



Ayuntamiento de Málaga
Asesoría Jurídica

EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA
ASESORÍA JURÍDICA
12 ABR. 2012
SALIDA
Nº Orden 876
Nº Doc. 209671/12



56

El Sr. Delegado de Ordenación del Territorio y Vivienda ha solicitado de esta Asesoría Jurídica que emita informe relativo al otorgamiento de concesión administrativa de dominio público a favor de la entidad: "Fundación de los Comunes" sobre un inmueble de titularidad municipal, de forma directa y gratuita, para destinarlo a "Casa Invisible, Centro Social de Gestión Ciudadana", en el que se desarrollen actividades de índole cultural.

A tal efecto emitimos este informe, considerando como fundamentos legales de la concesión demanial los artículos 91 a 104 (especialmente los artículos 93 y 94) y 135 a 141 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, 28 a 33 de la Ley de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía y 54 a 75 de su Reglamento de desarrollo, conforme a todo lo cual se elabora el Pliego de Condiciones que se inserta en el expediente, debiendo tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

Primera.- Sobre la reconocida excepcionalidad de la concesión directa a la mencionada asociación se pronuncia el informe del Servicio de Patrimonio de la Gerencia Municipal de Urbanismo, justificándola en el art. 137.4, apartado "c" de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que establece tal posibilidad al contemplar dos hipótesis distintas: que el inmueble resulte necesario para cumplir "una función de servicio público" o para realizar "un fin de interés general".

Sin embargo, en dicho informe parece que se hace alusión al aspecto subjetivo del beneficiario de la concesión al considerar la "consolidación de la experiencia singular que supone la casa invisible, así como su ubicación y arraigo en el inmueble cuya concesión se plantea".

Es decir, parece que se justifica más la excepcionalidad del otorgamiento directo en el aspecto subjetivo del beneficiario de la concesión que en el destino o finalidad del inmueble dominio público municipal.

Ante un supuesto parecido de concesión demanial directa, prescindiendo de la licitación pública, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 5ª, S 14-7-2010:

CUARTO.- La letra c) del artículo 134.4 de la Ley 33/2003 EDL 2003/108869 contempla dos hipótesis distintas, por más que la



Administración los haya dado un tratamiento unitario: que el inmueble resulte necesario para cumplir “una función de servicio público” o para realizar “un fin de interés general”.

Pese a que la Administración y la codemandada entienden que la concurrencia en el presente caso de las excepciones de la letra c) del artículo 134.4 de la Ley 33/2003 EDL 2003/108869 , se ha determinado mediante el ejercicio de la llamada “discrecionalidad técnica”, la Sala no alberga ninguna duda de que se está ante conceptos jurídicos indeterminados, que sólo permiten una unidad de solución justa.

La legitimidad de la “discrecionalidad técnica” ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en Sentencias 353/1993, de 29 de noviembre, 34/1995, de 6 de febrero, 73/1998, de 31 de marzo, o 40/1999, de 22 de marzo, en tanto en cuanto los órganos de la Administración promueven y aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados, requeridos por la naturaleza de la actividad desplegada por el órgano administrativo, pero esto no es lo que aquí ocurre, ya que se trata de admitir o de rechazar que, en el concreto caso que se examina, concorra la excepción que habilita para la adjudicación directa, y, más en concreto, si la cantera o, si se quiere, la explotación de los recursos mineros de la misma, es necesaria para dar cumplimiento a una función de servicio público o a la realización de un fin de interés general, lo que se enmarca en una labor jurídica propia de la función de control jurisdiccional de la actuación administrativa a la que se refiere el apartado 1 del artículo 106 de la Constitución EDL 1978/3879 .

QUINTO.- Analizadas las razones expresadas por la Administración para aplicar la adjudicación directa de la explotación de la cantera, en lugar de la regla general de un régimen de concurrencia, la Sección estima que las mismas no son subsumibles en ninguna de las excepciones de la letra c) del artículo 137.4 de la Ley 33/2003 EDL 2003/108869 .

La excepción, que, según se ha anunciado, en cuanto tal ha de ser objeto de una interpretación rigurosa, se refiere a inmuebles, es decir, a que el inmueble, en el concepto que de estos bienes ofrece el artículo 334 del Código Civil EDL 1889/1 -cuyo número 8º se refiere, precisamente, a las “canteras”-, sirva para cumplir la función de servicio público o para alcanzar un fin de interés general. Pues bien, en el informe del Comandante General de Ceuta, antes transcrito, no se detecta ningún motivo que permita fundadamente inferir que el aprovechamiento de los recursos de la cantera ubicada en terrenos de titularidad pública sea necesario para cumplir aquella función o para conseguir un fin del tipo reseñado.

Así es, ni la experiencia o la correcta actuación de la codemandada ni los hipotéticos efectos de la adjudicación a otra entidad, sea la recurrente, sea otra empresa de la Península, pueden encuadrarse en los motivos de excepción reseñados, sino que, en su caso, tendrían cabida en los pliegos de cláusulas y en los criterios que han de regir un otorgamiento inspirado en los principios de publicidad y de concurrencia igualitaria, cualquiera que sea el concepto de “servicio público” y de “interés general” que se adopte. En otras palabras, el



sacrificio de la libre concurrencia no puede ser a costa de la alegación de que se causarían unas disfunciones que perfectamente cabe corregir, evitar y, en el peor de los casos, minorar, en el propio procedimiento competitivo.

Además, ha de hacerse notar que sería la cantera propiamente dicha -o, incluso, su explotación- (plano objetivo), la que debe cumplir la función de servicio público o realizar el fin de interés general, no su aprovechamiento por un sujeto determinado (plano subjetivo), que es, en definitiva, lo que está sosteniendo la Administración

Por consiguiente, no concurre ninguna las excepciones contempladas en la letra c) del artículo 134.4 de la Ley 33/2003 EDL 2003/108869 , siendo la adjudicación directa contraria a Derecho y, en consecuencia, nula la Resolución de 11 de diciembre de 2006, sin que este pronunciamiento estimatorio pueda extenderse a las otras pretensiones de la demandante -al margen, por lo expuesto en el primer fundamento de derecho, de la relativa a la incorporación de documentos obrantes en otro proceso-, pues, por un lado, resulta totalmente innecesario -la Resolución de 3 de octubre de 2007 aprecia "la existencia de un interés legítimo de HOARCE en el expediente de adjudicación de la concesión de la cantera" (punto III) y en el proceso no se ha discutido la legitimación de la demandante- y, por otro lado, esta Jurisdicción no ha de realizar pronunciamientos de futuro.¹

En definitiva, la excepcionalidad a la libre concurrencia debe justificarse en que el inmueble en la calle Nosquera, dominio público municipal, debe cumplir un fin de servicio público o de interés general, y no en las circunstancias particulares de su aprovechamiento por la Fundación Los Comunes.

Además, no existe, en los antecedentes obrantes en el expediente, proyecto concreto u actividad de servicio público o de interés público que justifique el fin del inmueble, sino declaraciones genéricas y ambiguas sobre el uso al que va a ser destinado.

Por todo ello, la Junta de Gobierno Local, antes del otorgamiento de la concesión debe ponderar la posibilidad de que exista un pronunciamiento contrario por los Tribunales de Justicia, en caso de ser impugnado el acuerdo.

Segunda. – La duración de la concesión se fija en cinco años prorrogables de forma expresa por sucesivos períodos de igual duración, hasta un máximo de treinta años.

¹ El subrayado es nuestro.



Tercera.- La concesión se otorga a título gratuito, es decir, no queda sujeta ni a canon, ni a tasa por la utilización privativa del dominio público, a tenor del art. 93. 4 de la Ley 33/03.

La justificación se realiza en el informe técnico antes aludido en “la finalidad no lucrativa de la concesionaria” y en el “beneficio para la dimensión cultural de la ciudad de Málaga”.

Cuarta.- Con este informe se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 115 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en relación con la Disposición Adicional 2ª 8 del mismo texto legal y la Disposición Adicional 8ª adicionada a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local por la Ley 57/2003, de Modernización del Gobierno Local.

Tal es mi informe, que con devolución de antecedentes emito en Málaga, a doce de abril de dos mil doce.

El Letrado, Titular de la Asesoría Jurídica.

Fdo: Juan Jesús Suardiaz Pedrosa.

SR. DELEGADO DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y VIVIENDA.