

CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

4. EXTINCIÓN ANTICIPADA POR MUTUO ACUERDO DE UNA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

Eventual extinción anticipada por mutuo acuerdo de una concesión administrativa otorgada por la Autoridad Portuaria de Huelva con destino a la instalación y explotación de un Restaurante en la zona de servicio del Puerto. Edificio que, desde la adjudicación de la concesión, no cumple los requisitos exigidos para obtener licencia de apertura. Incumplimiento por parte del concesionario del pago del canon concesional. Posibilidad de suspender la vigencia de la concesión para restablecer el equilibrio financiero *.

ANTECEDENTES DE HECHO

De la documentación remitida por la Autoridad Portuaria de Huelva junto con la presente petición de informe, y, en especial, del acertado informe elaborado por su Secretaría General con la finalidad de facilitar a esta Abogacía del Estado un mejor conocimiento de todas las circunstancias del caso, se desprenden los siguientes hechos.

1. En el Plan Especial de Ordenación de la Zona de Servicio del Puerto de Huelva, se contemplaba la reconversión de la explanada de la zona central del Muelle de Levante en zona ajardinada y de esparcimiento, con el fin de conectar los Jardines del Puerto con la Ría del Odiel y favorecer con ello el contacto urbano entre el Puerto y la Ciudad a lo que ayudaría la construcción en dicho emplazamiento de un pequeño establecimiento de hostelería.

Realizado un estudio previo de viabilidad, se decidió la conveniencia de sustituir el establecimiento citado por un restaurante, más acorde con el futuro previsto para la zona. Con tal fin, con fecha 10 de febrero de 2000

* Dictamen elaborado por D. Iván Gayarre Conde, Abogado del Estado-Jefe en Huelva, en junio de 2006.

- 4 se contrató una asistencia técnica para la redacción de un proyecto de restaurante, cuyas obras, tras el correspondiente concurso, fueron adjudicadas con fecha 27 de junio de 2000.

Antes de la conclusión de las obras se estimó la oportunidad de adjudicar el concurso para la explotación del restaurante, por si el adjudicatario consideraba necesario efectuar algunas adecuaciones en el establecimiento antes de su definitiva conclusión, por lo que, en sesión de fecha 22 de septiembre de 2000, a propuesta de la Dirección, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, acordó aprobar el Pliego de Bases Técnicas y Cláusulas Administrativas del Concurso de concesión correspondiente.

La licitación del mencionado concurso fue publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de fecha 10 de octubre de 2000 y en los diarios «ABC», «Huelva Información» y «Odiel Información», presentándose una única oferta por parte de doña María [...], que, en ausencia de competidores y habiendo sido valorado positivamente, resultó adjudicataria del concurso por Acuerdo del Presidente de fecha 12 de diciembre de 2000.

Posteriormente, la adjudicataria comunicó a la Autoridad Portuaria la constitución de la sociedad «[...] S. C. A.», en la que participaba con un 25 por 100 de las acciones, solicitando se formalizase el otorgamiento de la concesión a favor de la citada mercantil, constituida ante el notario de Huelva don Francisco [...] el 15 de mayo de 2001 con el núm. 1.007 de su protocolo, en escritura pública en la que se determinan sus estatutos y poderes de representación, que recaen en don Manuel [...], gerente de un conocido restaurante en Huelva denominado con el mismo nombre que la sociedad en cuestión. En el mencionado escrito se manifiesta expresamente la disposición de la mercantil constituida a subrogarse en cuantos derechos y obligaciones se derivan de la adjudicación en cuestión.

2. Sometido el expediente de otorgamiento de la concesión al trámite de información pública («BOP» núm. ..., de ... de ... de 2001), sin que se recibieran alegaciones durante el período establecido y solicitado informe oficial al Excmo. Ayuntamiento de Huelva, que no evacuó opinión alguna al respecto, una vez superados los trámites de Informe Ambiental de las instalaciones, que merecieron consideración favorable por parte de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía con fecha 27 de septiembre de 2001, se somete a la valoración del Consejo de Administración el otorgamiento de la concesión administrativa, que efectivamente se produce en sesión de fecha 22 de noviembre de 2001, en las condiciones previamente aceptadas por la sociedad «[...] S. C. A.», recogidas en el Pliego de Condiciones redactado de acuerdo con el modelo aprobado por O. M. de 2 de agosto de 1995 del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, que establece, entre otras cuestiones, un plazo vigencia de la concesión de treinta años.

3. Con fecha 1 de febrero de 2002 se suscribe el Acta de Replanteo de la concesión, cumpliendo así con lo establecido en la cláusula 7.ª del Pliego regulador del título administrativo. 4

Posteriormente, con fecha 25 de febrero de 2002, don Manuel [...] presenta escrito ante la Autoridad Portuaria por el que pone de manifiesto distintas deficiencias de ejecución y acabado de las obras del restaurante, que detalla someramente para que se proceda a su subsanación.

Por otra parte, con fecha 7 de marzo de 2002, don Manuel [...] presenta nuevo escrito, esta vez para solicitar en nombre de «[...] S. C. A.» la anulación de las liquidaciones emitidas en concepto de cánones de la concesión adjudicada en noviembre de 2001, alegando la imposibilidad de explotar la concesión hasta no sean reparados los defectos apreciados en las obras del restaurante, a lo que añade la situación de denegación de los servicios de suministro de agua y electricidad por parte de las empresas suministradoras, así como de la licencia de apertura del restaurante, todo ello derivado, según don Manuel [...] manifiesta, de los defectos de construcción apreciados por los Organismos competentes.

Dichos extremos fueron apreciados por la Autoridad Portuaria, que con fecha 20 de marzo de 2002 pone en conocimiento de la concesionaria la decisión de reajustar la facturación emitida en nuevas liquidaciones que tengan en cuenta los hechos y circunstancias que habían sido puestos de manifiesto por la empresa interesada.

Por otro lado, con fecha 18 de noviembre de 2002, la Consejería de Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía por Acuerdo de la Delegación Provincial en Huelva de dicha Consejería, a la vista del acta 1484 levantada por la Inspección de Turismo con fecha 1 de noviembre de 2002, acordó incoar expediente sancionador a «[...] S. C. A.» al constatarse la efectiva actividad de restauración que se lleva a cabo en el edificio rotulado en el exterior como «Restaurante», sin que conste su inscripción registral ante el Órgano Turístico preceptivo.

Con fecha 25 de abril de 2003 vuelve a dirigirse escrito a la Autoridad Portuaria de parte de don Manuel [...], en el que reiteran la existencia de anomalías y deficiencias en el edificio en una detallada exposición de más de una treintena de situaciones pendientes de reparación, que, en su opinión es responsabilidad de la Autoridad Portuaria.

Así las cosas, la situación de incumplimiento de las obligaciones económicas contraídas por «[...] S. C. A.» en virtud del título administrativo otorgado siguen aumentando, hasta alcanzar en febrero de 2004 la cantidad de 73.563,21 euros, momento en el que se inician conversaciones para llegar a un acuerdo entre las partes para establecer un plan de pagos en el que se contemplara, además de un calendario para el compromiso de abono de las cantidades adeudadas, la disposición efectiva de la Autoridad Portuaria de realizar a sus expensas las reformas y obras necesarias para que el Restaurante pudiera contar con las correspondientes licencias de

- 4 apertura y funcionamiento, de acuerdo con las prescripciones realizadas por los Organismos competentes para la expedición de dichas licencias. Finalmente, dicho acuerdo no llegó a formalizarse entre las partes.

En relación con la tramitación de estas licencias, conviene mencionar que, con fecha 6 de abril de 2004, se tiene conocimiento del archivo, por caducidad del trámite, del expediente administrativo gestionado ante el Excmo. Ayuntamiento de Huelva para la obtención de la licencia municipal de apertura del restaurante, procediéndose por parte de la Autoridad Portuaria a la solicitud de reapertura del expediente, mediante escrito de fecha 19 de mayo de 2004, al que se adjuntaba diversa documentación tendente a justificar los extremos apreciados por la Concejalía de Medio Ambiente, en relación a los informes negativos del Servicio de Extinción de Incendios y del Departamento de Salud Ambiental.

Reabierto el expediente inicialmente archivado, con fecha 27 de septiembre de 2004, la Jefatura de Servicio de Medio Ambiente envía nuevo informe del Servicio de Extinción de Incendios en el que se recogen las anomalías que sería necesario subsanar, sin que se hiciera mención en dicho escrito a las apreciadas anteriormente en materia de Salud Ambiental.

4. Con fecha 7 de abril de 2004, la Presidencia acordó autorizar la constitución de una hipoteca a favor de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria sobre la concesión titularidad de «[...], S. C. A.» para garantizar el pago de la deuda contraída por la concesionaria, de forma que le permita aportar la suficiente garantía para la formalización de un aplazamiento y fraccionamiento del pago de la deuda, que alcanza los 101.082,18 euros, en los que se incluyen los cánones concesionales en vía de apremio. De dicho Acuerdo se dio cumplida cuenta al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria en sesión de fecha 30 de abril de 2004.

5. Con fecha 8 de marzo de 2006, se ha vuelto a remitir al Excmo. Ayuntamiento de Huelva nueva documentación en relación con la tramitación de la licencia de apertura del Restaurante, habiéndose puesto en conocimiento de la concesionaria tal actuación con fecha 9 de marzo de 2006, con la indicación de la procedencia de presentar por su parte nueva solicitud de apertura ante el Excmo. Ayuntamiento de Huelva, que, con fecha 28 de abril de 2006, comunica el Acuerdo de calificar favorablemente el Proyecto de Instalación del Restaurante, a la vez que requiere la sustanciación de algunas medidas correctoras en relación a las instalaciones. Dicho Acuerdo del Ayuntamiento, promovido por la actuación de la Autoridad Portuaria, implica la ejecución ciertos trabajos que serían acometidos por cuenta de la propia Autoridad Portuaria, y debidamente certificados ante el Ayuntamiento, aunque no en un plazo tan breve como el concedido a estos efectos (un mes), por lo que, con fecha 12 de junio de 2006, se ha puesto en conocimiento del Ayuntamiento de Huelva tal situación, solicitando queden en suspenso los plazos conferidos con este

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. La cuestión planteada en la petición de informe que ahora nos ocupa, relativa a la eventual extinción anticipada por mutuo acuerdo de la concesión administrativa otorgada por la Autoridad Portuaria de Huelva a «[...], S. C. A.», se encuentra muy relacionada con un reciente informe solicitado por la Autoridad portuaria de Huelva a esta Abogacía del Estado acerca de la legalidad de iniciar un procedimiento de extinción de mutuo acuerdo de la concesión administrativa otorgada a favor de la sociedad «Terminal Polivalente [...]». Aunque este último dictamen ha sido elevado a consulta de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, las consideraciones jurídicas de carácter general contenidas en el mismo se utilizarán en la elaboración del presente dictamen con la finalidad de mantener una deseable «unidad de doctrina» que permita garantizar la mayor seguridad jurídica posible en la solución de los conflictos jurídicos que afectan a la Autoridad Portuaria de Huelva.

Ya decíamos en aquel informe que en el ámbito del Derecho privado el Código Civil de 1889 no recogió el mutuo acuerdo de las partes como causa de extinción de las obligaciones en su artículo 1.156. Ocorre, no obstante, que desde la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1940 la jurisprudencia ha venido reconociendo la figura jurídica del *mutuus dissensus* o «contraria voluntad» como una forma de extinguir las obligaciones no contemplada en el Código civil de forma expresa, que presupone la existencia de un negocio jurídico vinculante para los disidentes de carácter sinalagmático que requiere para conseguir su ineficacia la suscripción de común acuerdo de un convenio solutorio y liberatorio del anterior, o la realización de un comportamiento de todos los interesados dirigido a conseguir su terminación o a impedir su normal desenvolvimiento (*re non secuta*). Así lo ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1965, que además ha señalado que no debe confundirse este *contrarius consensus* con la figura jurídica de la renuncia, regulada en la actualidad en el artículo 6.2.º del Código Civil, por implicar esta última una abdicación o dejación de un derecho peculiar y privativo del renunciante, esto es, una mera «omisión unilateral de voluntad» que no puede extenderse a las relaciones obligacionales emanadas de un contrato por impedirlo el principio *nemo dat quod non habet*.

En el ámbito del Derecho público y, en particular, en el ámbito de las Autoridades Portuarias, podría pensarse que la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil permitiría trasladar sin modulación alguna la doctrina sobre el mutuo acuerdo acabada de exponer, ya que su fundamento radica precisamente en el citado

4 principio, y las Normas de Contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias disponen que los contratos a que se refieren quedarán regidos por los pliegos de condiciones y las normas de derecho civil o mercantil que sean de aplicación. A mayor abundamiento, el juego de la autonomía de la voluntad hace factible la resolución contractual por mutuo acuerdo prevista de forma expresa para los contratos administrativos en el artículo 111 apartado *c*) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP), y en el Texto Refundido de las Normas de Contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias (que permite en su Regla 40.^a la extinción contractual conforme a las normas del derecho privado), recogiendo también el artículo 121 apartado *d*) de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios en los puertos de interés general, el «mutuo acuerdo entre la Autoridad Portuaria y el titular» como causa de extinción de las concesiones y autorizaciones administrativas.

Ocurre, no obstante, que siempre que nos movemos en el ámbito del Derecho público el contexto de nuestras decisiones se hace más variable, por cuanto el principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil debe cohonestarse con el sometimiento de la Administración Pública a la ley y al Derecho (art. 103 de la CE), la idea de orden público y por el principio de buena administración (art. 4 del TRLCAP). En efecto, los contratos a celebrar por las Administraciones Públicas se encuentran sometidos a exigencias más rigurosas que las que disciplinan las relaciones jurídicas *inter privados*.

Y estas exigencias que dimanen del carácter de Administración Pública resultan de aplicación a la Autoridad Portuaria de Huelva. En efecto, la naturaleza jurídica de las Autoridades Portuarias ya fue objeto de examen por esta Abogacía del Estado el 12 de marzo de 2003 en nuestro dictamen relativo a la posible aplicación de las previsiones contenidas en el Real Decreto 707/2002, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado.

Ya entonces afirmamos que la doctrina especializada (P. Acero Iglesias, «*Organización y Régimen Jurídico de los Puertos Estatales*», Thomson Aranzadi, año 2002, pp. 115) había dicho que precisamente la gestión del dominio público portuario constituía una de las materias en las que la aplicación del Derecho público en la actividad ordinaria de las Autoridades Portuarias operaba por mandato directo de la Ley de Puertos.

Esta conclusión se ve, además, claramente refrendada por los artículos 5 y 6 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Régimen Jurídico del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que establece un nuevo

régimen jurídico del dominio público aplicable con carácter supletorio respecto de la legislación especial portuaria (ex art. 5.4.º) 4

II. El Consejo de Estado se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre las especiales características que concurren en el *mutuo disenso* como causa de resolución del contrato en el ámbito de la contratación administrativa, afirmando en su Dictamen núm. 3985, de 6 de febrero de 1997, que:

«Según autorizada doctrina, es necesario distinguir en este marco tres figuras: el desistimiento unilateral por parte de la Administración, que tiene los mismos efectos que la suspensión definitiva de la ejecución del contrato; la resolución potestativa, que se produce cuando la legislación permite a la Administración, al contratista o a ambos indistintamente, instar la extinción del contrato; en fin, la resolución por mutuo acuerdo, que comporta la confluencia del consentimiento de ambas partes para dejar sin efecto el contrato vigente.»

Pues bien, el supremo órgano consultivo del Gobierno entiende que la resolución de los contratos por mutuo acuerdo tiene carácter excepcional, por cuanto presupone que el contratista no haya incurrido en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, y exige que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato (Dictámenes del Consejo de Estado núm. 404/1994, de 16 de mayo, núm. 55.008 de 14 de julio de 1990, y art. 112.4.º del TRLCAP). En este sentido el artículo 166 del hoy derogado Reglamento General de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 3419/1975, de 25 de noviembre, ya ponía de relieve el carácter excepcional de la resolución por mutuo acuerdo al señalar que:

«La Administración sólo deberá prestar su consentimiento a la resolución del contrato por mutuo acuerdo cuando, sin existir causa para la misma por culpa del contratista, razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.»

Por consiguiente, debemos insistir en el rigor con que ha de exigirse la concurrencia de los citados requisitos para que la Administración pueda emitir una declaración de voluntad que junto con la del contratista extinga el vínculo contractual; y ello en la medida que la práctica administrativa demuestra que el mutuo acuerdo es la causa de resolución de los contratos administrativos invocada con mayor frecuencia. A este respecto resultan ilustrativas las palabras contenidas en la Memoria del Consejo de Estado correspondientes al año 1986, a cuyo tenor:

«Es perfectamente comprensible que una ajustada valoración del interés público pueda respaldar, no sólo la conveniencia de resolver el contrato, sino también la de hacerlo por mutuo acuerdo, atribuyendo una mayor eficacia expeditiva a tal acuerdo y ponderando incluso, su

virtualidad preventiva de incidentes y controversias [...] no puede extrañar que en algunos expedientes se perciba que la propuesta resolutoria por mutuo acuerdo hace abstracción, de la eventual concurrencia de causa resolutoria imputable al contratista, bien porque se prescinda de verificar y calificar la situación para comprobar la existencia o no de tal causa, bien porque se arguya la fuerza del interés público invocado para propiciar la extinción del contrato en la forma más rápida y menos problemática.

Que la valoración del interés público y con tal alcance resulte comprensible y pueda no extrañar; en forma alguna legitima la tolerante admisión de una propuesta administrativa así formulada. Primero por los taxativos términos del artículo 166 del RGCE; segundo, por la propia lógica interna del precepto, plenamente coherente con lo que deben ser criterios rectores del actuar administrativo, habida cuenta de que las potestades discrecionales de la Administración en la valoración del interés público han de ser ejercidas para sus fines propios y sin desviación (desviación que podría consistir en la producción de efectos sanadores sobre el incumplimiento del contratista o en la liberación de las consecuencias onerosas que para el mismo pudieran seguirse de su incumplimiento); tercero, en fin, porque la Administración tiene medios suficientes, procediendo con diligencia extremada y dado el carácter ejecutivo de sus acuerdos al respecto [...], para armonizar lo que el interés público demandé respecto de la extinción del contrato y la estricta observancia del límite que para extinguirlo por mutuo acuerdo se halla establecido nominativamente.»

III. Expuesta la doctrina del Consejo de Estado sobre las especialidades de la aplicación del mutuo acuerdo en el ámbito de la contratación administrativa, con carácter previo al examen del borrador adjuntado al presente informe (relativo a las condiciones que, en su caso, deberían ser aceptadas por la concesionaria para poder iniciar el expediente de extinción por mutuo acuerdo de la concesión) deberemos analizar si, conforme a los antecedentes de hecho antes expuestos, el concesionario no ha incurrido en causa de caducidad derivada del incumplimiento de sus obligaciones concesionales. Y en caso afirmativo, si existen razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del concesión.

Este criterio, además, es el sostenido por la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado (Ref.: A. G. FOMENTO 6/04) en su dictamen emitido sobre la posible declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 20 de febrero de 2003 por el que se dispuso la extinción por mutuo acuerdo de la concesión administrativa otorgada a la sociedad «Consignataria Herrera y Cía., S. A.», por resolución de dicha entidad pública de 20 de febrero de 1998.

La concesión otorgada a la sociedad «[...]», S. C. A., en su aspecto de ocupación del dominio público portuario, constituye una concesión dema-

nial o de dominio público, al encajar plenamente en el concepto de la misma: título jurídico que habilita para el uso y aprovechamiento privativo, exclusivo y excluyente de un bien de igual carácter (en el caso, un bien de dominio público portuario), transfiriendo al concesionario no la titularidad de dicho dominio, sino el derecho (de carácter real y administrativo) al aprovechamiento, oponible *erga omnes*, incluso frente a la Administración concedente que sea titular del demanio. Siendo una concesión demanial sobre una pertenencia del dominio público portuario, debe precisarse todavía que, aun cuando se haya mantenido el carácter de la concesión demanial como un acto administrativo unilateral, ha de tenerse en cuenta que la doctrina mayoritaria y más autorizada se pronuncia, si no por la naturaleza netamente contractual, sí por su configuración como acto negocial de marcado carácter bilateral en el que la voluntad del concesionario resulta esencial para su existencia; tal es la caracterización mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 26 de mayo de 1923, 14 de marzo de 1936, 6 de abril de 1957, 23 de marzo de 1972 y 11 de febrero de 1980, entre otras) y por la doctrina del Consejo de Estado (dictámenes de 30 de noviembre de 1949 –recaído en el expediente núm. 5278– y 28 de febrero de 1973 –emitido en el expediente núm. 38223–).

El artículo 121, apartado *d*), de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios en los puertos de interés general, el «*mutuo acuerdo entre la Autoridad Portuaria y el titular*» como causa de extinción de las concesiones y autorizaciones administrativas.

Además, la caracterización de la concesión demanial como acto negocial de marcado carácter bilateral determina que sean las previsiones contenidas en el pliego concesional o pliego de bases la *lex contractus* a que deben sujetarse las partes, tanto el concesionario («[...] S. C. A.») como la Administración concedente (Autoridad Portuaria de Huelva). Partiendo de esta premisa, advertimos que aunque la cláusula 19 apartado *i*) del Pliego que rige la concesión administrativa otorgada a «[...] S. C. A.» prevé la extinción de la concesión por «*mutuo acuerdo entre la Autoridad Portuaria y el titular de la concesión*», la cláusula 24 apartado *a*) del mismo pliego establece que «*serán causa de caducidad de la concesión [...] El impago de los cánones durante un plazo superior a un año*».

El informe adjuntado a la presente petición de informe, elaborado por Secretaría General de la Autoridad Portuaria, afirma que actualmente existe una «*falta de pago de las tasas liquidadas por la Autoridad Portuaria, que a fecha 10 de abril de 2006 fueron certificadas con el siguiente resultado: total facturado desde diciembre de 2001 a junio de 2006: 378.957,09 euros (IVA incluido); total adeudado por «[...] S. C. A.»: 235.989,63 euros (IVA incluido), de los cuales 147.851,27 euros están reclamados en vía ejecutiva, con los cargos, intereses y costas que correspondan*».

4 Por consiguiente, podría concurrir en el presente caso una posible causa de caducidad que haría inviable el mutuo acuerdo objeto del presente informe.

IV. El elemento nuclear de la caducidad es el incumplimiento de las obligaciones esenciales del concesionario por causa imputable a éste y que impide la consecución del interés público inherente a toda concesión (a diferencia del «rescate», cuyo basamento es el interés o utilidad pública, y que incluso presupone el perfecto cumplimiento de sus obligaciones por parte del concesionario).

La jurisprudencia ha destacado como notas esenciales de la caducidad de las concesiones de dominio público el que se trata de una «acción obligada» cuando exista causa que la motive (STS –Sala 3.ª– de 7 de julio de 1994, RJ 1994/5779), e «imprescriptible», en la medida en que la pasividad de la Administración no convalida la situación irregular del concesionario, al no resultar aplicables los límites a la revisión de oficio que establece el artículo 106.2.º de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Para que pueda declararse la correspondiente causa de caducidad deben concurrir dos presupuestos: a) Uno de carácter objetivo: incumplimiento por parte del concesionario. b) Otro de carácter subjetivo: imputabilidad del incumplimiento al concesionario, estando obligada la Autoridad Portuaria de Huelva a declarar expresamente la culpa del mismo.

Analizaremos por separado la posible concurrencia de ambos requisitos en el presente caso.

1. Requisito objetivo: incumplimiento por parte del concesionario. Los datos aportados en los antecedentes de hecho de este informe podrían determinar la concurrencia de la causa de caducidad prevista en el apartado 24, apartado a), del pliego de la concesión, en el caso de que se acreditase que las cantidades adeudadas se corresponden con el impago de los cánones durante un plazo superior a un año.

2. Requisito subjetivo: imputabilidad del incumplimiento al concesionario. La no concurrencia de causas justificadas implica, *a contrario sensu*, la existencia de culpa en el concesionario, es decir, la acción u omisión voluntaria, pero realizada sin malicia, que impide el cumplimiento normal de una obligación. De este modo, la esencia de la culpa (que a su vez explica su ilicitud e imputabilidad al agente, a pesar de no mediar el comportamiento doloso) está en la falta de diligencia y de previsión que supone en el autor del acto. Y en este sentido define la culpa el artículo 1.104 del Código Civil como «*omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de la persona, del tiempo y del lugar*», afirmando la jurisprudencia desde antiguo que negligencia es la omisión del cuidado que se debe poner en los negocios,

de tal forma que para calificar como culposa una conducta no sólo ha de atenderse a la diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar, sino además al sector del tráfico o de la vida social en el que la conducta se proyecte, y determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia exigibles y con la reflexión necesarias para evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos (en este sentido se manifiestan, entre otras muchas, la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1983).

De los datos suministrados a esta Abogacía del Estado resulta que la anormal situación en que se encuentra la concesión objeto del presente informe no sólo deriva del impago de los cánones por parte de la sociedad concesionaria, sino también de su concurrencia con el siguiente hecho:

«La carencia de las instalaciones otorgadas en concesión de las condiciones necesarias que las hagan merecedoras de las necesarias licencias para su legal apertura y explotación, que se centran en el informe negativo del Servicio Municipal de Extinción de Incendios relativo a la resistencia al fuego de los pilares del edificio y en el de la Delegación Provincial de la Consejería Turismo sobre la falta de disposición de medios para la atención de minusválidos.»

De esta manera, existe un incumplimiento imputable a la Autoridad Portuaria de Huelva, pues como resulta del antecedente de hecho primero del presente dictamen, fue precisamente la Autoridad Portuaria la que con fecha 10 de febrero de 2000 contrató una asistencia técnica para la redacción de un proyecto de restaurante, cuyas obras, tras el correspondiente concurso, fueron adjudicadas con fecha 27 de junio de 2000. Siendo ello así, no pueden imputarse al concesionario los vicios existentes con anterioridad al otorgamiento de su concesión en el inmueble patrimonio de la Autoridad Portuaria de Huelva situado en la Zona Central del Muelle de Levante (denominada «Glorieta de las Canoas»).

Según reiterada jurisprudencia, para que una concesión administrativa pueda ser caducada deben concurrir las siguientes circunstancias:

- a) Que exista un incumplimiento de las obligaciones impuestas en el título concesional.
- b) Que dicho incumplimiento sea grave y esencial.
- c) Que no sea imputable a la Administración.

Este tercer y último requisito es el que no se da en el presente caso, pues como hemos visto existe un incumplimiento imputable a la Autoridad Portuaria (consistente en entregar como objeto de una concesión demanial un bien inmueble que no reúne las condiciones necesarias que le hagan merecedor de las necesarias licencias para su legal apertura y explotación) que percute directamente y de forma negativa en el cumplimiento de sus obligaciones por parte del concesionario (al establecer el pliego de condiciones generales que rige la concesión en sus cláusulas 3.ª y 4.ª que

- 4 corresponderá al concesionario obtener y mantener en vigor las licencias, permisos y autorizaciones que sean legalmente exigibles, y pagar los impuestos que le sean de aplicación), ya que la carencia de estas licencias, permisos y autorizaciones afecta a la buena marcha de su negocio (ej: impidiéndole obtener subvenciones al no contar su establecimiento con los permisos legales oportunos), de donde previsiblemente obtendrá los ingresos con los que poder pagar las cantidades correspondientes a los cánones concesionales y a los tributos.

Siendo ello así, y de acuerdo con la caracterización dogmática de la figura de la caducidad de la concesión demanial, creemos que aunque exista un incumplimiento de sus obligaciones por parte del concesionario, al no resultar exclusivamente imputable el mismo, existiendo, cuando menos, una concurrencia de culpas con la Autoridad Portuaria de Huelva, no procede declarar la caducidad de la concesión.

Como ha señalado la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado en su dictamen «A. G. Fomento 6/04», la obtención de la finalidad pública de la concesión está condicionada por la permanencia simultánea de tres factores: el objeto (bien sobre el que recae la concesión); el sujeto (concesionario) y el cumplimiento de las obligaciones esenciales que éste asume. En relación con este último factor, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1984 (art. 3432) ha declarado que *«el carácter excluyente y privilegiado que otorga la concesión a favor del concesionario está ligado a la efectiva prestación de la actividad»*. En el presente caso la instalación y explotación de un servicio público de Bar-Restaurante en el inmueble objeto de la concesión continúa ejercitándose por el concesionario, de modo que su único incumplimiento se limita al pago de los cánones.

Finalmente, cabe apuntar a los solos efectos dialécticos que en el supuesto hipotético de que hubiéramos afirmado que la concesión otorgada a «[...] S. C. A.» está incurrida en causa de caducidad (al entender que el incumplimiento de la Autoridad Portuaria no ha incidido de forma esencial en el cumplimiento de sus obligaciones por parte del concesionario), todavía debería analizarse si procede su rehabilitación antes de declarar su caducidad. En efecto, no podemos olvidar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1981 (RJ 1981/1452) y la doctrina del Consejo de Estado han entendido que la decisión de declarar en tal caso la caducidad de una concesión o de proceder a su rehabilitación es discrecional para la Administración, que deberá valorar en cada caso si conviene a los intereses públicos la subsistencia total o parcial de la misma. Por consiguiente, corresponderá a la Autoridad Portuaria de Huelva valorar si procede aplicar en el presente caso la «teoría de la rehabilitación». En este sentido, partiendo de la premisa de que la rehabilitación opera sobre concesiones administrativas incurridas en causa de caducidad y no sobre concesiones declaradas caducadas, a la vista de los

antecedentes remitidos por la Autoridad Portuaria consideramos que la **4**
Autoridad Portuaria de Huelva debería analizar:

a) La posibilidad de satisfacer todavía, pese al incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones, parte de la finalidad pública ínsita en la concesión administrativa. Creemos que este supuesto podría darse en el caso que nos ocupa si de alguna forma el concesionario acredita que puede pagar las deudas pendientes.

b) La existencia de una finalidad pública sobrevenida, posterior, y distinta a la que dio lugar al otorgamiento de la concesión y cuya consecución exija la continuación de la relación jurídica concesional. Con los antecedentes de los que disponemos, no se nos ocurre cuál puede ser esa nueva finalidad pública, a lo que debe añadirse que tanto el Consejo de Estado como la jurisprudencia han afirmado de forma reiterada que no procede la rehabilitación fundada únicamente en razones de oportunidad, ni tampoco cuando ello supone un privilegio para el concesionario.

V. Descartada la procedencia de una declaración de caducidad con base en los razonamientos jurídicos expuestos, quedaría abierta la posibilidad de acudir al mutuo acuerdo como causa de extinción de la concesión administrativa otorgada a «[...], S. C. A.».

En este orden de cosas, analizaremos a continuación el borrador de las condiciones que, en su caso, deberían ser aceptadas por la concesionaria para poder iniciar el expediente de extinción de mutuo acuerdo.

Conviene destacar con carácter preliminar que en las terminaciones por mutuo acuerdo la verdadera dificultad suele producirse cuando el pacto extintivo de la concesión no se limita exclusivamente a la propia terminación del vínculo concesional, sino que abarca otras cuestiones distintas. Ya hemos dicho antes que los acuerdos adoptados por las Administraciones Públicas en el ejercicio de su autonomía de la voluntad se encuentran sometidos a exigencias más rigurosas que las que disciplinan las relaciones jurídicas *inter privatos*. De esta forma, podría ocurrir que el mutuo acuerdo entre la sociedad concesionaria y la Autoridad Portuaria de Huelva incorporase un determinado contenido negocial integrado por obligaciones recíprocas de ambas partes, resultando entonces necesario examinar la conformidad a Derecho de ese contenido negocial de la extinción de la concesión por mutuo acuerdo.

En este sentido, procede a modo de ejemplo traer de nuevo a colación el dictamen la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado (ref: A. G. Fomento 6/04), en el que se declaró contrario a Derecho el acuerdo en virtud del cual la Autoridad Portuaria de Tenerife se comprometía a archivar los expedientes sancionadores pendientes que afectaban a la concesionaria. Así, el citado dictamen se nos explica que *«esta primera previsión del mutuo acuerdo extintivo de la concesión no es, aun admitiendo su carácter hipotético, admisible. La potestad sancionadora que a la Administración competente atribuyen los artículos 113 y*

4 *siguientes de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM) es, como toda potestad de la que se halla investida la Administración, irrenunciable e indisponible a la voluntad de la misma; es justamente el origen legal y no negocial de las potestades (y, entre ellas de la potestad sancionadora) en cuanto creación del Derecho objetivo (ordenamiento jurídico) supraordenado al titular de la potestad (Administración) que ha de actuar en todo caso con sujeción a aquél (cfr. art. 103.1 de la Constitución: «la Administración Pública... actúa... con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho») lo que tiene por obligada consecuencia que sea absolutamente indisponible para la Administración cualquier potestad de la que ésta esté legalmente investida, lo que obviamente debe predicarse, con más fuerza si cabe, de la potestad sancionadora».*

Trasladando estas consideraciones al contenido del borrador de condiciones adjuntado con la petición de informe ahora informada, creemos conveniente analizar la conformidad a Derecho de las siguientes condiciones contenidas en el mismo:

a) La condición cuarta, sobre «efectos y alcance de la extinción», al disponer que la extinción de la concesión supondrá igualmente la extinción automática de los derechos reales o personales que pudieran ostentar terceras personas sobre el dominio público concedido, así como sobre las obras e instalaciones que conformaron la concesión.

b) La condición quinta, que bajo la rúbrica «derecho preferente» dispone que finalizadas las obras que la Autoridad Portuaria de Huelva tiene previsto acometer en las instalaciones objeto de la actual concesión, «[...] S. C. A.» tendrá un derecho preferente sobre la instalación reformada para que pueda explotarla bajo la figura de «autorización administrativa» en las condiciones que en su momento se establezcan y que quedarán determinadas en el correspondiente pliego de condiciones que se redacte al efecto, que deberán ser aceptadas por el autorizado con anterioridad a su otorgamiento.

A continuación, analizaremos por separado si cada una de las condiciones citadas resultan o no ajustadas a derecho.

VI. La condición cuarta, sobre «efectos y alcance de la extinción», nos obliga a examinar en qué medida deben respetarse los derechos de terceros, pues en el presente caso además de la Autoridad Portuaria de Huelva y «[...] S. C. A.» está implicada la A. E. A. T., a cuyo favor no sólo se ha constituido una hipoteca sobre la concesión administrativa otorgada a la sociedad concesionaria, sino que también está actuando como agente recaudador de una buena parte de las deudas del concesionario.

El artículo 101.4.º de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Régimen Jurídico del Patrimonio de las Administraciones Públicas, establece que en caso de rescate de una concesión:

«Los acreedores hipotecarios serán notificados de la apertura de los expedientes que se sigan para extinguir la concesión por incumplimiento de sus cláusulas y condiciones conforme a lo previsto en el apartado f) del artículo anterior (relativo a la falta de pago del canon), para que puedan comparecer en defensa de sus derechos y, en su caso, propongan a un tercero que pueda sustituir al concesionario que viniere incumpliendo las cláusulas de la concesión.»

El reconocimiento legal de un derecho de intervención de los acreedores hipotecarios respecto de los procedimientos de extinción anticipada de concesiones por impago del canon, como aquí ocurre, creemos que puede extenderse por analogía a los casos de extinción por mutuo acuerdo, por cuanto en definitiva lo que se está haciendo es respetar el contenido del artículo 57.1.º de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico del las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que al tratar de la eficacia de los actos administrativos dispone que:

«Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.»

Este último inciso, al afirmar «*salvo que en ellos se disponga otra cosa*», permite supeditar la eficacia de un acto, por ejemplo, a su conocimiento por parte de un tercero al que pueda afectar el mismo.

Por tanto, para respetar los derechos de la A. E. A. T. como tercero, creemos que como mínimo debería ponerse en su conocimiento la existencia de un mutuo acuerdo a los efectos de que pudiera ser oída antes de que se extinguiera la concesión (como obligación principal) y la hipoteca constituida a su favor (como obligación accesoria).

VII. Por último, la condición quinta, bajo la rúbrica «derecho preferente», es la que mayores problemas plantea en cuanto a su conformidad a derecho, ya que supone:

- a) Cambiar sobre un mismo bien una concesión por una autorización.
- b) Otorgar un derecho preferente a una persona jurídica.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicio de los Puertos de Interés General, el artículo 63 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, establecía que:

«La ocupación de bienes de dominio público portuario con obras o instalaciones no desmontables o por plazo superior a tres años, estará sujeta a previa concesión otorgada por la Autoridad Portuaria, de acuerdo con los criterios técnicos que, con carácter general, determine Puertos del Estado.»

4 Por su parte, el artículo 57 del mismo cuerpo legal señalaba que «*Las actividades que se desarrollen en el espacio portuario que no requieran obras o instalaciones de ningún tipo y la ocupación del dominio público portuario con instalaciones desmontables o con bienes muebles, estarán sujetas a previa autorización de la Autoridad Portuaria.*».

Conforme a los preceptos que acaban de exponerse tanto la autorización como la concesión son títulos habilitantes para la ocupación por los particulares de una porción del dominio público, diferenciados por la intensidad de la ocupación del mismo, que es mayor en el caso de las concesiones. Así, en el sistema establecido por la Ley 27/1992 el régimen concesional se sujeta a un doble criterio:

a) De un lado, de carácter material, que atiende a la naturaleza de las instalaciones con las que se ocupa el dominio público y que tiene carácter objetivo.

b) De otro lado, de naturaleza temporal, que se basa en el período de tiempo a que se extiende la ocupación del mismo y sujeto a un amplio margen de discrecionalidad por parte de la Autoridad Portuaria, que tiene atribuida la gestión del dominio público portuario y, por consiguiente, el otorgamiento de las correspondientes autorizaciones y concesiones.

El mismo esquema se mantiene tras la entrada en vigor de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicio de los Puertos de Interés General, que ha derogado las normas anteriores, regulando ahora esta materia en su Título IV. A los efectos que ahora nos ocupan, interesa destacar que según su artículo 100.1.º (relativo al «ámbito de aplicación» de la autorización de ocupación del dominio público) la autorización demanial se otorgará para la ocupación del dominio público portuario «*con bienes muebles o instalaciones desmontables*», mientras que el artículo 106.1.º del mismo cuerpo legal (relativo al «ámbito de aplicación» de la concesión de ocupación del dominio público) dispone que la concesión demanial se otorgará para la ocupación del dominio público portuario «*con obras o instalaciones no desmontables*».

En suma, trasladando este criterio material de carácter objetivo al objeto de la concesión otorgada a «[...], S. C. A.» advertimos que lo que no resulta en ningún caso admisible en Derecho es que, tratándose del mismo bien inmueble el objeto de la concesión, se acuerde en un mutuo acuerdo de extinción que en adelante su ocupación se haga mediante a figura de la «autorización demanial», pues como hemos dicho el carácter de bien mueble o inmueble resulta de las definiciones contenidas al efecto en nuestro Código Civil, y no de la voluntad de la Autoridad Portuaria de Huelva. De ahí que la jurisprudencia afirme que «*los actos y contratos son lo que son, y no lo que las partes quieren que sean*».

Tampoco creemos que pueda objetarse a nuestra anterior conclusión el hecho de que la concesión tenga solamente por objeto «*la instalación y*

concesión de la explotación de un servicio público de Bar-Restaurante», y no el inmueble en el que va a desarrollarse dicha actividad. Según el artículo 97 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas:

«1. El titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión.

2. Este título otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en la presente sección de esta Ley, los derechos y obligaciones del propietario.»

El pliego de condiciones generales que rige la concesión otorgada a «[...], S. C. A.» permite al concesionario en su cláusula 12.^a realizar modificaciones o ampliaciones de las obras con la previa autorización de la Autoridad Portuaria. Esta previsión resulta completamente lógica, ya que, si según el artículo 97 de la Ley 33/2003 –antes transcrito– el concesionario tiene los mismos derechos y obligaciones que el propietario, entre los mismos se encontrará el denominado *ius aedificandi* (derecho a edificar y a urbanizar en las condiciones que señala la normativa urbanística aplicable).

Por lo tanto, y como conclusión en este punto, al no variar el objeto de la concesión ni la naturaleza del bien inmueble sobre el que recae, la Autoridad Portuaria no puede prescindir de un elemento configurado en la ley con carácter objetivo y reglado (no discrecional) para, mediante un mutuo acuerdo extinguir una concesión con la finalidad de otorgar una autorización. Si así se hiciese, se estaría actuando de forma arbitraria. Y no podemos desconocer que el artículo 9.3.º de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, garantiza entre otros principios la *«interdicción de la arbitrariedad»*, afirmando el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 20 de julio de 1981 que *«arbitrario equivale a no adecuado a la legalidad, y ello tanto si se trata de actividad reglada (infracción de la norma) como de actividad discrecional (desviación de poder)»*.

Aclarada la cuestión relativa al cambio de una concesión demanial por una autorización, todavía procede examinar si resulta conforme a Derecho el otorgar mediante un pacto de mutuo disenso a «[...], S. C. A.» un derecho preferente sobre la instalación reformada para que pueda explotarla bajo la figura de «autorización administrativa» en las condiciones que en su momento se establezcan y que quedarán determinadas en el correspondiente pliego de condiciones que se redacte al efecto, que deberán ser aceptadas por el autorizado con anterioridad a su otorgamiento.

Para el análisis de la presente cuestión tenemos que volver a traer a colación que la gestión del dominio público portuario constituye una de las materias en las que la aplicación del Derecho público en la actividad

4 ordinaria de las Autoridades Portuarias operaba por mandato directo de la Ley de Puertos.

En este sentido, el artículo 92.1.º de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, bajo la rúbrica «*modelo de gestión*» establece que:

«La gestión del dominio público portuario estatal estará orientada, garantizando el interés general, a promover e incrementar la participación de la iniciativa privada en la financiación, construcción y explotación de las instalaciones portuarias y en la prestación de servicios, a través del otorgamiento de las correspondientes autorizaciones y concesiones, tanto demaniales como de obra pública, de acuerdo con lo previsto por la presente ley.»

Se trata, en definitiva, de crear marcos jurídicos y económicos que refuercen la introducción y el desarrollo de la libre competencia como medio para lograr una mayor competitividad y eficiencia económica, lo que en última instancia también repercute positivamente en el interés general que subyace en toda concesión demanial.

De ahí que tanto la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (arts. 92.1.º y 93.1.º) como la Ley 48/2003, de 26 de noviembre (arts. 104, 110 y 111) prevean que, como regla general, el otorgamiento de las autorizaciones y concesiones demaniales se efectuará en régimen de concurrencia, contemplándose excepcionalmente y por causas justificadas su otorgamiento directo.

Planteada así la cuestión, no parece muy conforme a Derecho el reconocimiento mediante un pacto de mutuo disenso a «[...] S. C. A.» de un derecho preferente sobre la instalación reformada para que pueda explotarla bajo la figura de «autorización administrativa», pues como ya mencionamos más arriba al tratar de la rehabilitación de las concesiones incursas en causas de caducidad, debería acreditarse la existencia de una finalidad pública sobrevenida, posterior y distinta a la que dio lugar al otorgamiento de la concesión, cuya consecución fundamentase el otorgamiento de ese derecho preferente sobre la instalación reformada. Y a la vista de los antecedentes del presente caso, esta Abogacía del Estado no adivina cuál puede ser esa finalidad pública, afirmando tanto el Consejo de Estado como la jurisprudencia de forma reiterada que no procede la concesión de derechos preferentes fundada únicamente en razones de oportunidad, ni tampoco cuando ello suponga un privilegio para el concesionario.

VIII. Recapitulando lo expuesto sobre el borrador de las condiciones que, en su caso, deberían ser aceptadas por la concesionaria para poder iniciar el expediente de extinción de mutuo acuerdo, podemos afirmar que para que el mismo resultase ajustado a Derecho debería:

a) Indicar que, con carácter previo a la extinción, se pondría en conocimiento de la A. E. A. T. el acuerdo alcanzado con la finalidad de respetar sus derechos como tercero.

b) Eliminar el contenido de la condición quinta, procediéndose al otorgamiento de una nueva concesión sobre el mismo inmueble una vez reformado conforme a las normas contenidas en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre.

IX. Llegados a este punto, resta por examinar una posibilidad no apuntada en la petición de informe ahora informada, y que a la vista de las particulares circunstancias concurrentes en el presente caso podría ofrecer una solución fundada en Derecho a ambas partes (Autoridad portuaria de Huelva y «[...], S.C.A.») respetando asimismo los derechos de la A. E. A. T. en cuanto tercero.

Se trataría, en definitiva, de no extinguir por mutuo acuerdo la concesión, sino de suspenderla con la finalidad de poder restablecer el equilibrio patrimonial entre las partes.

La concesión administrativa está dominada por el criterio fundamental de su continuidad, que exige el mantenimiento del «equilibrio financiero», esto es, del equilibrio patrimonial entre las prestaciones de la Administración y del concesionario.

La doctrina francesa del «equilibrio financiero» o ecuación financiera propugnadora de una «equivalencia honesta» y el «mantenimiento equitativo de una cierta equivalencia entre las cargas y las ventajas del concesionario» resulta admisible cuando su aplicación no se dirige a favorecer al concesionario, sino a preservar la continuidad del servicio y su buen funcionamiento (STS Sala 4.^a, de 13 de marzo de 1981, RJ 1981/1271) por circunstancias sobrevenidas y con exigencia de motivación.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido en muy diversos pronunciamientos que han de tenerse en cuenta consideraciones económicas recurriendo incluso a la cláusula *rebus sic stantibus* y a la prohibición del enriquecimiento sin causa para obtener la más fiel interpretación del contrato. De este modo, en la Sentencia de 11 de junio de 1986 (RJ 1986/6768) nuestro intérprete supremo de la legalidad ordinaria declara que «*El mantenimiento del equilibrio económico financiero de las concesiones administrativas puede basarse en las correspondientes cláusulas del pliego de condiciones que constituyen entonces la ley del contrato y son de aplicación preferente pues si esta cláusulas no son contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público, su fuerza vinculante para las partes es incuestionable en virtud de la libertad contractual y de la eficacia obligatoria de lo pactado, que consagran los artículos 1.257 y 1.258 del CC que establecen el principio pacta sunt servand de plena aplicación también a los contratos administrativos*».

En aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta, analizaremos si en el presente caso han existido circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que han determinado, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión por circunstancias independientes a la buena gestión de la

4 misma (en este sentido puede consultarse la así STS de 17 de julio de 1991, RJ 1991/6171).

De los antecedentes de hecho resulta la buena fe de la Autoridad Portuaria de Huelva, pues con fecha 10 de febrero de 2000 contrató una asistencia técnica para la redacción de un proyecto de las obras del edificio en el que posteriormente se instalaría y explotaría el correspondiente restaurante. De este modo, correspondía al contratista adjudicatario el haber realizado una obra que respetando su *lex artis* se ajustasen a las disposiciones legales vigentes con la finalidad de poder obtener las correspondientes licencias para su apertura y explotación.

En cuanto al concesionario, tampoco podemos hablar de mala fe, por cuanto en el momento de adjudicarse la concesión recibió un edificio propiedad de la Autoridad Portuaria de Huelva, en cuya construcción no había intervenido, desconociendo por completo que presentaba deficiencias de tal entidad que le iban a impedir obtener las citadas licencias, causándole así los correspondientes daños y perjuicios.

En este orden de cosas, resulta claro en el presente caso han existido circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que han determinado, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión por circunstancias independientes a la buena gestión de la misma.

En el ámbito del Derecho privado, la teoría general del derecho de obligaciones ha señalado en relación con la necesidad de cumplimiento simultáneo de las prestaciones de las partes en las obligaciones recíprocas, que caben dos opciones:

a) La *exceptio non adimpleti contractus*. Ninguna de las partes podrá exigir a la otra el cumplimiento de su prestación si previamente no ha cumplido, u ofrecido cumplir la que le corresponde. Ahora bien, el artículo 1124 del Código Civil autoriza a quien ha cumplido una obligación a exigir a la parte contraria obligada recíprocamente, no sólo el cumplimiento, sino el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados; resarcimiento que en modo alguno tiene carácter sancionador en el sentido de norma punitiva (bien penal o administrativa), sino de restablecimiento del equilibrio patrimonial alterado por quien no cumplió lo asumido.

b) La *exceptio non rite adimpleti contractus*, que puede oponerse al demandante que cumplió parcial o defectuosamente su prestación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del acreedor.

Por lo tanto, en el Derecho privado puro la aparición de una circunstancia obstativa en el desenvolvimiento de la relación jurídica determinaría sin más su extinción, autorizándose a la parte cumplidora a resolver el contrato por incumplimiento (art. 1124 del Código Civil).

Por el contrario, en el ámbito del Derecho público existe una mayor complejidad en los intereses que subyacen detrás las relaciones jurídicas de las partes. En efecto, el interés general o público del artículo 103 de la

Constitución predispone a las normas del Derecho público a superar la óptica contractual y materialista característica del Derecho privado puro mediante el mecanismo de la «suspensión», consistente en la cesación temporal de las prestaciones básicas de ambas partes de la relación jurídica (a diferencia de la extinción, que es definitiva). El mecanismo de la suspensión, como el de la novación y el de la subrogación, obedece al deseo de reforzar la estabilidad de los negocios jurídicos. Al resultar temporalmente imposible la prestación de una parte, el Derecho libera a la otra, también temporalmente, de su contraprestación, cerrándose de este modo el paso a la extinción del contrato y asegurándose la vida del mismo en aras a la defensa de intereses superiores (así sucede, por ejemplo, con la suspensión del contrato de trabajo, prevista en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores con la finalidad de reforzar la estabilidad en el empleo del trabajador y cumplir así lo ordenado por el artículo 40 de la Constitución).

La doctrina expuesta es perfectamente aplicable al caso de que se trata en el presente informe, ya que existen incumplimientos imputables a ambas partes (Autoridad Portuaria de Huelva y «[...] S. C. A.»). Precisamente la solución que ahora proponemos obedece a la finalidad de proteger la causa de la concesión demanial (consecución de una finalidad pública) frente a aquellas situaciones de hecho que imposibilitan o frustran su obtención.

La suspensión de la concesión implicará una modificación de la misma que, a tenor de lo establecido en el artículo 113 de la Ley 48/2003, de 36 de noviembre, no podrá calificarse como «sustancial», pues según el citado precepto solamente ostentarán tal carácter las siguientes modificaciones:

- «a) Modificación del objeto de la concesión.
- b) Ampliación de la superficie de la concesión en más de un 10 por 100 de la fijada en el acta de reconocimiento. A estos efectos, únicamente será admisible la ampliación de la superficie con bienes de dominio público colindantes a los concedidos.
- c) Ampliación del volumen o superficie construida e inicialmente autorizada en más de un 10 por 100.
- d) Ampliación del plazo de la concesión, en los supuestos establecidos en los apartados 2.b) y 2.c) del artículo 107.»

Precisamente acudiendo a la analogía (prevista en el art. 4 del Código Civil) en la interpretación del artículo 113.2.º, apartado d), podemos afirmar la viabilidad de una suspensión de la vigencia del plazo de la concesión, con la finalidad de que la Autoridad Portuaria de Huelva pueda realizar las obras necesarias para que el inmueble objeto de la concesión reúna las características exigidas por la normativa vigente para la obtención de las licencias de apertura y explotación, permitiendo así al concesionario instalar y explotar

4 en el mismo el servicio público de Bar-Restaurante conforme a las disposiciones legales vigentes.

Partiendo de esta planteamiento, existen argumentos suficientes, en opinión de esta Abogacía del Estado, para entender que quizá la solución que más convenga al interés público que subyace en toda concesión no consista en extinguir la misma para volver a otorgarla, sino, atendiendo a los incumplimientos imputables a la Autoridad Portuaria de Huelva, acordar la suspensión de su vigencia para:

a) Realizar las obras necesarias para que el inmueble objeto de la concesión reúna las características exigidas por la normativa vigente para la obtención de las licencias de apertura y explotación.

b) Restaurar el equilibrio patrimonial de esa relación jurídica previa, negociando con el concesionario la indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan podido seguir como consecuencia de las irregularidades que afectaban al edificio originario. La compensación de estos daños y perjuicios podría hacerse de diversas formas, como por ejemplo suspendiendo el devengo de las tasas por ocupación del dominio público durante un determinado período de tiempo (coincidiendo las cantidades dejadas de ingresar con los daños y perjuicios acreditados por el concesionario), al estar prevista esta posibilidad en el artículo 19.7.º de la Ley 48/2003, o aplicando por analogía las bonificaciones previstas en el artículo 19.9.º, apartado a), del mismo cuerpo legal (previstas para las obras de relleno, consolidación o mejora del terreno).

De este modo se garantizaría la consecución de la finalidad pública de la concesión, reanudándose la actividad de la concesionaria una vez finalizadas las obras en el inmueble, y respetándose los pactos alcanzados para restablecer los posibles daños y perjuicios que hubiera sufrido durante todo el tiempo transcurrido desde el año 2001 (otorgamiento de la concesión) hasta la reparación de los defectos del inmueble.

Como precisión adicional, queremos destacar que aunque en la redacción del presente dictamen hemos hablado de responsabilidad de la Autoridad Portuaria de Huelva en lo relativo a los defectos de las obras, en un sentido técnico y estricto ya hemos aclarado antes que la responsabilidad de tales defectos corresponderá al contratista que ejecutó las mismas, al haber incumplido su *lex artis*, por lo que la Autoridad Portuaria podrá repetir los gastos que originen las citadas obras de reparación a aquel contratista conforme a las normas que rigieron el concurso en que fueron adjudicadas con fecha 27 de junio de 2000 y, en su caso, las normas de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

X. Finalmente, tanto en el caso de que la Autoridad Portuaria de Huelva opte por intentar llegar a un acuerdo de extinción con el concesionario antes de realizar las obras de reforma (lo que solamente resultará ajustado a Derecho si se respetan las observaciones contenidas en la consideración jurídica VII del presente informe) como si, tal y como propone-

mos, se prefiere suspender la vigencia de la concesión en los términos antes apuntados para restablecer el equilibrio patrimonial de las partes, creemos que debería solicitarse de la Dependencia de Recaudación de la A. E. A. T. en Huelva la suspensión de la recaudación ejecutiva de las deudas de la entidad concesionaria.

Esta posibilidad está prevista en el Reglamento general de Recaudación, y cobraría un especial significado en el presente caso al estar basadas las dos soluciones antes apuntadas en un acuerdo de las partes alcanzado con base en el principio de la buena fe, de tal forma que, al suspenderse –que no extinguirse– la recaudación de las deudas en vía de apremio, se garantizaría la libre voluntad de ambas partes, sin presiones provenientes de terceros. En efecto, creemos que no tiene mucho sentido el que durante un breve lapso temporal destinado a negociar, la A. E. A. T. siga recaudando los recargos de apremio, los intereses de demora, y demás conceptos anudados a la vía ejecutiva cuando precisamente las negociaciones entre la Autoridad Portuaria de Huelva y la sociedad concesionaria están destinadas a solventar esas deudas y permitir la viabilidad futura de la concesión sin que ninguna de las partes resulte perjudicada.

A partir de lo expuesto en las consideraciones jurídicas precedentes, esta Abogacía del Estado formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. Según reiterada jurisprudencia dado el carácter excepcional del mutuo acuerdo como causa de extinción en el ámbito de las Administraciones Públicas, solamente podrá acudir al mismo cuando el concesionario no haya incurrido en incumplimiento de sus obligaciones concesionales y razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

Segunda. De los antecedentes de hechos consignados resulta que en el presente caso ha existido un incumplimiento imputable a la Autoridad Portuaria de Huelva (en rigor, al contratista que resultó adjudicatario del concurso para la construcción de las mismas), al no reunir el inmueble objeto de la concesión desde el inicio de la misma las características exigidas por la normativa vigente para la obtención de las licencias de apertura y explotación.

Siendo ello así, no procede declarar la caducidad de la concesión aun cuando actualmente existe una falta de pago por parte de la sociedad concesionaria de las tasas liquidadas por la Autoridad Portuaria.

Tercera. Podría intentarse un mutuo acuerdo entre la Autoridad Portuaria de Huelva y la sociedad concesionaria tomando como base el

4 borrador adjuntado a la presente petición de informe, siempre y cuando:

a) Se indicase que, con carácter previo a la extinción, se pondría en conocimiento de la A. E. A. T. el acuerdo alcanzado con la finalidad de respetar sus derechos como tercero.

b) Se eliminase el contenido de la condición quinta, procediéndose al otorgamiento de una nueva concesión sobre el mismo inmueble una vez reformado conforme a las normas contenidas en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, es decir, sin acudir a la fórmula de la autorización demanial y sin reconocer derecho preferente alguno a favor del antiguo concesionario.

Cuarta. Esta Abogacía del Estado también considera que además del mutuo acuerdo, la Autoridad Portuaria de Huelva podría acordar la suspensión de la vigencia de la concesión (con base en una aplicación análoga del artículo 113.2.º, apartado *d*), de la Ley 48/2003 para:

a) Realizar las obras necesarias para que el inmueble objeto de la concesión reúna las características exigidas por la normativa vigente para la obtención de las licencias de apertura y explotación.

b) Restaurar el equilibrio patrimonial de esa relación jurídica previa, negociando con el concesionario la indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan podido seguir como consecuencia de las irregularidades que afectaban al edificio originario.

La compensación de estos daños y perjuicios podría hacerse de diversas formas, como por ejemplo suspendiendo el devengo de las tasas por ocupación del dominio público durante un determinado período de tiempo (coincidiendo las cantidades dejadas de ingresar con los daños y perjuicios acreditados por el concesionario), al estar prevista esta posibilidad en el artículo 19.7.º de la Ley 48/2003, o aplicando por analogía las bonificaciones previstas en el artículo 19.9.º, apartado *a*), del mismo cuerpo legal (previstas para las obras de relleno, consolidación o mejora del terreno).

De este modo se garantizaría la consecución de la finalidad pública de la concesión, reanudándose la actividad de la concesionaria una vez finalizadas las obras en el inmueble, y respetándose los pactos alcanzados para restablecer los posibles daños y perjuicios que hubiera sufrido durante todo el tiempo transcurrido desde el año 2001 (otorgamiento de la concesión) hasta la reparación de los defectos del inmueble.

Quinta. Tanto si se llega al mutuo acuerdo a que se refiere la conclusión tercera como si se acuerda suspender la concesión en los términos de la conclusión cuarta, creemos que la Autoridad Portuaria de Huelva debería solicitar de la Dependencia de Recaudación de la A. E. A. T. en Huelva la suspensión de la recaudación ejecutiva de las deudas de la entidad concesionaria en tanto se alcance una solución por cualquiera de estas dos vías.