



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 147/2016

(Sección 2ª)

La Laguna, a 16 de mayo de 2016.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Los Llanos de Aridane en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de concesión administrativa para uso privativo de la vía pública mediante la instalación de un quiosco-bar en la plaza pública de (...)* (EXP. 134/2016 CA)\*.

## FUNDAMENTOS

### I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Los Llanos de Aridane, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de resolución del contrato de concesión para uso privativo de una superficie de 14 m<sup>2</sup> de la plaza pública de (...) con el fin de la instalación y explotación de un quiosco, procedimiento en el cual el concesionario, representado por abogado, se ha opuesto a la resolución.

2. La preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Alcalde para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.c) y 12.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación, el primer precepto, con el art. 211.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que es de aplicación en virtud de los arts. 2.1 y 3.1, a) del mismo y por la remisión a dicho Texto Refundido del art. 78.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL), aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio.

---

\* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

3. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que obsten un dictamen de fondo.

## II

1. El 19 de febrero de 2001, la Comisión Municipal de Gobierno del Ayuntamiento de Los Llanos de Aridane, tras la tramitación por el procedimiento abierto en la modalidad de concurso, adjudicó a J.G.P.V. la concesión para uso privativo de una superficie de 14 m<sup>2</sup> de la plaza pública (...) con el fin de la instalación y explotación de un quiosco destinado a bar-cafetería.

En dicha fecha no había sido aprobada la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), que carece de eficacia retroactiva, salvo su disposición transitoria primera, la cual no es de aplicación a la presente concesión. Por consiguiente, tal ley no forma parte del parámetro legal para analizar la corrección jurídica de la Propuesta de Resolución. Ese bloque normativo está integrado por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL); por el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; el citado Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL); el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, vigente a la fecha de iniciación del procedimiento de adjudicación. La aplicación de este Texto Refundido resulta del art. 1 del mismo en relación con sus arts. 3 y 5, así como de la remisión que al mismo hace el art. 78.2 RBEL y el entonces vigente art. 112 TRRL. Por la misma razón, forma parte de este parámetro normativo el Reglamento General de Contratación del Estado (RGCE), aprobado por el Decreto 3419/1975 de 25 de noviembre.

La aplicación de la legislación de contratación administrativa vigente a la fecha de la adjudicación del contrato resulta de la disposición transitoria primera TRLCSP.

Por lo demás, el pliego de cláusulas administrativas define al contrato como un contrato administrativo especial regulado por la LRBRL, el RBEL y el TRLCAP.

En último lugar, aunque no en importancia, para el examen de la procedencia de la resolución se ha de atender principalmente a las cláusulas del contrato y de su pliego de cláusulas administrativas, puesto que constituyen la ley del contrato vinculante para las partes, en tanto no hayan sido declaradas nulas por los procedimientos legalmente previstos.

2. La plaza de (...) tiene naturaleza de pública. Las plazas públicas son bienes de dominio público destinadas al uso público local (art. 344 del Código Civil, art. 79.3 LRBRL en relación con el art. 26.1 de la misma, art. 74.1 TRRL, 3.1 RBEL en relación con el art. 2 del mismo). El art. 75 RBEL define como uso privativo del dominio público, la ocupación de una porción de este, que limita o excluya la utilización por los demás usuarios. El art. 78 RBEL lo sujeta a concesión administrativa que se otorgará conforme a las prescripciones del propio Reglamento y de la legislación de contratación de las Corporaciones locales, que a la entrada en vigor del RBEL estaba recogida en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (aprobado por el Decreto de 9 de enero 1953, derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas), porque establecía su aplicación a las Administraciones locales [art. 1.2.c)], lo cual reitera el TRLCAP que la sustituyó. Por tanto, la remisión del art. 78 RBEL, en la fecha de la adjudicación, era al TRLCAP.

El art. 3 TRLCAP, entre los negocios y contratos excluidos de su ámbito de aplicación, no comprende los contratos dirigidos a otorgar una concesión administrativa sobre un bien de dominio público.

El art. 5 TRLCAP define como contratos administrativos típicos aquellos cuyo objeto directo lo constituya la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos, la prestación de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia o de servicios.

Como contratos administrativos especiales define los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley.

Los restantes contratos celebrados por la Administración son contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, los contratos de seguros y bancarios y de inversiones y los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

Es evidente que los contratos cuyo objeto es el otorgamiento de una concesión administrativa sobre un bien inmueble de dominio público no pueden ser incluidos en

los contratos de compraventa, donación, permuta y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, porque los bienes de dominio público son inalienables. Por esta razón no tiene la naturaleza de un contrato privado. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 227/1988, de 29 de noviembre y 149/1991, de 4 de julio, afirma que «la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes». Por consiguiente, los contratos que otorgan derechos administrativos reales de uso privativo sobre bienes demaniales no pueden tener nunca la naturaleza de contratos privados. Como tampoco son contratos administrativos típicos, tienen la naturaleza de contratos administrativos especiales.

Esta naturaleza es corroborada por el hecho de que los actos y negocios de gestión del demanio de una Administración pertenecen a su giro o tráfico específico en cuanto están dirigidos a proporcionar el mejor y más conveniente uso público. Por esta razón, se reitera, el contrato de concesión administrativa del uso privativo de una porción del dominio público local es un contrato administrativo especial.

Este contrato hay que distinguirlo de aquellos supuestos en que la Administración titular del demanio celebra un contrato administrativo de gestión de servicios públicos en el que la utilización de bienes de uso público solo representa la base necesaria para la prestación del servicio público. En este supuesto se estaría ante dicho contrato administrativo típico, regulado por sus normas específicas y en virtud del cual el contratista, para el uso de esos bienes de dominio público afectos al servicio, no necesita que se le otorgue la concesión, porque ya el contrato lo habilita para ese uso (art. 91 LPAP, art. 74.3 RBEL).

3. El contrato de concesión administrativa de dominio público local es un contrato administrativo especial que tiene por objeto regular la constitución de un derecho real administrativo de uso privativo temporal de una porción del dominio público local y el ejercicio y contenido de la relación jurídica establecida entre el titular demanial y el adjudicatario interesado en el uso del dominio público local. Hay que retener que el contrato no se confunde con la concesión. Un contrato puede ser fuente de una pluralidad de facultades y derechos subjetivos concretos. Unos de ellos pueden ser de créditos y otros reales. Los derechos, no los contratos, son los que pueden ser reales. El derecho real administrativo de uso del dominio público o concesión lo crea el contrato pero no se confunde con este, el cual, al lado de este

derecho real, crea otros derechos de crédito y facultades de las partes, como resulta del art. 80 RBEL y de las cláusulas del presente contrato y de su pliego de cláusulas administrativas.

4. La distinción que se acaba de señalar tiene importancia porque el art. 80 RBEL dispone que el plazo de la concesión establecido por el contrato es improrrogable y antes de su término el concesionario está obligado a abandonar y dejar libres y vacuos, a disposición de la Administración, los bienes objeto de la utilización. El derecho real administrativo de uso privativo de una porción del dominio público local es temporal e improrrogable. Al término de su plazo, caduca inexorablemente y desaparece del mundo jurídico. De forma simultánea, se ha de proceder a la extinción del contrato por su cumplimiento, el cual es improrrogable, ya que su objeto principal es la creación de la concesión y la regulación de las obligaciones y derechos accesorios a ella. Unas y otros no tienen existencia independiente de la concesión. Si, no obstante al vencimiento del plazo, no se procediere a la reversión del bien y a la extinción del contrato por su cumplimiento, entonces la ocupación del dominio no estará legitimada por la concesión, porque esta se ha extinguido. Se trataría de una mera posesión natural (art. 430 del Código Civil) amparada en la prórroga ilegal del contrato y para cuyo cese es necesaria la resolución de este, salvo que se produzca el abandono voluntario del contratista.

5. La cláusula I del presente contrato establece que su pliego de cláusulas administrativas forma parte de su contenido contractual. La cláusula VII, de acuerdo con el art. 80 RBEL, estipula que la concesión se otorga por un plazo improrrogable de diez años contados a partir de la adjudicación definitiva, conque una vez cumplido el mismo, cesaría el uso privativo del dominio público y revertiría el quiosco a propiedad del Ayuntamiento. De ahí que la cláusula XI obligue al contratista a entregar al vencimiento del plazo contractual las instalaciones en buen estado de conservación y a cesar en el uso privativo del dominio público.

El contrato se adjudicó el 19 de febrero de 2001. Por consiguiente, la concesión caducó el 19 de febrero de 2011. En esa fecha, el concesionario debió entregar las instalaciones y cesar en el uso privativo del dominio público. Esta es una obligación esencial en un contrato de tracto sucesivo con término cierto e improrrogable como este. La cláusula XV del pliego prevé como causa de resolución el transcurso del plazo. Por consiguiente, procede la resolución contractual a la que se dirige la propuesta de resolución objeto de este Dictamen.

### III

1. El contratista se ha opuesto a la resolución argumentando lo siguiente:

a) El contrato es un contrato de gestión de servicios públicos.

b) El art. 157 TRLCAP permite la prórroga de las concesiones de servicios públicos.

c) Si en el pliego del contrato nada se prevé respecto a su prórroga, entonces deberá concederse por el mismo plazo inicial, siempre que no supere el plazo máximo total de vigencia de la concesión.

Con base en estas razones, concluye que no procede la resolución y que el Ayuntamiento acuerde por tener concedida, por la existencia de tácita reconducción, la prórroga de la concesión, por un tiempo igual al que otorgó inicialmente.

2. Estas alegaciones no pueden enervar la resolución contractual pretendida porque el presente contrato no es de gestión de servicios públicos, ya que la legislación de régimen local no establece como servicio público de competencia municipal la explotación de establecimientos de hostelería. Por esta razón, no se trata de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos, contemplado en los arts. 74.3 RBEL y 91 LPAP, en el que la utilización de bienes de uso público solo representa la base necesaria para la prestación del servicio público y en virtud del cual el contratista, para el uso de esos bienes de dominio público afectos al servicio, no necesita que se le otorgue la concesión, dado que el contrato ya lo habilita para ese uso. Se trata, como ya se ha razonado, de contrato administrativo especial que tiene por objeto regular la constitución de un derecho real administrativo de uso privativo temporal de una porción del dominio público local y que es por naturaleza improrrogable, por lo que no cabe su tácita reconducción.

No obstante, se debe recordar que, según el art. 157 TRLCAP, en el contrato de gestión de servicios públicos la posibilidad de sus prórrogas y su duración debía estar prevista expresamente en sus pliegos de cláusulas administrativas particulares (idéntica regulación contiene el vigente art. 278 TRLCSP).

3. La Propuesta de Resolución coincide con el concesionario en que se trata de un contrato de gestión de servicios públicos, a pesar de que el pliego de cláusulas administrativas particulares califica correctamente al contrato, de acuerdo con su objeto, como un contrato administrativo especial. La *ratio decidendi* de la Propuesta de Resolución estriba en que el art. 67 del TRLCAP exige para todos los contratos que en el pliego se haga constar con precisión el plazo de duración del contrato y, cuando

estuviese prevista, de su posible prórroga y alcance de la misma, que, en todo caso, habrá de ser expresa, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento expreso o tácito de las partes. Pero es el pliego del contrato a resolver el que establece que es improrrogable, no cabe prorrogarlo, y en consecuencia lo que procedería es declarar «la extinción de la concesión administrativa a favor del Sr. P. Viña por el transcurso del plazo de 10 años, de conformidad con la cláusula quinta del Pliego de Cláusulas Administrativas para el uso por transcurso del plazo previsto».

Como se ha explicado más atrás, la concesión caducó el 19 de febrero de 2011. Lo que procede es declarar la resolución del contrato que la creó, que se ha prorrogado ilegalmente y que da apariencia de legalidad a la ocupación del dominio público local.

## CONCLUSIONES

1. Por las razones expuestas en el Fundamento II, procede la resolución del contrato adjudicado el 19 de febrero de 2001 a J.G.P.V., por el que se le otorgó la concesión para uso privativo de una superficie de 14 m<sup>2</sup> de la plaza pública de (...) con el fin de la instalación y explotación de un quiosco destinado a bar-cafetería.

2. A la Propuesta de Resolución se le formulan las observaciones contenidas en el apartado 3 del Fundamento III de este Dictamen.