



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 275/2019

(Sección 2ª)

La Laguna, a 18 de julio de 2019.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Antigua en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de concesión administrativa de ocupación de zona verde y zona anexa a la calle (...) Caleta de Fuste, adjudicado a la Asociación de Empresarios y Comerciantes (...) (EXP. 249/2019 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde de Antigua, es la propuesta de resolución del procedimiento sobre resolución del contrato de concesión administrativa de ocupación de zona verde y zona anexa en la calle (...) Caleta de Fuste adjudicado a la Asociación de Empresarios y Comerciantes (...).

2. El presente informe ha sido solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Antigua, conforme al art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC).

3. El dictamen tiene carácter preceptivo y no vinculante, de conformidad con los arts. 11.1.D.c) y d) LCCC y el art. 212 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), el art. 109 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el art. 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

En relación con la normativa aplicable al contrato, la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público señala:

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

«1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior».

Tal y como consta en el exp. 376/2012 de este Consejo, que sirvió de base para emitir el Dictamen 446/2012, la concesión administrativa fue adjudicada por Decreto n.º 74 de 16 de abril de 2002. De conformidad con el pliego de cláusulas Administrativas particulares la concesión tenía por objeto la ocupación de zona verde y parte del vial anexo en la calle (...) de Caleta de Fuste, teniendo carácter contractual el proyecto, el pliego de prescripciones técnicas, los cuadros de precios y el programa de trabajo una vez aprobado por la Administración. El adjudicatario tenía que presentar un proyecto realizado por técnico competente, que recogiese la jardinería de la zona, con instalación de parterres, mobiliario urbano e instalaciones básicas para uso infantil, acorde al destino de uso público y un quiosco con terraza prevista para la instalación de mesas y sillas.

Al ser un contrato adjudicado conforme a la normativa anterior, podemos señalar que en virtud del régimen transitorio de las distintas leyes de contratos que se han ido sucediendo en el tiempo, el contrato se rige por el RDLeg. 2/2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

4. Ahora bien, es preciso diferenciar la normativa aplicable al expediente de contratación; de la normativa aplicable al contrato en cuanto a efectos, cumplimiento, extinción, duración y régimen de prórrogas y de la normativa aplicable al procedimiento de resolución del contrato de concesión. En el apartado anterior vimos cual es el régimen aplicable al contrato en cuanto a sus efectos. En este apartado analizaremos el régimen jurídico aplicable al procedimiento de resolución del contrato.

La normativa aplicable al procedimiento de resolución viene dada por la existente en el momento de su iniciación, tal como se ha venido estableciendo en los dictámenes 403/09, de 15 de diciembre, 380/10, de 10 de noviembre del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y la DT1ª LCSP y DT3ª de la Ley 39/2015, de 1

de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, esta última establece:

«a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior.

b) Los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán por las normas establecidas en ésta.

c) Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán, en cuanto al régimen de recursos, por las disposiciones de la misma.

d) Los actos y resoluciones pendientes de ejecución a la entrada en vigor de esta Ley se regirán para su ejecución por la normativa vigente cuando se dictaron.

e) A falta de previsiones expresas establecidas en las correspondientes disposiciones legales y reglamentarias, las cuestiones de Derecho transitorio que se susciten en materia de procedimiento administrativo se resolverán de acuerdo con los principios establecidos en los apartados anteriores».

El 30 de abril de 2019 el Pleno del Ayuntamiento acuerda iniciar el procedimiento para resolver el contrato de concesión, estando en ese momento en vigor la LCSP.

El art. 212 LCSP remite en cuanto al procedimiento de resolución contractual al desarrollo reglamentario, si bien establece un plazo de ocho meses para la instrucción y resolución del expediente.

A falta de desarrollo reglamentario de la LCSP, se aplica en lo que no contradiga la nueva Ley, el art. 109 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, en el que se establece el procedimiento a seguir:

«1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.

d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

2. Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente».

De la referida normativa se infiere la necesidad de trámite de audiencia, el informe del servicio jurídico y emisión del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, cuando se formule oposición por parte del contratista.

En el ámbito local, se preceptúan como necesarios para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, de acuerdo con el art. 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

5. En cuanto al plazo para resolver el expediente de resolución contractual es de ocho meses, en virtud del art. 212.8 LCSP. El transcurso del plazo máximo determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento.

6. La competencia para contratar y resolver el contrato corresponde al Pleno de la Corporación, al tratarse de un contrato plurianual con duración superior a cuatro años, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Segunda LCSP.

II

Los antecedentes relevantes en el presente caso son los siguientes:

- Por acuerdo plenario de fecha 10 de octubre de 2012 se acordó resolver el contrato de concesión administrativa de ocupación de zona verde y zona anexa en la Calle (...) adjudicado a (...), previo dictamen favorable del Consejo Consultivo de Canarias (dictamen 446/2012), por los siguientes incumplimientos:

«(...) por superar la construcción existente en la actualidad una superficie edificable superior al triple de la autorizada en el proyecto de la concesión administrativa, desvirtuando el carácter tradicional de la edificación reflejada en el proyecto, por haber procedido la titular de la concesión al arrendamiento de la misma (...)».

- Por Decreto de la Alcaldía 1.023 de fecha 30 de octubre de 2012, se acordó requerir el desalojo de las instalaciones objeto de la concesión administrativa.

- Frente a las dos resoluciones citadas, se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, que fue desestimado por Sentencia de 19 de enero de 2015 del

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de Las Palmas de Gran Canaria, la cual fue recurrida en apelación por la asociación demandante.

El Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en el procedimiento recurso de apelación 152/2015, falló con fecha 6 de noviembre de 2015, estimar el recurso de apelación interpuesto por la Asociación de Empresarios y Comerciantes de Antigua, por considerar que se había producido la caducidad del procedimiento, y por tanto, las resoluciones dictadas con posterioridad eran nulas (Acuerdo Pleno 10.10.12 y Decreto 1.023/30.10.12).

- Posteriormente por acuerdo plenario de 9 de noviembre de 2017 se acordó incoar nuevamente procedimiento de resolución del contrato de concesión, disponiendo la conservación de los actos elaborados durante la tramitación del procedimiento declarado caducado, y la inmediata emisión de nuevo informe pericial por facultativo de la oficina técnica municipal y por la policía local, relativo a la nueva explotación de las instalaciones. Sendos informes fueron elaborados e incorporados al expediente (informe de la Policía Local 14.12.17 e informe Técnico 05.01.18), y en ellos se pone de manifiesto, de un lado, que la situación y dimensión de las instalaciones se han mantenido invariables respecto del informe técnico emitido con fecha 17 de noviembre de 2011, en el que se ponía de manifiesto el incumplimiento del contrato de concesión en cuanto a la superficie construida y, de otro lado, que la explotación de las instalaciones seguía llevándose a cabo por (...), con licencia de apertura a favor de (...), persona distinta a la concesionaria del contrato.

- Ante la falta de resolución del procedimiento incoado por acuerdo plenario de fecha 9 de noviembre de 2017, se dictó providencia de la Alcaldía con fecha 18 de marzo de 2018, en la que se ordenó la emisión de informe jurídico para la continuación de los trámites oportunos en aras de proseguir con la tramitación del expediente de resolución del contrato de concesión administrativa.

- Se emitió informe jurídico de fecha 27 de marzo de 2018, en el que se concluye que para la continuación del procedimiento y en particular, para poder emitir la oportuna propuesta de resolución, resulta preciso la incorporación al expediente de informe policial, informe técnico e informe de tesorería, todos ellos en base a la situación real actual de la concesión administrativa.

Los informes antedichos se incorporan al expediente administrativo con fechas 29 de marzo de 2019 y 4 de abril de 2019.

- Finalmente, por acuerdo plenario de fecha 30 de abril de 2019, se acordó declarar la caducidad del procedimiento de resolución incoado en noviembre de 2017 y la incoación de un nuevo procedimiento de resolución, por los incumplimientos que se indican en el correspondiente informe-propuesta. Dicho acuerdo fue debidamente notificado a los interesados que constan como tal en el procedimiento incoado, la propia concesionaria del quiosco (...) y la entidad (...) (como nueva arrendataria), concediéndoles plazo de audiencia, durante el cual ambas entidades presentaron alegaciones oponiéndose a la resolución de la concesión, por lo que se solicita el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias.

III

1. Dado que las circunstancias de hecho tenidas en cuenta para resolver el contrato de concesión no han variado respecto a las informadas por este Consejo Consultivo en el dictamen 446/2012, tal y como hacen constar los informes emitidos por la Policía Local de 14.12.17 y Técnico 05.01.18 y los informes policial, técnico y de tesorería incorporados al expediente administrativo el 29 y 4 de abril de 2019, procede recordar los pronunciamientos del anterior dictamen 446/2012 y la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 6 de Las Palmas de Gran Canaria, en el P.O. 435/2012, analizando ahora la regularidad procedimental del último expediente de resolución de la concesión administrativa incoado por acuerdo plenario de 30 de abril de 2019, como consecuencia de la declaración de caducidad de los anteriores expedientes, acordada sobre la base de lo señalado en la Sentencia de 6 de noviembre de 2015 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Las Palmas de Gran Canaria del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que revisó la sentencia del Juzgado anteriormente referida, únicamente en el aspecto relativo a la caducidad del procedimiento.

Así en el dictamen 446/2012 decíamos:

«VI

1. Se pretende resolver el contrato de concesión administrativa por incumplimiento de las obligaciones esenciales del mismo, habiendo sido adjudicado en su día al único interesado que acudió en la licitación, por Acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno de 31 de octubre de 2000, manifestando entonces “la inexistencia de ánimo de lucro de ninguno de nosotros y solamente buscando el fin de obtener beneficios comunes para todos nuestros empresarios y en definitiva para todo nuestro Municipio”.

2. A la vista de los antecedentes, se pueden formular las siguientes consideraciones:

- Aunque se indica por el Servicio en su momento que en el plano presentado "no se aprecia bien donde se emplaza el kiosko", se informa favorablemente la concesión del mismo "siempre que no esté situado en una calle y acera sino en zona verde", concretamente en los números (...) de la calle (...) de la primera fase de la urbanización (...) de Caleta de Fuste. El 15 de febrero de 2002 el concesionario solicitó "el cambio de autorización para la colocación del kiosko, adjuntando plano".

Consta asimismo que la Asociación solicitó certificado de que el "terreno afectado por dicha concesión es de titularidad municipal"; certificado que no se emitió. Circunstancia al parecer conexas con la presentación de recurso contencioso administrativo (nº159/2012) por el grupo turístico (...) contra el Ayuntamiento; motivo por el que, como se dijo, la Asociación alegó prejudicialidad, que la Administración rechaza como causa para suspender la resolución propuesta.

En este orden de cosas, se observa que ningún efecto puede tener en el asunto que nos ocupa este litigio sobre los términos en que ocupó el suelo afectado por la concesión para el Ayuntamiento, para el concesionario o, menos aún, para el arrendatario, aunque actuase supuestamente de buena fe.

- En principio, es problemático dudoso que la Asociación de empresarios pueda licitar como tal, compitiendo con los empresarios a los que defiende para la concesión de un kiosko, máxime cuando su actividad como concesionario no tiene expreso acomodo en sus estatutos, que no menciona el ejercicio de actividades comerciales, sino informativas y de defensa de sus asociados. Y asimismo es cuestionable que la Mesa de contratación aceptase como experiencia previa, que era criterio básico de adjudicación de la concesión, la experiencia de sus asociados, pues la solicitud la hace la Asociación como tal. Sin embargo, pese a que dichas circunstancias pudieran ser causa de nulidad de la adjudicación, ésta se acordó a favor de la Asociación en octubre de 2000, siendo ejecutado el correspondiente proyecto presentado en sus propios términos. Y consta que el 16 de septiembre de 2002 el concesionario manifiesta que dada la imposibilidad de explotar el kiosko, interesa su cesión a uno de nuestros asociados, sin identificar, admitiéndose tal cesión por acuerdo plenario de 25 de septiembre de 2002, aunque condicionada su eficacia a que por el cesionario se cumplan las condiciones impuestas (capacidad económica y solvencia) y se formalizara el negocio en escritura pública.

Precisamente, se acredita que no se cumplieran tales condiciones, por lo que el acuerdo carece de eficacia y, por ende, ha de entenderse que la cesión producida carece de cobertura al no estar autorizada. Confirmatorio de que así lo entendieron las partes es que el canon concesional fue girado por el Ayuntamiento al concesionario original y abonado, año tras año,

por éste, que, consecuentemente y en apariencia seguía gestionando la explotación del local. Así, hasta que, por Providencia de 12 de junio de 2012, el Alcalde solicita información al respecto, conociéndose entonces, según informe ya referido, que se encontraba regentado por el titular de una empresa que había contratado el 1 de agosto de 2006 el arrendamiento del mismo por cierta cantidad y por seis años y cuatro meses, hasta el 30 de noviembre de 2012, depositando el arrendatario una fianza de 30.000 euros.

La condición de arrendador que alega la Asociación se hace derivar de “la estimación de la solicitud” de cesión, permitiéndole realizar el contrato; como vimos no es así. En realidad, cabe apuntar que la solicitud de cesión fue el subterfugio que permitía a la Asociación ceder en arrendamiento el local con pingües beneficios.

A mayor abundamiento, la cesión de la concesión está permitida legalmente pero con la condición de que el receptor actúe en la posición y exigencias del concesionario inicial, pero no supone que éste deje de serlo y, al tiempo, pueda arrendar un local incluido en el objeto concesional. Y tampoco que el concesionario siga siéndolo y pueda arrendar un local incluido en tal objeto.

No consta en el expediente si en ese momento el local seguía teniendo las condiciones en las que fue autorizado o si las obras de ampliación fueron ejecutadas por el arrendatario, aunque contractualmente no podía hacer “nuevas instalaciones”). En todo caso, el concesionario no estaba autorizado a ceder la concesión y, pese a ello, arrendó el local obteniendo beneficio de ello.

Pese a todo, es cierto que se otorgó licencia de apertura del local por Acuerdo de la Junta de Gobierno, de 26 de junio de 2008, a la empresa (...), la potencial cesionaria y en cualquier caso arrendataria.

VII

Se evidencia el ánimo de lucro que negó en la solicitud de concesión el concesionario, desconociéndose si el arrendatario era consciente o no de que el título del arrendador como concesionario estaba desvirtuado al haberse pervertido la naturaleza y fin de la concesión o si fue el responsable de las obras de ampliación. Consta que al arrendatario, se le notificaron las actuaciones del procedimiento resolutorio a los efectos oportunos. Solicitó entrevista con el Alcalde para hablar del expediente, siendo convocado al efecto, pero sin constar en el mismo si se reunieron y, de ser así, el resultado de la reunión.

El concesionario ha modificado un término clave de la concesión, su titular; alteración que el pliego remite a las disposiciones en materia de cesión de la Ley de Contratos, que, en este caso (art. 114 TRLCAP) no se cumplieron, de modo que los efectos del incumplimiento (art. 111 TRLCAP) es la resolución, como recoge la cláusula 29 del Pliego. En definitiva, se ha incumplido una obligación esencial del contrato [apartado g)], con el agravante de que el incumplimiento lo fue por lucro y mediando mala fe, pues la cesión de la concesión, no

autorizada, nunca le reportaría al concesionario tanto lucro como el arrendamiento realizado en contra de lo firmado.

VIII

1. Hay otro dato que ha resultado incontrovertido en las actuaciones. En el proyecto presentado figura una pequeña edificación de unos 50 m² aproximadamente “de estilo tradicional” que se pretendía fuera “elemento característico de la isla que sirva de referente”, y que se pretendía acondicionar como “espacio público”. Sin embargo, la construcción existente, a fecha de 2010, tiene una superficie aproximada de 163 m², es decir, sensiblemente superior al triple de la que se refleja en el proyecto objeto de la concesión administrativa. Más aún, “rodeando a la edificación tradicional que figura en el proyecto existe otra que no estaba contemplada en la concesión y que tapa completamente la edificación que supuestamente debía servir de hito y referente como elemento característico de la isla”. La “zona de uso público que se pretendía mejorar con el acondicionamiento de los alrededores del elemento construido, se encuentra vallada y se accede a la misma a través de la edificación, por lo que la intervención realizada, en lugar de constituir la mejora de un espacio verde público tal y como debía hacerse atendiendo a la concesión, ha constituido un jardín de uso privativo de la edificación”.

Sin tener en cuenta ninguna otra consideración, la señalada actuación del concesionario constituye un manifiesto incumplimiento del contrato de concesión, que modificó ejecutando o consintiendo la ejecución de obra mayor que triplicó la superficie del local, sin autorización expresa, en contra de la propuesta efectuada en la oferta, privatizando el uso del dominio público, sin autorización. Lo que constituye, ciertamente, incumplimiento de las obligaciones esenciales, modificando para ello el título sin autorización de clase alguna.

- Como se ha dicho, no consta si la obra fue ejecutada conforme a proyecto; si se le dio el visto bueno; ni quién es responsable de las obras de ampliación (concesionario o arrendatario). Se concluye, en todo caso, que las obras fueron realizadas sin licencia alguna, aunque el concesionario cree que las obras, autorizadas por “actos tácitos”, han permitido que la concesión se haya ido “adaptando a las necesidades de crecimiento y en consonancia con los intereses municipales que han consentido dichas actividades”. Se trataba, según el concesionario, de mantener el “equilibrio financiero de las contraprestaciones”, ejecutándose las obras “en lugar visible”, sin oposición municipal.

La modificación de la concesión debe hacerse de conformidad en lo previsto en los pliegos y en la Ley. El concesionario no puede alegar lo expuesto -menos aún la quiebra del equilibrio financiero de la concesión cuando pagaba un canon de 150 euros y cedió el local en arrendamiento por más de 3.000 euros mensuales-; ni puede ampararse en la vía de hecho, aun consentida.

Cabe admitir negligencia en la actuación: la policía urbanística del Ayuntamiento ha cometido una negligencia inexcusable, siendo inadecuado que se ejecuten a la vista obras ilegales, sin licencia y sin que durante años se haya hecho actuación alguna en el sentido de acreditar la regularidad de las obras y del servicio que se prestaba en las instalaciones.

El concesionario funda la regularidad de lo actuado en el principio de “confianza legítima” (art. 3.1 LRJAP-PAC), correctivo del principio de legalidad que se fundamenta en los principios de seguridad jurídica y buena fe, permitiendo que el particular consolide su situación jurídica al haber actuado con la convicción, reforzada por la acción u omisión de la Administración, de que la misma era legítima.

Pero, aparte que el interés general debe prevalecer, sin perjuicio en su caso de derecho indemnizatorio o de la protección de terceros de buena fe, el argumento del concesionario, aplicándose el principio a sí mismo, exige que actuase debidamente, de acuerdo a Derecho en relación con el contrato en cuestión, y que la Administración no procediese en forma alguna al efecto, siendo las expectativas a lograr razonables ante tal supuesto consentimiento.

La Administración debe generar signos externos que orienten al ciudadano hacia una determinada conducta, pero siempre que no haya negligencia, ignorancia o mera tolerancia de la Administración y que el interesado haya cumplido sus deberes y obligaciones.

En el presente caso, la Administración fue omisiva en sus labores de inspección, pero no autorizó la cesión de la concesión, incumpléndose además sus condiciones. Ciertamente, la licencia de apertura de local se hizo a favor de (...), quien seguramente aportó a tal efecto el contrato de arrendamiento, que no era el concesionario. Pero de este simple y solo dato no se puede colegir que el arrendatario actuaba como cesionario o que el concesionario podía entender que la cesión había sido autorizada. Y, además, aun así, no podía realizarse en modo alguno el arrendamiento, máxime como concesionario, constanding que así se consideraba, asumiendo que seguía siéndolo al pagar el canon, sin haber la cesión por arrendamiento además o el arrendamiento por el concesionario.

Por lo demás, se hizo ampliación de instalaciones mediante obras no autorizadas, en contra del pliego concesional, convirtiendo dominio público en otro de uso privativo.

La actuación del concesionario fue contraria al compromiso contraído y al principio de buena fe. Actuó en contra de la ley y del pliego, con exclusivo ánimo de lucro, aprovechándose de bienes públicos, que utilizó como privados.

Alegar que todo eso se hizo para restituir el equilibrio financiero de la concesión, para la defensa de los intereses municipales -cuando el concesionario percibía del arrendatario 3.000 euros en concepto de alquiler-, para aportar “elementos de protección y seguridad de los menores”, y que lo hecho ha supuesto una “mejora de la concesión y una mayor rentabilidad de la misma” es, un argumento no sólo no acreditado, sino falso totalmente y, en todo caso, insuficiente para oponerse a la resolución o fundar su improcedencia.

Es obvio que el equilibrio financiero de una concesión se restituye en el contexto de la concesión, no por vía de hecho».

Por su parte la Sentencia de 19 de enero de 2015 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 6 de Las Palmas de Gran Canaria, razonaba lo siguiente:

«(...)

TERCERO.- Debemos pronunciarnos inicialmente, acerca de la alegación relativa a la caducidad del expediente administrativo, realizada por la recurrente.

El procedimiento se incoó por medio de Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Antigua, de fecha 31 de mayo de 2.012. Con fecha 13 de agosto de 2.012, se dictó el Decreto número 752, de la Alcaldía, de la Administración demandada, solicitando dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, acordando, al mismo tiempo, la suspensión del transcurso del plazo máximo legal para resolver.

En este punto, debemos hacer referencia al contenido del artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común a cuyo tenor “El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos: (...) c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”.

El Informe preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias se remitió, vía fax, a la Administración demandada, el 9 de Octubre de 2.012, dictándose la Resolución definitiva del expediente el día 10 de Octubre de 2.012, por lo que, en ningún caso cabría apreciar la caducidad alegada por la recurrente.

En cuanto a la alegación de la recurrente, relativa a una presunta vulneración del procedimiento legalmente establecido, por parte de la Administración demandada, sobre la base de los motivos anteriormente expuestos, debemos colegir que, consta en el expediente administrativo, en su documento con número 73, la notificación a la recurrente, del Decreto de la Alcaldía, número 752, mediante el que se solicitó el Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias. También queda acreditado en el expediente, en su documento número 80, que, en fecha 8 de noviembre de 2.012, previa su solicitud, le fue entregada a la recurrente copia del Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias.

Si bien es cierto, que dicha copia le debió ser entregada previamente al dictado de la Resolución, y sin que fuera necesario que la recurrente lo solicitara, no es menos cierto que

ésta dispuso de dicho documento dentro del plazo legal para interponer Recurso de Reposición frente al Acuerdo de fecha 10 de Octubre de 2.012, por lo que no se le causó una indefensión que entrañara la nulidad del procedimiento.

Tampoco pudo prosperar la alegación de la recurrente relativa a una errónea remisión genérica a los actos administrativos y pruebas del expediente originario, cuya caducidad fue declarada por la demandada, toda vez que, con independencia de que la propia recurrente admitió en sus alegaciones, obrantes en el expediente, que no habían variado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al incoarse el expediente declarado caducado, existían posteriores informes, como el de la Policía Local de Antigua, recogido como documento número 57; y un nuevo Informe Técnico, documento número 62, que realizaban una nueva constatación de los hechos que dieron lugar a la resolución recurrida.

CUARTO.- En cuanto a los motivos alegados por la Administración demandada para la revocación de la concesión, y en concreto, sobre la incumplimiento del concesionario, relativo a la ejecución de una construcción con una superficie edificable superior al triple de la autorizada en el proyecto de concesión administrativa, desvirtuando el carácter tradicional de la edificación reflejada en el proyecto, ha quedado acreditado en el expediente administrativo, en los informes técnicos municipales, de fechas 17 de noviembre de 2.011 y 17 de julio de 2.012, que la edificación ejecutada por el concesionario era superior al triple de la que se refleja en el proyecto de concesión administrativa, hallándose construcciones de elementos no autorizados en la licencia concedida, desvirtuando el fin de la concesión.

La Cláusula 23.1 del Pliego de Bases, reguladoras del concurso, recogen que "(...) las obras e instalaciones se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el presente pliego de cláusulas administrativas particulares y el proyecto que sirve de base al contrato (...)"; y la Primera Cláusula del Contrato establecía que la recurrente debía ejecutarlo con estricta sujeción a los planos, pliego de cláusulas administrativas y los que figuraran en el proyecto aprobado por la Administración demandada, aceptando dichos documentos, que se integraban en el contrato.

El Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, señaló que la actuación de la recurrente constituyó un incumplimiento manifiesto del contrato de concesión, que modificó, ejecutando o consintiendo la ejecución, de obra mayor, que triplicó la superficie del local, sin autorización expresa, en contra de la propuesta efectuada en la oferta, privatizando el uso del dominio público, sin autorización, constituyendo un incumplimiento de las obligaciones esenciales, modificando el título, sin autorización de clase alguna.

Ha quedado, por tanto, plenamente acreditado el incumplimiento por parte de la recurrente.

En cuanto al segundo de los motivos que motivaron la resolución del contrato de concesión, relativo al incumplimiento del concesionario, consistente en la cesión no autorizada del contrato de concesión, debemos señalar que, con fecha 16 de junio de 2.012,

se acreditó, por parte de la Policía Local de Antigua que el local se encontraba regentado por Eleuterio, en nombre de la empresa (...), mediante arrendamiento de local, por la cantidad de 3.005,06 euros mensuales, adjuntándose al informe, copia del contrato de arrendamiento.

El artículo 114 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (RCL 2000, 1380 y 2126), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Vigente hasta el 30 de abril de 2008), establecía que "7. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato. 2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos: a) Que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión, b) 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, c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia exigible de conformidad con los artículos 15 a 20, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente. d) Que se formalice la cesión, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública. 3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente. 4. La Administración no autorizará la cesión del contrato en favor de personas incursas en suspensión de clasificaciones o inhabilitadas para contratar".

Tal y como fue apreciado por el Consejo Consultivo de Canarias, en su Dictamen, que tras el análisis del expediente administrativo y de la documentación aportada por las partes, compartimos plenamente que la recurrente modificó un término clave de la concesión, sin cumplir con los requisitos establecidos en el artículo anteriormente transcrito, y guiado por un claro ánimo de lucro, ya que se realizó una cesión de la concesión, no autorizada, con el único fin de lucrarse con el arrendamiento, realizado en contra de los términos del contrato.

QUINTO.- Por todo ello, procede la desestimación del recurso, declarando que las Resoluciones adoptadas por el Ayuntamiento de Antigua, son ajustadas a derecho, imponiéndose las costas a la recurrente, según lo establecido en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (RCL 1998, 1741)».

2. En relación con la tramitación procedimental, en el expediente de resolución contractual se utilizan los informes policiales, técnico y de tesorería del procedimiento de resolución de la concesión iniciado por acuerdo plenario de 9 de noviembre de 2017, declarado caducado por acuerdo plenario de 30 de abril de 2019. Estos informes se incorporan al expediente iniciado el 9 de noviembre de 2017 (antes de ser declarado caducado por acuerdo plenario de 30 de abril de 2019), con fecha

29 de marzo y 4 de abril de 2019 y se pretenden utilizar en el procedimiento de resolución de la concesión iniciado por acuerdo plenario de 30 de abril de 2019.

La STS de 24 de febrero de 2004 recoge la doctrina sobre la conservación de actuaciones de un procedimiento caducado:

«OCTAVO.- Sabemos que la declaración de caducidad no impide la apertura de un nuevo procedimiento sancionador en tanto en cuanto la hipotética infracción que originó la incoación del procedimiento caducado no haya prescrito. Así se desprende, con nitidez, del mandato legal que se contiene en el artículo 92.3 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) (la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción).

Ahora bien, al declarar la caducidad la Administración ha de ordenar el archivo de las actuaciones (artículo 43.4 de la Ley 30/1992 en su redacción originaria; y artículo 44.2 de la misma Ley en la redacción ahora vigente), lo cual, rectamente entendido, comporta:

a) Que el acuerdo de iniciar el nuevo expediente sancionador (si llega a producirse) puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia, determinaron la iniciación del expediente caducado. De lo contrario carecería de sentido aquel mandato legal. Afirmación, esta primera, que cabe ver, entre otras, en las sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 1 de octubre de 2001 (RJ 2002, 3124) y (RJ 2002, 3123) (dos), 15 de octubre de 2001 (RJ 2002, 10190), 22 de octubre de 2001 (RJ 2002, 9837) y 5 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 5264).

b) Que en ese nuevo expediente pueden surtir efectos, si se decide su incorporación a él con observancia de las normas que regulan su tramitación, actos independientes del expediente caducado, no surgidos dentro de él, aunque a él se hubieran también incorporado. Concepto, éste, de actos independientes, que también cabe ver en las sentencias que acaban de ser citadas.

c) Que no cabe, en cambio, que en el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero, esto es, las surgidas y documentadas en éste a raíz de su incoación para constatar la realidad de lo acontecido, la persona o personas responsables de ello, el cargo o cargos imputables, o el contenido, alcance o efectos de la responsabilidad, pues entonces no se daría cumplimiento al mandato legal de archivo de las actuaciones del procedimiento caducado.

d) Que cabe, ciertamente, que en el nuevo procedimiento se practiquen otra vez las mismas actuaciones que se practicaron en el primero para la constatación de todos esos datos, circunstancias y efectos. Pero habrán de practicarse con sujeción, ahora y de nuevo, a los trámites y garantías propios del procedimiento sancionador y habrán de valorarse por su resultado o contenido actual y no por el que entonces hubiera podido obtenerse. Y

e) Que por excepción, pueden surtir efecto en el nuevo procedimiento todas las actuaciones del caducado cuya incorporación solicite la persona contra la que se dirige aquél, pues la caducidad «sanciona» el retraso de la Administración no imputable al administrado y no puede, por ello, desenvolver sus efectos en perjuicio de éste.

NOVENO.- La aplicación de lo expuesto al caso de autos determina que aquel punto segundo de la resolución impugnada no sea conforme a Derecho. De un lado, porque lo que debió ordenar fue el archivo de las actuaciones. De otro, porque será al acordar la incoación del nuevo procedimiento sancionador (si así llega a acordarse) cuando deberá expresarse cuáles son las actuaciones que, con valor de denuncia, dan cobertura a ese acuerdo de incoación. Y, en fin, porque será durante la tramitación del nuevo procedimiento sancionador cuando deberá decidirse, con observancia de las normas por las que se rige y de la interpretación antes expuesta sobre el significado del mandato «archivo de las actuaciones», qué cabe incorporar a él, y como, de lo ya obrante en el caducado».

En el mismo sentido la STS de 21 de diciembre de 2015 señalaba que:

«SEXTO.- Respecto del resto de cuestiones propuestas por la demandante, en concreto, la improcedencia de incorporar al nuevo expediente actos y trámites del expediente caducado, cabe recordar el principio de conservación de los actos válidos, por lo que al no afectar a los derechos de la ahora recurrente, ni generarle indefensión la incorporación, en concreto, la del informe de la Intervención General de la Administración del Estado IGAE, y advirtiendo la resolución recurrida que subsisten las causas que originaron la resolución de 28 de enero de 23, no puede acogerse el motivo impugnatorio.

Efectivamente, aunque dicha resolución pueda entenderse en el momento del inicio del nuevo expediente de reintegro como inexistente, por causa de su caducidad, ello no implica que no puedan subsistir aquellos actos realizados en dicho expediente que determinaran cuales eran los hechos conforme a los cuales se pusieron de manifiesto las irregularidades en el seno del procedimiento de previo control de la ayuda, precisamente, por cuanto siquiera tales actos fueron examinados jurisdiccionalmente por la ya tan citada Sentencia de esta Sala, y por tanto no fue puesta en duda su validez en la sentencia que declara la caducidad del procedimiento y tampoco fueron impugnadas tales actuaciones en el escrito de alegaciones presentado por la Mancomunidad frente al acto de inicio de nuevo expediente con fecha 22 de agosto de 2008, escrito en el que sólo se realizan actuaciones acerca de la presunta prescripción del procedimiento de reintegro. Por lo tanto, el informe definitivo de control financiero efectuado por la Intervención Regional de Andalucía a dicha Mancomunidad en razón de las ayudas Feder percibidas, resulta una actuación, no sólo plenamente válida por mor de su incorporación al expediente (dado que no era necesario realizar un nuevo proceso de control cuando ante el mismo, no se realizan alegaciones por la interesada en cuanto a su contenido, sino que sólo se argumenta frente a dicho expediente acerca de su prescripción,

como ya se ha expresado) sino porque no se observa un cambio o modificación de las circunstancias en que dicho informe fue realizado en aquellos momentos, y resultaba en todo caso inadecuado un nuevo control financiero sobre hechos ya constatados e inmutables o no cambiantes en relación con los gastos comprometidos en la fecha límite establecida en la decisión de la Comisión, así como la consideración no elegibles de las obras ejecutadas en el Proyecto de Mejora del vertedero controlado de Nebrija.

Por tanto, no es posible la anulación de tales actos por este motivo, y subsistiendo así, en cuanto al fondo del reintegro, al que se opone ahora la recurrente, las causas que originaron el expediente.

Además de lo anterior, y a mayor abundamiento, la sentencia recurrida razonó también, a propósito de la alegación de la parte recurrente sobre la inaplicación del procedimiento que estimaba vigente, que de conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, para declarar la anulación de un acto administrativo por infracciones procedimentales, es necesario que las mismas generen indefensión, es decir, ocasionen una disminución de las garantías de defensa del interesado, lo que en el presente caso no estimó se hubiera producido».

Aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa, para incorporar el material probatorio del anterior procedimiento al nuevo, es preciso el dictado de una diligencia por la que se ordene dicha incorporación, motivando las razones por las que no se considera necesario practicar nuevas pruebas y se estima oportuno utilizar las del anterior procedimiento caducado dando, asimismo, a las partes la oportunidad de aportar otros medios de prueba, lo que no se ha realizado en el caso que analizamos. La propuesta de resolución deja constancia, al dar respuesta a las alegaciones formuladas por los interesados en el trámite de audiencia, que los informes que sirven de base a la resolución de la concesión se pusieron a disposición de las partes tras ser pedido por éstas, si bien se puede comprobar en el expediente que tras las alegaciones de los interesados se emitieron con fechas 1 y 11 de junio de 2019 sendos informes del arquitecto técnico del Ayuntamiento de Antigua sobre las cuestiones técnicas alegadas por (...) en su escrito de alegaciones, y con objeto de desvirtuar las mismas, sin que conste que se les haya dado traslado de los mismos a los interesados, procediéndose a continuación a emitir Informe-Propuesta.

Asimismo, consta en el expediente el trámite de audiencia, el informe jurídico y de Secretaría, pero no consta el informe de la Intervención, siendo este preceptivo, por lo que debe retrotraerse el procedimiento, lo cual otorga al Ayuntamiento la oportunidad de corregir las omisiones del procedimiento, practicando nuevas pruebas o incorporando formalmente las existentes en el anterior procedimiento caducado si

se estima oportuno con la debida motivación (los informes aportados por el Ayuntamiento son recientes y vienen a reiterar el contenido de los emitidos en anteriores procedimientos al constatar que no ha habido cambio de circunstancias), dando un nuevo trámite de audiencia a todas las partes, que también podrán solicitar la incorporación de pruebas de los procedimientos caducados o proponer nuevas pruebas. Asimismo, y una vez concluido el trámite anterior, se deberá solicitar de nuevo el informe de la Intervención, del Servicio Jurídico y la Secretaría, emitiendo nueva propuesta de resolución que valore en conjunto todas las alegaciones y pruebas, solicitando el dictamen de este Consejo en caso de oposición del contratista.

CONCLUSIÓN

La propuesta de resolución no se considera conforme a Derecho, debiendo retrotraerse las actuaciones en los términos que se indica en el Fundamento III del presente Dictamen.