



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 174/2010

(Sección 2ª)

La Laguna, a 24 de marzo de 2010.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda el rescate de la concesión administrativa de la explotación comercial del Kiosco-Bar L.P., sito en la Alameda del Duque de Santa Elena, cuya titularidad la ostenta la entidad mercantil M.S., S.L. y que fue suspendida por Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife de fecha 17 de abril de 2006, acortándose el plazo de vigencia de la misma en un total de nueve meses y once días (EXP. 603/2009 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, es la Propuesta de la Resolución del contrato de concesión del quiosco-bar L.P., sito en la Alameda del Duque de Santa Elena; resolución contractual a la que se ha opuesto la empresa titular de concesión.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Alcalde para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.c) y 12.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 195.3.a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), el cual es de aplicación en virtud de los arts. 2.1 y 3.1.a) de la misma y por la remisión a dicha Ley de los arts. 78 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBL) (aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio) y 86.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).

* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

3. En la tramitación del procedimiento se ha dado audiencia al contratista y se han subsanado las irregularidades formales que habrían impedido un Dictamen sobre el fondo.

II

1. El treinta de diciembre de 1996 el Ayuntamiento celebró con una sociedad mercantil un contrato para la remodelación, mejora, ejecución y concesión de la explotación de un kiosco-bar ubicado en terreno de uso público en la Alameda del Duque de Santa Elena (Cláusula primera del contrato y del Pliego de Condiciones, PC). Se trataba de un contrato administrativo por el que se otorgaba la concesión para el uso privativo de un bien de dominio público, consistente en un vial público, una Alameda, ocupada por el quiosco a remodelar y explotar.

2. El plazo de la concesión se fijó en diez años, contados a partir de la firma del acta de comprobación del replanteo de las obras de remodelación, las cuales se habían de ejecutar en un plazo de tres meses. El acta de comprobación del replanteo se levantó y firmó el 28 de enero de 1997, por lo que la fecha de finalización de la concesión se situó en el día 28 de enero de 2007.

3. Como consecuencia de las obras de remodelación de la Plaza de España y de la Alameda, el Ayuntamiento suspendió el 17 de abril de 2006 la concesión, para cuya finalización faltaban nueve meses y once días.

4. La Junta de Gobierno Local ratificó el 28 de abril de 2008 un anterior Acuerdo del Consejo Rector de la Gerencia Municipal de Urbanismo de 28 de marzo por el que se acordaba el rescate de la concesión.

5. La disposición transitoria primera LCSP establece que los contratos administrativos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor se regirán por la normativa anterior.

La cláusula IV del Pliego de Condiciones establece que en todo caso el órgano de contratación será el Pleno del Ayuntamiento. En representación de éste el Alcalde celebró en su día el contrato, cuya primera estipulación establece el carácter contractual del Pliego de acuerdo con lo dispuesto por el art. 50.5 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas LCAP, aplicable en virtud de la fecha de celebración del contrato y de la disposición transitoria primera LCSP. Este pliego es la Ley del contrato que las partes no pueden desconocer.

Por consiguiente, el acuerdo de iniciar el procedimiento de rescate de la concesión debe ser ratificado por el Pleno.

Por la misma razón, debe ser corregido el fundamento tercero de la Propuesta de Resolución que otorga a un Concejal la competencia para dictar la resolución final. No se puede fundamentar la competencia de ese Concejal en un acuerdo del Consejo Rector de la Gerencia de Urbanismo porque, según el art. 4.c.4 de los Estatutos de ese Organismo Autónomo éste sólo tiene facultades de propuesta al Ayuntamiento sobre la utilización privativa de bienes demaniales. No tiene potestad para otorgar concesiones de uso privativo de dichos bienes ni por ende potestad para resolverlas.

II

1. El objeto del contrato es la concesión del uso privativo de un bien de dominio público, la superficie de un vial ocupada por un quiosco bar, y, al mismo tiempo, el arrendamiento de un bien patrimonial, el quiosco bar, objeto de remodelación y posterior explotación.

No se trata por tanto de un contrato de concesión de un servicio porque la legislación no contempla como servicio público la explotación mercantil de un establecimiento de hostelería.

Sin embargo, el contrato establece que su objeto principal es la concesión de uso privativo de la superficie del vial ocupado por el quiosco.

La legislación dispone que la concesión del uso privativo de bienes públicos locales se rige en primer lugar por las normas del contrato administrativo de servicios públicos y, en segundo lugar, por la legislación de bienes públicos y patrimoniales de las entidades locales (art. 84.3 LPAP, arts. 74.2 y 78 RBL). En coherencia con esta regulación, la Cláusula 2 del Pliego se remite al RSCL, RBL, y a la LCAP y su Reglamento de desarrollo (aprobado por el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo).

2. La cláusula XXVIª del Pliego se remite al art. 168 LCAP para la extinción de la concesión.

El art. 168.b) LCAP contempla como causa de resolución el rescate del servicio. Si se tratara de un servicio público, este rescate deberá fundamentarse en razones de interés público y con el objetivo de que el servicio sea gestionado directamente por la Administración. Pero si se trata del rescate de la concesión de un uso privativo de un bien de dominio público, el interés público se haya ya presente en la decisión

de rescatarlo, porque la regla general es que los bienes de dominio público sean de uso general o estén afectados a un servicio público [art. 6.c) LPAP, art. 2.2 RBL]. Siendo una Alameda o avenida un bien de uso público (art. 344 del Código Civil, art. 3.1 RBL) el interés público está constituido por su aplicación efectiva al uso general.

El uso privativo de un bien público sólo se puede justificar en razones de interés público [art. 6.c) LPAP, arts. 82 y 83 RBL]. No hay interés público en mantener ocupada la vía pública por un bar explotado por una entidad mercantil privada en concurrencia con otros particulares.

Por consiguiente, conforme a la Cláusula XXVI del Pliego y al art. 168.b) LCAP el Ayuntamiento puede decidir el rescate de la concesión de uso privativo de la superficie de un vial sin más condicionamiento que la obligación de indemnizar al concesionario.

3. Para la determinación de la indemnización hay que atenerse a los criterios fijados por el art. 170.4 LCAP. El contratista, en trámite de audiencia, no ha aportado datos sobre los resultados de la explotación en el último quinquenio que permitan determinar el lucro cesante ni el daño emergente.

Por ello, es adecuado que la propuesta de resolución fije la cuantía de la indemnización atendiendo al estudio del equilibrio de gastos, ingresos y beneficios que tiempo atrás presentó la primera adjudicataria del contrato en su oferta económica.

La valoración de la indemnización realizada por la Administración con base en esos datos contempla la inversión inicial, la amortización, la inversión neta y el lucro cesante, por lo que no es objetable.

La pretensión del contratista de que se le abonen una serie de gastos corrientes que ha realizado en la explotación de su empresa no es acogible, porque la regla general en materia de contratación administrativa es que el contrato es a riesgo y ventura del contratista.

Por lo demás, las inversiones realizadas en bienes muebles no son indemnizables, que siguen en propiedad y en poder del contratista, sino sólo las obras de mejora del quiosco las cuales se incluyen, con base en los datos de la oferta económica del contratista, en la propuesta de resolución.

La reducción del importe de la indemnización en la cuantía resultante de la suma del canon y de las tasas de recogida de basura adeudadas por el contratista también procede en Derecho.

CONCLUSIONES

1. La competencia para acordar la resolución del contrato corresponde al Pleno del Ayuntamiento.
2. La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.