



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 3 9 / 2 0 1 5

(Sección 2ª)

La Laguna, a 24 de abril de 2015.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Antigua en relación con la *Propuesta de Resolución de la revisión de oficio del contrato de concesión administrativa para la ocupación de zonas verdes en la 1ª Fase de la Urbanización E.C.C.F. (EXP. 109/2015 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 16 de marzo de 2015, con entrada en este Consejo el día 23, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Antigua interesa preceptivo dictamen por el procedimiento ordinario, de conformidad con los arts. 11.1.D.b), 12.3, y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con *“el expediente de interpretación del contrato de concesión administrativa para la ocupación de zonas verdes en la 1ª fase de la urbanización E.C.C.F.”*, aunque, en puridad, se trata de una Propuesta de Resolución por la que se desestiman las alegaciones efectuadas por la parte *y se acuerda la nulidad de pleno derecho* de *“los acuerdos plenarios de 25 de marzo de 1997, por el que se aprobaba el pliego de condiciones regulador del concurso para la concesión de zona verde en la urbanización E.C.C.F.; de 25 de junio de 1997, por el que se acordaba convocar concurso para la concesión privativa de la mencionada zona verde; así como del adoptado en sesión del 9 de agosto de 1997 por el que se adjudicaba el concurso correspondiente a la zona verde a favor de la oferta presentada por I.C.D., S.L; y finalmente del acuerdo plenario de 28 de mayo de 2008 por el que se estimó el cambio de titularidad de la concesión administrativa de ocupación de zonas verdes a favor de la entidad B.H.C., S.L.”*

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

2. Es aplicable al presente procedimiento la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (R.D. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre)

3. Del expediente remitido se desprenden los siguientes antecedentes:

- Por acuerdo plenario de fecha 25 de marzo de 1997, se aprobó el pliego de bases reguladoras para la concesión de ocupación de zona verde en Caleta de Fuste, acordándose por el mismo órgano la convocatoria del concurso el 25 de junio de 1997. Entre otros contenidos, el pliego disponía un canon del "2% de los ingresos brutos de la actividad" y una duración de "veinticinco años". Publicado el pliego en el BOP de 11 de junio de 1997, el plazo que se hace constar es de "cuarenta años".

- Con fecha 10 de julio de 1997, se presenta oferta para participar en el concurso por parte de S.B.O. en representación de la entidad I.C.D., S.L., sin que figure el registro de entrada en el escrito presentado.

- Por acuerdo plenario de 9 de agosto de 1997, se adjudicó la concesión administrativa a la entidad I.C.D., S.L., de acuerdo con las condiciones ofertadas en su propuesta, por plazo de cuarenta años y con un canon del 2% de los ingresos brutos de la actividad.

- El 12 de enero de 2001, se requiere a la concesionaria para que aporte la garantía definitiva por importe de 2.973.709 pesetas (17.872,35 €), siendo aportada el 19 de marzo de 2001.

- El 2 de mayo de 2001, se formalizó el contrato correspondiente estableciéndose en el mismo un plazo de cuarenta años a partir de la suscripción del contrato, y un canon de 200.000 pesetas mensuales (1.202, 24 €), distinto del que figura en el pliego y en la oferta del contratista.

- El 21 de octubre de 2003, el contratista solicita la devolución del aval presentado como garantía definitiva, a lo que el Ayuntamiento le comunica que no procede su devolución hasta que finalice el plazo de la concesión otorgada.

- El 27 de marzo de 2008, el contratista solicita cambio de titularidad de la concesión por absorción por parte de la entidad B.H.I.P.C., S.L. de la mercantil I.C.D., S.L., según escritura que se adjunta a la solicitud, que se informa favorablemente el 10 de abril de 2008, siendo autorizado el cambio por acuerdo plenario de 28 de mayo de 2008.

- El 8 de abril de 2008, se emite informe acreditativo de que el concesionario tiene abonado el canon hasta el 4º trimestre de 2006, debiendo ser Recaudación quien informe sobre el canon recaudado a partir del ejercicio 2007.

- El 25 de abril de 2013, la Alcaldía dispone que por el Arquitecto Municipal, acompañado de la Policía Local, se gire visita de comprobación de las instalaciones correspondientes a la concesión administrativa a fin de comprobar que se ha dado cumplimiento al contrato adjudicado.

- Con fecha 5 de mayo de 2013, se remite reportaje fotográfico por la Policía Local de las instalaciones citadas. El 14 de mayo de 2013, se emite informe por el Arquitecto Técnico Municipal sobre las instalaciones existentes en la zona verde objeto de la concesión administrativa otorgada, dejando constancia que "(...) se ha ocupado 1.722 m2 menos de zona verde con respecto al proyecto básico (...) objeto de la concesión (7.700 m2 – 5.978 m2 = 1.722 m2); "se ha edificado 11,55 m2 menos de superficie construida con respecto a la concesión"; "el parque lúdico familiar ha reducido su oferta de juegos únicamente a minigolf, variando significativamente con respecto a las instalaciones lúdicas"; y "la zona verde reflejada en el PGOU tiene una superficie total de 12.600 m2, de los cuales 5.978 m2 se están usando de minigolf de 18 hoyos y los restantes 6.622 m2 se están ocupando por jardines de los complejos turísticos B.F. y B.C. (...)".

- Por acuerdo plenario de fecha 23 de julio de 2013, se incoa procedimiento para resolver el contrato de concesión administrativa, a lo que se opone la concesionaria mediante alegaciones presentadas el 19 de agosto de 2013. Solicitado el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo, se emite el Dictamen 363/2013 que se pronuncia en sentido desfavorable a la resolución del contrato de concesión, al no considerar la propuesta conforme a Derecho.

- El 30 de enero de 2014, se acuerda por el Pleno declarar la caducidad del expediente de resolución de la concesión administrativa. Por acuerdo plenario de 18 de septiembre de 2014, se incoa procedimiento de revisión de oficio del expediente de concesión, que se declara nuevamente caducado por acuerdo del Pleno de 29 de enero de 2015. Mediante acuerdo plenario de fecha 29 de enero de 2015, se incoa nuevamente el procedimiento de revisión de oficio del expediente de concesión administrativa.

3. Ha de señalarse que durante todo el procedimiento, tanto cuando fue resolutorio como ahora de revisión de oficio, se ha dado traslado a la interesada de

cuantos documentos afectaban a su derecho, habiendo formulado esta durante la tramitación varios escritos de alegaciones. Sucintamente, la concesionaria alega que han pasado ya más 14 años desde la adjudicación; la responsabilidad del concurso y de la previa cesión de suelo eran del Ayuntamiento; los usos dados al suelo eran coherentes con su condición de zona verde; su mantenimiento y cuidado ha sido asumido en exclusiva por la concesionaria; en caso de proseguirse con las actuaciones, tendría derecho a ser indemnizada por los costes de mantenimiento y de despido de trabajadores así como por el lucro cesante y a devolución de las cantidades entregadas en concepto de canon; *quizás* la concesión ha tenido cambios, pero han sido realizados dentro del contrato "cuyo objeto de fondo no ha variado"; los efectos de tales cambios nunca han estado ocultos pues la zona se ha utilizado pacíficamente durante mucho tiempo; el Ayuntamiento no les ha requerido actuación alguna hasta la fecha, por lo que la revisión de oficio sería atentatoria de la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares y las leyes. Por todo ello solicita una indemnización de 2.816.377 euros.

Todas estas alegaciones han tenido respuesta desestimatoria durante el procedimiento, y nuevamente la han tenido en la Propuesta de Resolución que se dictamina.

4. Como se dijo, el asunto de referencia fue en su momento sometido a conocimiento de este Consejo, quien dictaminó la inadecuación jurídica de la entonces Propuesta de Resolución por la que se pretendía resolver el contrato de concesión, por cuanto, además de que "el procedimiento resolutorio no se había completado en cuanto a su instrucción", "si la concesión incurre en nulidad es un incidente previo al resolutorio".

Las razones aducidas en el dictamen emitido concernían tanto al procedimiento resolutorio incoado como a los propios hechos en los que se pretendía sostener tal pretensión. Desde el primer punto de vista: "La Propuesta de Resolución que acompaña a la solicitud de dictamen no contiene una descripción total de incidencias generadas con ocasión de la tramitación del procedimiento matriz y el resolutorio que se tramita"; "se solicita el dictamen sin haber concluido el procedimiento resolutorio (...)"; el "Resuelvo -lugar donde se concretan las pretensiones o facultades ejercidas- no dispone expresamente la resolución del contrato"; y "tampoco se resuelve la incautación de la fianza definitiva por concurrir culpa del contratista, consecuencia de toda resolución contractual culpable [arts. 114.4 y 44.c) LCAP]".

Tales consideraciones llevaron a que este Consejo precisara que:

«(...) Sin perjuicio de lo anterior y sin prejuzgar lo que en su momento pueda dictaminar este Consejo Consultivo, el informe de la Secretaría de 5 de septiembre de 2013 precisa que no procede acordar la reversión de las instalaciones *al Ayuntamiento "por tratarse de un terreno de titularidad privada, sin perjuicio de la necesaria e inmediata puesta en marcha de los mecanismos de gestión urbanística que garanticen la titularidad pública demanial*. Luego se está admitiendo una eventual concesión contraria a Derecho, pues no se puede otorgar concesión sobre suelo privado ajeno, siendo nulas las concesiones "que se otorgaren sin las formalidades que se establecen en los artículos siguientes" (art. 81 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado por R.D. 1372/1986, de 13 de junio, RBCL), de lo que resulta que la concesión es título que legitima la "ocupación privativa y normal de dominio público" (art. 82 RBCL).

Según la entidad interesada manifestó en su escrito de alegaciones el Ayuntamiento sacó "a concurso la explotación de un suelo que hasta la fecha no ha sido cedido al Ayuntamiento de Antigua y que sigue siendo propiedad de una sociedad mercantil. No conforme con esto, el suelo de referencia en la actualidad no segregado de la finca matriz, es de titularidad privada y perteneciente a (la interesada)".

(...) el Secretario General informa que "un contrato de concesión ha de partir necesariamente de la titularidad municipal de un bien de dominio público", por lo que si "el suelo en que iban las instalaciones [es (...)] de titularidad privada de la concesionaria [ello (...)] entraña una eventual contradicción».

El Consejo Consultivo no puede suplantar la voluntad administrativa de los órganos que instruyen y proponen la resolución de un determinado procedimiento en el sentido que estimen más adecuado a la ley y a los intereses generales cuya defensa tienen encomendados. No obstante lo cual, esta institución, en su deber de cumplir con la triple función constitucional que tiene asignada -defensa de la legalidad, de la corrección del procedimiento y de los derechos e intereses de quienes son parte de ellos mismos- ha considerado oportuno en ocasiones, como en este caso, alumbrar determinados aspectos de la instrucción y de los antecedentes a fin de que la propuesta que finalmente se formule esté debidamente fundada en Derecho.

En este caso concreto, además de ciertas consideraciones relativas a la legislación contractual aplicable, este Consejo finalizó diciendo en el citado dictamen que:

«que “lógicamente, si se estimara que concurriera esta causa de nulidad -antes en el tiempo que la resolutoria que se alega- se debería pasar por sus efectos, comenzando con la no procedibilidad del procedimiento resolutorio. La lógica consecuencia de ello es que, con carácter previo, debe aclararse la naturaleza jurídica del suelo afectado desde la constitución de la concesión hasta este momento».

La nueva Propuesta de Resolución se pronuncia por la nulidad del contrato, que funda en el concurso de las causas de nulidad previstas en el art. 62.1.c) y e) de la Ley 30/1002, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), según las cuales son nulos los “actos de contenido imposible” y aquellos que hayan sido dictados “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.

Según la Propuesta de Resolución, el primero de los vicios planteados responde a que “se ha otorgado una concesión administrativa en un suelo privado, cuya titularidad corresponde a la propia concesionaria, lo que origina una imposibilidad material originaria en la adjudicación, puesto que no existía ni existe físicamente el suelo de dominio público sobre el que recae. Es requisito fundamental para que exista una concesión administrativa que se otorgue sobre bienes demaniales”.

En cuanto a la segunda de las causas de nulidad señaladas, “parece evidente que se ha prescindido de trámites esenciales, en concreto de la incorporación de los bienes inmuebles en cuestión al patrimonio municipal, en la condición de bienes de dominio público según corresponde a su destino urbanístico, con carácter previo a la convocatoria de la licitación destinada a la adjudicación de una concesión demanial. Se ha prescindido, por lo tanto, de todos los mecanismos de gestión urbanística tendentes a la materialización de las cesiones obligatorias y gratuitas derivadas de la legislación urbanística, en favor del Ayuntamiento y se ha seguido el procedimiento previsto para la concesión del uso privativo de bienes de dominio público cuando tales bienes no existían jurídicamente como tales por no ser ni tan siquiera de propiedad municipal (...)”.

5. La Propuesta de Resolución propone acordar la suspensión del transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento, al amparo de lo previsto en el

artículo 42.5.c) LRJAP-PAC, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del dictamen del Consejo Consultivo.

Es preciso señalar que no procede que con la solicitud del preceptivo dictamen de este Organismo se acuerde [al amparo del art. 42.5.c) LRJAP-PAC] la suspensión del procedimiento resolutorio, porque este Consejo Consultivo no es propiamente un órgano de la Administración activa de carácter asesor. Es un órgano de control preventivo externo de la actuación administrativa proyectada, que interviene justo antes de dictarse la Resolución del correspondiente procedimiento [arts. 1.1, 3.1 y 22 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, y arts. 1.1 y 2,3, y 7, 50.2 y 53.a) de su Reglamento de Organización, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio].

Tampoco cabe confundir el dictamen con un informe administrativo, incluido el que eventualmente debe emitir el Servicio Jurídico de la Administración actuante ni, desde luego, con los informes que procede emitir en fase de instrucción del procedimiento a los fines que le son propios [arts. 42.5.c) y 82 y 83 LRJAP-PAC]. (DCCC 304/2013, 363/2013, 389/2013, 427/2013 y 151/2014, entre otros).

II

1. Respecto a la causa del art. 62.1.c) LRJAP-PAC, se ha de señalar que por acto de contenido imposible no se entiende su imposibilidad jurídica porque esta es ilegalidad en general. La imposibilidad del contenido de un acto es la natural, física y real y, además, de carácter originario. También se consideran actos de contenido imposible aquellos actos de contenido contradictorio en los que la aplicación de uno de sus elementos anula el efecto requerido por otro, sin que por consiguiente sea posible su aplicación simultánea; o aquellos que por su ambigüedad e ininteligibilidad no sean aplicables. En definitiva la imposibilidad de un acto que lo hace nulo es la imposibilidad lógica o la material originaria (DCC 406/2013).

La imposibilidad a que se refiere la ley "es de carácter material o físico; o que resulten inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen, pero no imposibilidad legal. La jurisprudencia ha equiparado este motivo de nulidad en algunos casos a la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto; o por encerrar una contradicción interna en sus términos (DCC 28/2014).

No se puede constituir una concesión de dominio público sobre suelo de dominio privado. Es una contradicción esencial, un *imposible* que va más allá de la mera ilegalidad a combatir por el procedimiento de lesividad, como pretende el concesionario. Se trata desde luego de un vicio que determina la nulidad no solo del contrato -que, por cierto, no se incluye en el resuelto- sino de toda la instrucción previa desde el acuerdo plenario que aprobó el pliego de bases, por ser nula la inicial disposición de un suelo que por no ser demanial era indisponible por la Administración, sin perjuicio de que parte de ese suelo sería municipal una vez se recepcionara la urbanización y se hicieran efectivas las exigibles cesiones.

En relación con ello, ha de señalarse que ni siquiera está clara la superficie realmente afectada por una y otra clase de usos. Así, en el pliego aprobado se dice que la superficie afectada por la concesión a constituir era de “siete mil setecientos metros cuadrados”, y así se publica en el BOP y consta en la valoración del dominio público afectado realizada por el entonces licitador (3.000 pts. m2 sobre la superficie de la concesión de 7.700 m2). El contrato solo habla de “concesión privativa de uso de parcela de dominio público” sobre “zonas verdes” sitas en la primera fase de la urbanización el E.C.C.F., con remisión al pliego aprobado. Por su parte, el informe de 14 de mayo de 2013 manifiesta que la zona verde completa tiene una superficie de 12.600 m2 y que de los 7.700 m2 licitados se han ocupado 5.978 m2 para el minigolf (que no tiene los 9 hoyos previstos sino 18 hoyos) y que los restantes “6.622 m2 se están ocupando por jardines de los complejos turísticos” del concesionario.

2. En cuanto al concurso de la segunda causa revisora alegada, su apreciación implica que “no basta con que se haya incurrido en la omisión de un trámite del procedimiento, por esencial y trascendente que sea, sino que es absolutamente necesario que se haya prescindido *total y absolutamente* del procedimiento legalmente establecido para ello, de tal forma que se produce una clara, manifiesta y ostensible omisión de dicho procedimiento, con ausencia de trámites sustanciales (SSTS de 4 de enero de 1983, 21 de marzo de 1988, 12 de diciembre de 1989, 29 de junio de 1990, 22 de marzo de 1994, 15 de octubre de 1998, 17 de marzo de 2000, 26 de marzo de 2001, entre otras)” (DCC 402/2013).

Según una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, “para declarar la nulidad en la omisión del procedimiento legalmente establecido han de concurrir los requisitos, como sostiene la Sentencia de 15 de octubre de 1997, de esta Sala y jurisprudencia precedente (desde la Sentencia de 21 de marzo de 1988) que dicha infracción ha de ser clara, manifiesta y ostensible, lo que supone que dentro del

supuesto legal de nulidad se comprendan los casos de ausencia total del trámite o de seguir un procedimiento distinto (...)” (véase, por todas, la STS de 15 de marzo de 2005) (DCC 96/2014).

La Propuesta de Resolución considera que en este caso “se ha prescindido (...) de todos los mecanismos de gestión urbanística tendentes a la materialización de las cesiones obligatorias y gratuitas derivadas de la legislación urbanística, en favor del Ayuntamiento y se ha seguido el procedimiento previsto para la concesión del uso privativo de bienes de dominio público cuando tales bienes no existían jurídicamente como tales por no ser ni tan siquiera de propiedad municipal (...)”. Es decir, la materialización de la cesión se ha hecho por vía de una disposición del suelo cuando esta disposición es requisito previo a aquella disposición, lo que en sentido lato sería una vulneración total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

No obstante, ningún obstáculo habría en considerar tal efecto como lógica consecuencia de la condición inicial de haberse hecho un negocio jurídicamente imposible, condición que ya poseía el primero de los actos del procedimiento (aprobación del pliego), vicio que se transmitiría a todos los actos posteriores.

En efecto, ha de recordarse en este punto que el pliego aprobado fue modificado en la publicación del mismo en el BOP y luego, una vez más, en el propio contrato. Ha habido, pues, sendas modificaciones sustanciales del pliego aprobado sin seguirse el procedimiento legalmente establecido en aspectos claves como son el canon a abonar y la duración de la concesión, con lesión no solo de la legalidad y de los intereses públicos en juego sino también de los posibles terceros interesados.

No obstante, tales actos también están afectados por la causa de nulidad original, la que concierne al contenido imposible, por lo que esta causa por si sola es bastante para sustentar la nulidad radical de cuanto se ha actuado a partir de la aprobación de las bases de la licitación.

III

1. Dicho lo anterior, no se puede ocultar que cuanto ha sucedido ha sido posible por la inacción administrativa.

En primer lugar, no recibiendo las obras de urbanización, en suma, por no ejercer las potestades que en la materia de ordenación urbana le confiere la ley, lo que motivó que se actuara al margen de la misma con los consabidos efectos. En

segundo lugar, modificándose el pliego aprobado, primero en el BOP y luego en el propio contrato, sin constancia alguna de documento o trámite que justificara o avalara la causa y necesidad de tales modificaciones. En tercer lugar, sin ejercer las potestades de inspección y control de la concesión desde que fuera concedida, ni siquiera cuando se autorizó un cambio de titularidad por absorción de la mercantil adjudicataria.

Fue en el año 2013 (el pliego se aprobó el 25 de marzo de 1997) cuando se tomó razón del estado y grado de cumplimiento de la concesión. De la inspección realizada y del informe emitido se desprenden diversos incumplimientos: superficies y usos afectos a la concesión; disminución de la oferta licitada y concedida; y, sobre todo, que la superficie liberada estaba afectada a los "jardines de los complejos turísticos B.F. y B.C.

Este mal quehacer contó con la necesaria participación del propio concesionario, pues verbalmente se convino en modificar los términos de la concesión y se dispuso como público lo que era privado. Fue por ello que este Consejo dictaminó que con carácter previo a cualquier acción administrativa debía aclararse la naturaleza del suelo afecto a la concesión. Nada de esto al parecer se ha hecho, como tampoco, parece ser, se ha recibido la urbanización ni, en consecuencia, el suelo objeto de cesión. De hecho, se reconoce en el expediente que la revisión de oficio se acuerda "sin perjuicio de la necesaria e inmediata puesta en marcha de los mecanismos de gestión urbanística que garanticen la titularidad pública demanial".

Esta es la cuestión central. El Ayuntamiento sacó "a concurso la explotación de un suelo que hasta la fecha no ha sido cedido al Ayuntamiento de Antigua y que sigue siendo propiedad de una sociedad mercantil. El suelo de referencia, en la actualidad no segregado de la finca matriz, es de titularidad privada y perteneciente a (la interesada)". Claro que todo ello fue posible con la colaboración y hasta activa participación de la entidad interesada, sin que en ese tiempo haya alegado nada al respecto en defensa de la legalidad.

2. Se podría, por ello, valorar si en este caso son aplicables los límites a la revisión del art. 106 LRJAP-PAC, que alega el concesionario, pues la misma no procede cuando "por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".

Ciertamente, ha transcurrido un gran número de años desde que se aprobara un pliego de bases nulo radical desde su origen, por recaer sobre un objeto imposible de

negociar en los términos expresados. Pero la ley no anuda el límite de la revisión al mero transcurso de un cierto tiempo, que la ley tampoco cuantifica. Ese tiempo y otras circunstancias pueden servir de límite a la revisión cuando esta resulte contraria a la equidad, buena fe, derechos de particulares o las leyes. Se requiere pues un doble concurso de requisitos: por un lado, tiempo u otras circunstancias; por otro, que ello cause lesión de los mencionados principios.

Ha transcurrido en efecto un gran lapso temporal, es obvio. Pero las circunstancias concurrentes en este caso parecen atenuar el rigor temporal, pues el tiempo transcurrido es en gran parte fruto de circunstancias no solo imputables a la Administración.

Desde luego, no hubo diligencia administrativa en la tramitación y conclusión del procedimiento concesional: los pliegos se aprobaron el 25 de marzo de 1997; la publicación en el BOP tuvo lugar el 11 de junio de 1997; la convocatoria del concurso es de 25 de junio de 1997; la oferta es de 10 de julio de 1997; se adjudicó el 9 de agosto de 1997; se requiere la garantía definitiva el 12 de enero de 2001; y se formalizó el contrato el 2 de mayo de 2001, pasados cuatro años desde la aprobación del pliego).

Pero, por otro lado, según manifiesta el concesionario, las incidencias modificativas fueron verbalmente resueltas por ambas partes. Actuó pues ilegalmente a sabiendas de hacerlo, pues no podía ignorar las exigencias de la legislación de bienes y contractual. Eso sí, con la aquiescencia de la Administración. Hasta tal punto, que la oferta del licitador no cuenta con registro de entrada en el Ayuntamiento.

En estas condiciones, es obvio que el transcurso del tiempo debe ser relativizado.

En efecto, no nos encontramos ante un interesado que hubiera consolidado derechos al amparo de una causa de revisión de oficio ni conocida ni causada por él sea por acción u omisión consciente. Cuando así ha sido, este Consejo no da dudado en aplicar el art. 106 LRJAP-PAC pues la Administración, en efecto, no puede revisar sus actos cuando el interesado o incluso terceros adquirentes de buena fe disfrutaban legítimamente de sus derechos bajo la apariencia de buen derecho. Pero, en este caso, estamos ante la eventualidad contraria, lo que no disculpa la omisión e ineficacia administrativas, que la propia Administración ha calificado como "nefasta", lo que obvia cualquier comentario al respecto.

Pero, siendo esto cierto, ha de recordarse que la buena fe obliga a que las partes, ambas partes, actúen con diligencia, lealtad y cooperación para el cumplimiento de su objeto, que es la finalidad del interés público. En este caso, ambas partes han actuado con similar buena fe o negligencia pues, como se señala en el acuerdo plenario de incoación de la revisión de oficio, ambas partes "(...) eran conecedoras de que la parcela sobre la que se otorgaba la concesión era de titularidad privada y no de titularidad pública (...)", lo cual evidencia por si solo que se constituía un negocio sobre la consciente voluntad de saberlo, no quedando claro si tal proceder obedecía a un fin legal pero torcido en su método o a un fin y métodos ambos torcidos. Nadie de los que han intervenido en esos años ha sido llamado al procedimiento.

Asimismo, que las modificaciones de los términos de la licitación lo hayan sido en aspectos tales como canon, duración, superficies, obras a realizar, adscripción de las zonas verdes, etc. mediante un procedimiento verbal cuyos efectos se han consentido durante 14 años, sin que en ningún momento se hayan ocultado a la Administración, conecedora de la situación, son manifestaciones que constituyen un argumentario que también apoya la necesidad de la revisión, pues no se puede sanar una actuación ilegal por el mero consentimiento. Tales circunstancias, en efecto, pudieran servir para aquilatar las respectivas responsabilidades, pero no para impedir la depuración de los vicios existentes. Más aún si tenemos en cuenta que la contratación verbal está proscrita de nuestro Ordenamiento, salvo en las situaciones de emergencia, lo que no es el caso.

3. Por otra parte, como alega la Propuesta de Resolución, cierto es que "el hecho de que la Administración no haya ejercido correctamente su función de vigilancia o control sobre el correcto ejercicio de los derechos de ocupación y uso otorgados en la concesión, no convierte *per se* las modificaciones contractuales en legítimas".

Desde luego, básicamente la responsabilidad de que las cesiones se hagan efectivas es del Ayuntamiento, que no puede renunciar al ejercicio de sus competencias en la materia; sin perjuicio de que el concesionario hubiera podido solicitar la activación de los procedimientos legales que concernieran a sus intereses, lo que no ha sido el caso. No obstante, la cuestión no es tan trivial como la Propuesta pretende -al señalar que no entra a "valorar en este momento si es más o menos grave el incumplimiento del deber de ceder los terrenos contemplados urbanísticamente como de cesión obligatoria a la Administración"-, pues el hecho es

que el no ejercicio de las antedichas potestades se encuentra en el origen de este procedimiento de revisión de oficio.

Por el contrario, la nulidad radical no se sana por el transcurso del tiempo, por lo que cabría alegar al respecto que, justamente, lo que pretende este procedimiento revisor es "regularizar la situación anómala, advertida incluso en el dictamen del Consejo Consultivo emitido con ocasión del expediente de resolución del contrato", pudiéndose no obstante matizar que desde tal dictamen (29 de octubre de 2013) nada consta que se haya hecho en tal sentido.

No parece, pues, que en este caso concurren los límites a la revisión. Al margen de lo dicho, se trata de vicios que son *continuados*, pues de ellos se aprovecha el concesionario día a día; su buena fe es dudosa, al conocer la ilegalidad de su situación; y no se lesionan derechos de terceros, sino los suyos y los generales que protege la ley; y, finalmente, está en juego el correcto uso del suelo público, el respeto debido a los derechos privados sobre el suelo de tal condición y el adecuado uso de las potestades administrativas urbanísticas.

4. Hay cuestiones que deberán ser objeto de medida y concreción con ocasión de la liquidación que proceda tras la declaración de la nulidad. Por un lado, es cierto que el concesionario ha venido cumpliendo con el compromiso económico de la concesión (parece ser hasta el último trimestre de 2006), soportando el gasto de mantenimiento de la zona. Pero a ello se puede alegar que la concesionaria no ha dado al suelo el uso debido y que las zonas verdes están anejas a las instalaciones hoteleras del concesionario.

Hablar por ello de lucro cesante, como hace el concesionario, es precipitado. Primero habría que deslindar el suelo público del privado y superponer ambos suelos sobre el que ha sido objeto de la concesión; luego, determinar si el canon abonado - que lo era para una concesión en suelo público y usos precisos- excede del precio que correspondería abonar por ocupación de suelo público, pues sobre el privado no se puede exigir canon alguno (y si fuera parcialmente de un tercero, este debe ser asimismo compensado).

Por otra parte, la superficie ajardinada, mantenida por el concesionario, está al parecer adscrita a los hoteles del concesionario, por lo que si tales zonas se proyectan sobre suelo público, siquiera sea parcialmente, su ocupación devenga el pago del correspondiente canon.

Se debe tener en cuenta que los efectos de la nulidad son los de la liquidación del contrato con restitución recíproca a las partes de las cosas que se hubieren recibido en virtud del contrato. La fase de liquidación del contrato tendrá lugar una vez sea firme, en su caso, la declaración de nulidad, y será ese el momento de valorar y analizar las posibles indemnizaciones que a cada parte pudieran corresponder. En relación con ello, la Propuesta de Resolución asume que en este caso hay "culpabilidad de ambas partes, ya que ambas eran concededoras de que la parcela sobre la que se otorgaba la concesión era de titularidad privada, circunstancia que determinará tanto la inexistencia de indemnización de los daños y perjuicios por parte de una de ellas hacia la otra".

En suma, no es posible licitar una concesión sobre suelo cuya condición de público no consta (al contrario, constaba que era privado), por lo tanto no se puede resolver una revisión de oficio sin tener constancia de la naturaleza del suelo, pues la nulidad solo se proyectaría sobre el suelo privado objeto de concesión, pero no sobre el público si lo hubiera. Por ello, los efectos de la nulidad deben pasar por la previa delimitación del suelo afecto, lo que exigiría que el Ayuntamiento recibiera la urbanización. Las situaciones jurídicas no se pueden construir sobre una provisionalidad como la indicada, causa última de este procedimiento de nulidad.

Por ello, procede declarar la nulidad de pleno Derecho de los Acuerdos plenarios de 25 de marzo de 1997, que aprobaba el pliego de condiciones regulador del concurso para la concesión de Zona Verde en la Urbanización E.C.C.F.; de 25 de junio de 1997, por el que se acordaba convocar concurso para la concesión privativa de la mencionada zonas verde; así como el adoptado en sesión del 9 de agosto de 1997 por el que se adjudicaba el concurso correspondiente a la zona verde a favor de la oferta presentada por I.C.D., S.L. y el subsiguiente contrato; y, finalmente, del acuerdo plenario del 28 de mayo de 2008 por el que estimó el cambio de titularidad de la concesión administrativa de ocupación de zonas verdes a favor de la entidad B.H.C., S.L.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se estima conforme a Derecho, sin perjuicio de lo manifestado en el Fundamento III.