



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 0 8 / 2 0 1 6

(Sección 2ª)

La Laguna, a 19 de diciembre de 2016.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Presidenta de Puertos Canarios en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de caducidad de la concesión de dominio público portuario para la ocupación y posterior explotación de la instalación pesquera sita en el Puerto de Playa de Santiago, T.M. de Alajeró (La Gomera) (EXP. 397/2016 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Presidenta de la Entidad Puertos Canarios es la propuesta de resolución, formulada por el Director Gerente del mismo, en el procedimiento de declaración de caducidad de la concesión de dominio público portuario para la ocupación y posterior explotación de la instalación pesquera sita en el Puerto de Playa de Santiago, en el término municipal de Alajeró, caducidad a la cual se ha opuesto el concesionario.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación de la Presidenta para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto, con el art. 61.1.d) del Reglamento de Puertos de Canarias (RPC), aprobado por el Decreto 52/2005, de 12 de abril y, en relación con el segundo, los arts. 26.a) de la Ley 14/2003, de 8 de abril, de Puertos de Canarias y 27.a) RPC.

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

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

II

Los antecedentes son los siguientes:

El 9 de julio de 2014 P.R.H., S.L.U. presentó ante Puertos Canarios la solicitud de concesión para la ocupación y explotación de instalación pesquera en el Puerto de Playa de Santiago. La explotación, según el proyecto técnico presentado, comprendía los servicios de suministro de combustible, grúa pescante, cámara frigorífica y punto de primera venta de productos de la pesca.

El procedimiento de otorgamiento de la concesión se tramitó conforme a la LPC y su Reglamento. De acuerdo con el art. 49.7 RPC, la S.L.U. peticionaria aceptó expresamente el pliego de condiciones (PC) a cumplir, necesariamente, para otorgarse la concesión administrativa de la ocupación de dominio público portuario para la explotación de la instalación solicitada.

El 18 de mayo de 2015 el Consejo de Administración de la entidad pública empresarial Puertos Canarios otorgó la concesión mencionada a P.R.H., S.L.U.. Este acuerdo se notificó a la concesionaria el mismo 18 de mayo de 2015. Previamente, el Pliego de Condiciones había sido remitido a la concesionaria, que lo aceptó el 25 de marzo de 2015.

Conforme a la cláusula 9 del Pliego la concesionaria se obligaba a prestar los servicios de suministro de combustible, grúa pescante, cámara frigorífica y el punto de primera venta de productos pesqueros.

Por la cláusula 10 del Pliego la concesionaria se obligaba a constituir a favor de Puertos Canarios una fianza definitiva por un importe equivalente al cinco por ciento del presupuesto del proyecto presentado. En el plazo de un mes computado desde el día siguiente a la fecha de la notificación del otorgamiento, la concesionaria debía acreditar la constitución de la fianza.

La cláusula 11 del Pliego estipula:

«También serán a cargo del concesionario los gastos de suministro de electricidad, agua, teléfono, recogida de basuras, otros servicios necesarios para el desarrollo de la actividad y todos los gastos que ésta ocasione. Igualmente; serán de cuenta del concesionario la contratación de aquellos suministros, acometidas y el pago de los tributos correspondientes».

La cláusula 13 del Pliego vinculaba a la concesionaria a concertar los seguros que fueran obligatorios para el ejercicio de su actividad, el de daños a las instalaciones concedidas causados por su actividad, y un seguro de responsabilidad civil para cubrir

las responsabilidades que pudieran resultar para el titular del dominio público portuario.

El 4 de diciembre de 2015 el Director de Puertos Canarios solicitó a la concesionaria que le informara sobre la prestación de los servicios a los que se había obligado (art. 9 PC). No consta en el expediente remitido que la concesionaria haya informado al respecto.

El 14 de marzo de 2016 Puertos Canarios requirió a la concesionaria para que acreditara:

- a) Que por la Consejería competente en materia de Pesca se le había autorizado como punto de primera venta de productos pesqueros o lonja pesquera
- b) La constitución de la fianza definitiva.
- c) La suscripción de los seguros previstos en la cláusula 13 del Pliego.

Después de recibir ese requerimiento la concesionaria solicitó el 28 de marzo de 2016 a la Dirección General de Pesca de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Aguas autorización de punto de primera venta o lonja pesquera y adjuntó copia de la solicitud. Respecto a la instalación de suministro de gasoil manifestó que comenzaría con dicha instalación cuando recibiera la autorización para lonja pesquera. Respecto a los extremos del requerimiento relativos a la acreditación de la constitución de la fianza definitiva y de la suscripción de los seguros, guardó silencio.

El 26 de mayo de 2016, once días antes del transcurso del plazo de un año contemplado en la cláusula 12 del Pliego, el oficial del Puerto de Playa de Santiago informó de que la concesionaria sólo tenía en uso la grúa para descarga de pescado y que no explotaba las demás instalaciones de la concesión ni prestaba ningún otro servicio.

El 17 de junio de 2016 el Técnico de Puertos Canarios informa sobre la extinción anticipada por caducidad por la Concesión.

El 5 de julio de 2016, el oficial del Puerto de Playa de Santiago emitió nuevo informe reiterando los hechos relatados en el anterior y que el 17 de mayo de 2016 el encargado de la empresa solicitó -y se le entregaron- las llaves de los salones donde están ubicadas la cámara de congelación y la fábrica de hielo.

El 5 de julio de 2016 el Jefe de la Sección de Explotación de Puertos Canarios en la provincia de Santa Cruz de Tenerife emitió certificación acreditativa de que la

concesionaria no había demostrado estar en posesión de la autorización que le habilitara como lonja pesquera ni la suscripción de los seguros a los que estaba obligada, ni había constituido la fianza definitiva.

La Resolución nº 216/2016, de 6 de julio de 2016, del Director Gerente de Puertos Canarios, acordó la incoación del presente procedimiento para declarar extinguida anticipadamente por caducidad la concesión de dominio público portuario de referencia. En esa misma fecha se acordó el trámite de audiencia a la concesionaria.

El 27 de julio de 2016 la concesionaria presentó su escrito de alegaciones. En él solicitó que se le ampliara el plazo para poder prestar el servicio de punto de primera venta de productos pesqueros. Respecto a los demás servicios alega que han encargado a un ingeniero un proyecto de instalación eléctrica y la tramitación del suministro de electricidad. No alega nada respecto a la constitución de la fianza definitiva y la suscripción de los seguros.

El 2 de agosto de 2016, por el Director Gerente de Puertos Canarios se solicitó dictamen a este Consejo Consultivo, que no fue admitida a trámite por el pleno del mismo, ya que el expediente no vino concluido con la preceptiva Propuesta de Resolución formulada por el órgano instructor del procedimiento tramitado, con todas las actuaciones del expediente del que la Propuesta de Resolución es la última actuación, debiendo formularse la solicitud de dictamen por el representante legal del Ente Puertos Canarios (Presidente).

III

1. Según el art. 5.4, de carácter básico, de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), en relación con el art. 4.1, o) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, las concesiones de dominio público portuario de titularidad autonómica se rigen por su legislación específica, salvo los casos en que expresamente se declaren de aplicación los preceptos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Por consiguiente, para el examen de la procedencia de la resolución contractual y consecuente caducidad de la concesión que se pretende se debe atender a la LPC, al RPC y al Pliego de Condiciones que constituye la ley del contrato vinculante para las partes, en tanto no hayan sido declaradas nulas por los procedimientos previstos para ello.

2. 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 (SSTC 227/1988, de 29 de noviembre y 149/1991, de 4 de julio). Por consiguiente, los contratos que otorgan derechos administrativos reales de uso privativo sobre bienes demaniales no pueden tener nunca la naturaleza de contratos privados. El contrato de concesión administrativa de dominio público portuario es un contrato de naturaleza pública que tiene por objeto regular la constitución de un derecho real administrativo de uso privativo temporal de una porción del dominio público portuario y el ejercicio y contenido de la relación jurídica establecida entre el titular demanial y el concesionario. 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 éste, el cual, al lado de este derecho real crea otros derechos de crédito y facultades de las partes. El incumplimiento de sus obligaciones por parte del concesionario faculta al administrador del demanio portuario a resolver el contrato. La resolución de éste arrastra consigo la caducidad o extinción de la concesión que creó.

3. El art. 43.3.F), l) LPC dispone que el título administrativo que establece las condiciones de la concesión incluirá entre ellas las causas generales y específicas de resolución y los efectos que producen. El art. 44.3 LPC prevé que el incumplimiento de las cláusulas o de las condiciones del título de otorgamiento por causas imputables al titular determina, con la audiencia previa de éste, la resolución de la concesión.

El art. 59.1 LPC dispone:

«Deberá declararse la caducidad de la concesión cuando el concesionario no hubiere iniciado las obras en el plazo establecido, o incumpliera alguna de las cláusulas previstas en el contenido de la concesión».

El art. 60, c) RPC desarrolla este precepto legal precisando que son causas de caducidad de la concesión la falta de utilización o actividad durante un año sin que exista causa justificada.

4. En coherencia con esos preceptos legales y reglamentarios La cláusula 12 del Pliego establece lo siguiente:

«La falta de utilización, durante el período de un año, de las obras y bienes de dominio público concedidos, será motivo de caducidad de la concesión, a no ser que obedezca a justa causa.

Corresponde a "Puertos Canarias" valorar las causas alegadas por el concesionario para justificar la falta de uso de las obras y bienes concedidos. A tal efecto, el concesionario queda obligado, antes de que transcurra el año, a poner en conocimiento de "Puertos Canarias" las circunstancias que motiven la falta de utilización de los bienes concedidos y/o de las obras autorizadas. Si el concesionario no justificara adecuadamente, a juicio de Puertos Canarias, la falta de utilización de las obras y bienes de dominio público concedidos, este podrá incoar expediente de caducidad de la concesión».

La cláusula 20 del Pliego establece la caducidad como causa de extinción de la concesión.

La cláusula 21 del Pliego tipifica como causas de caducidad las siguientes:

«a) Cuando no se inicien las obras, o se paraliquen o no se terminen de forma injustificada, con incumplimiento de los plazos establecidos en el título concesional.

b) Desarrollo de actividades no previstas en el título concesional.

c) Falta de utilización o actividad durante un año sin que exista causa justificada.

d) Impago reiterado de liquidaciones por cánones, lasas o tarifas girados por Puertos Canarias

e) Ocupación de espacios portuarios no previstos en la concesión.

f) Transferencia de la concesión o cesión de su uso, total o parcial, a un tercero, sin autorización de Puertos Canarias.

g) Constitución de hipotecas o derechos de garantía sin autorización de Puertos Canarias.

h) La no constitución de las fianzas o garantías, o insuficiencias de éstas, previo requerimiento de la entidad Puertos Canarias.

i) Incumplimiento de otras condiciones cuya inobservancia esté expresamente prevista en el título concesional, como causa de caducidad».

Como resulta de la LPC, del RPC y del Pliego, la caducidad consiste en la extinción de la concesión por resolución de la misma fundamentada en el incumplimiento de las obligaciones del concesionario.

5. La explotación de la concesión consiste en la prestación de los servicios de suministro de combustible, grúa pescante, cámara frigorífica y punto de primera

venta. Como obligación accesoria de la concesionaria figura la contratación del suministro de electricidad y otros servicios necesarios para el desarrollo de esas actividades y su pago. Este conjunto de prestaciones constituye el desarrollo de la actividad a que se había comprometido la concesionaria. Todas ellas están relacionadas y son interdependientes, porque el interés público que preside la concesión de un espacio en un puerto pesquero público y de las instalaciones anejas radica en el fomento de la actividad pesquera mediante la prestación de ese conjunto de servicios. La no prestación de uno sólo de ellos frustra el fin público perseguido. Si durante un año únicamente se presta el servicio de grúa pescante para la descarga de las capturas y no se desarrollan las demás actividades, nos encontramos ante un cumplimiento defectuoso, parcial, mínimo y simbólico de la obligación de desarrollar la actividad que no satisface el interés público perseguido con la concesión y que equivale materialmente al no desarrollo de la actividad durante un año sin que exista causa justificada. Esta inactividad comporta la falta de uso durante un año de las instalaciones de suministro de combustible, de cámara frigorífica y de punto de primera venta. La concesionaria incumplió además su obligación de comunicar a Puertos Canarios, antes de que transcurriera ese año, las circunstancias que le habían impedido utilizar esos bienes. Tampoco se ha alegado, ni por ende, probado una causa justificadora de los incumplimientos de esas obligaciones. El plazo de un año para el cumplimiento de estas obligaciones tiene un carácter esencial porque contraría al interés público que el demanio portuario y las instalaciones anejas estén sin explotar e inútilmente poseídas por un concesionario. Por esta razón el Pliego prevé el incumplimiento de ese plazo como causa de caducidad.

La concesionaria ha desoído la petición de Puertos Canarios para que informara sobre el estado de la explotación de la concesión, no ha atendido su requerimiento para que constituyera la fianza y suscribiera los seguros, no ha observado una conducta diligente para la obtención de la autorización para lonja pesquera y no ha puesto en uso las instalaciones habiendo transcurrido más de un año desde el otorgamiento de la concesión. En definitiva, ha manifestado por medio de actos concluyentes su inequívoca voluntad de no cumplir, por lo que es contrario al interés público, a las condiciones de la concesión y a la buena fe contractual mantener la concesión. Por consiguiente, concurre la causa de caducidad establecida en la cláusula 21, c) del Pliego en relación con los arts. 44.3 y 59.1 LPC y 60, c) RPC.

6. El 14 de marzo de 2016 Puertos Canarios requirió a la concesionaria para que constituyera la fianza definitiva en el plazo de diez días. Este requerimiento le fue notificado al día siguiente. La contratista no lo ha atendido. Por consiguiente, también concurre la causa de caducidad establecida en la cláusula 21, h) del Pliego en relación con los arts. 44.3 y 59.1 LPC.

7. El Fundamento de Derecho Quinto de la propuesta de resolución considera también que, según la cláusula 3ª del Pliego, que la falta de presentación de la autorización para el punto de primera venta de productos pesqueros en el plazo de un mes, será causa de caducidad.

Esa cláusula dice así:

«La falta de presentación de la aludida certificación / justificante / documento acreditativo de la autorización otorgada para el punto de primera venta de productos pesqueros por parte del titular de la concesión o concesionario, en el plazo de un (1) mes de su otorgamiento será causa de extinción / revocación y / o caducidad de la concesión».

8. En ese mismo Fundamento de Derecho de la propuesta de resolución considera también que el incumplimiento de la cláusula 13 del Pliego, que obliga a la concesionaria a concertar un seguro de responsabilidad civil antes de comenzar la explotación, en relación con el art. 60, i) RPC, constituye también otra causa de caducidad, porque, según esa Cláusula no se puede iniciar la explotación antes de la suscripción de tal seguro.

El art. 43.3. F), I) LPC exige que el Pliego de la concesión incluya las causas generales y específicas de resolución, y los efectos que producen. Por consiguiente, no puede haber más causa de resolución que las previstas expresamente en el Pliego. Esto es lo que reitera el art. 60, i) RPC cuando establece como causa de caducidad el «Incumplimiento de otras condiciones cuya inobservancia esté expresamente prevista, en el título concesional, como causa de caducidad».

La cláusula 13 del Pliego vinculaba a la concesionaria a concertar los seguros que fueran obligatorios para el ejercicio de su actividad, el de daños a las instalaciones concedidas causados por su actividad, y un seguro de responsabilidad civil para cubrir las responsabilidades que pudieran resultar para el titular del dominio público portuario. La concesionaria debía acreditar la contratación de este último seguro antes del inicio de la explotación. Pero el incumplimiento de esta obligación, la cláusula 13 del Pliego, no lo califica como causa de caducidad. Tampoco la cláusula 20 del Pliego, que tipifica las causas de caducidad, ni ninguna otra cláusula del Pliego. Por consiguiente, conforme a los arts. 43.3. F), I) LPC y 60, i) RPC, en el

incumplimiento de la mencionada obligación no puede fundamentarse la declaración de caducidad de la concesión.

C O N C L U S I O N E S

1. Es conforme a Derecho la declaración de caducidad de la concesión por concurrir la causa de caducidad establecida en la cláusula 21, c) del Pliego, en relación con los arts. 44.3 y 59.1 LPC y 60, c) RPC; y la causa de caducidad establecida en la cláusula 21, h) del Pliego en relación con los arts. 44.3 y 59.1 LPC.

2. No es conforme a Derecho que la propuesta de resolución pretenda fundar, además, la declaración de caducidad de la concesión en el incumplimiento por la concesionaria de la obligación que le imponía la cláusula 13 del Pliego de condiciones.