



ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 29 de marzo de 1990, el Pleno del Ayuntamiento de Cartagena adjudicó definitivamente a "C. G. H., S.A." (luego denominada C. O. S., S.A.), la construcción y subsiguiente explotación de un aparcamiento de automóviles de turismo a ubicar bajo el suelo del Mercado municipal de Santa Florentina, en Cartagena, formalizándose el oportuno contrato el 8 de junio siguiente. El plazo de ejecución de las obras de construcción se estipuló en tres meses, y el de explotación, de 15 años desde el comienzo de esta última, tras la finalización de las citadas obras (f. 1 a 31 exp.).

SEGUNDO.- Obra en el expediente remitido diversa documentación relativa a la ejecución de la obra, solicitud de revisión de tarifas y canon concesional, así como comunicación de C. O. S. S.A. al Ayuntamiento sobre cambio de denominación de la empresa (f. 32 a 56).

TERCERO.- El 8 de enero de 2004, la Concejal Delegada de Hacienda, Patrimonio y Contratación inicia expediente para la contratación de las obras de rehabilitación parcial interior, corrección de humedades, del Mercado de Santa Florentina.

CUARTO.- El 12 del mismo enero, por técnicos del Área de Infraestructuras del Ayuntamiento se emite informe en el que se indica lo siguiente:

"Referente a las obras que se van a acometer de forma inmediata en el Mercado de Abastos de Santa Florentina de esta ciudad, consistentes en la corrección de humedades en la planta del mercado, y considerando la peligrosidad de actuaciones que se han de realizar, se informa:

- 1.- Que es totalmente incompatible mantener el uso actual del sótano, ya que se ha de apuntalar toda la superficie del forjado donde se ha de actuar, se han de realizar las catas necesarias, levantar con maquinaria el solado existente, demoler los puestos actuales, etc.*
- 2.- Igualmente se ha de impedir el acceso del público y del personal ajeno a la obra tanto a la zona afectada del mercado (del que se trasladarán los puestos actuales), como a la planta inferior, por la peligrosidad existente mientras duren las obras, así como por la actuación en las renovaciones de saneamiento donde se tendrán que levantar todas las soleras actuales, renovación de arquetas, etc.*

Por lo que previamente al comienzo de las obras ha de quedar totalmente desalojado el sótano completo y la planta de mercado afectada".

QUINTO.- El 22 de junio de 2004, el Letrado consistorial, Jefe de los Servicios Jurídicos, a petición del Concejal Delegado de Turismo, Comercio y Promoción Económica, emite informe sobre la viabilidad jurídica de prorrogar el plazo de la vigente concesión como mecanismo para indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios que le cause la suspensión de la misma, que es obligado acordar para posibilitar el desalojo del sótano y la ejecución de las referidas obras.

A este respecto, por la influencia de tal informe a los efectos del Dictamen, es necesario transcribir parte del mismo. Así, tras recordar la facultad del Ayuntamiento de modificar los contratos administrativos por razones de interés público (invocando al efecto el artículo 127.1 del vigente Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955), lo que incluye variaciones en el tiempo o plazo de las concesiones, considera viable tanto la

suspensión de la que nos ocupa como su prórroga, como medio para resarcir al concesionario por los daños y perjuicios que le cause dicha suspensión. A tal efecto, y entre otras consideraciones, indica: *"teniendo en cuenta que según conversaciones mantenidas con el concesionario, la modificación de la misma es consentida por el titular de la concesión pero exige que se le abone una indemnización no sólo por los daños que le supone tal situación, sino por los sufridos en el pasado a consecuencia de las filtraciones de agua, para evitar la existencia de un perjuicio en el (al) mismo, es por lo que teniendo en cuenta que el tiempo de duración de la concesión es el de quince años, a contar desde el 30 de enero de 1995 (fecha de inicio de la concesión), y que se verá suspendido a principio del mes de julio y que la suspensión de la concesión puede alcanzar aproximadamente seis meses, salvo imponderables de última hora, procede en base al artículo 127,1, 1ª a) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales la variación en el tiempo de la concesión, que podría ampliarse, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, en 9 años, tiempo que se estima conveniente para cubrir los siguientes perjuicios:*

En primer lugar existe un problema generalizado en el aparcamiento de merma de su funcionalidad por las constantes fugas de agua provenientes del Mercado y que no se canalizan adecuadamente a las bajantes que deberían conducirla a la red de saneamiento general. La problemática no es reciente y lleva ocurriendo prácticamente desde el principio de la explotación de la concesión administrativa. Este hecho ha imposibilitado la explotación adecuada del parking en la totalidad de sus plazas ya que muchas de ellas han devenido inutilizables por este motivo, ocasionando la correspondiente pérdida de beneficios al concesionario, provocando una descompensación del equilibrio contractual de la concesión no prevista ab initio. Por dicho motivo, y a los efectos de paliar parcialmente este perjuicio, esta Corporación no ha exigido al concesionario el importe de los cánones fijados para la concesión. En segundo lugar, a consecuencia de la citada suspensión, se imposibilita temporalmente la explotación del parking, ocasionando al concesionario unos perjuicios consistentes en la pérdida de ingresos derivados de la explotación, a pesar de seguir teniendo que asumir los gastos derivados de la propia concesión.

La reparación de los daños causados en principio se ha previsto por plazo de seis meses, no obstante, en caso de que se prolongara por más tiempo del establecido, la variación de la concesión debe también contemplar este supuesto.

También es preciso valorar, en tercer lugar, el coste que supondrá la nueva puesta en marcha y funcionamiento del parking, una vez reanudada la concesión.

Tal novación de la concesión deberá ser adoptada mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local (Artículo 127.1 f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, en la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local), en la que se deberá aprobar la suspensión de la concesión y posterior prórroga de la misma, por el tiempo que se determine en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados".

SEXTO.- El mismo día del anterior informe, es decir, el 22 de junio de 2004, la citada mercantil y el citado Concejal Delegado suscriben un Convenio en el que, tras reconocerse recíprocamente capacidad legal suficiente para obligarse y para realizar el negocio jurídico (párrafo tercero del convenio), exponen los siguientes hechos:

"Que C. es titular de la concesión administrativa privativa del dominio público constituido por el sótano del Mercado de Santa Florentina, en Cartagena, para aparcamiento de automóviles, en adelante la concesión. La duración de la concesión es por el plazo de quince años, a contar desde el 30 de enero de 1995 (fecha de inicio de la concesión).

Que existe un problema generalizado en el aparcamiento de merma de su funcionalidad por las constantes fugas de agua provenientes del Mercado y que no se canalizan adecuadamente a

las bajantes que deberían conducirla a la red de saneamiento general.

La problemática no es reciente y lleva ocurriendo desde el principio de la explotación de la concesión.

La solución de los problemas apuntados requiere una intervención de gran envergadura, al afectar a toda la superficie del aparcamiento aunque con mayor intensidad en algunas zonas. La principal zona de actuación sería el propio mercado, ya que la problemática principal se detecta en la zona de captación de aguas. El Excmo. Ayuntamiento de Cartagena entiende necesario el acometimiento inmediato y urgente de obras para la solución del problema relatado anteriormente que afecta tanto al Mercado como al sótano donde se encuentra el garaje. Según Informe Técnico del Área de Infraestructuras, de 12 de enero de 2004, "la peligrosidad de las actuaciones que se han de realizar, ocasionan la total incompatibilidad de mantenimiento del uso actual del sótano, (...) debiéndose impedir el acceso del público y del personal ajeno a la obra, tanto a la zona afectada del mercado, como a la planta inferior, por la peligrosidad existente mientras duren las obras".

Las circunstancias expuestas anteriormente han ocasionado y ocasionarán a C. una serie de daños y perjuicios, a saber:

DAÑO EMERGENTE.- Beneficios perdidos por C. con motivo de la imposibilidad de explotación total de la concesión desde el inicio de la concesión.

LUCRO CESANTE.- Beneficios futuros y gastos que se generarían a C. por la suspensión de la concesión.

Precisamente, a consecuencia de los daños mencionados, C. no ha abonado el importe del canon que debe satisfacer al Excmo. Ayuntamiento de Cartagena por la concesión, que asciende a 3.728,58 euros anuales (620.383 ptas.) desde el inicio de la concesión, que el Excmo. Ayuntamiento de Cartagena ha consentido por ello".

A tal efecto, para regular la suspensión de la concesión y resarcir los daños y perjuicios, tanto pasados como futuros, a la concesionaria, acuerdan las siguientes cláusulas:

"PRIMERA.- SUSPENSIÓN DE LA CONCESIÓN. A los efectos previstos en el exponendo tercero se procede a la **SUSPENSIÓN DE LA CONCESIÓN** en dos períodos de duración máxima de 6 meses cada uno.

El primer período de suspensión comenzará a partir del día 15 de julio de 2004; para el segundo período, que transcurrirá en el año 2005, el Excmo. Ayuntamiento de Cartagena avisará a C. con 2 meses de antelación. A partir de la fecha de la suspensión C. dejará libre y expedito el sótano del Mercado de Santa Florentina donde se ubica el parking a favor del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena.

Al término de cada período de suspensión, se levantará por el Excmo. Ayuntamiento de Cartagena **ACTA DE LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE LA CONCESIÓN**, recuperando C. la posesión del citado sótano, en condiciones aptas para prestar los servicios de parking. Hasta la fecha en que C. recupere definitivamente la posesión en los términos expuestos, no estará obligada al abono del canon anual que debe satisfacer al Excmo. Ayuntamiento de Cartagena por la concesión, que asciende a 3.728,58 euros anuales (620.383 ptas.).

SEGUNDA.- NOVACIÓN DE LA CONCESIÓN. La inminente suspensión de la concesión por las causas expuestas, unida los daños sufridos por C. referidos relatados (sic) en el exponendo cuarto, obligan al restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión, actuando, entre otras cuestiones, sobre el plazo de duración de la misma. Así las cosas, dentro de la facultad concedida al Ayuntamiento de Cartagena por el 127.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, se **PRORROGA LA CONCESIÓN** por un plazo de **NUEVE AÑOS MÁS DE SU DURACIÓN**

INICIAL, por lo que la concesión expiraría el 30 de enero de 2019, con expresa autorización para poder cederla o traspasarla. El Excmo. Ayuntamiento de Cartagena, también, a los efectos de resarcir al concesionario por la imposibilidad de explotación adecuada en el pasado de la concesión, condona a C. el canon anual de la concesión no satisfecho desde el inicio de la concesión hasta la fecha en que C. recupere la posesión en los términos expuestos en la cláusula primera, párrafo segundo.

TERCERA.- VARIACIÓN POTENCIAL TEMPORAL DE LA SUSPENSIÓN DE LA CONCESIÓN. *En el supuesto en que la suspensión de la concesión fuera superior a seis meses, se volvería a actuar sobre la prórroga referida en la cláusula segunda, ampliándola. La ampliación de la prórroga consistiría en 6 meses más de prórroga por cada mes añadido de suspensión de la concesión, prorrateándose proporcionalmente los periodos de tiempo inferiores al mes".*

SÉPTIMO.- El 2 de julio de 2004, el Letrado Jefe de Contratación emite informe en el que indica lo siguiente:

"1º) Las obras citadas están en fase de adjudicación (una vez confirmada la subvención otorgada por la CARM) lo que podría producirse durante el mes de agosto de este ejercicio de 2004.

2º) En vista de los informes Técnicos emitidos sobre la realización de las obras, estaría seriamente afectada la continuidad de la Concesión del DP del Aparcamiento Subterráneo del Mercado de Santa Florentina, por cuanto según dichos informes existe "peligrosidad en las actuaciones que se han de realizar en el mercado) que ocasionan la total imposibilidad de mantenimiento del uso actual del sótano debiéndose impedir el acceso del público al mercado a la planta inferior por la peligrosidad existente mientras duren las obras".

3º) Cabría por tanto efectuar la SUSPENSIÓN de la concesión mencionada por razones de interés público y de conformidad con lo establecido en el art. 103 del TRLCAP, suspendiéndose el cómputo de los 15 años de la misma hasta la conclusión de las obras, y reiniciándose el mismo a su terminación levantándose Acta de Suspensión por las partes.

4º) No obstante debemos advertir que del examen del expediente se deduce que la concesionaria ha incurrido en una falta grave reiterada al no satisfacer el canon semestral establecido en la base 23 del Pliego de Condiciones de la licitación y que según la cláusula quinta del contrato ascendería a un total de 620.383 ptas (hoy 3.728,57 euros).

Este incumplimiento permitiría al Ayuntamiento de Cartagena, proceder a la rescisión del contrato (art. 29 del Pliego) por impago del canon, opción que no ha ejecutado todavía.

5º) Por último, señalar que, de conformidad con lo establecido en los preceptos citados de la LCAP debería decretarse la suspensión e iniciarse expediente administrativo que fijara la indemnización de daños y perjuicios al concesionario, si procediera".

OCTAVO.- El 2 de agosto siguiente, el Pleno del Ayuntamiento, a iniciativa de la Concejal Delegada de Hacienda, Contratación y Patrimonio, acordó lo siguiente:

"1º. Que se acuerde la SUSPENSIÓN de la concesión del Aparcamiento Subterráneo del Mercado de Santa Florentina, por la necesidad de disponer de todas las zonas del mercado para la realización de las obras de rehabilitación que se van a iniciar y desde la fecha de iniciación de las mismas y hasta su conclusión.

2º. Del inicio de la suspensión se levantará Acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y haciendo expresa referencia al acuerdo municipal.

3º. Que se inicie expediente administrativo para determinar la posible indemnización de daños y perjuicios que corresponda a la concesionaria por la suspensión acordada, considerando que puede llevarse a efecto mediante el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, incluso con la prórroga de la misma".

NOVENO.- El 16 de septiembre de 2004, la Alcaldesa acuerda iniciar expediente de revisión de oficio del Convenio en cuestión.

DÉCIMO.- El 2 de octubre siguiente, el Interventor General del Ayuntamiento informa, sucintamente, que el citado Concejal carecía de competencia para suscribir el referido Convenio.

UNDÉCIMO.- El 5 de octubre del mismo mes y año, la Secretaria General Accidental del Ayuntamiento informa, en síntesis, que el citado Concejal carecía manifiestamente de competencia para acordar lo pactado en el Convenio en cuestión, además de que se omitieron los trámites establecidos legalmente para la modificación de la concesión, y ello porque, de una parte, el órgano de contratación a estos efectos es el Pleno del Ayuntamiento y, de otra, porque eran preceptivos los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación. Concluye considerando que el Convenio está incurso en las causas de nulidad de pleno Derecho recogidas en el artículo 62.1 b) y e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

DUODÉCIMO.- Otorgado a la concesionaria el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, el 30 de noviembre de 2004 presentó alegaciones en oposición a la declaración de nulidad del Convenio, que se pueden resumir en lo siguiente:

- a) Sólo se le ha dado traslado de los expedientes relativos al proyecto de construcción del aparcamiento (año 84) y de adjudicación de la concesión (año 89), si bien conoce un expediente de revisión de oficio (del Convenio en cuestión, se entiende) por incluirse en el expediente remitido al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Cartagena (autos nº 625/04) a virtud del recurso por ella interpuesto contra el Acuerdo plenario antes reseñado, pleito pendiente en este momento.
- b) Que, independientemente de la existencia o no de causas de nulidad de pleno Derecho en el Convenio en cuestión, su declaración y consiguiente revisión de oficio estaría vedada por el artículo 106 LPAC, que protege la buena fe y la confianza legítima de los particulares, siendo este el caso, pues, por una parte, el citado Concejal apareció siempre ofreciendo la imagen del representante externo del Ayuntamiento en el tema del aparcamiento y las obras del Mercado, y, por otra, porque con el Convenio, el Ayuntamiento ha conseguido la suspensión de la concesión y el desalojo del aparcamiento y, a cambio, ella no ha sido compensada por los perjuicios que le ha supuesto tal medida. Además, señala que el Acuerdo plenario antes reseñado fue votado favorablemente por todos sus asistentes, incluyendo el citado Concejal, al que, en el informe de 22 de junio de 2004, el Letrado Jefe de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento no le indicó que careciera de competencia para firmar el citado Convenio o que lo hiciese prescindiendo del procedimiento legalmente establecido.
- c) Subsidiariamente alega que, de declararse la nulidad del Convenio, la resolución que se adopte, conforme a lo dispuesto en el artículo 102.4 LPAC, debe incluir la indemnización que le corresponda tanto por los beneficios perdidos derivados de la imposibilidad de la explotación total de la concesión a causa de las reconocidas filtraciones de agua, como por los daños que le ocasiona la suspensión de la concesión y los demás gastos inherentes a tal medida.

Adjunta a su escrito diversa documentación, entre la que destaca la relativa a la suspensión del contrato de trabajo de uno de sus empleados, fundada en la suspensión de la concesión; un escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo plenario antes citado y copia de una nota informativa de una rueda de prensa del citado Concejal, extraída, según parece, de la página del Ayuntamiento en Internet, de fecha 3 de septiembre de 2004, en donde se consigna que el citado Concejal anunció la futura adjudicación de las obras de rehabilitación del Mercado y su ejecución a finales de dicho mes de septiembre.

DECIMOTERCERO.- El 2 de diciembre de 2004, la Secretaria General Accidental del

Ayuntamiento emite informe en el que, tras exponer los hechos más relevantes del asunto planteado, formula diversas consideraciones jurídicas en torno a las referidas alegaciones, de las que se destaca lo siguiente:

"SEGUNDO.

(...)

a) *Que no se puede predicar ni del Ayuntamiento Pleno ni de la Alcaldía la delegación de competencias a favor del Sr. Concejal de Turismo, Comercio y Promoción Económica para resolver sobre la concesión del uso privativo del sótano del Mercado de Santa Florentina. Del Pleno porque lo impide la legislación básica del Régimen Local, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 7/1985, el Pleno sólo puede delegar sus competencias en el Alcalde o en la Junta de Gobierno Local; de la segunda por no poder delegar lo que no es de su competencia y por la publicidad que hizo de sus delegaciones con facultades exclusivas de dirección y gestión a favor del citado Concejal. Igualmente, tampoco se puede predicar del Ayuntamiento Pleno el conocimiento de lo que no se somete a su consideración con carácter previo. Por último, de las manifestaciones del Sr. Concejal Delegado en prensa no pueden deducirse legítimamente, para un concesionario, que se le hayan delegado facultades para resolver sobre su concesión.*

b) *Que no es posible entender que obstaculiza la revisión de oficio del convenio la existencia de mala fe o desviación de poder por aplicación de la doctrina de los actos propios, porque los actos propios del Ayuntamiento son precisamente los de establecimiento del pliego de condiciones que rige el contrato, sus bases jurídicas técnicas y económicas y la adjudicación del mismo, sin que pueda conforme al artículo 12 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, renunciar a las competencias que le corresponden como órgano de contratación, es más debe reaccionar ante la invasión de las mismas.*

c) *Conforme al artículo 55 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales la modificación de los contratos en los casos de peligro para el orden y la seguridad públicos ha de ser aceptada por el contratista y lleva aparejada el resarcimiento de los daños y la reparación de los perjuicios que se le ocasionen. Así, siendo obligatoria la suspensión para el contratista, no puede éste afirmar que el Ayuntamiento lo ha utilizado, mucho menos cuando, según alega, el mismo ha ordenado la instrucción de procedimiento para la determinación de la indemnización que corresponda, que debe señalar en principio, con los asesoramientos pertinentes y mediante el procedimiento legalmente establecido, pudiendo intervenir en el mismo el concesionario.*

d) *Y por último porque en este caso, el tiempo transcurrido desde que se firma el convenio hasta que se inicia la revisión de oficio, apenas tres meses, es irrelevante, máxime cuando aún no han concluido las obras, ni el tiempo de suspensión, que es lo que determinará la efectividad de los perjuicios que se hayan podido producir.*

TERCERO.- *En cuanto a la determinación de la indemnización, indicar que el artículo 102.4 de la Ley 30/1992, se remite a los artículos destinados a la regulación de la responsabilidad extracontractual. La responsabilidad que nace de los contratos de las Administraciones Públicas se rige por las normas que regulan la contratación administrativa, y se determina en el seno de las bases del contrato al que es preciso volver mediante la eliminación del convenio objeto de revisión".*

Con esa misma fecha, la Alcaldesa formula propuesta de resolución del procedimiento, a elevar al Pleno, para la declaración de nulidad del Convenio en cuestión, asumiendo lo indicado en el anterior informe de la Secretaria General Accidental.

DECIMOCUARTO.- Mediante oficio de 2 de diciembre de 2004, registrado en este Consejo

Jurídico el 14 siguiente, la Alcaldesa solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

DECIMOQUINTO.- Mediante oficio de 3 de diciembre de 2004, la Concejal Delegada de Hacienda, Patrimonio y Contratación procede a comunicar a la concesionaria la solicitud de Dictamen a este Consejo Jurídico y la suspensión del plazo máximo para notificar la resolución del procedimiento revisorio, al amparo de lo establecido en el artículo 42.5, c) LPAC.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta para la declaración de nulidad de pleno Derecho de una concesión administrativa, habiéndose formulado oposición por el concesionario, concurriendo, con ello, el supuesto previsto en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con los artículos 59.3, a) y 64.1 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 (TRLCAP) y 102 LPAC, aplicables al caso que nos ocupa.

SEGUNDA.- Procedimiento y competencia.

A) Desde una perspectiva formal, el procedimiento tramitado se ajusta a las normas aplicables a procedimientos revisorios como el que es objeto de Dictamen, constando la preceptiva audiencia al contratista, cuyo conocimiento de los trámites realizados en el presente procedimiento revisorio se deduce de sus propias alegaciones.

B) Por lo que se refiere al órgano competente para declarar, en su caso, la nulidad de pleno Derecho del Convenio en cuestión, se coincide con la propuesta en que corresponde al Pleno del Ayuntamiento. El artículo 22.2, j) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), en la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, atribuye al Pleno el ejercicio de acciones judiciales y administrativas en materias de competencia de éste. Considerando que no existe atribución competencial en la específica cuestión de la declaración de nulidad de pleno Derecho de los actos municipales (como sí la hay, sin embargo, en lo que atañe a la declaración de lesividad de actos anulables donde el artículo 22.2, k) de la citada ley residencia tal facultad en el Pleno), procede considerar que la acción declarativa de la nulidad pretendida, como acción administrativa que es, debe ser ejercida, en su caso, por el Pleno, pues el negocio jurídico cuestionado versa sobre una materia de competencia plenaria (contrataciones y concesiones demaniales superiores a cuatro años, ex artículo 22.2, n), pues, conforme se expuso en los antecedentes, el Convenio acuerda una ampliación o novación de la vigente concesión demanial por un plazo añadido de nueve años.

TERCERA.- Sobre las causas de nulidad de pleno Derecho del Convenio formuladas por la propuesta dictaminada.

I. Preliminar.

Conforme a lo apuntado en la Consideración Primera, a la relación jurídica concesional existente entre el Ayuntamiento consultante y la interesada le es de aplicación, por así establecerlo las Disposiciones Finales Tercera y Sexta del Pliego de Cláusulas Administrativas de la concesión y por deducirse de la legislación sobre régimen local (artículo 112 del Real Decreto legislativo 781/86, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales en Materia de Régimen Local, TRRL), la normativa sobre contratos de las Administraciones Públicas, constituida en este momento por el TRLCAP, cuyo artículo 62, a) reenvía al 62.1 LCAP. Quiere decirse, pues, que, sin perjuicio de otros supuestos de nulidad

que no son del caso (los recogidos en las letras b) y c) de dicho Texto Refundido), procede analizar la existencia en el citado Convenio de los motivos de nulidad recogidos en las letras b) y e) del reseñado artículo 62.1 LPAC, abordando después, en el caso de que la respuesta sea afirmativa, si procede declarar o no la nulidad del Convenio a la vista de lo dispuesto en el artículo 106 de la misma Ley sobre límites a la revisión de oficio.

II. Sobre la manifiesta incompetencia, por razón de la materia, del Concejal Delegado de Turismo, Comercio y Promoción Económica para suscribir el Convenio.

El artículo 62.1 b) LPAC considera nulos de pleno Derecho los actos (y, por remisión del TRLCAP, los contratos administrativos) dictados (suscritos) por "*órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia y del territorio*".

Como cuestión inicial, es necesario partir señalando que lo que debe considerarse "*materia*" a los efectos del citado precepto legal depende de la configuración competencial correspondiente a la Administración de que en cada caso se trate. En el presente, tratándose de una Administración Local como la municipal, los artículos 21.1, ñ) y 22.2, n) LBRL diseñan un reparto competencial en el que, de un modo claro y manifiesto, se singulariza la contratación y la concesión administrativas como materias propias. Es decir, el criterio relevante a estos efectos es la singular naturaleza jurídica de estas instituciones, que se utiliza como criterio definidor de reparto competencial en detrimento de la perspectiva relativa al concreto sector de la realidad sobre los que tales negocios jurídicos puedan incidir (en el caso, en materia de mercados).

Desde esta esencial perspectiva, resulta manifiesto (es decir, claro y notorio) que las concesiones y contrataciones por plazo superior a cuatro años competen exclusivamente al Pleno del Ayuntamiento, e igualmente, que éste sólo puede delegar sus atribuciones (las delegables, siendo ésta una de ellas, salvo cuando la cuantía supere el límite presupuestario señalado en el artículo 47.2, j), en el Alcalde o en la Junta de Gobierno Local (artículo 22.4), nunca en un Concejal. Hablamos, claro está, de actos de tanta trascendencia jurídica y económica para el Ayuntamiento como los de suscribir contratos, adjudicar concesiones o modificar unos y otras, pues respecto de determinadas actuaciones de trámite en estos procedimientos, la Disposición Adicional Novena del Reglamento de la LCAP (Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre) permite que el Pleno atribuya su adopción a otros órganos de la Corporación, incluyendo, pues, a los Concejales.

A partir de lo anterior, una modificación concesional ampliatoria de su plazo por nueve años, compete, de modo claro, al Pleno del Ayuntamiento, el mismo órgano que en su día adjudicó a la interesada la concesión que nos ocupa, sin que conste delegación alguna de aquél en esta materia; y la delegación del Alcalde al citado Concejal, publicada en el BORM de 24 de julio de 2003, no incluye en modo alguno competencias de contratación, antes al contrario, salva de modo general las competencias que correspondan a otros órganos municipales (f. 76 exp.). Así pues, desde una perspectiva estrictamente objetiva, que es la que conviene a la apreciación de la existencia de las causas de nulidad de pleno Derecho, procede afirmar el carácter manifiesto de la incompetencia del Concejal Delegado que suscribió el Convenio en cuestión. No puede haber duda de que la invasión competencial de dicho Concejal en las atribuciones del Pleno de su Corporación tiene, además, una repercusión institucional en su funcionamiento de una entidad tal que justifica la sanción de nulidad radical que se predica.

III. Sobre la omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido para acordar la modificación de concesiones como la del caso.

La propuesta de resolución, con remisión al previo informe de la Secretaria General Accidental del Ayuntamiento, aduce asimismo que el Convenio fue suscrito omitiéndose el procedimiento establecido en el artículo 114.3 TRRL para las modificaciones de contratos y, por tanto, de

concesiones administrativas, es decir, los previos informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, concurriendo, con ello el supuesto de nulidad radical previsto en el artículo 62.1, e) LPAC.

Igualmente, hay que coincidir en este punto con la propuesta de resolución, pues del expediente remitido se desprende que, en realidad, no existió un auténtico procedimiento de modificación concesional. Así, el hecho de que la finalidad de la modificación concesional fuera indemnizatoria, esto es, para resarcir los daños y perjuicios que entonces se decían causados a la concesionaria, no enerva el hecho cierto de que, como tal modificación concesional, debían seguirse las formalidades exigidas para estos casos, sin que, por supuesto, puedan quedar exceptuadas por el hecho de que la modificación se realizara de mutuo acuerdo con el concesionario, ya que las reseñadas actuaciones instructoras, previas a las modificaciones concesionales o contractuales, se dirigen a velar por la legalidad de las mismas tanto en beneficio del particular como, sobre todo, de la Administración y los intereses públicos que ésta debe proteger.

Así, no sólo se confirma que no se recabaron los preceptivos informes de Secretaría e Intervención, sino que también se omitieron los trámites a que se refiere el artículo 102 del antes citado Reglamento de la LCAP, aplicable sin duda a los Ayuntamientos. Dicho precepto establece que *"cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquélla"*. A la vista del contenido del único informe que se emitió sobre la posible modificación de la concesión, el ya citado del Letrado Jefe Consistorial, es claro que éste en modo alguno puede ser calificado como *"la propuesta"* a que se refiere el transcrito precepto pues, considerando que la prórroga concesional se pretendía configurar como vía resarcitoria de los daños y perjuicios causados por la suspensión acordada, en dicho informe no se realiza valoración económica alguna de tales daños, ni tampoco del rendimiento económico que tal prórroga daría al concesionario en compensación a tales daños. Así, la mera indicación realizada en el citado informe sobre una eventual prórroga concesional por nueve años sólo podía y puede ser considerada a título orientativo, como lo ratifica el propio informe, que concluía señalando que se debía aprobar la prórroga *"por el tiempo que se determine en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados"*. Así, dicho informe ha de considerarse propiamente como un informe previo al procedimiento de modificación de la concesión, en cuanto se trató de un estudio sobre la viabilidad jurídica de resarcir determinados daños mediante la vía de la prórroga de la concesión, omitiéndose, como se dice, todo el procedimiento que la Administración ha de seguir para acordar una modificación (ya sea unilateralmente o mediante convenio) como la del caso, que exige la formulación de una auténtica propuesta de modificación, con informe técnico sobre el contenido y valor de la misma (en el caso, y por el antedicho carácter resarcitorio de ésta, con evaluación económica de los daños a resarcir y, correlativamente, de la prestación que se pretende efectuar en compensación), así como los posteriores y preceptivos informes de la Intervención y de la Secretaría General de la Corporación. Ello da lugar a considerar que el Convenio en cuestión está incurso en la causa de nulidad radical prevista en el artículo 62.1, e) LPAC.

CUARTA.- Sobre los límites a la pretendida declaración de nulidad del Convenio.

Como se reseñó en los Antecedentes, las alegaciones de la concesionaria ponen más énfasis en negar la procedencia de la declaración de nulidad del Convenio que en la inexistencia de motivos de nulidad en el mismo, invocando a tal efecto el artículo 106 LPAC, que impide la revisión de oficio cuando *"por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes"*.

Desde esta perspectiva, y entre otras consideraciones, es necesario analizar la situación creada "*de facto*" por el acto o negocio jurídico sujeto a revisión, en cuanto la efectiva declaración de nulidad lo privará de efectos jurídicos (en principio, con carácter retroactivo al momento de su adopción, esto es, "*ex tunc*"). Se está, pues, en el plano de la eficacia del mismo.

A este respecto, de la doctrina y la jurisprudencia recaída sobre este precepto se desprende que, frente al principio general que obliga a la Administración a privar de efectos jurídicos a los actos y negocios incursos en infracciones tan graves como las que dan lugar a su nulidad de pleno Derecho, el referido precepto legal operará, por excepción, cuando se acredite y justifique que el mantenimiento de los efectos jurídicos de dichos actos resulta de mayor interés público que la privación de aquéllos. No se trata, pues, en puridad, de decantarse por el interés privado de los particulares frente al público que supone la eliminación de un acto nulo, sino de que, en justificados y excepcionales casos, la estabilidad o mantenimiento de tales actos revista un interés, igualmente público, de entidad superior a su eliminación, y ello en cumplimiento del principio de seguridad jurídica, como contrapeso al de legalidad.

Se trata, pues, de ponderar los intereses públicos en juego y de decantarse por el que merezca mayor protección. A este respecto, no puede caber duda de que procede la eliminación de la prórroga concesional, por tres esenciales razones: a) porque ésta se acordó sin justificación alguna de lo que constituyó su razón de ser (el resarcimiento de daños y perjuicios que la concesionaria no tenía el deber jurídico de soportar), por no haberse realizado evaluación económica alguna al respecto, con lo cual no es posible saber si el Ayuntamiento ha resarcido sin más al concesionario o si lo ha enriquecido injustamente por la vía de otorgarle más plazo de explotación del que le correspondería a estos efectos (y ello sin prejuzgar, por no ser objeto del presente Dictamen, si existen acreditadas circunstancias de interés público que justifiquen, ex artículo 101.1 TRLCAP, la prórroga concesional como vía indemnizatoria, antes que el abono en metálico de los daños y perjuicios que proceda resarcir ex artículo 102.2 TRLCAP, forma reparatoria esta última que ha de considerarse la regla general especialmente en materia contractual, so pena de desvirtuar el principio general de concurrencia); b) porque lo anterior retrasa en un tiempo sustancial (nueve años, más del 50% del inicial plazo concesional) la posibilidad de que el Ayuntamiento realice una nueva licitación de la concesión, perjudicando a terceros interesados en la explotación del subterráneo y al propio Ayuntamiento, que se ve privado de la posibilidad de establecer, en la nueva licitación, un canon concesional eventualmente superior al vigente, o de recibir mejores ofertas de los aspirantes, tanto en este como en otros aspectos de la concesión; y c) porque el escaso lapso de tiempo transcurrido entre la firma del Convenio y la iniciación del procedimiento revisorio impide considerar dignas de mayor protección las situaciones jurídicas que, en mera hipótesis (pues nada alega el concesionario al respecto), se pudieran estimar consolidadas por la prórroga concesional incurrida en nulidad.

Aun cuando lo anterior exime, a nuestro juicio, de mayores consideraciones al respecto, es conveniente añadir que el hecho de que un Concejal Delegado realice "*gestiones*" o, incluso, en materia de contratación, pueda adoptar determinados actos de mero trámite (como hemos reseñado que es jurídicamente posible, vía atribución del Pleno), en modo alguno pueden llevar a la convicción de una empresa contratista que un negocio jurídico como el que es del caso esté a salvo de tachas jurídicas y de su posible anulación.

Por otra parte, el hecho de que el Ayuntamiento haya conseguido la efectiva suspensión y desalojo del subterráneo a virtud del Convenio nulo no enerva la procedencia de que se declare su nulidad y, por tanto, se le prive de efectos, sin perjuicio de que, en previsión de tal circunstancia, el órgano competente para adoptar tal medida, es decir, el Pleno, haya dictado el

correspondiente acto de suspensión, que no es objeto del presente procedimiento (y sin que se prejuzgue, claro está, lo que resulte de su alegada impugnación jurisdiccional).

QUINTA.- Sobre los daños y perjuicios causados por la eventual declaración de nulidad del Convenio.

Subsidiariamente a su oposición a la declaración de nulidad del Convenio objeto de revisión, la contratista, invocando el artículo 102.4 LPAC, solicita que en el presente procedimiento revisorio el Ayuntamiento fije la indemnización por los daños y perjuicios que estima causados por la suspensión de la concesión y por las filtraciones de agua producidas hasta el momento en el subterráneo, que le ha impedido explotarlo en su totalidad.

Sobre esta cuestión es necesario realizar tres consideraciones:

a) Frente a lo alegado en la propuesta de resolución en el sentido de negar la aplicación supletoria del invocado precepto, estimamos que no hay obstáculo alguno para que éste sea operativo en supuestos de declaración de nulidad de concesiones o contratos administrativos. Así, el artículo 65.1 TRLCAP, primeramente aplicable al caso, se limita a establecer que *"la parte que resulte culpable"* (de la nulidad declarada del contrato o concesión) *"deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido"*, sin determinar, pues, el modo ni el cauce procedimental del resarcimiento, a lo que no se opone la posibilidad ofrecida por el artículo 102.4 LPAC de que éste se produzca en el seno del procedimiento de declaración de dicha nulidad.

b) No obstante lo anterior, dicho precepto, en cuanto reconoce la posibilidad de establecer en la misma resolución declaratoria de la nulidad de un acto las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, debe entenderse referido, lógicamente, a las indemnizaciones que proceda reconocer por causa de la nulidad allí decretada, es decir, como pronunciamiento que trae causa del previo de anulación, pero no alcanza a daños no derivados de la nulidad declarada.

En este sentido, en el caso que nos ocupa hay que distinguir los perjuicios causados por la efectiva suspensión de la concesión derivada del Convenio que se declarase nulo (únicos perjuicios que cabría anudar a la resolución favorable del presente procedimiento revisorio), de aquellos perjuicios dimanantes de otras causas, como los eventualmente causados por deficiencias del Mercado o del subterráneo imputables al Ayuntamiento (que, por cierto, distan de estar justificados y concretados), o los daños dimanantes de la suspensión acordada por el Pleno en el Acuerdo antes transcrito, acto que no es objeto de revisión.

c) En relación con los daños y perjuicios derivados de la declaración de nulidad del Convenio, su determinación y evaluación en el presente procedimiento revisorio, así como su eventual reconocimiento en la resolución final del mismo, es de carácter potestativo para la Administración, como lo demuestra la expresión *"podrá"* utilizada al efecto en el citado artículo 102.4.

En el presente caso, a la vista del estado actual del procedimiento y de la urgencia en la depuración de los graves vicios jurídicos de que adolece el Convenio en cuestión, resulta procedente acordar sin más la declaración de nulidad del mismo, sin perjuicio, claro está, de que las indemnizaciones que procedan sean abordadas en el procedimiento específico que a tal efecto hubiera incoado de oficio el Ayuntamiento a virtud del Acuerdo del Pleno de 2 de agosto de 2004 ya citado, o el que pueda iniciarse a virtud de la acción indemnizatoria de que, en todo caso, dispone la concesionaria.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede declarar la nulidad de pleno Derecho del Convenio suscrito el 22 de junio de 2004 entre el Concejal Delegado de Turismo, Comercio y Promoción Económica del

Ayuntamiento de Cartagena y C. O. y S., S.A., a que se refiere el presente Dictamen. Por ello, la propuesta de Acuerdo sometida a consulta se informa favorablemente. No obstante, V.I. resolverá.

