



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 5 5 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 10 de octubre de 2017.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Agricultura, Ganadería, Pesca y Aguas del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de declaración de extinción de la concesión administrativa de cultivos marinos, de la que es titular (...), por el vencimiento del plazo de otorgamiento de la misma (EXP. 307/2017 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente dictamen, solicitado el 20 de julio de 2017 (Registro de Entrada de 1 de septiembre de 2017) por el Consejero de Agricultura, Ganadería, Pesca y Aguas del Gobierno de Canarias es la Propuesta de Orden por la que se declara la extinción de la concesión administrativa de cultivos marinos de la que es titular la entidad mercantil (...), situada en (...) término municipal de Arona.

La legitimación para la solicitud de dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D).c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, ya que se ha producido oposición del concesionario a la extinción de la concesión.

II

Según se desprende de la documentación obrante en el expediente, son antecedentes del procedimiento tramitado los siguientes:

- Por Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 31 de mayo de 1999 se otorgó concesión demanial sobre dominio público marítimo a la entidad (...), otorgándose posteriormente, mediante Orden nº 475, de 11 de junio de 1999, de la Consejería de

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

Agricultura, Pesca y Alimentación del Gobierno de Canarias, concesión industrial o de actividad con destino a granja de engorde de doradas y lubinas en jaulas. Al realizarse el replanteo de la concesión se comprobó que parte de las obras autorizadas se encontraban en dominio público marítimo-portuario, por lo que la Autoridad Portuaria de Tenerife realizó balizamiento provisional y posteriormente, el 17 de abril de 2000, se otorgó por aquel organismo concesión administrativa para ocupación de dominio público portuario, en la Zona II del Puerto de Los Cristianos, de una superficie de 34.641 m².

- El 9 de agosto de 2000, se dictó la Orden nº 500, del Consejero de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación, que modificaba la Orden nº 475, donde se establecieron los nuevos condicionantes de la concesión. Así, se establecía un plazo de concesión inicial de un año, contado a partir de la firma del acta de reconocimiento final, si bien transcurrido tal plazo, éste se ampliaría hasta un máximo de diez años, previo informe favorable de la Viceconsejería de Medio Ambiente y decisión de la Dirección General de Costas y de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife. Condicionantes que se cumplieron en el tiempo.

- El 27 de septiembre de 2006, se remitió a la Demarcación de Costas del Ministerio de Medio Ambiente y a la Autoridad Portuaria una propuesta de reorganización de las concesiones agrupadas en la Bahía de Los Cristianos, al objeto de evitar conflictos de uso con el Puerto de Los Cristianos, pretendiéndose reubicar la concesión de (...), entre otras dos [(...) y (...)], sin aumento de superficie de ocupación ni de capacidad productiva.

- Mediante Acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, de 21 de febrero de 2008, se autorizó aquella modificación, de manera que la mayor parte de la superficie de la concesión de (...), quedó enclavada en dominio público portuario.

- El 11 de marzo de 2011, se presenta escrito por (...), en nombre y representación de la entidad (...), por el que se solicita ampliación del plazo de la concesión administrativa de cultivos marinos de la que es titular, situada en (...) término municipal de Arona (Isla de Tenerife).

- Tal solicitud es remitida el 24 de mayo de 2011 a la Demarcación de Costas de Santa Cruz de Tenerife, al objeto de la evacuación por parte de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, del correspondiente informe preceptivo y vinculante. Tal solicitud se reiteró en diversas ocasiones.

- Ante la falta de emisión del preceptivo informe, la entonces Viceconsejería de Pesca y Aguas, quiso arbitrar una solución para la situación creada en Los Cristianos ante la falta de respuesta a las ampliaciones de plazo presentadas por distintas entidades, entre ellas (...). Dado que el Plan de Ordenación de la Acuicultura (PROAC), aún no se había aprobado definitivamente, y no estaban establecidas de manera clara e indubitada las zonas de interés acuícola (ZIA), se consideró oportuno y necesario proceder a ampliar el plazo de vigencia de las referidas concesiones, de conformidad con el art. 31 de la Ley 17/2003, de 10 de abril, de Pesca de Canarias, donde se establece, como principio, que el plazo de otorgamiento de la concesión no podrá exceder de treinta años. Contemplándose además, que cuando dicho período de tiempo sea inferior, como ocurre en este caso, se podrían conceder prórrogas hasta el máximo de dicho plazo.

Así, el 31 de octubre de 2012 se dictó por la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Aguas, la Orden de 31 de octubre de 2012, ampliando los plazos de vigencia de las concesiones administrativas industriales o de actividad acuícola, a todas y cada una de las empresas ubicadas en la Bahía de los Cristianos, hasta el máximo permitido por la Ley de Pesca de Canarias, es decir, 30 años, que se cumpliría el 11 de junio de 2029.

La citada Orden de 31 de octubre de 2012, contemplaba una condición resolutoria, dado que la eficacia de la ampliación de la vigencia de la concesión de la actividad acuícola se condicionó a los pronunciamientos favorables que al respecto hicieran el resto de administraciones implicadas, es decir, el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, a través de su Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, el Ministerio de Fomento, a través de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, así como a los términos en los que fuera aprobado el futuro PROAC, que actualmente se continúa tramitando. El 7 de marzo de 2013, se dio traslado de la referida orden de ampliación a la Demarcación de Costas de Santa Cruz de Tenerife.

- El 28 de octubre de 2016 (más de tres años después), se recibe en la Consejería, Informe Desfavorable de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, sobre la ampliación de plazos solicitada, entre otras, por la entidad (...) en su día.

Tal informe fundamenta la desestimación de la solicitud en que «la OM de otorgamiento de 31 de mayo de 1999, contemplaba la posibilidad de ampliación de

plazo de la concesión en un máximo de diez años, sin posibilidad de otras prorrogas, y este plazo ya se ha cumplido», por lo que procede la denegación de la nueva prórroga solicitada.

- Tal circunstancia, el citado informe, es aprovechado por la Administración Autonómica y el 15 de febrero de 2017 se emite informe por el Servicio de Infraestructuras pesqueras de la Dirección General de Pesca del Gobierno de Canarias, por el que se propone la declaración de extinción de la concesión, lo que se remite a la entidad afectada, *concediéndole trámite de audiencia*. Ésta presenta escrito de alegaciones el 9 de marzo de 2017, oponiéndose a la extinción de la concesión.

- De tales alegaciones se da traslado el 10 de marzo de 2017 a la Dirección General de Sostenibilidad y del Mar, del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

- El 10 de abril de 2017, de conformidad con el art. 22.1 d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se procede a la suspensión del plazo máximo para resolver, hasta tanto se reciba el informe de la Dirección General de Sostenibilidad y del Mar.

- El 14 de junio de 2017 se emite informe de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, donde se da respuesta a las alegaciones formuladas por (...), confirmando su pronunciamiento anterior.

- El 23 de junio de 2017 se acuerda el levantamiento de la suspensión del procedimiento que nos ocupa.

- El 20 de julio de 2017 se emite Propuesta de Orden, solicitando en tal fecha el preceptivo dictamen de este Consejo.

No obstante, se puso de manifiesto por esta institución la falta de resuelto de la Propuesta de Orden, lo que se cumplimenta el 11 de septiembre de 2017.

III

1. En cuanto al fondo del asunto, y con fundamento en los informes emitidos a la largo del procedimiento, la Propuesta de Orden viene a resolver, por un lado, la denegación de la solicitud de prórroga de la concesión instada por la entidad titular (...), y, por otro, la declaración de extinción de la concesión por finalización de su plazo.

No es posible entender que el procedimiento se inicia a instancia de parte y, simultáneamente, lo que motiva la preceptividad del parecer de este Consejo, con su oposición, por lo que es patente que el procedimiento de extinción se ha iniciado de oficio por la propia Administración.

Se desconoce la fecha de inicio de tal procedimiento, pero obra en el expediente resolución de 15 de febrero de 2017 por la que se concede audiencia al concesionario. Por ello se ha de entender esta fecha como la inicial.

El procedimiento estuvo suspendido entre el 10 de abril de 2017 y el 23 de junio de 2017. Habiéndose iniciado el 15 de febrero, descontando el tiempo que estuvo suspendido, ya ha transcurrido el plazo máximo de tres meses, de acuerdo con lo previsto en el art. 21.3.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas (LPACAP), en relación con el art. 25.1.b) de la misma ley.

2. Procede señalar que estamos ante un procedimiento que culmina con la declaración de extinción de concesión administrativa, si bien el mismo se ha iniciado por una solicitud de prórroga de la concesión.

En el caso que nos ocupa se trató de una doble concesión, demanial otorgada por Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 31 de mayo de 1999, e industrial o de actividad otorgada por la Consejería de Agricultura, Pesca y Alimentación, mediante Orden n° 475, de 11 de junio de 1999, con destino a granja de engorde de doradas y lubinas en jaulas en una superficie de 36.641 m², situados en dominio público marítimo terrestre.

3. En este caso, al igual que sucede en los Dictámenes 308/2017, 312/2017 y 314/2017, todos de 20 de septiembre, emitidos en supuestos de hecho similares al presente, no es aplicable el plazo indicado en el art. 78.3 de la Ley de Costas, porque éste se refiere al procedimiento de concesión de ocupación del dominio público marítimo-terrestre, que compete al Estado y no al presente procedimiento que se refiere exclusivamente a la concesión de la actividad acuícola en dicho dominio público, de competencia autonómica, sin que la normativa autonómica haya previsto un procedimiento administrativo especial de extinción de la concesión de la actividad acuícola (art. 36 de la Ley 17/2003, de 10 de abril, de Pesca de Canarias) diferente al procedimiento administrativo común. Por tanto, y sin perjuicio de lo anterior, el procedimiento ha caducado, porque se ha iniciado de oficio por decisión

de la propia Consejería, ya que se trata de un procedimiento no solicitado por la interesada.

La aplicación del mencionado plazo general de caducidad viene dada, por un lado, del hecho de que aunque la Ley de Pesca de Canarias regula el procedimiento de otorgamiento de concesión no contempla procedimiento alguno en materia de extinción; y, por otro, no cabe aplicación analógica alguna con el procedimiento estatal de concesión demanial, pues una y otra clase de concesiones tienen naturaleza y objeto distintos. No debe olvidarse, a este respecto, que la caducidad es un instituto establecido por la Ley en garantía de los particulares frente a las actuaciones de la Administración susceptibles de producirles efectos desfavorables o de gravamen.

Tampoco se puede considerar iniciado a instancia de parte porque no es congruente la solicitud de la interesada (prórroga de la concesión) con lo resuelto en el apartado 2 de la propuesta de resolución (extinción de la concesión) pues sería aplicable lo dispuesto en el art. 88.2 LPACAP, que dispone lo siguiente: «En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede».

4. Sobre esta cuestión, como hemos recordado en el DCC 87/2017, es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo la de considerar aplicable el instituto de la caducidad a los procedimientos de resolución de los contratos administrativos. Señala así la STS de 22 de marzo de 2012, en la misma línea que las de 2 de octubre de 2007, 9 de septiembre de 2009 y 28 de junio de 2011, entre otras, que:

«(...) entre las prerrogativas que en materia de contratación pública poseen las distintas Administraciones se halla la de resolver los contratos determinando los efectos de esa decisión, y esa resolución la pueden acordar los órganos de contratación bien de oficio o a instancia del contratista, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine, y añade la norma que los acuerdos que decidan la resolución pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos. De lo anterior deduce esta Sala que la resolución del contrato constituye un procedimiento autónomo y no un mero incidente de ejecución de un contrato, que tiene sustantividad propia, y que responde a un procedimiento reglamentariamente normado como disponía el art. 157 del Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975, y como recoge ahora el art. 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

A ratificar lo anterior ha venido la doctrina sentada en la Sentencia del Pleno de esta Sala de 28 de febrero de 2007, que en su Fundamento de Derecho Cuarto señala que “Así, en el caso de autos, la petición de intereses deducida es una incidencia de la ejecución de un contrato de obras. No existe un procedimiento específico relativo a la ejecución del contrato de obras; sólo lo hay, en la relación de procedimientos existentes para las peticiones de clasificación de contratistas, modificación, cesión o resolución del contrato o peticiones de atribución de subcontratación”. Al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente el procedimiento de resolución del contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a las Administraciones Públicas impone el art. 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo, que al no estar establecido por su norma reguladora la Ley lo fija en tres meses en el artículo citado y el art. 44 de la Ley 30/1992, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, en vigor cuando se inició el procedimiento, en su apartado 1 mantiene que “en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos” y en su número 2 dispone como efecto del vencimiento del plazo que “en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92”.

Como consecuencia de lo expuesto, en el caso examinado cuando la Administración dictó la resolución por la que resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía, y lejos de ello lo que debió decidir fue la caducidad del expediente y el archivo de las actuaciones sin perjuicio de los efectos a que se refiere el art. 95.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común».

En definitiva, procede que se declare la caducidad del presente procedimiento, sin perjuicio de la procedencia de tramitar un nuevo procedimiento de resolución, debiendo incorporarse al mismo las actuaciones obrantes en el expediente remitido y en el que, tras dar audiencia al contratista y su avalista y redactar la correspondiente Propuesta de Resolución, se deberá recabar el preceptivo Dictamen sobre la misma, con las cautelas precisas que impidan que transcurra el plazo máximo para resolver.

C O N C L U S I Ó N

Por las razones expresadas en la fundamentación no procede entrar a conocer el fondo del asunto, debiendo acordarse la caducidad del procedimiento y el inicio, en su caso, de nuevo procedimiento de resolución contractual y, con realización de los trámites jurídicamente exigibles, la formulación de propuesta de Resolución que deberá ser dictaminada preceptivamente por este Organismo.