



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 2 7 / 2 0 1 2

(Sección 2ª)

La Laguna, a 13 de noviembre de 2012.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la Concesión Administrativa para uso privativo de suelo público del Polígono Industrial para Procesos e Industrias Recicladoras situado en el Complejo Ambiental de Tenerife, adjudicada a la empresa D.T., S.A. mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno Insular de fecha 2 de junio de 2008 (EXP. 478/2012 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 25 de septiembre de 2012, el Presidente del Cabildo de Tenerife solicita preceptivo dictamen por el procedimiento ordinario, en relación con una propuesta de resolución por la que se resuelve la adjudicación de una concesión administrativa para uso privativo de suelo público en un Polígono Industrial.

En la solicitud de Dictamen se hace referencia al art. 11.1.D letra c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, al referirse el objeto de este Dictamen a un contrato administrativo, sin perjuicio de lo que luego se expondrá sobre el referido objeto, en relación con el art. 11.1.D letra d) de dicha ley.

Por tanto, está legitimado para solicitar el Dictamen el citado Presidente del Cabildo Insular, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo.

En la Propuesta de Resolución que se somete a Dictamen, se hace referencia, en su fundamentación jurídica, entre otros, a los arts. 109, 111 y 113 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP). En la parte dispositiva se dicha

* **PONENTE:** Sr. Belda Quintana.

propuesta se declara "resuelta" la concesión adjudicada a la empresa D.T., S.A. (la interesada) para el uso privativo de suelo público del polígono industrial para procesos e industrias recicladoras, en el Complejo ambiental de Arico. Con la resolución se declara asimismo la incautación de la "garantía provisional depositada mediante aval bancario (...) por importe de dos mil quinientos cinco euros con noventa y tres céntimos (2.505,93 euros)".

La Propuesta de Resolución será adoptada con carácter definitivo por el órgano de contratación, competente asimismo para la resolución, que es el Consejo de Gobierno Insular, de conformidad con el art. 29.5.c) del Reglamento Orgánico del Cabildo Insular de Tenerife, que atribuye a tal Consejo "las contrataciones y su declaración de urgencia, así como las concesiones de toda clase, incluidas las de carácter plurianual (...) todo ello de acuerdo con el presupuesto y sus bases de ejecución". La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) derogó arts. 21.1.ñ) y 22.2.n) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), que distribuía entre el Pleno y el Alcalde la competencia en materia de concesiones administrativas en función, entre otros criterios, de que la duración de la misma fuera superior o no a cuatro años (la presente es de 25 años).

2. El Consejo de Gobierno Insular adjudicó a varias empresas, en sesión celebrada el día 2 de junio de 2008, varias concesiones administrativas para el uso privativo de suelo público del polígono industrial para procesos e industrias recicladoras, situado en el Complejo ambiental de Tenerife, entre ellas, la que ahora es objeto de procedimiento de extinción, cuya formalización contractual tuvo lugar el 2 de septiembre de 2008.

El 24 de noviembre de 2008, el Consejo de Gobierno procedió a la redefinición de las parcelas objeto de las respectivas concesiones.

El 27 de febrero de 2009, el interesado solicita una prórroga para la entrega del proyecto de ejecución, proponiendo como fecha de entrega la de 27 de marzo de 2009, que fue autorizada, previo informe favorable, por el Consejo de Gobierno, en sesión celebrada el 16 de marzo de 2009.

Mediante escrito de 3 de abril de 2009, el interesado presenta el proyecto de ejecución requerido por la cláusula 7 del Pliego de Cláusulas Administrativas. El Servicio Técnico de Sostenibilidad de Recursos y Energía le comunica, 15 de junio de 2009, que el proyecto presenta una serie de deficiencias que deberán ser subsanadas

como condición indispensable para su aprobación, debiéndose aclarar los puntos oscuros “en el plazo de un mes” (15 de julio de 2009).

Finalizado el plazo, se le concede uno nuevo de 10 días para la entrega del proyecto en condiciones adecuadas para ser aprobado, lo que le fuera notificado el 5 de agosto de 2009. En caso contrario, se le indica, se procederá de conformidad con la citada cláusula a la “rescisión de la concesión”, sin indemnización alguna al concesionario y sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios que procedan (15 de agosto de 2009).

Mediante escrito de 6 de agosto de 2009, el interesado presenta escrito mediante el que se procede a “justificar las correcciones que se introducen en el proyecto”, de conformidad con lo solicitado.

El 7 de septiembre de 2009, con notificación el 25 de septiembre, se informa por parte del Área de Sostenibilidad que el interesado, con la documentación presentada, ha rectificado las deficiencias detectadas, siendo coincidente el proyecto presentado con el que fue objeto de evaluación en la fase del concurso. No obstante, se informa que “la inversión de la propuesta aprobada era de 647.700 euros mientras que el presupuesto del proyecto presentado es de 280.076, 15 euros”, **por lo que no puede considerarse aprobado el proyecto**, “debiendo aclararse” tal desfase presupuestario, en el plazo máximo de un mes (25 de octubre de 2009).

Mediante escrito de 13 de octubre de 2009, notificado el 25 de octubre, se reitera al interesado que en el estado actual “no procedería la aprobación del proyecto”, sin que el interesado ni la Administración hubieran actuado en consecuencia (rectificando la deficiencia o iniciando el procedimiento de rescisión).

El 17 de noviembre de 2009, el interesado manifiesta su voluntad de **renunciar** a la concesión otorgada, por razones económicas, solicitando la devolución de la garantía provisional constituida, al haber actuado de buena fe.

El Consejo de Gobierno, en sesión celebrada el día 14 de diciembre de 2009, ordena el inicio del procedimiento para “resolver” la concesión por **incumplimiento de la cláusula 7 del Pliego**, según la cual:

“Los proyectos, debidamente visados por el Colegio profesional correspondiente deben ponerse a disposición de esta Corporación en el plazo máximo de SEIS (6) MESES contados a partir del día siguiente a la formalización de la concesión. En el caso de advertirse deficiencias, errores u omisiones en la documentación presentada,

los servicios técnicos competentes del Cabildo Insular de Tenerife lo pondrán de manifiesto, concediendo a los concesionarios un plazo para la subsanación de los mismos; en el caso de no llevarse a cabo la subsanación en el plazo otorgado se procederá a la rescisión de la concesión, sin indemnización alguna al concesionario y sin perjuicio de la exigencia de los daños y perjuicios causados a esta Corporación insular".

El 23 de julio de 2012, con notificación el 26 de julio, se resuelve que toda vez que el procedimiento incoado no concluyó en plazo superándose el plazo de tres meses dispuesto para ello, el Consejo de Gobierno declaró su caducidad y ordenó el inicio de nuevo procedimiento de extinción de varias de las concesiones -entre ellas, la presente-, debiéndose seguir para ello lo dispuesto en los arts. 109, en relación con la cláusula 31 del Pliego, y 111 TRLCAP y el art. 100 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).

El 10 de agosto de 2012, el interesado presenta escrito en el que solicita la "resolución de la concesión", la devolución de la "fianza provisional" (2.505, 93 euros), y la anulación de la liquidación correspondiente al semestre "tres de septiembre de 2009 a 2 de marzo de 2010" (3.433, 60 euros).

El 24 de agosto de 2012, se formula Propuesta de Resolución, notificada asimismo al avalista, mediante la que se procede a la resolución y a la incautación de la garantía, no conteniéndose sin embargo pronunciamiento alguno sobre la anulación de la antedicha liquidación.

II

1. La causa de resolución alegada en la que se basa la Propuesta no es otra que **no llevarse a cabo la subsanación del proyecto en el plazo otorgado**. Ahora bien, el interesado presentó escrito, de 17 de noviembre de 2009, en el que manifestaba su voluntad de **renunciar** a la concesión otorgada, que también es causa de extinción de la misma.

Cuando concurren varias causas de resolución y/o extinción contractual, deberá estarse a la primera aparecida en el tiempo. Ciertamente, tras la presentación del proyecto se le dio al interesado trámite de subsanación hasta el 15 de julio de 2009, ampliado 10 días más con indicación expresa de que si no lo hiciera se produciría la "rescisión de la concesión". La rectificación efectuada no fue total, sino parcial, debiendo aclarar el interesado el desfase presupuestario detectado "en el plazo máximo de un mes" (25 de octubre de 2009). Mediante escrito de 13 de octubre de

2009, notificado el 25 de octubre –el mismo día del vencimiento del plazo concedido– se le reitera al interesado que en el estado actual “no procedería la aprobación del proyecto”.

El interesado incumplió y la concesión se colocó en situación objetiva de extinción. La Administración, sin embargo, no actuó de inmediato (fue el 14 de diciembre de 2009 cuando el Consejo de Gobierno Insular ordenó el inicio del procedimiento para “resolver” la concesión por incumplimiento de la cláusula 7 del Pliego). El interesado sí lo hizo, presentando el 17 de noviembre escrito de renuncia a la concesión.

Por un lado, la causa material de extinción por incumplimiento del Pliego es anterior al escrito de renuncia. Pero, por el otro, el interesado presentó su renuncia cuando ya había terminado el plazo concedido para efectuar la subsanación definitiva; es decir, se hallaba ya en causa material de extinción concesional, de la que ya se le había advertido caso de incumplir con su deber de subsanación.

Por ello, entendemos que la causa de extinción es la alegada por la Administración, la primera en el tiempo, aunque la incoación del procedimiento resolutorio sea posterior a la fecha de presentación del escrito de renuncia por el interesado a la concesión.

Distinta sería la solución si la renuncia no hubiera estado precedida de reiterados tramites de subsanación con advertencia de que el incumplimiento acarrearía la extinción de la concesión. Con la renuncia, el interesado, simplemente, pretendía evitar los efectos de una extinción culpable.

Para evitar equívocos, la Propuesta debe explicitar de forma razonada la causa de extinción en que se basa.

2. La Propuesta de Resolución plantea numerosas cuestiones que abordaremos de forma sucesiva:

A. El expediente. Se nos ha remitido un expediente en el que constan numerosas actuaciones relativas a procedimientos que se incluyen para acreditar la solvencia profesional de la empresa adjudicataria (como los numerosos contratos suscritos entre el interesado y varias Corporaciones locales para la recogida de vehículos abandonados en la vía pública; o los suscritos entre el interesado y varios centros educativos y el aeropuerto, de cesión temporal de vehículos para prácticas relativas a actividades a realizar en tales centros; o varias autorizaciones concedidas

al interesado por la Administración autonómica para la instalación en diversos lugares de la isla de centros de gestión de residuos) o se trata de actuaciones conexas con la concesión pero que no tienen que ver con la resolución instada (la prórroga de plazo para la entrega del proyecto; la sustitución del aval depositado etc.).

La Propuesta debe descargarse de toda referencia innecesaria, por accesorio, para la resolución de la concesión. Por su parte, la información sobre actuaciones conexas debe ser simplemente testimonial, sin necesidad de excesivo detalle.

Por el contrario, la Propuesta no contiene todas las incidencias de interés para este caso. Debe efectuarse un relato cronológico de todas esas actuaciones, indicando fechas, que se omiten, también las de notificación de las actuaciones. Incluso, no consta la orden de inicio del expediente de adjudicación, ni su publicación. El primer acto del que hay constancia es el de la adjudicación (2 de junio de 2008). Antes, el 20 de enero de 2007, sólo consta la aprobación por Consejo de Gobierno del "Decálogo de buenas prácticas en relación con los residuos", que se cita en el preámbulo del Pliego. No obstante, en los antecedentes administrativos del contrato de fecha 2 de septiembre de 2008, suscrito entre el Cabildo Insular y la adjudicataria, se hace referencia a lo siguiente:

"Primero.- El Consejo Insular de Gobierno celebrado el 9 de julio de 2007 (corrección de errores: 23 de julio 2007), adoptó el siguiente acuerdo:

«(...) PRIMERO: Aprobar el expediente relativo al otorgamiento de concesiones para el uso privativo del suelo público del Polígono Industrial para Procesos e Industrias Recicladoras en el Complejo Medioambiental de Arico, así como los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas Particulares que han de regir las mismas y disponer la apertura del procedimiento de licitación mediante concurso y por el procedimiento abierto.

SEGUNDO: Ordenar el inicio de los trámites de licitación y, en consecuencia, proceder a la inserción del correspondiente anuncio en el Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife, estableciéndose un plazo de TRES (3) MESES, a partir del siguiente al de la publicación del anuncio, para la presentación de proposiciones (...).».

Segundo.- El anuncio de la licitación se publicó en el B.O.P. nº 117, de 23 de julio de 2007. Siendo el plazo de presentación de las proposiciones de tres (3) meses. Este plazo fue ampliado mediante acuerdo de 24 de septiembre de 2007, fijando éste en cinco (5) meses, por lo que finalizó el día 24 de diciembre de 2007".

Aunque los citados datos de iniciación y licitación de la concesión se deduzcan de alguno de los documentos incluidos en el expediente, ello no obsta para que en la propuesta de resolución deba efectuarse un relato cronológico de todas estas actuaciones, tal y como hemos mencionado anteriormente, así como de las demás actuaciones relevantes, para un correcto examen de la legalidad de la misma.

B. Legislación contractual aplicada. La Propuesta entiende que, de conformidad con 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 (TRLCSPP), la resolución de la concesión debe seguir el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), que entró en vigor el 16 de diciembre de 2011 (disposición final única TRLCSPP). Según aquella disposición, "los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimientos y extinción, incluida su duración y prórrogas, por la normativa anterior".

Como la adjudicación del concurso concesional tuvo lugar el 2 de junio de 2008, se concluye que es aplicable el Texto Refundido de 2000. Es por ello por lo que la resolución se acuerda de conformidad con lo dispuesto en los arts. 109, 111 y 113 TRLCAP y concordantes de su Reglamento General. Pero, se añade, también es de aplicación "la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas".

C. Legislación aplicable. Nos encontramos ante una concesión pura para el "uso privativo de suelo público". Por ello, la cláusula 2 del Pliego somete el procedimiento a la legislación de patrimonio público, no a la de contratación: La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LRBRL), su Texto Refundido, aprobado por Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), y el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales (RBCL).

Ciertamente, al final se añade a la cita legal tanto el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (2011), como el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL), pero se debe, seguramente, a que los actos preparatorios de la concesión son los de la "contratación de las Corporaciones Locales" (art. 78.2 RBCL). Debe señalarse al efecto que la disposición derogatoria 1.f)] del Real Decreto por el que se aprobó el

Reglamento de desarrollo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre (RGLCAP), derogó el Título II del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales; y que el art. 88 LRBRL (“contratación”) fue derogado por la Ley 30/2007, como asimismo lo fueron los arts. 112 y 113 y 115 y 116 LRBRL.

La legislación de contratación local, hoy, es la básica. Pero es que, al margen de ello, no estamos ante una *resolución* de uno de los contratos sometidos a la legislación en la materia, sino ante una *extinción concesional* por una causa prevista en el Pliego, de conformidad con el art. 100 LPAP, **que debe ser la norma aplicar en primer lugar**. De hecho, cuando de extinguir un contrato se trata, la legislación contractual utiliza el término *resolución*, mientras que el que utiliza la cláusula 31 del Pliego, que se pretende aplicar, es el de *extinción*, por más que el oficio de solicitud y otros documentos del expediente utilicen la terminología contractual.

Así pues, siendo el precepto aplicable el art. 100.i) LPAP según el cual las concesiones demaniales se extinguen “por cualquier otra causa prevista en las condiciones generales o particulares por las que se rijan”, existe causa tanto para extinguir la concesión, que debió tramitarse, como para la resolución del contrato administrativo formalizado. La cláusula 31 del Pliego dispone en su apartado c) que, entre otras causas, la concesión se extingue por renuncia del concesionario, sin perjuicio de las penalidades y de los daños y perjuicios en los que se pudiera incurrir”.

D. Preceptividad del dictamen. Consta que el interesado, mediante escrito de 17 de noviembre de 2009, expresó su intención “de renunciar a la concesión en su día otorgada”. Por lo que, desde entonces, la concesión entró en causa de extinción que lleva a la resolución del contrato firmado. La resolución de una concesión sólo es objeto de preceptivo dictamen cuando “se formule oposición por parte del concesionario” [art. 11.1.D.d) de la Ley 5/2002].

Ciertamente, el concesionario solicitó que la extinción no llevara aparejada la incautación de la fianza, petición que formula en trámite de alegaciones mediante escrito presentado el día 10 de agosto de 2012, una vez que tiene conocimiento, por vez primera, de que la propuesta de acuerdo contiene expresamente en su parte dispositiva un apartado relativo a la incautación de la fianza provisional. Esta oposición a la incautación de la fianza provisional supone un elemento relevante de oposición al acuerdo, de tal modo que, aun habiendo solicitado con anterioridad la renuncia de la concesión, ello no significa que no haya oposición, al menos, a una

parte sustancial del acuerdo de extinción de la concesión que se propone, cual es la incautación de la fianza provisional.

La consecuencia de ello es que la solicitud del dictamen es preceptiva, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.1.D letra d) de la Ley 5/2002, tal y como mencionamos al principio.

III

La Propuesta de Resolución declara asimismo la incautación de la "garantía provisional depositada mediante aval bancario (...) por importe de dos mil quinientos cinco euros con noventa y tres céntimos (2.505,93 euros)". Ha de consignarse en este punto que la concesión nunca fue adjudicada definitivamente. Para ello, hubiera debido aprobarse el proyecto, lo que no fue posible por vicios no subsanados en plazo. La garantía provisional se debe mantener "hasta el momento del otorgamiento de las concesiones, devolviéndose a los participantes una vez cumplida su finalidad" (cláusula 10.3 del Pliego). La garantía definitiva de obra deberá aportarse en el plazo de 15 días a contar de la "notificación del acuerdo de aprobación definitiva del proyecto" (cláusula 11.1 del Pliego). Esta garantía será sustituida por la garantía de explotación (cláusula 12.1 del Pliego). Así pues, no hubo concesión, ni concesionario. El interesado incumplió uno de los trámites necesarios para que ello hubiera sido así.

Procede, pues, la incautación de la fianza provisional, que tiene por objetivo garantizar la seriedad de la oferta, de la que el interesado se separó voluntariamente. Tal efecto, por otra parte, es el que para el incumplimiento de las obligaciones formales dispone expresamente la cláusula 23 del Pliego.

IV

El 10 de agosto de 2012, el interesado presenta escrito en el que solicita la "resolución de la concesión", la devolución de la "fianza provisional" (2.505, 93 euros), y la anulación de la liquidación nº 9/2009 correspondiente al semestre "tres de septiembre de 2009 a 2 de marzo de 2010" (3.433, 60 euros).

A la primera cuestión se le ha dado respuesta en la propia Propuesta. A la segunda, no se le ha dado respuesta expresa.

Según la cláusula 9 del Pliego, los concesionarios "deberán abonar durante la vida de la concesión un importe anual que tendrá la consideración de tasa", por ocupación del dominio público (cláusula 9.1 del Pliego). El último párrafo de este

apartado dice sin embargo que “el devengo de la tasa se producirá a partir de la fecha de la formalización de la concesión” y ésta se produce después de la adjudicación. No obstante, al no haberse ni siquiera aprobado el proyecto, ni haberse efectuado el acta de replanteo, no se ha ocupado efectivamente el suelo público, por lo que no se ha producido el hecho imponible previsto en dicha tasa.

Por ello, aunque no concierna específicamente al procedimiento de extinción concesional incoado, debe darse a la interesada respuesta a la mencionada petición, en los términos señalados, si bien la liquidación a que se refiere la interesada no es una liquidación propiamente dicha, sino una Providencia de Apremio, de fecha 02.05.2012, dictada por el Tesorero del Consorcio de Tributos de la Isla de Tenerife, Administración Tributaria en la que el Cabildo Insular tiene delegada la recaudación en periodo ejecutivo de las tasas por uso del dominio público en virtud de lo dispuesto en el art. 7 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL, en adelante). En la citada providencia de apremio se señala que el fin del periodo voluntario se produjo el 05.12.2009, por lo que la liquidación tuvo que ser notificada por el propio Cabildo Insular, debiendo ser resuelto un eventual recurso administrativo contra la providencia de apremio por el órgano competente para ello (el Tesorero del Consorcio de Tributos de la Isla de Tenerife), por los motivos previstos en el art. 167.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y en los plazos y con los requisitos previstos en el art. 14.2 TRLHL, sin perjuicio de la anulación de la liquidación efectuada por el Cabildo Insular al no haberse producido el hecho imponible de la citada tasa.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto, la Propuesta de Resolución es ajustada a derecho en su parte dispositiva, sin perjuicio de las siguientes observaciones:

1. La actuación administrativa de la que trae causa debió ser una concesión y no un contrato administrativo, tal y como se tramitó (Fundamento II, punto 2, apartados B y C).
2. Existe causa tanto para la extinción de la concesión administrativa, como para la resolución del contrato concesional y la incautación de la fianza provisional constituida (fundamentos II.1 y III).

3. Debe anularse por el Cabildo Insular la liquidación del canon por el semestre girado (fundamento IV), con los efectos subsiguientes que ello conllevaría para la providencia de apremio de fecha 2 de mayo de 2012, dictada por el Tesorero del Consorcio de Tributos de la Isla de Tenerife.