



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 4 6 / 2 0 1 2

(Sección 1ª)

La Laguna, a 8 de octubre de 2012.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente Accidental del Ayuntamiento de Antigua en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato de concesión administrativa de ocupación de zona verde y zona anexa en la calle 3 de la urbanización C.C.F., adjudicado a A.E.C.E.C., de Antigua (EXP. 376/2012 CA)\**.

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

### I

1. Mediante escrito de 13 de agosto de 2012, el Alcalde accidental del Ayuntamiento de Antigua, Fuerteventura, solicita preceptivamente Dictamen por el procedimiento ordinario, al amparo de los arts. 11.1.D.d), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC) y del art. 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), en relación con la Propuesta de Resolución por la que se pretende la resolución del contrato de concesión administrativa de ocupación de zona verde y zona anexa en la calle 3 de la urbanización C.C.F., adjudicado a A.E.C.E.C., de Antigua (el concesionario) por Decreto de la Alcaldía 74/2002, de 16 de abril, con incautación de la garantía definitiva (72,00 €) depositada en su día por el concesionario.

2. Se funda la resolución contractual en el incumplimiento culpable de lo acordado en el contrato de concesión, pues la edificación existente en la actualidad posee una "superficie edificable superior al triple de la autorizada en el proyecto de la concesión administrativa, desvirtuando el carácter tradicional de la edificación reflejada en el proyecto"; por haber arrendado el concesionario las instalaciones; "y por el resto de motivos reflejados en el cuerpo de la presente resolución". Lo que

---

\* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

constituye vulneración del art. 111.g) y h) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP).

Con la resolución se acuerda asimismo que el concesionario deberá indemnizar al Ayuntamiento, al amparo del art. 113.4 TRLCAP, los "daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada, cuya determinación será efectuada por el órgano de contratación".

3. La solicitud de Dictamen ha sido cursada con suspensión del plazo máximo legal para resolver el procedimiento incoado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 45.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

La solicitud tuvo entrada en este Consejo el 3 de septiembre de 2012, previa incoación del procedimiento resolutorio incoado por Acuerdo plenario de 13 de junio de 2012, por lo que, en principio se asume que, en efecto y pese a la doctrina de este Organismo al respecto, el mismo caducaría el 13 de septiembre de 2012. En este sentido, no procede, en todo caso, la suspensión acordada, al amparo del precepto invocado, pues el dictamen del Consejo no es por su naturaleza, objeto y función, uno de los trámites de orden informativo administrativo, de la Administración actuante u otra cualquiera. Así, su función no tiene la finalidad prevista en el precepto legal citado, sino la específica establecida en su legislación y, por ende, no se emite en fase instructora del procedimiento, siendo su objeto la PR del mismo definitivamente formulada, expresando exclusivamente su ajuste o no a Derecho.

No obstante, el Pleno del Consejo Consultivo ha entendido que, en la medida que el mes de agosto es inhábil para su funcionamiento, el plazo de caducidad vencería el 13 de octubre de 2012.

4. De conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de aquella Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, por la normativa anterior. El expediente de contratación en cuestión fue iniciado en el año 2002 y, por tanto, durante la vigencia de los citados TRLCAP y RGLCAP.

Por otro lado, previamente se declaró la caducidad de otro procedimiento anteriormente incoado con idéntico propósito. Tal previsión no es procedente, en

principio, y sin más, pues la caducidad supone el fin y archivo del procedimiento afectado, iniciándose otro nuevo y diferente, que, por lo tanto, ha de incluir los trámites forzosamente determinados por la regulación aplicable, en especial los referentes a la audiencia de los interesados y, es claro, de la formulación de nueva Propuesta de Resolución ajustada a las actuaciones (art. 89 LRJAP-PAC). Lo que, al parecer, aquí se ha cumplimentado.

De conformidad con el art. 112.1 TRLCAP, la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación (el Alcalde), de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determina. El art. 109 RGLCAP exige: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio (a lo que se procedió, dándose cumplida respuesta a las alegaciones formuladas); audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía (incautación que se propone, pero no consta que se haya pedido aval); informe del Servicio Jurídico (obrando en las actuaciones informe de la Secretaría General); dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista (oposición que consta, lo que ha justificado la petición del presente dictamen).

## II

1. Mediante Decreto de la Alcaldía 74/2002, de 16 de abril, se adjudicó a la Asociación identificada anteriormente el contrato de concesión administrativa de ocupación de zona verde y zona anexa en la calle 3 de la Urbanización C.C.F., “mediante la ejecución de jardinería de la zona, con la instalación de parterres, mobiliario urbano e instalaciones básicas para uso infantil, acorde al destino público, junto con la construcción de un quiosco con terraza, prevista para la instalación de mesas y sillas, todo ello de conformidad con el proyecto de obras de la oferta”. Consta en el expediente depositada la cantidad de 72 € en concepto de garantía definitiva, en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 17 del pliego de cláusulas administrativas.

El 11 de junio de 2002, se procedió a la formalización del correspondiente contrato administrativo, por plazo de 25 años prorrogables hasta un máximo de 50 años y un canon mensual de 150 euros, constando en la cláusula primera del mismo que el concesionario se comprometía a ejecutar el contrato con “estricta sujeción a los planos, pliego de cláusulas administrativas y los que figuran en el proyecto

ofertado, documentos contractuales que fueron aceptados plenamente y firmados en prueba de conformidad”.

El 16 de septiembre de 2002, el concesionario solicitó “autorización para ceder la concesión a uno de sus asociados -que no se identifica- ante la imposibilidad de explotarlo directamente” -sin que se especifique cuál es la causa de la imposibilidad; cesión que fue autorizada por el Pleno en sesión ordinaria de fecha 25 de septiembre de 2002, aunque condicionada a que el cesionario tuviera “capacidad para contratar con la Administración y la solvencia económica exigible de conformidad con lo dispuesto en los arts. 15 al 20 TRLCAP, debiendo formalizarse la cesión en escritura pública”. La Propuesta señala que, hasta la fecha de la incoación del procedimiento resolutorio, no consta que “se haya procedido a la cesión autorizada, puesto que no se ha presentado escritura pública de la misma, ni se ha acreditado la capacidad para contratar y la solvencia económica del tercero cesionario, en su caso”. De hecho, “el sujeto pasivo obligado al pago del canon resultante de la concesión administrativa sigue siendo la A.E.C.E.C., de Antigua, tal y como consta en el informe emitido por los Servicios de Recaudación, de 14 de octubre de 2010”.

No obstante ello, la licencia de apertura del local fue concedida por Acuerdo de la Junta de Gobierno, de 26 de junio de 2008, a la empresa T.W.B., la potencial cesionaria, pese a no haber sido autorizada.

### III

1. Tras levantamiento de acta, con reportaje fotográfico, de 10 de mayo de 2010, por parte de la Policía Local en relación con el bar L.M., se apreció que la construcción entonces existente no coincidía con la configuración original del proyecto de obras de la concesión. Por ello, por Providencia de la Alcaldía de 8 de octubre de 2010, se ordenó que por los Servicios Técnicos Municipales se girase visita de comprobación y se emitiese informe respecto al estado de la citada construcción.

El 13 de octubre de 2010, se emitió informe por los Servicios Técnicos Municipales en el que se dejaba constancia de que la construcción existente en la actualidad no se corresponde con la del proyecto que resultó adjudicatario de la concesión administrativa, llegando a tener una superficie superior al triple de la del proyecto, determinando lo siguiente:

*“1.- Que en el proyecto presentado por el adjudicatario de la concesión se puede ver lo siguiente:*

*En el plano número 1 de proyecto figura una pequeña edificación de unos 50 m<sup>2</sup> aproximadamente (no figura superficie expresamente en el proyecto) de estilo tradicional, rodeada de espacios públicos (terrazas y zona de juegos infantiles).*

*En la memoria de proyecto se indica que el objeto del proyecto es el siguiente: "El presente proyecto trata de establecer en un lugar de paso de tránsito de personas un elemento característico de la isla que sirva de referente y en el que se pueda aprovechar un espacio público como lugar de ocio (...). Actualmente, es una zona sin jardín y es parte de la vía pública pero con esta actuación se pretende mejorar ese lugar con la implantación de este elemento y el acondicionamiento de sus alrededores.*

*2.- Que se gira visita el día 13 de octubre de 2010, y se corrobora que efectivamente dicha construcción no coincide con la que figura en el proyecto presentado por el adjudicatario de la concesión, como se describe a continuación:*

*La construcción existente en la realidad tiene una superficie aproximada de 163 m<sup>2</sup>, es decir sensiblemente superior al triple de la que se refleja en el proyecto objeto de la concesión administrativa.*

*a. Se aprecia que rodeando a la edificación tradicional que figura en el proyecto existe otra que no estaba contemplada en la concesión, y que tapa completamente la edificación que supuestamente debía servir de hito y referente como elemento característico de la isla.*

*b. Que la zona de uso público que se pretendía mejorar con el acondicionamiento de los alrededores del elemento construido se encuentra vallada y se accede a la misma a través de la edificación, por lo que la intervención realizada, en lugar de constituir la mejora de un espacio verde público tal y como debía hacerse atendiendo a la concesión, ha constituido un jardín de uso privativo de la edificación".*

2. El 17 de noviembre de 2011, y tras las alegaciones presentadas por el concesionario y por A.S., titular de la empresa que gestionaba el local y a cuyo favor se emitió la licencia de apertura de establecimiento, se ordenó por la Alcaldía que se girara visita de comprobación y la emisión de nuevo informe por el Arquitecto Técnico Municipal, emitiéndose el 17 de noviembre de 2011.

El nuevo informe -al que se adjunta reportaje fotográfico y mediciones efectuadas por el técnico- ratifica el anterior de 13 de octubre de 2010, llegando a las conclusiones siguientes:

- Superficie edificada computable total de las instalaciones: 115,10 m<sup>2</sup>;

- volumen edificado computable 342,420 m<sup>3</sup>; el proyecto autorizado solo amparaba una zona destinada a bar, cocina y aseo femenino, con una superficie total construida de 37,50 m<sup>2</sup>. Se ha comprobado que actualmente las instalaciones del bar L.M. tienen una superficie construida de 131,75 m<sup>2</sup>, de la cual es computable 115,10 m<sup>2</sup> (a efectos de edificabilidad según el Plan General), por lo que excede en 77,60 m<sup>2</sup> la superficie construida que consta en la licencia de obra concedida por la Comisión Municipal de Gobierno por Acuerdo de 31 de agosto de 2001, sin que el título ampare "el almacén-trastero, ni las terrazas cubiertas, ni la caseta de madera que se usa de almacén, ni el vallado que cierra dicha instalación (53 metros de longitud)".

Consultado el informe emitido por el Arquitecto del Ayuntamiento de Antigua, de 13 de octubre de 2010, relacionado con las edificaciones existentes en L.M., (se informa que la construcción existente en la realidad tiene una "superficie aproximada de 163 m<sup>2</sup>, sensiblemente superior al triple de la que se refleja en el proyecto objeto de la concesión administrativa"). Según la medición real (no aproximada) realizada ahora *in situ* con cinta métrica, la superficie comprobada es algo inferior a la informada por el Arquitecto municipal, pero sí es coincidente en que "es superior al triple de la que se refleja en el proyecto objeto de la concesión administrativa".

El 12 de junio de 2012, por la Alcaldía se requiere de la Policía Local que recabe información, así como copias de los documentos, en su caso, respecto de la relación contractual existente entre el concesionario y A.S., así como "de las posibles cantidades abonadas por este último a la titular de la concesión". Dicho requerimiento fue notificado de igual forma a las citadas partes el 15 de junio de 2012.

El 16 de junio de 2012, fue evacuado informe por la Policía Local que constata que la explotación del local objeto de la concesión se encuentra regentada por A.S. - en representación de la entidad T.W.B. - bajo la actividad de bar. Al mismo se adjunta una copia de un contrato de arrendamiento firmado por el concesionario y por A.S. y S.R. en calidad de socios mancomunados de la sociedad indicada anteriormente, el 1 de agosto de 2006. Por el citado contrato, se cede en arrendamiento el local

comercial para la instalación en el mismo de un bar-cafetería, por un plazo de seis años y cuatro meses no prorrogables, desde la fecha del contrato hasta el 20 de noviembre de 2012. La renta pactada es de 3.005,06 euros mensuales más el incremento anual del IPC, acordándose una fianza de 30.000,00 €, que el arrendador (el concesionario) recibe en el acto de la firma del contrato.

A.S. entrega el 13 de julio de 2012 copia de todos los ingresos realizados en concepto de arrendamiento del citado local comercial desde el mes de agosto de 2006 hasta el mes de junio de 2012, a razón de 3.005,06 € mensuales, más los correspondientes aumentos anuales del IPC en los sucesivos ejercicios. El 17 de julio de 2012, se volvió a emitir informe por el Arquitecto Técnico Municipal en el que se ratifica el contenido del anterior informe emitido el 17 de noviembre de 2011, que aparece transcrito en los párrafos anteriores.

El 19 de julio de 2012, se notifica a las partes interesadas la apertura de plazo de audiencia por diez días naturales a efectos de que por éstas se presentasen alegaciones, en su caso. Dentro del plazo de alegaciones, el concesionario las formula el 1 de agosto de 2012, oponiéndose a la incoación del expediente de extinción concesional, por los motivos que ya expusiera en escrito de 9 de diciembre de 2010, en conexión con el procedimiento incoado y luego declarado caducado.

En su día, el concesionario alegó indefensión por defecto de notificación; que la concesión fue cedida a tercero, "que se hizo constar además en documento público"; que las obras de exceso "están amparadas por las correspondientes autorizaciones administrativas como se tendrá ocasión de probar a lo largo del expediente"; la medida es "desproporcionada y excesiva", estando dispuesta la Asociación a "discutir y reconducir todas las cuestiones planteadas dentro del marco de la legislación de contratos del sector público, considerando que la incoación es extemporánea"; que "todas las modificaciones posteriores se han realizado siempre con las correspondientes habilitaciones legales y vistos buenos de los técnicos municipales, manifestándose además que los metros ocupados de más lo son como elementos de protección y seguridad de los menores, efectuados con la anuencia de los técnicos municipales, que además han comportado una mejora de la concesión y una mayor rentabilidad de la misma"; se interesa "la suspensión del expediente así como la revisión del mismo con audiencia a todos los interesados para determinar un canon en función del aprovechamiento, al no constar en el pliego de cláusulas concesional la facultad de la reversión"; se solicita finalmente "la retroacción del expediente

para dar audiencia a todos los interesados”, con entrega de los informes emitidos; y que se tenga constancia de que existe un “claro interés de atender el interés general”.

En el segundo escrito de alegaciones, presentado el 1 de agosto de 2012, el concesionario alegó que “la concesión administrativa se otorgó tras cumplirse los trámites legales y que se ha desarrollado de acuerdo con las autorizaciones y actos tácitos de esta Administración, adaptándose con el transcurso de los años a las necesidades de crecimiento y en consonancia con los intereses municipales”; que existen “otras opciones válidas para el mantenimiento de la concesión administrativa antes que la resolución de la misma, como por ejemplo (...) el mantenimiento o modificaciones de las condiciones económicas del contrato, el equilibrio económico financiero de las contraprestaciones”, pues la Administración considera causa eficiente para la resolución de la concesión “una serie de ampliaciones consentidas y consensuadas con esa Administración, ya que no se entendería de otra forma la existencia de unas obras, ejecutadas en lugar visible y en las que no se ha buscado la clandestinidad de las mismas”.

Concorre además en este caso “prejudicialidad administrativa”, al existir un procedimiento contencioso administrativo iniciado mediante un recurso interpuesto por el grupo turístico B.S.L. contra el Ayuntamiento de Antigua, versando la litis, al parecer, sobre “la titularidad de los terrenos donde se ubica la zona verde y anexa objeto de concesión administrativa”.

Finalmente, el concesionario anuncia que, en todo caso, la Asociación procederá a “exigir responsabilidad patrimonial por los perjuicios que se les ocasione con la resolución o revocación de la concesión administrativa”.

## IV

Las alegaciones fueron expresamente contradichas por la Administración, considerando la Propuesta que no hay indefensión (pues el Acuerdo plenario de fecha 31 de mayo de 2012 sí agota la vía administrativa, al acordarse en él la declaración de caducidad del procedimiento anterior, siendo irrelevante la inexistencia de croquis pues en tal Acuerdo no se hace referencia al mismo); no se ha acreditado el cumplimiento de los requisitos a los que se condicionaba la cesión de la concesión; de hecho, “el sujeto pasivo obligado al pago del canon que se fijó como contraprestación a la concesión administrativa sigue siendo la Asociación”; sólo obra en las actuaciones un contrato de arrendamiento, pero no escritura pública de la



cesión de la concesión; no es cierto que las obras estén amparadas por licencia, pues “la construcción existente en la actualidad no se corresponde con la del proyecto que resultó adjudicatario de la concesión administrativa, disponiendo la construcción actual de una superficie sensiblemente superior al triple de la que refleja el proyecto”; la ampliación no autorizada “envuelve y tapa completamente” a la “edificación tradicional” objeto de la concesión, desvirtuando el carácter que según la memoria del citado proyecto debía servir de hito y referente como elemento característico de la isla”; la zona de uso público, que se pretendía mejorar con el acondicionamiento de los alrededores del elemento construido, “se encuentra vallada y se accede a la misma a través de la edificación, por lo que la intervención realizada, en lugar de constituir la mejora de un espacio verde público tal y como debía hacerse atendiendo a la concesión, ha constituido un jardín de uso privativo de la edificación”.

Tampoco es cierto que la resolución contractual sea una “desproporción y exceso” frente a obras que se han hecho “incumplido flagrantemente los términos del contrato de concesión”, yendo más allá “de lo autorizado por la licencia de obras y de actividades otorgadas, hechos que además son reconocidos plenamente de contrario”.

Por otro lado, fue notificado (escrito de 30 de julio de 2012, entrada de 1 de agosto) el Acuerdo plenario que declaró la caducidad del expediente anterior. Y se aduce, frente a la alegación de que el expediente administrativo carece de número y no se encuentra foliado, que “no se trata de un expediente nuevo, sino de la continuación del anterior”, siendo lo relevante el que “se ha facilitado al concesionario copia de todos los documentos obrantes en el mismo debidamente foliados”. Además, se encuentra en el expediente la copia del acta de la Comisión Informativa previa y preceptiva al Acuerdo plenario, pues obra certificación del acuerdo adoptado por la citada Comisión Informativa respecto del presente asunto, de la cual se le hizo entrega junto con el resto del expediente.

Frente a la alegación de que la Administración debe “elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias” y de que “las actuaciones llevadas a cabo por la concesionaria durante los años de vigencia de la concesión y hasta la fecha actual, han sido en todo momento conocidas por la Administración”, se

responde con que las obras superan lo autorizado, no coincidiendo lo ejecutado con el proyecto, no guardando la edificación el carácter tradicional y el uso público que se ofertó, pues la zona se ha convertido en un jardín de uso privativo.

Hechos todos ellos que constituyen “incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, ya que los mismos chocan frontalmente con el objeto de la concesión administrativa, sin que frente a ello quepa adoptar ninguna otra solución distinta a la de resolución de la concesión, habida cuenta de la gravedad de los incumplimientos descritos”.

## V

En cuanto a la prejudicialidad, la Propuesta considera que para que la misma prospere debe “existir un vinculo de imprescindibilidad entre el problema prejudicial y la cuestión principal, de forma que la resolución del primero debe ser necesaria para decidir la segunda”. En el presente supuesto, no cabe suspender el procedimiento administrativo incoado por tal razón ya que la prejudicialidad se aplica a la vía jurisdiccional y no a la administrativa. Además, el objeto del recurso contencioso administrativo interpuesto frente al Ayuntamiento no obsta que se pueda resolver el contrato de concesión administrativa, pues aquél versa sobre la titularidad del terreno en que se ubica la zona objeto de la concesión administrativa, mientras que el procedimiento incoado pretende resolver la propia concesión administrativa por incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato por parte del concesionario.

Tampoco se puede acordar la suspensión del procedimiento en virtud de lo establecido en la Ley 30/1992, pues no se da ninguno de los presupuestos necesarios para que se produzca la misma.

## VI

1. Se pretende resolver el contrato de concesión administrativa por incumplimiento de las obligaciones esenciales del mismo, habiendo sido adjudicado en su día al único interesado que acudió en la licitación, por Acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno de 31 de octubre de 2000, manifestando entonces “la inexistencia de ánimo de lucro de ninguno de nosotros y solamente buscando el fin de obtener beneficios comunes para todos nuestros empresarios y en definitiva para todo nuestro Municipio”.

2. A la vista de los antecedentes, se pueden formular las siguientes consideraciones:

- Aunque se indica por el Servicio en su momento que en el plano presentado "no se aprecia bien donde se emplaza el kiosko", se informa favorablemente la concesión del mismo "siempre que no esté situado en una calle y acera sino en zona verde", concretamente en los números 1 y 3 de la calle tres de la primera fase de la urbanización E.C. El 15 de febrero de 2002 el concesionario solicitó "el cambio de autorización para la colocación del kiosko, adjuntando plano".

Consta asimismo que la Asociación solicitó certificado de que el "terreno afectado por dicha concesión es de titularidad municipal"; certificado que no se emitió. Circunstancia al parecer conexas con la presentación de recurso contencioso administrativo (nº 159/2012) por el grupo turístico B.S.L. contra el Ayuntamiento; motivo por el que, como se dijo, la Asociación alegó prejudicialidad, que la Administración rechaza como causa para suspender la resolución propuesta.

En este orden de cosas, se observa que ningún efecto puede tener en el asunto que nos ocupa este litigio sobre los términos en que ocupó el suelo afectado por la concesión para el Ayuntamiento, para el concesionario o, menos aún, para el arrendatario, aunque actuase supuestamente de buena fe.

- En principio, es problemático dudoso que la Asociación de empresarios pueda licitar como tal, compitiendo con los empresarios a los que defiende para la concesión de un kiosko, máxime cuando su actividad como concesionario no tiene expreso acomodo en sus estatutos, que no menciona el ejercicio de actividades comerciales, sino informativas y de defensa de sus asociados. Y asimismo es cuestionable que la Mesa de contratación aceptase como experiencia previa, que era criterio básico de adjudicación de la concesión, la experiencia de sus asociados, pues la solicitud la hace la Asociación como tal. Sin embargo, pese a que dichas circunstancias pudieran ser causa de nulidad de la adjudicación, ésta se acordó a favor de la Asociación en octubre de 2000, siendo ejecutado el correspondiente proyecto presentado en sus propios términos. Y consta que el 16 de septiembre de 2002 el concesionario manifiesta que dada la imposibilidad de explotar el kiosko, interesa su cesión a uno de nuestros asociados, sin identificar, admitiéndose tal cesión por acuerdo plenario de 25 de septiembre de 2002, aunque condicionada su eficacia a que por el cesionario se cumplan las condiciones impuestas (capacidad económica y solvencia) y se formalizara el negocio en escritura pública.

Precisamente, se acredita que no se cumplieran tales condiciones, por lo que el acuerdo carece de eficacia y, por ende, ha de entenderse que la cesión producida carece de cobertura al no estar autorizada. Confirmatorio de que así lo entendieron las partes es que el canon concesional fue girado por el Ayuntamiento al concesionario original y abonado, año tras año, por éste, que, consecuentemente y en apariencia seguía gestionando la explotación del local. Así, hasta que, por Providencia de 12 de junio de 2012, el Alcalde solicita información al respecto, conociéndose entonces, según informe ya referido, que se encontraba regentado por el titular de una empresa que había contratado el 1 de agosto de 2006 el arrendamiento del mismo por cierta cantidad y por seis años y cuatro meses, hasta el 30 de noviembre de 2012, depositando el arrendatario una fianza de 30.000 euros.

La condición de arrendador que alega la Asociación se hace derivar de “la estimación de la solicitud” de cesión, permitiéndole realizar el contrato; como vimos no es así. En realidad, cabe apuntar que la solicitud de cesión fue el subterfugio que permitía a la Asociación ceder en arrendamiento el local con pingües beneficios.

A mayor abundamiento, la cesión de la concesión está permitida legalmente pero con la condición de que el receptor actúe en la posición y exigencias del concesionario inicial, pero no supone que éste deje de serlo y, al tiempo, pueda arrendar un local incluido en el objeto concesional. Y tampoco que el concesionario siga siéndolo y pueda arrendar un local incluido en tal objeto.

No consta en el expediente si en ese momento el local seguía teniendo las condiciones en las que fue autorizado o si las obras de ampliación fueron ejecutadas por el arrendatario, aunque contractualmente no podía hacer “nuevas instalaciones”). En todo caso, el concesionario no estaba autorizado a ceder la concesión y, pese a ello, arrendó el local obteniendo beneficio de ello.

Pese a todo, es cierto que se otorgó licencia de apertura del local por Acuerdo de la Junta de Gobierno, de 26 de junio de 2008, a la empresa T.W.B., la potencial cesionaria y en cualquier caso arrendataria.

## VII

Se evidencia el ánimo de lucro que negó en la solicitud de concesión el concesionario, desconociéndose si el arrendatario era consciente o no de que el título del arrendador como concesionario estaba desvirtuado al haberse pervertido la naturaleza y fin de la concesión o si fue el responsable de las obras de ampliación. Consta que al arrendatario, se le notificaron las actuaciones del procedimiento

resolutorio a los efectos oportunos. Solicitó entrevista con el Alcalde para hablar del expediente, siendo convocado al efecto, pero sin constar en el mismo si se reunieron y, de ser así, el resultado de la reunión.

El concesionario ha modificado un término clave de la concesión, su titular; alteración que el pliego remite a las disposiciones en materia de cesión de la Ley de Contratos, que, en este caso (art. 114 TRLCAP) no se cumplieron, de modo que los efectos del incumplimiento (art. 111 TRLCAP) es la resolución, como recoge la cláusula 29 del Pliego. En definitiva, se ha incumplido una obligación esencial del contrato [apartado g)], con el agravante de que el incumplimiento lo fue por lucro y mediando mala fe, pues la cesión de la concesión, no autorizada, nunca le reportaría al concesionario tanto lucro como el arrendamiento realizado en contra de lo firmado.

## VIII

1. Hay otro dato que ha resultado incontrovertido en las actuaciones. En el proyecto presentado figura una pequeña edificación de unos 50 m<sup>2</sup> aproximadamente “de estilo tradicional” que se pretendía fuera “elemento característico de la isla que sirva de referente”, y que se pretendía acondicionar como “espacio público”. Sin embargo, la construcción existente, a fecha de 2010, tiene una superficie aproximada de 163 m<sup>2</sup>, es decir, sensiblemente superior al triple de la que se refleja en el proyecto objeto de la concesión administrativa. Más aún, “rodeando a la edificación tradicional que figura en el proyecto existe otra que no estaba contemplada en la concesión y que tapa completamente la edificación que supuestamente debía servir de hito y referente como elemento característico de la isla”. La “zona de uso público que se pretendía mejorar con el acondicionamiento de los alrededores del elemento construido, se encuentra vallada y se accede a la misma a través de la edificación, por lo que la intervención realizada, en lugar de constituir la mejora de un espacio verde público tal y como debía hacerse atendiendo a la concesión, ha constituido un jardín de uso privativo de la edificación”.

Sin tener en cuenta ninguna otra consideración, la señalada actuación del concesionario constituye un manifiesto incumplimiento del contrato de concesión, que modificó ejecutando o consintiendo la ejecución de obra mayor que triplicó la superficie del local, sin autorización expresa, en contra de la propuesta efectuada en la oferta, privatizando el uso del dominio público, sin autorización. Lo que

constituye, ciertamente, incumplimiento de las obligaciones esenciales, modificando para ello el título sin autorización de clase alguna.

- Como se ha dicho, no consta si la obra fue ejecutada conforme a proyecto; si se le dio el visto bueno; ni quien es responsable de las obras de ampliación (concesionario o arrendatario). Se concluye, en todo caso, que las obras fueron realizadas sin licencia alguna, aunque el concesionario cree que las obras, autorizadas por "actos tácitos", han permitido que la concesión se haya ido "adaptando a las necesidades de crecimiento y en consonancia con los intereses municipales que han consentido dichas actividades". Se trataba, según el concesionario, de mantener el "equilibrio financiero de las contraprestaciones", ejecutándose las obras "en lugar visible", sin oposición municipal.

La modificación de la concesión debe hacerse de conformidad en lo previsto en los pliegos y en la Ley. El concesionario no puede alegar lo expuesto -menos aún la quiebra del equilibrio financiero de la concesión cuando pagaba un canon de 150 euros y cedió el local en arrendamiento por más de 3.000 euros mensuales-; ni puede ampararse en la vía de hecho, aun consentida.

Cabe admitir negligencia en la actuación: la policía urbanística del Ayuntamiento ha cometido una negligencia inexcusable, siendo inadecuado que se ejecuten a la vista obras ilegales, sin licencia y sin que durante años se haya hecho actuación alguna en el sentido de acreditar la regularidad de las obras y del servicio que se prestaba en las instalaciones.

El concesionario funda la regularidad de lo actuado en el principio de "confianza legítima" (art. 3.1 LRJAP-PAC), correctivo del principio de legalidad que se fundamenta en los principios de seguridad jurídica y buena fe, permitiendo que el particular consolide su situación jurídica al haber actuado con la convicción, reforzada por la acción u omisión de la Administración, de que la misma era legítima.

Pero, aparte que el interés general debe prevalecer, sin perjuicio en su caso de derecho indemnizatorio o de la protección de terceros de buena fe, el argumento del concesionario, aplicándose el principio a sí mismo, exige que actuase debidamente, de acuerdo a Derecho en relación con el contrato en cuestión, y que la Administración no procediese en forma alguna al efecto, siendo las expectativas a lograr razonables ante tal supuesto consentimiento.

La Administración debe generar signos externos que orienten al ciudadano hacia una determinada conducta, pero siempre que no haya negligencia, ignorancia o mera

tolerancia de la Administración y que el interesado haya cumplido sus deberes y obligaciones.

En el presente caso, la Administración fue omisiva en sus labores de inspección, pero no autorizó la cesión de la concesión, incumpléndose además sus condiciones. Ciertamente, la licencia de apertura de local se hizo a favor de A.S., quien seguramente aportó a tal efecto el contrato de arrendamiento, que no era el concesionario. Pero de este simple y solo dato no se puede colegir que el arrendatario actuaba como cesionario o que el concesionario podía entender que la cesión había sido autorizada. Y, además, aun así, no podía realizarse en modo alguno el arrendamiento, máxime como concesionario, constandingo que así se consideraba, asumiendo que seguía siéndolo al pagar el canon, sin haber la cesión por arrendamiento además o el arrendamiento por el concesionario.

Por lo demás, se hizo ampliación de instalaciones mediante obras no autorizadas, en contra del pliego concesional, convirtiendo dominio público en otro de uso privativo.

La actuación del concesionario fue contraria al compromiso contraído y al principio de buena fe. Actuó en contra de la ley y del pliego, con exclusivo ánimo de lucro, aprovechándose de bienes públicos, que utilizó como privados.

Alegar que todo eso se hizo para restituir el equilibrio financiero de la concesión, para la defensa de los intereses municipales -cuando el concesionario percibía del arrendatario 3.000 euros en concepto de alquiler-, para aportar "elementos de protección y seguridad de los menores", y que lo hecho ha supuesto una "mejora de la concesión y una mayor rentabilidad de la misma" es, un argumento no sólo no acreditado, sino falso totalmente y, en todo caso, insuficiente para oponerse a la resolución o fundar su improcedencia.

Es obvio que el equilibrio financiero de una concesión se restituye en el contexto de la concesión, no por vía de hecho.

## CONCLUSIONES

1. Por lo expuesto, la Propuesta de Resolución es, en su pretensión resolutoria, conforme a Derecho, sin perjuicio de las consiguientes observaciones:

- Todas las causas de resolución alegadas deben tener acomodo en el Resuelto de forma coherente con los antecedentes y fundamentos previos.

- En lo que atañe a los daños y perjuicios causados a la Administración, a abonar por el concesionario en cuanto excedan de la cuantía de la fianza incautada, habrá de tenerse en cuenta que los daños resultantes del uso u ocupación indebidos de suelo cuya titularidad aduce la Administración, pero discute un tercero, deberá posponerse al momento en que recaiga la sentencia que resuelva el recurso interpuesto al respecto, existiendo litispendencia.

2. Sin embargo, ello no obsta para que, cualquiera que fuese la titularidad del suelo, quepa proceder respecto a la concesión en relación con las bases, proyecto y adjudicación del contrato, en cuanto referido al suelo de dominio público en principio afectado, sin incluir el exceso del mismo operado unilateralmente por el concesionario, al ampliar sin autorización las instalaciones originales y que, en principio, constituye el objeto de la controversia judicial no resuelta.