



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 7 0 7 / 2 0 1 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 7 de octubre de 2010.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Antigua en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución de la concesión de la realización de la actividad de mercadillo de venta ambulante, adjudicado a M.C., S.L. (EXP. 656/2010 CA)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Alcaldesa del Ayuntamiento de Antigua, es la Propuesta de Acuerdo plenario por la que se resuelve la concesión, otorgada el 28 de mayo de 1996, a M.C., S.L. para la instalación en viales públicos de un mercadillo de venta ambulante, resolución a la cual se ha opuesto la concesionaria.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación de la Alcaldesa para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.d) y 12.3 de su Ley reguladora Ley 5/2002, de 3 de junio, en relación el primer precepto con el art. 60.3, a) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas [LCAP, actualmente, art. 195.3.a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, LCSP].

3. La aplicación de la legislación de contratación pública procede en virtud de la remisión a ella que operan los arts. 78 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, RBL (aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio) y 2.1 y 3.1.a) LCSP. La aplicación de la LCAP y de su normativa complementaria viene determinada, atendiendo a la fecha de otorgamiento de la concesión, por la disposición transitoria primera.2 LCSP y la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de

---

\* **PONENTE:** Sr. Suay Rincón.

Contratos de las Administraciones Públicas, TRLCAP (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio).

4. En el procedimiento de resolución de la concesión se ha dado audiencia a la concesionaria y no se ha incurrido en irregularidades formales que obsten a un Dictamen de fondo.

## II

1. A solicitud de la sociedad mercantil la Comisión Municipal de Gobierno, sin instruir el procedimiento para la concesión del uso privativo del demanio municipal, regulado en los arts. 81 a 91 RBL, acordó el 28 de mayo de 1996 autorizar a la solicitante la instalación, por un máximo de dos días a la semana, de un mercadillo de venta ambulante en la Urbanización de E.C., en La Caleta de Fuste con la obligación de abonar una tasa trimestral de 150.000 pesetas, cantidad que sería revisada al término del primer trimestre.

2. El Alcalde dictó con posterioridad un acto, notificado a la sociedad mercantil el 23 de febrero de 1997, invitándola a cesar en la actividad autorizada por el Acuerdo de 28 de mayo de 1996.

3. Contra el acto de 23 de febrero de 1997 la interesada interpuso recurso contencioso-administrativo que fue resuelto por la Sentencia 284/2002, de 8 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Las Palmas, Sección Iª, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

4. Esta sentencia calificó al Acuerdo de 28 de mayo de 1996 como una concesión administrativa de uso privativo de bienes de dominio público, y declaró nulo el acto del Alcalde de 23 de febrero de 1997.

5. En ejecución de Sentencia, el Alcalde dictó el Decreto nº 848 de 7 de julio de 2008 por el que reponía a la sociedad mercantil en el desarrollo de la actividad de instalación de un mercadillo de venta ambulante en el vial denominado de Ajicán en la urbanización de E.C., en Caleta de Fuste, entre las nueve y catorce horas de los sábados; y ordenaba a la Policía Local para que adoptara las medidas necesarias para que el vial quedara a plena disposición de la sociedad mercantil, procediendo, entre otras, al corte del tráfico por el vial y a la prohibición de aparcar en él.

6. En cumplimiento del Decreto la Policía Local, desde el 9 de julio de 2008 anunció con antelación mediante carteles y paneles informativos el cierre de la calle de Ajicán al tráfico y la prohibición de aparcar en ella, desde la víspera del sábado la

cerraba al tráfico y procedía a la retirada de los vehículos que infringían la prohibición de aparcar.

7. La sociedad mercantil, sin embargo, no instaló el mercado de venta ambulante.

8. La sociedad mercantil alegó ante la Sala sentenciadora la ejecución irregular de la mencionada Sentencia.

9. Por Auto de 13 de noviembre de 2009 declaró ejecutada en sus propios términos la Sentencia 248/2002, de 8 de marzo, mediante el Decreto del Alcalde de 7 de julio de 2008.

10. Por Acuerdo, de 17 de noviembre de 2008, el Pleno del Ayuntamiento decidió incoar el expediente para la extinción del contrato de concesión de la actividad de mercadillo de venta ambulante a la sociedad mercantil.

11. La interesada interpuso un recurso de reposición contra dicho Acuerdo plenario alegando, entre otros motivos, su ilegalidad por carencia de motivación.

12. El Pleno estimó parcialmente, mediante Acuerdo de 27 de mayo de 2009, el recurso de reposición y convalidó el Acuerdo de incoación del procedimiento de resolución mediante el expediente de subsanar esa carencia de motivación.

13. Este Acuerdo, debidamente motivado, fue notificado a la concesionaria que se opuso, mediante escrito presentado el 10 de julio de 2009, a la extinción de la concesión alegando lo siguiente:

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias está conociendo en el procedimiento de ejecución de su Sentencia 248/2002, de 8 de marzo, de los hechos en que pretende fundarse la extinción de la concesión, por lo que la iniciación del procedimiento dirigido a esta finalidad es una interferencia en la potestad jurisdiccional de ejecutar lo juzgado.

El Acuerdo, de 27 de mayo de 2009, de incoación del procedimiento de resolución contractual es nulo de pleno Derecho porque adolece del vicio contemplado en el art. 62.1.b) LPAC, ya que la competencia para incoar y decidir ese procedimiento corresponde no al Pleno sino al órgano de contratación, la Comisión Municipal de Gobierno, que fue la que otorgó la concesión.

### III

1. El Auto de 13 de noviembre de 2009 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Canarias declaró ejecutada en sus propios términos la Sentencia 248/2002, de 8 de marzo, mediante el Decreto del Alcalde, de 7 de julio de 2008, que repuso a la interesada en la actividad poniendo a su disposición el vial para la instalación del mercadillo de venta ambulante.

El Acuerdo plenario de 27 de mayo de 2009 tiene por objeto la incoación de un procedimiento de resolución contractual por falta de ejercicio de la actividad para la cual se otorgó la concesión. Esta es una cuestión nueva, posterior a la ejecución de la Sentencia y que no es objeto de ésta.

Como la Sentencia está ejecutada y el Acuerdo plenario tiene un objeto distinto y posterior de las cuestiones resueltas por la Sentencia, carece de fundamento la alegación de que dicho Acuerdo interfiere en la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado.

2. La concesión fue otorgada por la Comisión Municipal de Gobierno el 28 de mayo de 1996. Según la redacción a dicha fecha del art. 23.2.b) LRBRL, las competencias de este órgano sólo eran las que le delegara el Pleno o el Alcalde. No consta que en dicha fecha ninguno de éstos dos órganos hubieran delegado competencias en materia de contratación y concesiones administrativas a dicho órgano. El Acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno adolece por tanto de un vicio de incompetencia.

Esta incompetencia no es manifiesta ni territorial ni material por corresponder su ejercicio a otra Administración. Es una incompetencia jerárquica que puede ser convalidada por el órgano de jerarquía inmediata superior. No es pues un vicio de incompetencia determinante de nulidad sino de anulabilidad [arts. 62.1.b); 63.1 y 67.3 LPAC].

El hecho de que un órgano haya ejercido de hecho una competencia que corresponde a otro órgano no puede impedir que éste ejercite posteriormente dicha competencia conforme a la legalidad, puesto que la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo cuando se haya delegado expresamente observando los requisitos legales (art. 12.3 LPAC).

Al otorgarse la concesión sin observar los arts. 115 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales RSCL (aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955) y 80

RBL no se puede discernir si su concesión correspondía al Alcalde conforme al art. 47.2.j) LRBRL. Por consiguiente, se ha de estar a la regla general que atribuye la competencia al Pleno para las concesiones de bienes (art. 124 RSCL, actualmente disposición adicional segunda.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, LCSP).

En definitiva, carece en cualquier caso de fundamento la alegación de que el acuerdo de incoación del presente procedimiento adolece del vicio de nulidad de pleno Derecho tipificado en el art. 62.1.b) LPAC.

## IV

Está constatado plenamente el hecho de que la sociedad mercantil, desde que el Ayuntamiento ejecutó la Sentencia poniendo a su disposición el vial y reponiéndola en la actividad, no ha desarrollado ésta; y que tampoco ha ingresado el canon correspondiente.

Las obligaciones de la contratista en virtud del Acuerdo que le otorgó la concesión a solicitud suya eran únicamente esas dos que revisten el carácter de esenciales porque sin ellas carece de causa la concesión. La falta de desarrollo de la actividad representa un incumplimiento de la obligación esencial que le impone el art. 162.a) LCAP y por ello es subsumible en la causa de resolución contemplada en el art. 112.g) LCAP. Por esta razón procede la resolución contractual.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.