



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 8 3 / 2 0 1 3

(Sección 2ª)

La Laguna, a 15 de marzo de 2013.

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 del contrato de concesión administrativa de ocupación de la zona verde en la parcela comercial M.C., otorgada a la entidad S.E., S.L. (EXP. 64/2013 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 18 de febrero de 2013, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Antigua interesa preceptivo dictamen por el procedimiento ordinario (arts. 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (CCC), de conformidad con EL art. 109.1.d) 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 del procedimiento de resolución de la concesión otorgada a la empresa S.E., S.L. (el concesionario), por “incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato”.

A la petición de dictamen acompaña Resolución de la Alcaldía, de 18 de febrero de 2013, de suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento acordada al amparo del art. 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

Con carácter preliminar, hemos de realizar dos consideraciones.

- La primera, concierne a la cita legal del art. 109.1.d) RGLCAP –que dispone el preceptivo dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma cuando se pretenda resolver un contrato administrativo con oposición del

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

contratista- que es el fundamento de la solicitud, si bien en puridad, estamos ante un contrato administrativo sino ante una concesión de dominio publico con ejecución de obra, sin perjuicio de que la misma haya sido formalizada de forma consensual.

- La segunda, concierne a la suspensión del procedimiento incoado por el tiempo que media entre la petición y la recepción del dictamen solicitado. Como ya se ha razonado en anteriores ocasiones, la norma del art. 42.5.c) LRJAP-PAC es inaplicable a la solicitud de dictamen a este Consejo pues se refiere a la petición de informes determinantes a otros órganos administrativos, condición de la que no participa este Consejo. Por otra parte, tales informes son determinantes en cuanto sirven para construir la voluntad administrativa que luego, como Propuesta de Resolución, ha de someterse a preceptivo dictamen de este Consejo. No obstante hay jurisprudencia que acepta la suspensión del procedimiento durante el plazo de emisión de los dictámenes de órganos consultivos.

2. El 31 de mayo de 2000, el Pleno aprobó el Pliego de bases para "la concesión mediante concurso de los espacios públicos ubicados en la parcela comercial Montecastillo, de la 2ª fase de la Urbanización C.C.F.", ordenándose su publicación (BOP de 7 y 12 de junio de 2000).

Según el Pliego (cláusula 6.2), el proyecto a realizar por el adjudicatario debería comprender "como mínimo (...) las obras en los dos sectores de la zona verde (jardinería de la zona, con instalación de paseos de peatones, bancos, fuentes o estanques; dos kioscos; y terrazas previstas para instalación de mesas y sillas junto al centro comercial Montecastillo); tendría un plazo de 15 años, prorrogables (cláusula 7, aunque hay una enmienda manuscrita "im" que hace dudar de este extremo) y un canon de 100.000 pts. mensuales (cláusula 8); los interesados podrían "presentar mejoras económicas a la oferta" (cláusula 12.2.1), debiendo acompañar memoria justificativa y "planos representativos de la situación, dimensiones y circunstancias de la parcela de dominio público objeto de ocupación, planos de detalle de las obras a ejecutar, presupuesto y pliego de condiciones para la ejecución de las obras" (cláusula 12.2.3); las instalaciones, conforme al proyecto "solo podrán destinarse a la prestación de los servicios objeto de la (...) concesión" (cláusula 20); finalmente, el contrato podrá resolverse por las causas previstas en los arts. 112, 168 y 169 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Publicas (LCAP).

Mediante escrito de 7 de julio de 2000, la entidad mercantil S.E., S.L., solicita tomar parte del concurso proponiendo una cantidad de 105.000 pts. en concepto de canon, "aceptando plenamente el Pliego de condiciones del concurso y las

obligaciones que del mismo deriven como concursante y adjudicatario si lo fuere". La propuesta del entonces licitador comprendía dos zonas diferenciadas ("juego de niños" y "estancia y descanso"), dos "terrazas abiertas con kioscos de bebidas" y un "núcleo de servicios para hombres y mujeres".

El 11 de julio de 2000, la mesa de contratación resolvió favorablemente y por unanimidad proponer la adjudicación de la concesión al único licitador concursante por un importe mensual, de 105.000 pts.

Por Decreto del Alcalde de 13 de julio de 2000, se procedió a la adjudicación de la concesión requiriéndose al concesionario para que en el plazo de 15 días hábiles, a contar del siguiente al de la notificación (3 de agosto de 2000, pues la notificación se produjo el 17 de julio de 2000) constituyera garantía definitiva, lo que finalmente tuvo lugar el 11 de agosto de 2000, fuera de plazo.

El contrato, que se declara expresamente sometido a la LCAP, se firmó el 18 de septiembre de 2000, cuando la cláusula 17.1 del Pliego exigía que lo fuera en el plazo de 30 días -es decir, antes del 17 de agosto- a contar desde la notificación de la adjudicación. Sin embargo, el Ayuntamiento comunicó al contratista el 11 de agosto de 2000 que por "falta de personal durante este mes de agosto no se podrá suscribir el contrato", lo que tendría lugar en la "primera quincena" del mes de septiembre, previa notificación para firma.

El 10 de febrero de 2012, el concesionario solicita licencia de obra menor para acondicionamiento de bar cafetería sito en el kiosco P-I2.

El 16 de julio de 2012, la arquitecta municipal informa que "la realidad (...) no coincide con [el (...)] objeto de la concesión".

Mediante providencia de la Alcaldía, de 29 de noviembre de 2012, se ordenó la emisión de informe técnico sobre el grado de cumplimiento del contrato de concesión. Tras visita a las instalaciones el día 11 de diciembre de 2012, se informa que las actividades que se están llevando a cabo son las de bar restaurante, bazar, locutorio y almacén; en la caseta octogonal se venden las entradas para el parque infantil y, finalmente, no se han construido los aseos previstos en la concesión.

Tales usos son contrarios tanto a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas como en el propio proyecto presentado, que sólo contemplaba la existencia de dos quioscos de bebidas, terrazas para mesas y sillas y jardinería, un área de juegos de niños y un pequeño núcleo de servicios para hombres y mujeres.

Además, los kioscos han sido ampliados [mediante "terrazas cubiertas de madera machihembrada y acabado en teja y cerradas mediante muros de bloque [(...) y paños acristalados] de modo que si la superficie construida autorizada era de 51,88 m² la superficie construida real asciende a 200,00 m² es decir, prácticamente cuatro veces más de lo permitido. Además, si la concesión disponía que el área a ocupar de zona verde era de 858 m², la ocupación real de suelo se eleva a 2.201 m² es decir, más del doble de lo permitido, rebasándose la ocupación permitida en 1.343 m².

El 11 de diciembre de 2012, la Secretaría General informa, a la vista del anterior informe técnico, que procede incoar expediente de resolución concesional. Extremo que asimismo fue considerado por la Comisión Informativa General de Asuntos Plenarios, incoándose procedimiento resolutorio por Resolución del Pleno de 18 de diciembre de 2012, siendo notificada al concesionario el 9 de enero de 2013 (recibido el 11).

El 15 de enero de 2013, la Secretaría General informa que la garantía definitiva fue constituida fuera de plazo; que el concesionario está llevando a cabo actividades no contempladas en el título y ha ampliado la superficie construida y la superficie de ocupación del suelo. Por ello, se considera que se ha incurrido en la causa de resolución contractual prevista en el art. 111.g) LCAP, proponiendo asimismo la incoación de procedimiento para la determinación de daños y perjuicios.

El 15 de enero de 2013, la Alcaldesa concede al interesado trámite de audiencia por 10 días. El 30 de enero de 2013, el concesionario formula las siguientes alegaciones: En cuanto a los usos diferentes, recuerda que el pliego (cláusula 6.1) describía las obras que "como mínimo" debía contener el proyecto, sin prohibir otras; que las actividades desempeñadas son las de la concesión, a las que se han añadido otras, autorizadas, que no son "contrarias" ni "incompatibles" con aquellas; que para uno de los kioscos PI-2 se solicitó, aportando plano de situación y croquis del lugar, y obtuvo licencia para bar cafetería (el 31 de octubre de 2005); que el parque es de uso público y que la caseta de ventas de entradas es para el minigolf "situado detrás de los kioscos, que no era objeto de la concesión y para el que se solicitó, con plano de situación y croquis del lugar, y obtuvo licencia de apertura (el 21 de febrero de 2007); que el techado de los kioscos, que se hizo para evitar las molestias causadas por el sol y el viento, "no ocupa espacio extra y es desmontable"; que la fianza se constituyó "cuando el Ayuntamiento tuvo personal disponible durante el mes de agosto"; y que ninguno de los kioscos está en la actualidad arrendado a I., S.L., no pudiendo probar un hecho negativo. Por ello, considera que

no ha habido incumplimiento de obligación esencial alguna que fuera causa de la resolución, y si así se decretara la parte tendría derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaran.

Finalmente, el informe de la Secretaría General, de 5 de febrero de 2013 -que hace las veces de Propuesta de Resolución- insiste en las anteriores razones, aunque sin detallar o aclarar algunas de las alegaciones efectuadas por el interesado, en los términos que luego se verá. Precisa, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, que las licencias concedidas no pueden implicar la renuncia por la Administración a sus potestades de comprobación del efectivo cumplimiento y mantenimiento de las condiciones para las que se otorgó la concesión, concluyendo que concurre causa de resolución por incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones esenciales, sin perjuicio de la incoación de expediente para la determinación de los daños y perjuicios de conformidad con el art. 113 RGLCAP.

II

1. La concesión debió otorgarse al amparo de las disposiciones previstas en el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado por R.D. 1372/1986, de 13 de junio (RBCL), de desarrollo de los arts. 79 a 83 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), y dictado, entre otros, al amparo de la disposición final primera de la citada Ley.

No obstante, lo cierto es que se tramitó mediante procedimiento contractual, con formulación del correspondiente Pliego de Cláusulas, disponiendo la 23, congruentemente con ello, que la concesión se resolverá por concurrir alguna de las causas previstas en los arts. 112, 168 y 169 LCAP. Se trata de un reenvío a las causas de resolución de los contratos, tratándose de ajustar al art. 90.4 RBCL, que remite a la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales la formalización de la concesión.

2. Así pues, la concesión queda sometida al Pliego, al Reglamento de Bienes y a la legislación aplicable por determinación de la Administración, incluida la resolución.

En este caso, la concesión llevaba aparejada la aprobación y ejecución de un proyecto de obras [art. 83.2.b) RBCL] que revertirían a la Administración sin costo (cláusulas 6.2 y 22.2 del Pliego). Respecto de las causas de extinción de la concesión -que el Pliego denomina de resolución-, el Reglamento de Bienes no es explícito en

este punto. El Pliego, que debe contener como mínimo lo que dispone el art. 80 RBCL, reenvía, "además de los supuestos de incumplimiento", a las causas previstas en la legislación contractual (las generales del art. 112 LCAP y las de los arts. 168 y 169, que contemplan las causas de resolución del contrato de servicio público). Del art. 112 LCAP, la causa resolutoria elegida es la prevista en el apartado g): el "incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales".

III

1. Según la Propuesta de Resolución, el concesionario ha realizado los siguientes incumplimientos: Destinar los kioscos a usos no permitidos; vender entradas para acceder al parque infantil, público; cerrar las terrazas; no haber construido la zona de servicios; haber ampliado la zona edificada; haber ocupado mayor superficie de suelo; y haber alquilado los locales. Todos estos incumplimientos dan lugar a la extinción de la concesión y a la pérdida de la garantía constituida (cláusula 25.1), sobre la que, por cierto, la Propuesta de Resolución nada dice y sobre lo que debe pronunciarse.

Por su parte, el concesionario se ha opuesto a la resolución porque entiende que: El Pliego no impedía otros usos; que las actividades desempeñadas son las de la concesión, a las que se han añadido otras, autorizadas, que no son "contrarias" ni "incompatibles" con aquéllas; el parque es de uso público; el techado y cierre de los kioscos, que se hizo para evitar las molestias del viento y del sol, no ocupa espacio extra y es desmontable; que para uno de los kioscos se solicitó y obtuvo licencia; que no existe caseta de ventas de entradas para el parque infantil, que es público; que la caseta presta servicio al minigolf "situado detrás de los kioscos, para el que se solicitó y obtuvo licencia de apertura; que la fianza se constituyó "cuando el Ayuntamiento tuvo personal disponible durante el mes de agosto"; y que ninguno de los kioscos está en la actualidad arrendado a I., S.L., no pudiendo probar un hecho negativo.

2. Se pretende resolver la concesión porque notificada la adjudicación de la concesión el 17 de julio de 2000, se le dio al concesionario 15 días hábiles para la constitución de la garantía definitiva (3 de agosto de 2000), lo que finalmente se hizo el 11 de agosto de 2000, por tanto "fuera de plazo". Sin embargo, mediante escrito de 11 de agosto de 2000 -vencido ya el plazo- el Ayuntamiento notifica al adjudicatario que "por falta de personal durante este mes de agosto" no se podría suscribir el contrato, posponiéndose la firma para la primera quincena de septiembre, previa notificación "para su firma". Luego fue el propio Ayuntamiento el

que pospuso la firma, que finalmente tuvo lugar el 18 de septiembre, fuera del plazo asignado por el propio Ayuntamiento, que incumplió lo pactado.

No cabe pues alegar esta causa de resolución.

Ya se ha expuesto que la Propuesta de Resolución nada propone sobre la incautación de la fianza constituida, aunque menciona que la Administración -que deberá recibir los bienes- deberá incoar un procedimiento de depuración de daños y perjuicios a cuya compensación se destina primariamente la citada fianza.

Debiera hacerse pronunciamiento expreso respecto de esta cuestión.

3. Respecto de los nuevos usos, el concesionario alega que la cláusula 6.1 del Pliego solo contenía las obras que "como mínimo" podía contener el proyecto a presentar por los licitadores, lo que no impedía que el licitador propusiera nuevos usos.

El concesionario parece ignorar, sin embargo, que la oferta por él presentada - que ciertamente podía mejorar las obras mínimas contempladas por el Pliego- contenía exactamente una zona de "parque infantil" -con dos zonas diferenciadas, una de bancos y otra de jardín infantil, en cada una de las cuales habría un kiosco, de 5x4, uno de los cuales será de "golosinas y derivados" y otro de "helados, pastelitos y refrescos"-; otra zona de "terrazas" y un "núcleo de servicios para hombres y mujeres".

No era lícito destinar uno de los kioscos a bar-cafetería, por ser uso contrario al Pliego. El concesionario dice que en su momento solicitó -aportando "plano de situación y croquis del lugar"- y obtuvo licencia para bar cafetería (el 31 de octubre de 2005), pretendiendo que se trataba de un uso autorizado. No se aporta copia, en el expediente remitido, de la solicitud de tal licencia.

Se significa que los usos permitidos por el Plan General en la zona demanial afectada -calificada como "sendas y zonas verdes"- eran, además de los usos propios (paseos de peatones, bancos, fuente, estanques etc.), los de "usos comerciales hasta un cierto grado, tales como kioscos de bebidas, flores, periódicos, tabacos etc.) y pequeños mercaderes". La instalación de un bar cafetería no era uno de los usos permitidos.

El kiosco del bar cafetería cuenta, además, con otros usos no previstos en el título -aunque complementarios del anterior-, como son los de "cocina y almacén", no amparados por el título concedido.

4. En el otro kiosco, la inspección girada acredita los usos de “bazar, locutorio, almacén”. Usos que tampoco estaban previstos en la concesión otorgada, por más que se trata de actividades que podrían haber sido objeto de la propuesta inicial. Se trata de un manifiesto incumplimiento de las condiciones del pliego.

El concesionario solicitó -con plano de situación y croquis del lugar- y obtuvo (el 21 de febrero de 2007) licencia de apertura para un minigolf, “situado detrás de los kioscos, que no era objeto de la concesión”. Conexo con este uso, construyó en la zona demanial concedida una caseta de venta de entradas para acceso al mismo.

Esta actividad no estaba contenida en la oferta inicial del concesionario. Su incorporación exigía la novación de la concesión por el procedimiento idóneo para ello, lo que tendría su correspondencia en el canon a abonar. Por lo demás, se lleva a cabo no en el suelo concedido sino en una zona aneja, ambas ubicadas en el “entorno de la parcela comercial de la 2ª fase de la urbanización C.C.F.”. Esta “zona” está calificada por el Plan General como “sendas y zonas verdes”.

5. En el lugar donde se ubicaba el núcleo de servicios para uso de la zona demanial concedida se construyó la caseta de venta de entradas para atender una actividad económica externa a la concesión (el minigolf), sin cobertura. Es decir, esta edificación no tiene uso complementario respecto de las actividades autorizadas. La cláusula 12.2.3 del Pliego dispone que “las obras ejecutadas conforme al proyecto “solo podrán destinarse a la prestación de los servicios objeto de la (...) concesión”.

Se trata, pues, de un incumplimiento del Pliego.

6. En cuanto a la superficie de los kioscos autorizados, la superficie construida autorizada fue de 51,88 m² mientras que la superficie construida real es de 200,00 m², incremento que se debe al cierre de los mismos con muro y paños acristalados. Tal ampliación, efecto de la realización de nuevas actividades, no resulta conforme con los términos de la concesión otorgada. Se hizo sin autorización, lo que constituye un incumplimiento manifiesto del Pliego, por más que el concesionario diga que el techado de las terrazas “no ocupa espacio extra y es desmontable”.

7. En cuanto al incremento de superficie ocupada, la misma pasó de 858 m² autorizados a 2.201 m², consecuencia de la realización de nuevas actividades ajenas al título concesional.

IV

1. Finalmente, se funda la Propuesta de Resolución en el hecho de que uno de los kioscos ha sido arrendado por el concesionario a la empresa I., S.L quien luego lo arrendó a un tercero, mientras que el otro kiosco fue arrendado por el concesionario a un "tercero, sin que en ambos casos haya habido autorización municipal". El concesionario dice que ninguno de los kioscos "está en la actualidad arrendado a I., S.L.", lo que significa que hubo arrendamiento.

La Administración debe probar el hecho de los arrendamientos. Los datos referibles a los citados arrendamientos constituirían, en efecto, graves violaciones del pacto concesional, tanto por arrendar como por ceder el arrendamiento a un tercero, en ambos casos sin autorización y quebrando la obligación básica del concesionario, que es ser titular, de hecho y de derecho, de la concesión.

2. No podemos dejar de destacar el hecho de cómo los incumplimientos de la legalidad han podido ser consentidos. Llama la atención el poco celo de la Administración, más aún cuando la Administración se reservó la designación de director de obra que habría de dirigir e inspeccionar las obras y su adecuación al proyecto.

Igualmente sorprende que unas instalaciones ilegales hayan podido funcionar durante años, a la vista de todos, incluidos funcionarios y autoridades municipales que, concedores del alcance de la concesión, no han actuado ante la evidencia de los excesos del concesionario.

El respeto a la legalidad se produce cuando faltan dos años para la extinción natural de la concesión -13 de julio de 2015-; y además la extinción se acuerde sin pronunciamiento expreso sobre la fianza constituida.

CONCLUSIONES

De acuerdo con los Fundamentos del Dictamen:

1. Hay causa suficiente para extinguir la concesión otorgada. Desde esta perspectiva, la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.

2. Los usos no autorizados en el suelo concedido, la ampliación no autorizada de las instalaciones, la no construcción de una instalación propuesta (servicios); el uso de una instalación para fines no concedidos (caseta de entradas); y el arrendamiento

y cesión de las instalaciones a terceros constituyen incumplimientos graves del título concedido que amparan su extinción. Debiendo pronunciarse sobre la incautación de la fianza.