

Informe Jurídico: Aprovechamiento Privativo en Bienes Comunes

ANTECEDENTES

Primero.- El Alcalde del Ayuntamiento de XXXX, con fecha de entrada en esta Diputación el día YYYY, solicita informe jurídico sobre las alegaciones presentadas por la empresa adjudicataria del contrato administrativo de aprovechamiento privativo especial anormal de terrenos comunales, para explotación minera XXXX. Alegaciones formuladas en trámite de audiencia contra el acuerdo del pleno de YYYY que desestima la solicitud presentada por el adjudicatario de modificar el clausulado del contrato.

Segundo.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento del Servicio de Asistencia a Municipios, se remiten por el Ayuntamiento los siguientes documentos:

- 00-CERTIFICADO PLENO concesión administrativa XXXX
- 01-Notificacion.acuerdo.ADJUDICACION_CONCESION.MINA
- 03-Minuta-2016-S-RC-186
- 04-Gmail - ENVÍO NOTIFICACIÓN ACUERDO
- 05-SOLICITUD
- 06-Recibo-2016-E-RC-373
- 07-. providencia. REQUERIMIENTO.INFORMES_CONCESION.MINA
- 08-Informe.secretaria.ampliacion.plazos_CONCESION.MINA
- 09-DECRETO 2016-0101 [AMPLIACION.PLAZO.CONCESION.MINA]
- 10-104-2015 Mina
- 11-Notificacion.secretaria_AMPLIACION.PLAZOS.CONCESION.MINA
- 12-Minuta-XXXX
- 13- NOTIFICACION.AMPLIACION.PLAZO.CONTRATO.CONCESION.MINA
- 14-Providencia.concejal.delegado_INFORME.SECRETARIA.CONCESION.MINA
- 15-Informe.secretaria_CONTRATO.CONCESION.MINA
- 16-CERTIFICADO PLENO 29.06.16.MINA XXX
- 17-notificacion_AUDIENCIA.CONTRATO.ADMINISTRATIVO.CONCESION.MINA
- 18-Minuta-2016-S-RC-229
- 19-Recibi.notificacion.contrato.administrativo_CONCESION.MINA
- 20-Alegaciones.XXXX_ACUERDO.PLENO.YYYY
- 21-Recibo-2016-E-RC-441
- 22-Providencia..solicitud.informe.diputacion_CONCESION.MINERA
- 23-Oficio.concejalia.delegada.solicitud.informe.diputacion_CONCESION.MINERA
- 24-Minuta-2016-S-RC-304

Tercero.- El Ayuntamiento de XXXX en sesión extraordinaria del pleno de YYYY Adjudicó a la entidad mercantil XXXX, el aprovechamiento privativo especial anormal de la superficie de fincas comunales de propiedad municipal, mediante la modalidad de concesión demanial, para poder ejercer la concesión de explotación minera XXXX, otorgada por Resolución de YYYY de la Dirección General de Minas e Industrias de la Construcción, por XX años, prorrogada por Resolución de YYYY de la Dirección General de Energía y Minas perteneciente a la Consejería de Economía y Empleo de la Junta de Castilla y León, por otros YY años, por adjudicación directa, mediante precio por la limitación de la demanda, por un periodo de YY años desde la firma del contrato por un canon anual de XXXX €.

La empresa posteriormente y antes de la firma del contrato solicita una modificación en el clausulado del contrato de aprovechamiento privativo especial anormal de bienes comunales debido a la incompatibilidad del aprovechamiento minero con el planeamiento en vigor. En concreto solicita que el abono del canon correspondiente al primer ejercicio, sea diferido a la entrada en vigor de las Normas urbanísticas de XXXX que habiliten el uso extractivo. Y la paralización del cómputo del plazo para la formalización.

El arquitecto que informo la posibilidad del uso extractivo en las fincas comunales objeto de concesión en fecha XXXX, emite nuevo informe en fecha YYYY, concluyendo que la actividad extractiva esta prohibida en las fincas objeto de concesión demanial.

El concejal delegado de Hacienda previo informe del Secretario Interventor resuelve desestimar la paralización del cómputo del plazo para la formalización de la concesión y ampliar dicho plazo en XX días hábiles.

El Pleno de XXXX previo informe del secretario interventor resuelve desestimar la posibilidad de modificar el clausulado del contrato solicitado por la empresa, dándole audiencia a la misma, dado que el pleno entiende que el objeto de la concesión ha desaparecido.

La empresa formula alegaciones, manteniendo la posibilidad del objeto de la concesión.

Sobre los referidos antecedentes han de considerarse los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El presente informe se emite en virtud de lo previsto en el Reglamento de Asistencia Jurídica, Económica y Técnica de los municipios de la provincia de Zamora, publicado en el BOP de Zamora nº 41 de 5 de abril de 2004, que regula el funcionamiento del Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial de Zamora, estableciendo los requisitos y procedimiento para dicha asistencia, dando cumplimiento de este modo a lo dispuesto en el artículo 36.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece que es competencia de las Diputaciones Provinciales la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión.

Se han cumplido los requisitos y procedimiento establecidos en dicho Reglamento; en concreto, la petición de informe está firmada por el concejal delegado de la entidad local y dirigida al presidente de la Corporación Provincial (art. 13.1), y existe informe del Secretario manifestando su opinión en el asunto concreto (art. 14).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.2 del citado Reglamento, el informe emitido no será vinculante para la entidad local solicitante.

Segundo.- las fincas objeto de la concesión demanial objeto de informe, tienen la calificación jurídica de bienes comunales, son bienes de dominio público cuyo aprovechamiento corresponde al común de los vecinos y que solo pueden pertenecer a los municipios y a las entidades menores. La nota que los caracteriza es la de que su aprovechamiento corresponde al común de los vecinos, siendo tal comunidad en mano común, de origen germánico y por tanto, indivisible e inalienable. Ha quedado acreditado en el expediente la posibilidad de acudir a la adjudicación mediante precio por no ser posibles el resto de las formas preferentes previstas en el art. 94 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 13 de junio de 1986 o con sujeción a la Ley 13/1995, de 18 de mayo (RBEL), y la forma jurídica concesión demanial.

La concesión demanial puede conceptuarse como aquel acto administrativo por virtud del cual la Administración titular confiere a un tercero un derecho de uso privativo y temporal de una porción del dominio público o un derecho de uso común especial de duración superior a cuatro años, conservando aquélla en todo caso su titularidad, así como las potestades de policía necesarias para asegurar el cumplimiento de las condiciones de la concesión y la indemnidad del bien concedido. Como claramente está acreditado en el expediente El Ayuntamiento de XXXX en sesión extraordinaria del pleno de YYYY Adjudicó a la entidad mercantil YYYY, el aprovechamiento privativo especial anormal de terrenos comunales, para explotación minera XXXX.

Como institución jurídica compleja se ha debatido su naturaleza de acto administrativo o de contrato. La doctrina clásica entendía que las concesiones demaniales eran actos administrativos, siendo, por tanto, unilaterales.

Sin embargo, esta calificación resulta hoy cuestionada, sobre la base de que la concesión demanial da lugar a un vínculo estable, con derechos y deberes para ambas partes, sin perjuicio de las facultades legales de revocación que, por razones del interés público que está llamada a proteger, conserva la Administración titular del bien.

La STS de 10 de julio de 1997, citando el Dictamen del Consejo de Estado 1054/1991, de 19 de septiembre (recopilación del año 1991), argumenta que los derechos del concesionario no nacen directamente de la ley, sino del acto administrativo que lo constituye como tal; acto cuyo contenido se determina previa valoración, sujeta a Derecho, de la compatibilidad entre el interés público inmanente en las concesiones demaniales –Dictámenes del Consejo de Estado 810/1995, de 11 de mayo, y 1644/1995, de 28 de septiembre– y la colaboración que para la satisfacción de esos intereses públicos puede significar la actividad a desarrollar por el peticionario sobre la zona demanial a cuyo uso exclusivo aspira. Concluye afirmando el carácter discrecional de la concesión demanial.

Se afirma el carácter contractual de las concesiones demaniales, apoyándose, en que el RBEL establece que la concesión demanial se otorgará con arreglo a ciertas normas específicas y «a la normativa reguladora de la contratación de las

Corporaciones Locales» (artículo 78.2 RBEL); argumento al que hoy cabe añadir la precisión contenida en el artículo 94 de la ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) cuando señala que «en ningún caso podrán ser titulares de concesiones sobre bienes y derechos demaniales las personas en quienes concurra alguna de las prohibiciones de contratar reguladas en el 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», estableciéndose la extinción de la concesión cuando, con posterioridad al otorgamiento de la misma, el concesionario incurra en alguna de aquellas prohibiciones.

Sin embargo, la bilateralidad no implica necesariamente el carácter contractual, un contrato supone un negocio bilateral, pero no siempre se da la relación inversa. Se oponen las siguientes razones:

1ª.- El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre («TRLCSP»), no incluye la concesión demanial entre los contratos nominados.

2ª.- Las concesiones demaniales siguen un procedimiento de otorgamiento diferente al de los contratos, el cual es, además, regulado por las diferentes leyes sectoriales, por el RBEL (artículos 78 y siguientes) y, por la LPAP con carácter genérico (artículos 93 y 96 LPAP); no existe una remisión ni tan siquiera genérica a la legislación contractual pública.

3ª.- Se concluye en que las concesiones crean derechos y obligaciones en virtud de una decisión administrativa aceptada por el concesionario, dando lugar a una figura jurídica negocial o bilateral, pero no contractual, sometida a normas propias, sin perjuicio de la remisión en ocasiones a la figura de los contratos, a los que, sin duda, se parece; pero con los que no se identifica plenamente.

Es esta la línea que parece seguir la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 5/1996, de 7 de marzo, cuando señala que «la figura de la concesión demanial debe quedar relegada a supuestos que encajen en su concepto, sin que resulte aplicable a la misma la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino su normativa específica» o en el Informe 27/1996, de 30 de mayo, en el que, planteada la cuestión de si en las licitaciones para la adjudicación de una concesión administrativa «la constitución de garantías provisionales o definitivas han de determinarse con arreglo al RBEL, de Contratos de las Administraciones Públicas», después de afirmar la plena aplicación de la legislación contractual a los supuestos de concesiones administrativas de servicios públicos, establece que «en las concesiones demaniales debe admitirse la subsistencia de los preceptos del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986, con las especialidades que, en cuanto a garantías provisionales y definitivas se contienen en el artículos 87.3 y 90.1 del citado Reglamento».

Por su parte, el Tribunal Supremo nos enseña que «la concesión demanial supone una relación bilateral, que comporta para el concesionario unos determinados derechos administrativos que no pueden ser desconocidos por la libre decisión de la Administración concedente» (STS 6/5/1996 [RJ 1996, 4108]), añadiendo que «ofrece un mercado, aun cuando no exclusivo, talante contractual» (STS 29/4/1988).

4ª.- El artículo 89 de la LPAP contempla como realidades jurídicas distintas contrato y concesión, al regular la ocupación por terceros de espacios en los edificios administrativos del patrimonio del Estado la concesión demanial y un «contrato que permita la ocupación de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto Legislativo 2/2002, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas».

Con todo, la concesión demanial constituye un derecho real administrativo, susceptible de ser ejercitado erga omnes , toda vez que «participa de la naturaleza

jurídica de un derecho real administrativo de los particulares para el disfrute, uso y vindicación, exclusivo de un bien de dominio público» (STS 5 de diciembre de 1990), inscribible en el Registro de la Propiedad (artículos 31 , 44 , 60 y siguientes y 301 del Reglamento Hipotecario).

El artículo 93.2 de la LPAP dispone que «cualquiera que haya sido el procedimiento seguido para la adjudicación, una vez otorgada la concesión deberá procederse a su formalización en documento administrativo. Este documento será título suficiente para inscribir la concesión en el Registro de la Propiedad». La jurisprudencia ha venido declarando que el único título habilitante para determinada ocupación privativa del dominio público es la concesión, STS de 8 de abril de 2003; en el mismo sentido la de 6 de julio de 1981, y 12 de febrero de 1986, Ponente D. Julián García Estartús). El título (concesión) es aquí constitutivo.

En este sentido podemos concluir que la formalización de la concesión demanial es un requisito constitutivo para la perfección y existencia de la misma tanto si acudimos al art. 93.2 de la LPAP, que es básico, como a los arts. 27 y 156.1 del TRLCSP, Los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización y deberán formalizarse en documento administrativo. Como quiera que la concesión demanial objeto de este informe no ha sido formalizada en documento administrativo, no se ha perfeccionado, el contrato aún no existe.

Tercero.- Dado que la formalización de la concesión en documento administrativo no se ha producido y el Pleno del Ayuntamiento de XXXX en sesión de YYYY acordó no formalizar el contrato por incumplimiento de uno de los requisitos del contrato, en concreto pérdida del objeto.

Veamos si efectivamente en opinión del firmante de este informe, el objeto de la concesión demanial ha dejado de existir.

Podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el objeto de la concesión es uno de los elementos necesarios de su clausulado, y como tal ha sido recogido en el expediente de adjudicación *“el aprovechamiento privativo especial anormal de la superficie de terrenos comunales de propiedad municipal, mediante la modalidad de concesión demanial, para poder ejercer la concesión de explotación XXXX, otorgada por Resolución de XXXX de la Dirección General de Minas e Industrias de la Construcción, por YY años, prorrogada por Resolución de XXXX de la Dirección General de Energía y Minas perteneciente a la Consejería de Economía y Empleo de la Junta de Castilla y León, por otros YY años”*.

Un requisito indispensable, es que la legislación urbanística permita el uso extractivo en dicho suelo. En el expediente tramitado por el Ayuntamiento costa informe urbanístico emitido por el arquitecto D. XXXX sobre la compatibilidad del uso extractivo con el planeamiento municipal aplicable, sin embargo con fecha posterior al acuerdo de adjudicación el Ayuntamiento conoce Un Informe de la Sección de Urbanismo perteneciente al Servicio Territorial de Fomento de Zamora, de fecha XXXX, en el que se dice que tanto las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal con Ámbito Provincial de XXXX (vigentes en el momento actual para el término municipal de XXXX) como las nuevas Normas Urbanísticas de XXXX que están actualmente en proceso de aprobación, PROHIBEN los usos extractivos en dichos suelos, que además están integrados dentro de el LIC XXXX.

No deja de ser sorprendente que el informe en el que consta la incompatibilidad con el planeamiento emitido por el Servicio territorial de Fomento (XXX), sea de fecha significativamente anterior al acuerdo de adjudicación (YYY). Sin que hubiera debido llegarse al acuerdo de adjudicación.

La carencia del objeto es una de las causas de imposibilidad de ejecución de la concesión independientemente, que dicha imposibilidad pueda ser corregida. Circunstancia que es este momento no esta clara porque si bien al Ayuntamiento le corresponde la potestad de aprobar provisionalmente el planeamiento la aprobación definitiva corresponde a la administración autonómica (art.54 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León), por lo que no se residencia en el ayuntamiento la facultad exclusiva de modificar el objeto del contrato. Sin que la existencia de una concesión de explotación minera se erija como límite para la modificación del planeamiento, en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) Sentencia de 14 octubre 2010. RJ 2010\7260

SUELO Y ORDENACION URBANA-URBANISMO: Calificación de los terrenos: usos del suelo: no inclusión en suelo no urbanizable de especial protección de riberas y cauces de la posibilidad de aprovechamiento subterráneo de recursos mineros existentes: a pesar de contar el interesado con concesión minera de explotación de sepiolita: definitiva prohibición de usos que no se hallaba incluida en la aprobación inicial del plan: derivada de informe emitido por la Dirección de Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma: arbitrariedad inexistente: procedencia: respuesta razonable y razonada a las cuestiones formuladas en el proceso por las partes.

A mayor abundamiento, y al margen del mandato expresado, que excluye cualquier sospecha de actuación arbitraria, debemos insistir en que se está en presencia de una potestad típicamente discrecional, cual es la del planeamiento urbanístico, afirmándose por la Sala de instancia que la titularidad de los derechos mineros no se erige como límite para la modificación del planeamiento, así como que no puede hablarse de derechos mineros adquiridos que puedan impedir o dificultar la revisión o modificación del mismo planeamiento, ya que ello, en su caso, habría de tener el correspondiente tratamiento a través de los supuestos indemnizatorios o a través de los instrumentos de gestión que materialicen la equidistribución.

Partiendo de la doctrina jurisprudencial citada y,1º) La Sala declara que la Norma urbanística 9.4.4 , en los términos en lo que quedó redactada tras su aprobación definitiva, se ajusta al Ordenamiento jurídico, por cuanto, según expresa la sentencia, (a) la titularidad de los derechos mineros no se erige como límite para la modificación del planeamiento, (b) la legislación urbanística no obliga al planificador a pronunciarse de forma expresa sobre las zonas de uso extractivo ni a otorgar derechos de explotación, y (c), en fin, en síntesis, porque no puede hablarse de derechos mineros adquiridos que puedan impedir o dificultar la revisión o modificación del planeamiento.

Coincidimos en que la carencia sobrevenida del objeto hace que falte uno de los elementos fundamentales del contrato, es como prescribe el Código civil un Requisito Esencial Para La Validez De Los Contratos, No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:1.º Consentimiento de los contratantes.2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.3.º Causa de la obligación que se establezca.

El objeto no es imposible (Artículo 1272 C.civ) pero no existe en el momento de la adjudicación, por lo que el contrato carece de un requisito esencial.

En cuanto a la pretensión del adjudicatario de modificar el clausulado del contrato, sólo decir lo que taxativamente dice e art. 156.1 del TRLCSP,

En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.

Cuarto.- Finalmente y aunque ya se ha ido avanzando es fundamental para la conclusión a la que se ha de llegar, la inexistencia de contrato debido a que no se ha llegado a formalizar. Que pasa con el expediente de adjudicación, cuyo contrato, no ha de formalizarse por inexistencia sobrevenida del objeto, independientemente de a quien corresponda esa responsabilidad.

Respecto a los posibles efectos de la ausencia de formalización del contrato, no es causa de resolución debido a que la perfección del contrato se hace coincidir con la formalización. Ello incide directamente en el régimen jurídico de los efectos que haya de producir la ausencia de tal formalización, contemplados expresamente para tal supuesto de ausencia de Formalización en el artículo 156 del propio TRLCSP.

El apartado 4 del citado artículo 156 establece literalmente lo siguiente:

“... 4. 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.”

Es de la redacción del segundo párrafo de esta apartado 4 de donde surge el problema interpretativo que motiva la emisión del informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias de 31 de enero de 2013, pues en este párrafo sólo se contempla el supuesto de demora en la formalización del contrato por causas imputables a la Administración, pero nada se dice del supuesto de ausencia definitiva de formalización a ella imputable, y, por tanto, sobre los efectos que se puedan derivar de esta circunstancia se produce efectivamente una laguna normativa, y sobre los que esta Junta Consultiva se pronunciar en ese informe.

En el supuesto concreto que da lugar a la consulta, la Administración no puede formalizar un contrato ya adjudicado por insuficiencia de crédito sobrevenida con posterioridad a la adjudicación, en el momento de aprobarse la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2013. Estas circunstancias eliminan la posibilidad de considerar la posible nulidad del acto de adjudicación por ausencia de crédito (pues cuando éste se dictó contaba con la adecuada consignación presupuestaria), e igualmente excluyen la posibilidad de aplicar la figura de la renuncia a celebrar el contrato prevista en el artículo 155 del TRLCSP, pues esta posibilidad está limitada a supuestos en que aún no se haya adjudicado el contrato. Por otra parte, si recurrimos a la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debemos concluir que tampoco es viable dejar sin efecto la adjudicación del contrato. Descartadas las alternativas expuestas, y teniendo en cuenta que el apartado 5 del citado artículo 156 del TRLCSP preceptúa que “no podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización”, y que, por tanto, el procedimiento de contratación de que se trata nunca podrá llegar a culminarse, esta Junta Consultiva considera que los efectos que se han de derivar de la imposibilidad definitiva de que el contrato se formalice y se perfeccione han de ser determinados aplicando por analogía el mismo criterio que el artículo 155 del TRLCSP aplica para los supuestos

en que no se concluyen los procedimientos de contratación por causa imputable a la Administración, es decir compensar al interesado abonándole los gastos que su participación en el procedimiento le hubiese ocasionado, de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.

Supuesto concreto que puede considerarse que presenta identidad de circunstancias en cuanto que el objeto del contrato existía documentalmente en el momento de la adjudicación de la concesión por el Pleno. La resolución a dictar poniendo fin al procedimiento, y la determinación de los importes abonar como compensación, se regirán por las normas del procedimiento administrativo común.

Por todo ello, y en base a la exposición jurídica aquí enumerada, pueden formularse las siguientes

CONCLUSIONES

Primero.- No hay concesión (contrato) hasta que no haya formalización en documento administrativo y por ello no podemos hablar de causas de resolución del contrato, ni de extinción de la concesión.

El Ayuntamiento responsable de la no formalización de la concesión deberá compensar al interesado abonándole los gastos que su participación en el procedimiento le hubiese ocasionado, de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.

Segundo.- No pueden introducirse cláusulas adicionales por la prohibición expresa del art. 156.1 del TRLCSP, En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.

Tercero.- El objeto del contrato es un requisito de existencia del mismo. En este caso no depende solo del Ayuntamiento sino que es competente la administración autonómica competente para aprobación definitiva del planeamiento. Además no sólo la administración puede elaborar el planeamiento sino que podrá ser elaborado por los particulares, en este caso la empresa. Hasta la existencia de un planeamiento municipal compatible con el uso extractivo, el objeto de esta concesión no es posible.

Zamora a 02 de noviembre de 2016

EL SERVICIO DE ASISTENCIA A MUNICIPIOS

