemnització, les fraccions de temps inferiors a l'any es calcularan en la seva part proporcional respecte a un any sencer i amb dos decimals, i després es multiplicarà la xifra resultant pels 30.000 euros esmentats." La referència a la Llei 33/2003 al·ludeix al rescat de la concessió o la revocació unilateral de l'autorització.

D'altra banda, l'apartat novè disposa uns criteris diferents per als supòsits de resolució anticipada per altres causes diferents imputables a l'Ajuntament: "En els casos de resolució anticipada del contracte per altres causes diferents a les previstes en l'apartat anterior i que siguin també imputables a l'Ajuntament, aquest indemnitzarà els danys i perjudicis provocats al contractista d'acord amb les valoracions en el mercat que predominin en el moment en què produeixi aquesta resolució".

Aquesta regulació de causes d'extinció o resolució de la concessió situa com a clau el caràcter de l'incompliment, en tant que les conseqüències són molt diferents; en concret, si té el caràcter de greu i injustificat, segons les pautes que assenyala la mateixa clàusula 27: incompliment que comporti un entrebanc molt rellevant per a l'explotació de les activitats a desplegar d'acord amb l'objecte de la concessió que no tingui "el seu origen en una causa raonable".

Per a verificar si es dóna aquesta situació és imprescindible examinar la distribució d'obligacions entre l'Administració i el concessionari que el mateix plec estableix.

En aquest sentit, la clàusula 1 descriu l'objecte de la concessió. "1. L'objecte del contracte és l'ús privatiu inherent a l'afectació de l'edifici aïllat ubicat en el mont <sic> públic Queralt i Emprius, sector de la Font Negra, de forma que comprèn: 1.1. La realització de les obres d'adequació d'aquest bé, que va estar destinat a bar, berenador i restaurant, d'acord amb el que disposa aquest plec i el projecte d'adaptació de l'equipament hostaler municipal de la Font Negra (projecte d'obres de la Font Negra), redactat pels serveis tècnics municipals i aprovat inicialment pel Decret de l'alcalde 318/2007, de 5 de març, aprovació que va esdevenir definitiva per la manca de presentació d'al·legacions durant el tràmit d'informació pública. 1.2. La seva explotació posterior per a la realització d'aquestes activitats. 1.3. Aquesta explotació serà simultània a la realització de totes aquelles activitats relacionades amb l'entorn natural d'aquest indret, sempre i quan ho permeti la legislació vigent; aquestes activitats tindran per objectiu que l'edifici de la Font Negra constitueixi un punt d'atenció al públic que doni la informació i les recomanacions necessàries per al bon ús i conservació del seu entorn." La concessió és, com ja hem dit, per 50 anys i es fixa un cànon anual de 850 euros actualitzable anualment.

És especialment significativa la clàusula 18 sobre la execució del projecte d'obres: "1. Del projecte d'obres de la Font Negra, el contractista assumirà el cost i l'execució de les parts corresponents a: 1.1 L'ampliació i remodelació de la planta baixa, l'import de la qual ascendeix a seixanta-sis mil tres-cents trenta euros (66.330 euros). 1.2. L'adequació de les instal·lacions, l'import de la qual ascendeix a divuit mil dotze euros (18.012 euros). 2. L'Ajuntament serà responsable del cost i l'execució de les parts del projecte esmentat d'acord amb les seves previsions referents a: 2.1 La conservació exterior de l'edifici, l'import de la qual ascendeix a quinze mil vuit-cents setanta-dos euros (15.872 euros). 2.2. El tractament d'aigües residuals, l'import del qual ascendeix a setze mil tres-cents vint-i-tres euros (16.323



euros). 3. D'acord amb el que estableix l'apartat anterior, l'Ajuntament assumirà el cost i l'execució en la seva totalitat de les obres exteriors de condicionament, així com també la construcció i condicionament dels lavabos públics que estaran oberts al públic i la fossa sèptica o depuradora que s'hauran de fer en l'edifici de la Font Negra.”

Les discrepàncies entre l'Ajuntament i els concessionari es concreten també en temes regulats a la clàusula 19, sobre obres addicionals de millora, i la clàusula 21, sobre cànon anual i no subjecció a tribut. La primera preveu que el concessionari pot realitzar obres addicionals de millora, sempre amb autorització del Ple municipal i amb obtenció de llicència urbanística, i amb subjecció a les obligacions tributàries locals. Pel que fa a la clàusula 21, les discrepàncies se situen sobre la forma de transferència bancària i l'abast de l'exempció tributària.

VII. Com posen en relleu les clàusules de la concessió, es va establir una forta imbricació entre l'Administració concedent i la concessionària en la realització de les obres de condicionament i en el manteniment de l'immoble, amb una diferenciació, no sempre clara, entre l'edifici i la part a l'exterior d'aquest. A més, en el curs de les obres van aparèixer noves necessitats –teulada– que, segons s'afirma, es van comprometre a assumir per meitats ambdues parts.

L'execució del clausulat de la concessió exigia una intensa col·laboració entre l'Administració i la concessionària a la vista de la complexitat del plantejament de les relacions.

A hores d'ara, la concessionària al·ludeix a diversos incompliments de l'Ajuntament en relació amb les previsions contingudes en el contracte. En l'escrit inicial estima que les despeses no assumides per l'Ajuntament sumen 37.997,09 euros, dels quals caldria restar 4.422,07 euros, suma de l'import dels cànon no abonats per la concessionària, que afirma –al·ludint a converses amb responsables

municipals– que s’han de compensar amb les despeses que corresponen a l’Ajuntament. En conseqüència, amb les dades de la concessionària la quantitat reclamada a l’Ajuntament seria 33.575,02 euros en relació amb les previsions del clausulat de la concessió.

Una altra cosa és el sobrecost en l’adequació de l’edifici que corresponia a la concessionària, i en l’equipament que, en exclusiva, havia d’assumir també.

En un informe dels serveis municipals s’examinen les diverses factures presentades per la concessionària i la seva possible imputació a l’Ajuntament segons els criteris del clausulat. En aquest sentit, només es consideren en l’àmbit de les obligacions municipals les despeses de tractament d’aigües residuals –5.978,07 euros (factura 13/13)– i de conservació exterior de l’edifici, si bé només tenen aquesta condició part de les incloses en la factura 16/13, per un import de 15.872 euros. Així mateix, es considera que els consums anuals d’enllumenat exterior, que sumen 8.290,50 euros, no són imputables a l’Ajuntament per no haver-ne autoritzat el funcionament. Des d’aquesta perspectiva, hi ha una forta rebaixa en les despeses pendents d’abonar per l’Administració.

D’altra banda, els informes dels serveis municipals posen en relleu que la concessionària ha incomplert diverses prescripcions del clausulat. En primer lloc, posen èmfasi en el fet que no s’ha complert la part de l’objecte de la concessió consistent en l’establiment d’un punt d’informació sobre l’entorn natural, previst en la clàusula primera. També, s’al·ludeix a la realització d’obres de millora de l’edifici, però sense haver demanat autorització a l’Administració titular d’aquest, ni sol·licitat llicència urbanística, com exigeix la clàusula 19. Així mateix, es fa referència al cànon a satisfer per la concessionària, liquidat i notificat anualment, que no ha estat pagat.

El 20 de febrer de 2013 la concessionària va sol·licitar autorització per a hipotecar la concessió. La Secretaria i la Intervenció de l’Ajuntament van emetre els



informes preceptius, i el Ple municipal, en la sessió de 2 de maig de 2013, va acordar no autoritzar la hipoteca del títol de la concessió. La sol·licitud estava relacionada amb la renegociació amb l'entitat bancària de les condicions de finançament, amb allargament de la durada, a conseqüència –s'afirma–, de la gran despesa realitzada, que es pot considerar derivada de les obres i equipaments que estaven al seu càrrec.

VIII. L'article 98 de la Llei 33/2003, a l'apartat segon, disposa que "Els drets sobre les obres, construccions i instal·lacions de caràcter immobiliari a què es refereix l'article precedent només poden ser cedits o transmesos mitjançant negocis jurídics entre vius o a causa de mort o mitjançant la fusió, absorció o escissió de societats, pel termini de durada de la concessió, a persones que tinguin la conformitat prèvia de l'autoritat competent per atorgar la concessió". Segons la disposició final segona, aquest precepte és simultàniament d'aplicació plena o general sens perjudici dels drets forals, i de caràcter bàsic.

La possibilitat d'hipotecar la concessió no dona lloc a un dret del concessionari, sinó que és un mitjà de finançament, la utilització del qual queda subjecte a la valoració de l'Administració concedent, en relació amb el paràmetre expressat en la mateixa llei, que no té caràcter exclusiu; valoració que s'expressa per mitjà de la tècnica autoritzatòria. No hi ha dret del concessionari a obtenir l'autorització ni obligació de l'Administració concedent d'atorgar-li.

El clausulat de la concessió no preveia, d'altra banda, la utilització de la via hipotecària per al finançament, de manera que no ofereix una expectativa en què fonamentar la procedència de l'autorització.

L'acord del Ple municipal, de 2 de maig de 2013, que va denegar l'autorització per a hipotecar la concessió, interpreta que l'informe d'Intervenció és desfavorable perquè fa referència a l'article 175.3 del Reglament hipotecari. Aquest

precepte disposa el següent: *“Las inscripciones de hipotecas constituidas sobre obras destinadas al servicio público, cuya explotación conceda el Gobierno y que estén directa y exclusivamente afectas al referido servicio, se cancelarán, si se declarase resuelto el derecho del concesionario, en virtud del mismo título en que se haga constar esa extinción y del documento que acredite haberse consignado en debida forma, para atender al pago de los créditos hipotecarios inscritos, el importe de la indemnización que en su caso deba percibir el concesionario”*. En l’acord municipal, s’afegeix a la transcripció del precepte: *“Per tant, d’acord amb la minuta aportada, s’hauria d’acreditar la consignació per atendre el pagament de l’import deutor de 260.308 euros, en les condicions que consten en les condicions generals de préstec per un període de 15 anys.”*

La rodona procedeix del preàmbul de l’acord denegatori municipal, de manera que de la totalitat de la motivació de l’Acord es pot deduir que s’ha fet possiblement una interpretació relacionada amb la consignació de la indemnització en el pressupost municipal, com a requisit que s’ha de donar, o que genera un compromís, en el moment de l’autorització. I en no existir la consignació, ni tampoc la voluntat d’establir un compromís, es denegava l’autorització. No hi consta que el peticionari hagi recorregut l’acord denegatori.

Encara que la interpretació realitzada de la regla hipotecària no és correcta, ja que la consignació hauria d’existir quan es cancel·lés la hipoteca i no quan s’autoritzés, existeix una motivació concreta en la decisió municipal.

IX. Exposades la regulació aplicable a la concessió, les regles que es desprenen del seu clausulat i, d’una manera global, les discrepàncies entre l’Administració i la concessionària sobre l’execució de les obres i activitats que constitueixen l’objecte de la concessió, es pot entrar a considerar si es dóna o no la causa al·legada per la concessionària per a extingir la concessió. El nostre parer s’ha



de limitar a aquest extrem, que és el que és objecte de l'expedient de resolució, sense entrar en altres opcions que les parts podrien considerar sobre la vida d'aquesta concessió.

Recordem que la concessionària sol·licita l'extinció de la concessió en virtut d'allò que estableix el darrer incís de l'apartat primer de la clàusula 27; això és, "l'incompliment greu i injustificat per part de l'Ajuntament de les obligacions que li corresponen d'acord amb el plec present". En l'escrit d'al·legacions de la concessionària expressament es quantifica la indemnització prevista en aquest cas per la clàusula 28 en 600.000 euros, als quals s'han de sumar les despeses efectuades, que quantifica en 533.895,47 euros, a les quals caldrà aplicar l'amortització anual del 10 %.

En l'anàlisi d'aquesta causa de resolució, el primer extrem a remarcar és que l'incompliment ho ha de ser d'obligacions previstes en el plec de clàusules de la concessió. En segon lloc, l'incompliment ha de ser greu i injustificat, això és, important i intens, d'una banda, i arbitrari, d'una altra. El segon apartat de la clàusula introdueix elements per a facilitar la identificació de la causa en un cas concret. Així, l'incompliment de les característiques indicades, ha de comportar al concessionari "un perjudici o entrebanc molt rellevants per al desenvolupament per part seva de les actuacions i activitats" objecte de la concessió. S'afegeix una última precisió en assenyalar que l'incompliment d'obligacions "no tingui el seu origen en una causa raonable".

Si es contrasten els requisits establerts per a la generació d'aquesta causa de resolució i les vicissituds produïdes entorn de la concessió, amb les discrepàncies entre les dues parts, no es pot afirmar que la causa sigui aplicable.

Hi han incompliments, però d'ambdues parts, que lògicament són irregulars i han de corregir-se. En tot cas, les diferències econòmiques tenen un abast limitat. No es pot encabir els incompliments d'obligacions de l'Administració al·legats en

el supòsit d'incompliment greu i injustificat. D'altra banda, la denegació de l'autorització per a hipotecar la concessió pot ser equivocada –i els errors sempre es poden corregir–, però no es pot considerar de cap manera un incompliment greu i injustificat d'una obligació prevista en el clausulat. D'entrada, l'Administració no estava obligada a donar-la i el clausulat no l'esmenta.

En conseqüència, els motius al·legats no permeten concloure que sigui procedent la resolució de la concessió per raó de la clàusula 27.1 del clausulat.

Les insuficiències econòmiques, com a resultat d'un increment d'inversions o de l'aparició d'elements imprevistos, no tenen cabuda en la causa al·legada, sinó que, en tot cas, si es donen les condicions, haurien de situar-se en el marc dels apartats tercer i quart de l'esmentada clàusula 27; supòsits en què els efectes de l'extinció són complement diferents i estan regulats en els apartats de la clàusula 28, una vegada exclosos l'apartat vuitè, relacionat amb la causa al·legada per la concessionària en aquest expedient, i l'apartat novè, relatiu a resolucions anticipades per altres causes imputables a l'Ajuntament.

CONCLUSIÓ

No és procedent la resolució de la concessió d'ús de domini públic d'un edifici com a equipament hostaler atorgada per l'Ajuntament de Berga a l'empresa «Multi Esports Juvenils, SL» per la causa al·legada en aquest expedient.



Albert Lamarca i Marquès

President