



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 1 6 / 2 0 1 4

(Sección 2ª)

La Laguna, a 11 de septiembre de 2014.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Antigua en relación con la *resolución del contrato de concesión administrativa de ocupación de zona verde en la Urbanización (...), adjudicado a la entidad "(...)" mediante Acuerdo plenario de 9 de agosto de 1997 (EXP. 279/2014 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 3 de julio de 2014, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Antigua solicita preceptivo dictamen, por el procedimiento ordinario, en relación con la resolución del "Contrato de concesión administrativa de ocupación de zona verde en la Urbanización (...)", adjudicado a la entidad (...) (el concesionario) mediante Acuerdo plenario de 9 de agosto de 1997.

Tal solicitud se entiende fundada en 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), conforme a los cuales es preceptivo, que la Alcaldesa solicite el dictamen de este Consejo cuando se trate de "extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario", como en efecto consta.

En el escrito de solicitud de dictamen se indica, asimismo, que por Resolución del Alcalde de 3 de julio de 2014 se acordó la "suspensión del transcurso del plazo máximo legal para resolver el citado de la concesión", al amparo, se entiende, del art. 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)). Sin embargo, como ya se ha dicho en anteriores ocasiones, la norma del art. 42.5.c) de la citada ley es inaplicable a la solicitud de dictamen a este Consejo, pues tal

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

precepto se refiere a la petición de informes determinantes a otros órganos administrativos, condición de la que no participa este Consejo. En relación con ello, debe recordarse que este Consejo no es órgano consultivo del Gobierno ni de su Administración, sino de la Comunidad Autónoma, a diferencia de otros Consejos Consultivos, posición institucional que determina que el antedicho precepto legal de la Ley 30/1992 no pueda ser aplicado en los términos en que se pretende. Es por ello por lo que los dictámenes del Consejo no son “determinantes” de la voluntad administrativa que luego, como Propuesta de Resolución, ha de someterse a preceptivo dictamen de este Consejo. Es decir, el Consejo interviene una vez que esa voluntad ha sido ya configurada, no antes, y por eso su dictamen no es uno de esos informes que permiten la suspensión del procedimiento.

2. Aunque no se concreta el régimen jurídico aplicable, la concesión se otorgó al amparo de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), y 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 LRBRL. Tales disposiciones constituyen su régimen jurídico de primer grado (art. 1.1 RBCL); el de segundo grado, lo constituye la legislación básica del Estado en materia de régimen jurídico de bienes de las Administraciones Públicas constituido actualmente por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), aunque el aplicable al tiempo de la adjudicación lo constituye la Ley 89/1962, de 24 de diciembre, de Bases del Patrimonio del Estado, y Texto Articulado, aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril), y su Reglamento de desarrollo, aprobado por R.D. 1373/2009, de 28 de agosto.

Tal régimen jurídico patrimonial es el que se debe aplicar también cuando de extinguir -que no resolver- la concesión se trata. Lo que significa que no estamos en presencia de una resolución de contrato administrativo, por más que la concesión se formalice mediante la firma de un contrato y aunque la legislación patrimonial remita en ocasiones a la contractual.

El procedimiento de *resolución* incoado se fundamenta en las causas de resolución de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), que se considera de aplicación supletoria por la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público [Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, LCSP], dadas las lagunas del pliego. Sin embargo, por muchas similitudes que haya entre las legislaciones patrimonial y

contractual, el régimen jurídico que debemos seguir en primer lugar es el patrimonial, no el contractual.

Ha de señalarse que la concesión -de dominio público y no de servicio público, a cuyo Reglamento se hace referencia indebidamente en la Propuesta de Resolución- fue adjudicada antes de la entrada en vigor de la Ley 33/2003, que se produjo el 4 de febrero de 2004 (disposición final sexta LPAP). Por lo que atañe al régimen concesional, esta Ley contiene sendas disposiciones transitorias relativas a la improrrogabilidad de las concesiones concedidas por un plazo mayor de 75 años (primera) y a los expedientes patrimoniales que se encuentren en tramitación, que se someterán a la nueva Ley (tercera). La anterior legislación patrimonial, derogada, carece pues de ultraactividad, más allá del hecho de que los actos de trámite dictados a su amparo siguen vigentes en tanto no se opongan a la nueva Ley, que sería la aplicable. Lo que significa que en primer lugar deben aplicarse las determinaciones de la Ley de Bases de Régimen Local, su Reglamento de Bienes, así como las vigentes Ley y Reglamento de Patrimonio, y solo supletoriamente la legislación contractual.

En todo caso, al margen de lo expuesto, ambas legislaciones -la contractual y la patrimonial- contemplan las mismas causas que en este caso se alegan para fundar la extinción de la concesión.

II

1. El 8 de mayo de 1996, (...), en nombre y representación de (...) presenta solicitud de autorización "para la ejecución de zona verde en la urbanización (...)". El Pleno, en sesión de 20 de mayo de 1997, aprueba inicialmente la obra solicitada; faculta al Presidente para negociar las condiciones; y dispone que tras ello sea traída al Pleno la propuesta definitiva.

El 24 de diciembre de 1996, se aprobó el pliego de bases reguladoras para la concesión, por concurso, de ocupación de zona verde en la Urbanización (...), modificando la duración del plazo que de cincuenta años pasa a "cuarenta".

En el B.O.P. de 14 de julio de 1997, se procede a la publicación del pliego, que fija la duración de la concesión en "veinticinco años", modificándose los términos del acuerdo plenario (cuarenta).

El 24 de julio de 1997, (...), en nombre y representación de (...), presenta oferta.

Por Acuerdo plenario de 9 de agosto de 1997, se adjudicó a la entidad (...) la indicada concesión, sin que conste el ejercicio del derecho de tanteo a favor de (...) -persona distinta aunque tengan la misma representación- a que hace referencia el art. 88.1 RBCL.

El contrato administrativo se suscribió el 26 de abril de 1998, sin que se haya cumplimentado previamente la constitución de la fianza definitiva.

El 14 de abril de 2000, se firma el acta de recepción de las obras.

El 25 de abril de 2013, el Alcalde ordena que se gire visita de comprobación y se informe sobre el "estado actual" de las instalaciones de la concesión a fin de comprobar si se está dando cumplimiento debido al contrato suscrito. El 28 de mayo de 2013, emite informe el arquitecto municipal que señala que "no existe la red tridimensional" propuesta. El 26 de junio de 2013, el Tesorero informa que se ha dado cumplimiento al pago del canon pero que "no consta depósito de aval en concepto de garantía definitiva".

El 11 de julio de 2014, el Alcalde interesa se informe sobre "la persona física o jurídica que explota la concesión administrativa de explotación de zona verde". El 15 de julio de 2013, la Policía Local informa que el kiosko denominado (...) fue cedido por el concesionario a (...), que es quien lo regenta. [No parece que un kiosko (uno de los fines afectos a las instalaciones de la concesión) pueda amparar el "comercio menor de aparatos domésticos y (...) prendas de vestir y tocado"]".

El 28 de agosto de 2013, se propone la incoación de expediente de resolución de la concesión administrativa, por la falta de constitución de garantía definitiva y por cesión no autorizada de local afecto a la concesión, informe que asume la Comisión de Hacienda y Patrimonio el 19 de septiembre de 2013.

El Pleno, por Acuerdo de 26 de septiembre de 2013, ordenó la incoación de expediente de *resolución* de concesión administrativa otorgada y, al propio tiempo, concedía trámite de audiencia a la entidad concesionaria (notificado el 15 de octubre de 2013) y demás interesados ((...)) en el expediente administrativo (24 de octubre de 2013). El 25 de octubre de 2013, (...), en representación de la concesionaria, alega no haber lugar a la resolución de la concesión administrativa.

Por Acuerdo plenario de 29 de mayo de 2014, se declaró la caducidad del expediente de resolución de la indicada concesión y se incoó nuevo procedimiento de *resolución*, concediéndose audiencia por diez días al concesionario y demás interesados ((...)).

El 12 de junio de 2014, el concesionario presenta escrito de alegaciones y solicita se declare no haber lugar a la *resolución* de la concesión administrativa, formulando oposición a la misma.

El 3 de julio de 2014, se emite informe por el que se desestiman las alegaciones del concesionario y declara la resolución de la concesión y la incautación de la garantía provisional constituida.

2. La extinción concesional se basa en dos causas: Que el concesionario no depositó la garantía definitiva y que cedió parcialmente, mediante arrendamiento, el uso de una instalación afecta a la concesión a un tercero sin la preceptiva y previa autorización administrativa.

Según el concesionario, no depositó la definitiva "por depender su cálculo, en parte, del Ayuntamiento, faltando además el requerimiento administrativo para su constitución "por parte del Ayuntamiento". Además, "el contrato permitía la cesión a terceros del contrato siempre que se mantuviera la unidad de explotación del conjunto, requisito que se ha cumplido en todo momento"; la concesión "se rige por lo establecido en el pliego y en el contrato y no por la Ley 13/1995"; que el pliego "no recoge las infracciones y sanciones cuya inclusión exige el art. 115.12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales"; las "causas de resolución alegadas no tienen el carácter de esenciales y no se hallan previstas en la Ley 13/1995"; y que ha habido "conculcación del principio de buena fe y confianza legítima".

La Propuesta de Resolución señala que el pliego de bases establecía expresamente que "la garantía definitiva será del tres por ciento del valor que dé la suma del valor del dominio público a ocupar más el precio de las obras a ejecutar". Tal obligación correspondía al adjudicatario, sin necesidad de requerimiento municipal alguno, de conformidad con el art. 42.1 LCAP. A mayor abundamiento, el "contenido del proyecto a presentar" por el licitador, el pliego exigía [letra d)] que debía contener "valoración de la parte de dominio público que se ocupa, como si se tratase de bienes de propiedad privada".

De conformidad con lo establecido en el art. 122.d) LCAP, es causa de resolución del contrato la falta de constitución en plazo por el contratista de la garantía definitiva.

Por otra parte, la Propuesta considera que ha quedado acreditado que uno de los kioscos afectos a la concesión actualmente es regentado por tercero ajeno a la concesión, sin que conste en el expediente consentimiento municipal alguno para tal cesión, como reconoce asimismo el concesionario en sus alegaciones. El hecho de que el contrato incluyera la posibilidad de ceder alguna de las actividades a terceros no exime “al contratista del cumplimiento con los requisitos exigidos para ello”, de conformidad con lo previsto en el art. 115.1 y 2 LCAP, que contempla tal posibilidad “siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato”, que el “órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión”, y que “el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato, o realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si éste fuese de gestión de servicios públicos”. Finalmente, se exige que el “cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia exigible de conformidad con los arts. 15 a 20, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente”; y que “se formalice la cesión, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública”. Requisitos que ninguno de los cuales se ha cumplimentado.

En suma, la Propuesta considera que se han incumplido “obligaciones contractuales esenciales” [art. 112.g) LCAP] y no meramente “accesorias”, sin que se haya dado quebranto alguno -como alega el concesionario- de los principios de buena fe y confianza legítima, pues las obligaciones incumplidas “venían exigidas en el propio pliego de bases” y el Ayuntamiento “nunca autorizó la cesión a terceros de parte de la concesión, ni hubo comunicación alguna por parte del contratista en tal sentido”.

III

1. El concesionario incumplió sendas obligaciones contempladas en el pliego. No constituyó la garantía definitiva ni solicitó autorización para la cesión parcial de la explotación objeto de la concesión. Es cierto, y tanto por la legislación contractual como por la patrimonial lo que procede es la extinción de la concesión.

El art. 42.1 LCAP dispone que “el adjudicatario debe acreditar en el plazo de quince días hábiles, contados desde que se le notifique la adjudicación del contrato, la constitución de la garantía definitiva (...)”. De no cumplirse este requisito por causas imputables al adjudicatario, la Administración declarará resuelto el contrato”. Luego, no se requiere intimación por parte de la Administración. Se trata de una

obligación existente en el pliego que debía ser cumplida, estando el adjudicatario sometido, como suscribió, al pliego de condiciones (apartado cuarto del contrato suscrito). La alegación del concesionario de que debía ser la Administración la que debía requerir tal constitución -por la necesidad de determinar el valor del terreno de dominio público afecto a la concesión- no se sostiene porque en el apartado d) del "contenido" del proyecto se indicaba que el licitador debía valorar "la parte de dominio público que se ocupa como si se tratara de bienes de propiedad privada". No se precisaba, pues, valoración administrativa alguna de la que dependiere la constitución de la garantía definitiva. La valoración dependía en exclusiva del adjudicatario, pues el pliego aportaba los elementos que permitía su cuantificación ("3% del valor que de la suma del valor del dominio público a ocupar más el precio de las obras a ejecutar").

Por lo que atañe a la no autorización de la cesión parcial de las instalaciones de la concesión (uno de los kioscos), hay que reconocer la corrección formal de la propuesta resolutoria.

No es cierto, como alega el concesionario, que sus obligaciones son las que resultan del pliego y el contrato pero no de la ley de contratos, no siendo "necesaria ni recomendable la inclusión en los pliegos (...) como obligaciones contractuales las impuestas directamente por las diferentes normas jurídicas" (informe de la JCCA de 23 de julio de 2010). Aunque no es menos cierto que tanto el pliego como el contrato están ayunos de toda referencia al régimen jurídico aplicable en este caso. Se trata en efecto del incumplimiento de una obligación que se encuentra en la legislación contractual y patrimonial, aunque tampoco se puede ignorar que se pretende hacer frente al mismo después de que durante 14 años la Administración no se hubiera percatado de ello. Al fin y al cabo, no procede calificar tal incumplimiento como de "obligaciones contractuales esenciales", pues al margen de que tal causa resolutoria es autónoma respecto de las dos alegadas, la misma solo procede si así se contempla expresamente en el contrato o tal condición se desprende de su naturaleza, aunque, en efecto, se trata de obligaciones previstas en el pliego.

2. Los incumplimientos existieron y hay causas para la *resolución* (extinción) concesional, aunque "el efecto puede verse moderado en función de las circunstancias concurrentes" (Dictamen del Consejo de Estado de 1 de marzo de 1990). De hecho, es la "presunción de imposibilidad de cumplimiento por el

contratista (el que) justifica que la Administración utilice la opción" resolutoria (STS de 17 de junio de 1991)

Por otra parte, tales incumplimientos no han podido pasar desapercibidos por la Administración; incluso los consintió (recepción de canon y licencia de apertura de 8 de febrero de 2002), por lo que la incoación del procedimiento resolutorio a los 14 años del incumplimiento de obligaciones formales no parece que sea la mejor forma, ni la única, de salvaguardar los intereses públicos. Es algo que se deberá valorar adecuadamente.

Se recuerda, además, que el concesionario ha cumplido con su obligación de pago de canon y que las instalaciones existentes son las autorizadas (salvo la red tridimensional), cuya instalación, por cierto, debió requerirse.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se estima ajustada a Derecho, sin perjuicio de las observaciones que se hacen en el Fundamento III.