



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 3 7 7 / 2 0 1 1

(Sección 2ª)

La Laguna, a 16 de junio de 2011.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo por el que se formalizó la adjudicación de la concesión administrativa del uso privativo de un espacio de dominio público, situado en la cubierta del aparcamiento de La Luz para la instalación de un quiosco como bar-cafetería (EXP. 302/2011 CA)\**.

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

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, es la propuesta del acto decisorio del procedimiento iniciado para la resolución del contrato de concesión administrativa del uso privativo de un espacio de dominio público, situado en la cubierta del aparcamiento de La Luz para la instalación de un quiosco destinado a la actividad de bar-cafetería, procedimiento en el cual el contratista se ha opuesto a la resolución contractual.

2. El procedimiento de contratación se inició el 18 de julio de 2007, el contrato se adjudicó el 17 de abril de 2008 y se formalizó el 18 de junio siguiente.

Según la Disposición Final XII de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, LCSP, publicada en el BOE de 31 de octubre, esta Ley entró en vigor el 30 de abril de 2008, después de la adjudicación del contrato. Esta circunstancia determina, conforme a la Disposición Transitoria I.2 LCSP, que los efectos, cumplimiento y extinción del contrato se rijan por el Texto Refundido de la

---

\* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

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

3. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Sr. Alcalde para solicitarlo resultan de los artículos 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto mencionado con el artículo 59.3.a), de carácter básico, TRLCAP.

Al respecto hay que precisar que este último precepto exige el Dictamen previo en el caso de que el contratista se oponga a la resolución contractual. Si se allana a la voluntad resolutoria de la Administración, entonces no será preceptivo. En el presente procedimiento la contratista en sus alegaciones en trámite de audiencia no se ha opuesto a la resolución del contrato, sino a que ésta se considere causada por incumplimiento culpable suyo en vez de por el de la Administración y, por ende, se opone a la incautación de la garantía definitiva.

El artículo 59.3.a) TRLCAP no distingue entre si la oposición del contratista a la resolución es total o parcial. Basta que se oponga a la causa invocada por la Administración o a alguno de los efectos de la resolución contractual para que se considere que se ha opuesto a ésta en los términos en que la Administración pretende acordarla y que, en consecuencia, el Dictamen sea preceptivo.

4. En el procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que obstan a la emisión de un Dictamen de fondo.

## II

1. El contrato, que se formalizó el 18 de junio de 2008, tenía como objeto la concesión del uso privativo de un espacio sito en dominio público a fin de que, en el plazo de sesenta días contados desde la notificación de la adjudicación, la cual se practicó el cinco de mayo de 2008, la contratista instalara un quiosco y lo destinara a bar-cafetería en cuya explotación permanecería durante diez años al término de los cuales se extinguiría la concesión y revertiría al Ayuntamiento el quiosco.

Por consiguiente, el quiosco tenía que estar instalado el 6 de julio de 2008.

2. Según la Estipulación Quinta del contrato, el contratista se obligaba a satisfacer un canon de 4.700 euros anuales.

Este canon se actualizaría a partir del segundo año de vigencia del contrato de acuerdo con la modificación que experimentara el Índice Nacional de Precios al Consumo en el año inmediatamente anterior y de forma automática.

El pago se verificaría por trimestres anticipados dentro de los cinco primeros días del mes que correspondiera.

Por consiguiente, el importe del recibo correspondiente a cada trimestre ascendería a 1.175 euros en los dos primeros años de vida del contrato.

3. El nueve de octubre de 2008 la contratista interpuso un recurso de reposición contra las liquidaciones practicadas en concepto de canon por Resolución, de 28 de julio de 2008, del Concejal de Hacienda correspondientes a tres recibos.

En su recurso de reposición la contratista no expresa la cuantía de esas liquidaciones, pero atendiendo al importe de cada recibo trimestral, debió ascender a 3.525 euros.

El recurso se fundamenta en lo siguiente:

Según el artículo 20.1.A y 3.m) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, TRLHL (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo) y concordante artículo 80.7ª del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBCL) el canon por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local tiene el carácter de tasa.

Según el artículo 26.1 TRLHL esa tasa se devenga cuando se inicie el uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público.

Como no se ha iniciado la ocupación o uso privativo del dominio público no se ha producido el devengo y por ende no procede su exacción. La contratista no expresa cuáles han sido las causas por las que no ha ocupado el espacio ni, por ende, explica por qué no son imputables a ella.

Este recurso fue desestimado por Resolución de 20 de octubre de 2008.

4. El 30 de diciembre de 2009, la contratista interpuso otro recurso de reposición contra las liquidaciones correspondientes a cuatro recibos por un importe conjunto de 4.700 euros y en concepto de canon por concesión administrativa del uso privativo del espacio de la plaza pública para la instalación de un quiosco como bar-cafetería. Con la misma fundamentación jurídica del anterior recurso de reposición la contratista sostiene que no procede la exacción de la tasa porque por causa no imputable al concesionario no se ha ocupado el espacio físico demanial.

En su recurso la contratista no expresa cuáles han sido las causas que han impedido la instalación del quiosco y por qué esas causas no son imputables a ella.

5. Este recurso fue desestimado por Resolución, de 15 de enero de 2010.

6. El 28 de enero de 2010 la contratista presenta un escrito en relación con su recurso de reposición de 23 de diciembre de 2009 en el que manifiesta que: *“ Con posterioridad a dicha fecha (la de 23 de diciembre de 2009) ha tenido conocimiento de un hecho que ha de tener influencia en la resolución del recurso y que avala nuestra pretensión anulatoria. En efecto, en el espacio demanial en el que se otorgó la concesión la propia Administración ha contratado con un tercero la ejecución de una obra; así que, por causa no imputable a esta representación es la propia conducta de la Administración la que hace inviable la ocupación del espacio físico demanial y por lo que no procede el devengo de la tasa”*.

Repárese en que la contratista en su recurso de reposición de 23 de diciembre de 2009 expresa que no ha ocupado el espacio público por causa no imputable a ella, pero sin explicar qué causa lo ha impedido.

Luego, en este escrito de 28 de enero de 2010, reconoce que con posterioridad al 23 de diciembre de 2009 ha tenido conocimiento de la ejecución de obras que impiden la ocupación de la zona del espacio público destinado a la instalación del quiosco.

Es claro, por tanto, que la causa impeditiva que alega y no explica ni concreta en su recurso de 23 de diciembre de 2009 no es la de la iniciación de las obras porque de éstas, como ella misma confiesa, tuvo conocimiento con posterioridad a dicha fecha.

7. A raíz de este escrito, el Servicio municipal de Proyectos y Obras, a instancias del Servicio de Patrimonio, informó de que las obras que se estaban ejecutando en la cubierta del aparcamiento se iniciaron el 6 de julio de 2009 y que en dicha fecha no estaba instalado ningún quiosco en dicho espacio público.

8. A la vista de ese informe el Ayuntamiento inició el procedimiento de resolución contractual.

9. En ese procedimiento la contratista ha alegado:

a) Que no se le ha entregado el espacio para la instalación del quiosco porque estaba ocupado por una obra promovida por la propia Administración que impedía la ocupación física del mismo.

b) Que la Sentencia 21/2010, de 29 de enero de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria anuló la liquidación de la tasa correspondiente al año 2008 porque no se había ocupado el espacio público.

c) Que se trata de una concesión que se documenta mediante un contrato - artículo 90 RBCL-, por lo que es de aplicación la norma patrimonial que no contempla incautación de garantía; que la aplicación de la normativa patrimonial impide acudir al procedimiento de resolución del contrato porque se ha de iniciar previamente un procedimiento de rescate de la concesión o de caducidad de la misma.

Con base en esas alegaciones no se opone a la resolución del contrato, sino solicita que le sea devuelta la garantía definitiva.

### III

1. Del tenor de la Sentencia mencionada y de la cual la contratista aporta copia al expediente resulta que el acto que se recurre es una resolución de 4 de mayo de 2009 dictada por el Tribunal Económico Administrativo de Las Palmas de Gran Canaria por la que se desestimaban las alegaciones de la contratista contra liquidaciones en cuantía de 2.519,78 euros y en concepto de canon por ocupación de vía pública.

La ratio *decidendi* de esa Sentencia se expresa en los dos últimos párrafos de su Fundamento de Derecho Segundo y que son de este tenor:

*“Y es que si partimos del hecho de que tal tasa tendrían la naturaleza de una indemnización por el daño que la concesión de un uso privativo de un bien público, conlleva para los usos generales a que el servicio estuviera destinado, tal y como dispone el art. 80 de RBCL, entiendo que solo cuando la ocupación tiene lugar física y materialmente surge el daño o afección, y solo en este momento debe indemnizarse mediante la tasa aquel.*

*Por ello, procede la estimación del recurso y la confirmación del acto recurrido, ya que, dicha ocupación no ha tenido lugar, hecho expuesto por la demandante y no negado por el Ayuntamiento”.*

La Sentencia ni en sus antecedentes de hecho ni en sus fundamentos de Derecho se pronuncia sobre el hecho de si la no ocupación del espacio público se debía a culpa de la Administración o de la concesionaria. Se limita a constatar que no se había producido y que, en consecuencia, no procedía el abono de la tasa.

Repárese en que la resolución que anula la Sentencia es de fecha de 4 de mayo de 2009, que la contratista expresa en su escrito de oposición que correspondía la liquidación de la tasa correspondiente al año 2008 y que en su recurso en vía administrativa contra esa liquidación de 2008 (Véase el apartado 3 del Fundamento III de este Dictamen) su único motivo de oposición es que no procede la liquidación de la tasa porque no ha ocupado el espacio público, pero no alega que esa no ocupación se haya debido a causas no imputables a ella o a actuaciones de la Administración.

2. En cuanto a la alegación de que no había ocupado el espacio para la instalación del quiosco por impedirlo la realización de obras por parte de la Administración, está acreditado en el expediente que las obras se iniciaron el 6 de julio de 2009 y que en esas fechas no estaba instalado ningún quiosco en la plaza.

Como se expuso en el Fundamento III.1 de este Dictamen el quiosco lo debió haber instalado la contratista en el plazo que venció un año antes, el 6 de julio de 2008. Por consiguiente, esas obras iniciadas un año más tarde no fueron la causa impositiva de la instalación del quiosco.

3. Respecto a que la legislación patrimonial impide seguir el procedimiento de resolución contractual y que el procedimiento que se ha de seguir es el de rescate o de declaración de la caducidad de la concesión, sin que, en virtud de la aplicación de esa legislación, quepa la incautación de la garantía definitiva, ha de estarse al artículo 91.4, de carácter básico, de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, LPAP, que es de aplicación a las entidades locales en virtud de su artículo 2.2 en relación con su Disposición Final II.5.

Este precepto dispone:

*“Las autorizaciones y concesiones que habiliten para una ocupación de bienes de dominio público que sea necesaria para la ejecución de un contrato administrativo deberán ser otorgadas por la Administración que sea su titular, y se considerarán accesorias de aquél.*

*Estas autorizaciones y concesiones estarán vinculadas a dicho contrato a efectos de otorgamiento, duración y vigencia y transmisibilidad, sin perjuicio de la aprobación e informes a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.*

*No será necesario obtener estas autorizaciones o concesiones cuando el contrato administrativo habilite para la ocupación de los bienes de dominio público”.*

La concesión del uso privativo de determinada zona de un espacio público para la instalación de un quiosco está vinculada al contrato que la otorga en cuanto a su duración y vigencia.

Si se resuelve aquél, la concesión caduca sin necesidad de seguir un procedimiento para declarar su caducidad o acordar su rescate. El silencio de la legislación patrimonial sobre la incautación de la garantía en caso de extinción de la concesión por resolución del contrato que la creó no puede interpretarse como prohibición. El art. 78.2 RBCL se remite a la legislación de contratación administrativa para el otorgamiento de las concesiones. Éstas nacen de un contrato administrativo; por consiguiente, respecto a la incautación de la garantía por incumplimiento culpable del contratista habrá de estarse a lo que dispongan las cláusulas del contrato y el TRLCAP y la normativa reglamentaria que lo complementa.

## IV

1. La Estipulación segunda del contrato, en coherencia con el artículo 49.5 TRLCAP, reconoce que los Pliegos de Condiciones Económico Administrativas, PCEA, y de Condiciones Técnicas, PCT, son parte integrante del contrato y constituyen su ley. La Cláusula 1 (C.1) PCEA establecen que tanto éste como el PCT tienen carácter contractual.

2. Esa misma cláusula expresa que el objeto del contrato es la concesión del uso privativo de un espacio de dominio público municipal a fin de que en él el contratista instale un quiosco y lo explote como bar-cafetería.

3. La Cláusula 22 PCEA entre las obligaciones específicas de la contratista incluye la ejecutar la instalación del quiosco dentro del plazo máximo previsto en el PCT. El artículo 9 de éste fija ese plazo en 60 días contados a partir de la notificación de la adjudicación. Como ya se señaló en el apartado 1 del Fundamento III, esa notificación se efectuó el 5 de mayo de 2008, por lo que el quiosco tenía que estar instalado el 6 de julio de 2008.

Está acreditado que en esa fecha el quiosco no estaba instalado. La contratista no ha alegado ni por ende probado que el incumplimiento de su prestación se debiera a una causa ajena a su voluntad. La causa que ha alegado, la realización de obras en la plaza por el Ayuntamiento, surgió con posterioridad a dicha fecha pues esas obras

se iniciaron el 6 de julio de 2009, y hasta esta última fecha, tampoco la contratista había instalado el quiosco.

Es patente, por tanto, que la contratista habría incumplido con su obligación de instalar el quiosco en el plazo previsto y que no concurre causa que permite calificar ese incumplimiento como no imputable a su propia actuación.

4. El objeto del contrato es la instalación en plazo de un quiosco para su explotación como bar-cafetería; por tanto, estas son dos obligaciones contractuales esenciales. La contratista las ha incumplido sin justificación alguna. Las Cláusulas 22 y 27 PCEA establecen, respectivamente, como causas de resolución la no instalación del quiosco y el no ejercicio de la actividad durante un período superior a un mes. El artículo 111, g) TRLCAP configura como causa de resolución el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales.

Procede, por tanto, la resolución contractual pretendida.

5. La Cláusula 22 PCEA determina que el incumplimiento de la obligación de instalar el quiosco conlleva la caducidad de la concesión y la incautación de la garantía definitiva. La Cláusula 27 PCEA establece que la resolución por incumplimiento culpable del contratista de su obligación de explotar el quiosco también produce la incautación de la garantía. El artículo 111, g) TRLCAP ordena que se incaute la garantía definitiva cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista.

Procede, por consiguiente, la incautación de la garantía definitiva.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho.