



Procedimiento Administrativo Común y del artículo 109 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3) **OTORGAR** audiencia a la entidad aseguradora ASEFA, S.L. con CIF A-08171605, para que en el término de **DIEZ DÍAS HÁBILES** presente las alegaciones que considere oportunas.

4) Dar traslado del presente acuerdo a la entidad contratista, a la compañía aseguradora, al responsable del contrato, para su conocimiento y efectos oportunos.

Es lo que tengo a bien informar en Antigua a 18 de febrero de 2016."

Concedida la palabra a los portavoces de los grupos políticos, interviene D. David Alberto quien señala que debería tenerse la certeza de que en ningún caso habría que indemnizar a la empresa.

El Sr. Alcalde destaca que los hechos que avalan la resolución son contundentes en tal sentido.

D. Juan Cabrera manifiesta que la empresa, sin duda, dará la batalla, y por ello es importante armar bien el expediente.

El Sr. Alcalde manifiesta que se camina con pies de plomo, pero lo más importante es garantizar una correcta prestación del servicio,

Tras las intervenciones de los portavoces de los Grupos Políticos se somete a votación el expediente de referencia, resultando aprobado por la unanimidad de los miembros presentes en la sesión que en su conjunto superan la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación, adoptándose a su tenor el siguiente acuerdo:

**Primero: INCOAR PROCEDIMIENTO** para resolver el contrato denominado "Servicio de Recogida de Residuos Urbanos, Limpieza Vial y de las Dependencias Municipales en el Término Municipal de Antigua", suscrito con la entidad Hermanos Santana Cazorla S.L.U. con fecha 9 de marzo de 2010, por los incumplimientos contractuales que se mencionan en el cuerpo del presente informe, y más ampliamente en el emitido por el responsable del contrato de fecha 12 de febrero de 2016.

**Segundo: OTORGAR** a la entidad contratista el trámite previo de audiencia para que en el término de **DIEZ DÍAS HÁBILES** haga alegaciones y presente las justificaciones y documentos que considere pertinentes para su defensa, de conformidad con lo previsto en los artículos 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del artículo 109 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

**Tercero: OTORGAR** audiencia a la entidad aseguradora ASEFA, S.L. con CIF A-08171605, para que en el término de **DIEZ DÍAS HÁBILES** presente las alegaciones que considere oportunas.

**Cuarto:** Dar traslado del presente acuerdo a la entidad contratista, a la compañía aseguradora, al responsable del contrato, para su conocimiento y efectos oportunos.

**6º.- PROPUESTA EMITIDA POR LA JURÍDICA MUNICIPAL RELACIONADA AL RECURSO DE REPOSICIÓN FRENTE AL ACUERDO PLENARIO DE FECHA 20.02.15 POR EL QUE SE ACORDABA RESOLVER EL EXPEDIENTE DE CESIÓN ADMINISTRATIVA DE OCUPACIÓN DE ZONA VERDE EN LA URB. EL CASTILLO.**

Por el Sr. Alcalde Presidente, se da cuenta al Ayuntamiento Pleno, del dictamen favorable de la Comisión Informativa de Economía y Hacienda, y Especial de Cuentas de fecha 18 de febrero de 2016, de la propuesta emitida por la jurídica en relación al recurso de reposición frente al acuerdo plenario de fecha 20 de febrero de 2015 por el que se acordaba resolver el expediente de concesión administrativa de ocupación zona verde en la Urb. El Castillo, otorgada a la entidad Oasis Caleta de Fuste S:L.

Dada cuenta del informe emitido por la jurídica, con fecha 08 de febrero de 2016, cuyo tenor literal es el siguiente:

**“ANTECEDENTES**

1.- Acuerdo adoptado por el Ayuntamiento-Pleno en sesión celebrada el 24 de diciembre de 1996 por el que se aprobaba el pliego de bases reguladoras para la concesión por concurso de ocupación de zona verde en la Urbanización El Castillo (B.O.P. de 14 de julio de 1997).

2.- Acuerdo plenario de 9 de agosto de 1997 por el que se adjudicaba a la entidad “Oasis Caleta de Fuste, S.L.” la indicada concesión, suscribiéndose el correspondiente contrato administrativo el 23 de abril de 1998.

3.- Acuerdo adoptado por el Ayuntamiento-Pleno, en sesión celebrada el 26 de septiembre de 2013 por el que se incoaba expediente de resolución de concesión administrativa de ocupación de zona verde en la Urbanización El Castillo y, al propio tiempo, se concedía trámite de audiencia a la entidad concesionaria y demás interesados en el expediente administrativo.

4.- Instancia presentada ante este Ayuntamiento por don Agustín Alberto Hernández, en representación de la entidad “Oasis Caleta de Fuste, S.L.”, con fecha 25 de octubre de 2013 (registro de entrada municipal n 7.489), en la que solicita el dictado



Ayuntamiento de  
**Antigua**

Doc 7 27/40 y  
N/Ref.: MARM/ygmh/SEC  
Expte.: 211/02-2016

de acuerdo por la que se declare no haber lugar a la resolución de la concesión administrativa.

5.- Acuerdo plenario de 29 de mayo de 2014 por el que se declara la caducidad del expediente de resolución de la indicada concesión y se incoaba nuevo procedimiento de resolución, concediéndose audiencia por diez días a "oasis Caleta de Fuste, S.L." y demás interesados.

6.- Instancia presentada ante este Ayuntamiento por la entidad "Oasis Caleta de Fuste, S.L.", con fecha 12 de junio de 2014 (registro de entrada nº 4.549), mediante la que presenta alegaciones y solicita el dictado de resolución por la que se declare no haber lugar a la resolución de la concesión administrativa.

7.- Con fecha 3 de julio de 2014 ha sido evacuado informe propuesta por parte del Sr. Asesor Jurídico, D. Enrique Sancho González, por el que se propone desestimar las alegaciones presentadas por la entidad concesionaria y en consecuencia resolver la concesión administrativa, todo ello previo a la emisión del preceptivo Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias.

8.- Con fecha 30 de septiembre de 2014 y R.E. 7.651 se recibe dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, en el que se concluye que la propuesta de resolución emitida por el Asesor Jurídico Municipal es conforme a Derecho, si bien se realizan algunas observaciones.

9.- Con fecha 27 de octubre de 2014 se emite nuevo informe propuesta de resolución por la Asesora Jurídica Municipal en el que se propone la resolución de la concesión administrativa.

10.- Con fechas 12 y 21 de noviembre de 2014, y R.E. 9.004 y 9.307 respectivamente, se presentan instancias por parte del titular de la concesión a las que se acompañan documentos relativos a la constitución de la garantía definitiva y sobre la obtención de licencia de apertura y posterior cambio de titularidad de las actividades cedidas a terceros.

11.- Con fecha 25 de noviembre de 2014 se acuerda por el Ayuntamiento Pleno ampliar el plazo máximo para resolver y notificar la resolución en tres meses.

12.- Con fecha 22 de diciembre de 2014 y r.e. 10.151 se solicita por la concesionaria autorización para la cesión de la explotación de uno de los Kioscos objeto de la concesión.

13.- Con fecha 17 de febrero de 2015 previo informe propuesta de resolución del Asesor Jurídico Municipal, se acuerda por el Ayuntamiento Pleno desestimar las alegaciones presentadas por la concesionaria, denegar la autorización de cesión parcial de la concesión, extinguir la concesión administrativa e incautar la garantía provisional.

14.- Con fecha 24 de marzo de 2015 y r.e. 2.313 se presenta Recurso de Reposición frente al acuerdo plenario de fecha 17 de febrero de 2015, al que se acompaña una serie de documentación que no había sido aportada al procedimiento anteriormente.

15.- Con fecha 4 de mayo de 2015 se emite Providencia de la Alcaldía en la que se ordena que por el Sr. Tesorero Municipal a la vista de los documentos aportados por la concesionaria, se informe de si la garantía provisional constituida fue devuelta.

16.- Finalmente con fecha 3 de diciembre de 2015 se emite informe por parte del Tesorero Municipal en el que manifiesta entre otras cosas, que una vez consultados los datos obrantes en el Departamento de Intervención así como consultadas las distintas entidades financieras no existe constancia de que se haya devuelto la cantidad de 1.000.000 ptas. (6.010,12 €) desde la fecha de constitución de la garantía provisional hasta la fecha actual. Así mismo el Tesorero informa que la constitución de la garantía provisional se hizo mediante entrega de un cheque nominativo a favor del Ayuntamiento cuyo ingreso en las cuentas bancarias de titularidad municipal no puede acreditarse.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

### **I.- Legislación aplicable**

Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1.372/1986, de 13 de junio.

Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre.

Ley 89/1962, de 24 de diciembre, de Bases del Patrimonio del Estado, aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril.

Reglamento de Desarrollo de la Ley 89/1962, aprobado por Real Decreto 1.373/2009.

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Al tratarse de una concesión administrativa sobre el dominio público, resulta de aplicación en primer lugar la legislación de bienes vigente a la fecha de tramitación del procedimiento, que no es otra que el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, que a su vez remite a la legislación contractual en cuanto al procedimiento de licitación para su otorgamiento, arts. 78 y 81 RBEL, para lo que no esté previsto en ella. Así mismo resulta de aplicación supletoria la legislación estatal reguladora del patrimonio

de las Administraciones Públicas, representada por la ya derogada Ley 89/1962 y su reglamento de desarrollo, así como la actual Ley 33/2003.

La legislación contractual aplicable al presente supuesto es la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, dado que el procedimiento se incoó en octubre de 1996, todo ello en virtud de la Disposición Adicional Segunda del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Así mismo se aplica el Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas que continua vigente.

## II.- Alegaciones.

**Primera.- Constitución de la garantía definitiva: Alega el concesionario en primer lugar que sí constituyó la garantía definitiva, haciendo mención a los correspondientes documentos justificativos que, en unos casos aporta y en otros, ya obran en el expediente:**

- Fotocopia de cheque nominativo a favor del Ayuntamiento de Antigua por importe de 1.000.000 de pesetas (6.010,12 €), sobre el cual se emitió Carta de Pago por parte del Tesorero Municipal con fecha 28 de julio de 1997, en el que consta como concepto del ingreso "Aportación de fianza para participación en concurso concesión ZONA VERDE en la urbanización El Castillo". El original de este último documento obra en el expediente municipal.
- Menciona un pago de un gasto que el Ayuntamiento de Antigua mantenía con Manuel Viera Pérez por la compra de maderas, por importe de 1.000.000 de pesetas (6.010,12 €) que abonó mediante una letra de cambio, cuya copia ya obra en el expediente, indicando que dicho pago debía aplicarse a la constitución de la garantía definitiva. Al expediente se han incorporado los documentos contables que acreditan el gasto a nombre del Ayuntamiento de Antigua, y el posterior abono realizado por Manuel Viera Pérez.
- Aporta un escrito firmado por D. Juan Évora Suárez, en calidad de Alcalde en los ejercicios en los que se tramitó el expediente de concesión, en el que se hace constar que la entidad Oasis Caleta Fuste, S.L., depositó como fianza provisional la cantidad de 1.000.000 de pesetas (6.010,12 €) y antes de la firma del contrato depositó otro 1.000.000 de pesetas (6.010,12 €) para cubrir la fianza definitiva, sin la cual no se hubiera formalizado el contrato, mencionando el pago que la citada entidad realizó por cuenta del Ayuntamiento de Antigua a Manuel Viera Pérez por la compra de madera.
- Así mismo aporta un contrato de servicio de limpieza y un contrato de seguro de responsabilidad civil, así como copia de una licencia de apertura de comercio menor en uno de los kioscos objeto de la concesión.

Alega que el Pliego de Bases del Concurso establecía la obligatoriedad de constituir una garantía provisional para participar en el mismo de 1.000.000 de pesetas (6.010,12 €) que según ellos se corresponde con el 2% del presupuesto del contrato, en virtud de lo establecido en la legislación contractual con carácter general para los

procedimientos de licitación. Por lo que a tenor de ello el establecimiento en el Pliego de Bases de una garantía definitiva del 3% debía dar la cantidad proporcional de 1.500.000 de pesetas. Garantía definitiva que habría quedado sobradamente constituida con la suma de sus aportaciones (garantía provisional 1.000.000 ptas. + pago de factura de maderas 1.000.000 ptas.) antes de la formalización del contrato.

En este sentido es preciso realizar las siguientes premisas:

- 1) Consta efectivamente la constitución de la garantía provisional por importe de 1.000.000 de pesetas, mediante la entrega de un cheque nominativo de la entidad financiera Banco Santander a favor del Ayuntamiento de Antigua fechado el 28 de julio de 1997.

Según lo establecido en el artículo 36 de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas, los medios válidos para la constitución de las garantías provisionales y definitivas eran tres: en metálico o en valores público o privados, mediante aval o mediante contrato de seguro de caución, por lo que la entrega de un cheque bancario que no estaba tan siquiera conformado por la entidad financiera, no debía haberse admitido por la Tesorería Municipal como medio válido de constitución de la garantía provisional, o al menos no debió haberse emitido el Mandamiento de Ingreso y la Carta de Pago correspondiente hasta que se hubiera producido el ingreso de la cantidad en las Arcas Municipales.

Tras la presentación del Recurso de Reposición por la concesionaria, se solicitó informe al Tesorero Municipal actual, habiéndose emitido en fecha 3 de diciembre de 2015, y en él se deja constancia de que al haber transcurrido más de quince años desde entonces, la entidad financiera que abonó el cheque nominativo no puede facilitar el dato del titular de la cuenta bancaria en que fue ingresado, no obstante, la entidad Oasis Caleta de Fuste, S.L. acredita el cargo correspondiente a dicho cheque que se hizo en su cuenta, efectuado con fecha 5 de abril de 2002.

No obstante lo anterior no resulta pertinente responsabilizar a la entidad Oasis Caleta Fuste, S.L. de los defectos indicados en los párrafos anteriores, puesto que debió ser la Administración quien rechazara o bien requiriera la constitución de la garantía provisional de acuerdo con lo establecido en la legislación de aplicación, pues es ésta quien en primer orden debe velar por el cumplimiento de todos los preceptos legales que regulen sus procedimientos administrativos. Se debe considerar que se aceptó el cheque bancario como medio válido de la constitución de la garantía provisional pues se emitió el Mandamiento de Ingreso correspondiente, y la Carta de Pago que se entregó a la concesionaria, independientemente de que dicho cheque no fuera ingresado hasta el ejercicio 2002, y ello debe ser así tanto en virtud de la doctrina de los actos propios, tan arraigada en la jurisprudencia del TS, como en concordancia con los principios de buena fe y confianza legítima.

No puede llegarse a la misma conclusión respecto del pago de la factura de Manuel Viera Pérez por la compra de maderas que efectuó la entidad Oasis Caleta Fuste, S.L., puesto que en los documentos aportados no figura el concepto o la finalidad del citado pago, mas al contrario, existen otra Carta de Pago y Mandamiento de Ingreso expedidos por la Tesorería Municipal a nombre de Agustín Alberto Hernández (representante de la sociedad mercantil concesionaria Oasis Caleta Fuste, S.L.) con

fecha 4 de junio de 1998 por importe de 2.000.000 de pesetas, en los que consta como concepto del ingreso “..Por traspaso de aparatos y juegos infantiles para la Zona Verde de El Castillo Caleta Fuste...”, a los que se adjuntan una copia de un cheque bancario nominativo a favor del Ayuntamiento de Antigua de la entidad Banco Santander, por importe de 1.000.000 de pesetas fechado el 4 de junio de 1998, y justificante de su ingreso en cuenta a nombre del Ayuntamiento de Antigua ese mismo día en la entidad financiera La Caja de Canarias. En este último documento, el de ingreso en cuenta del cheque bancario de 4 de junio de 1998, figura además escrito a mano la siguiente mención literal:

“...el otro millón comp. con pago maderas...” (compensado)

Lo que conduce a la conclusión de que el millón que Oasis Caleta Fuste, S.L. abonó por cuenta del Ayuntamiento de Antigua a Manuel Viera Pérez por la compra de maderas, se corresponde con el concepto de “traspaso de aparatos y juegos infantiles para la Zona Verde de El Castillo Caleta Fuste” y no con el de constitución de la garantía definitiva como alega la concesionaria, máxime si sumamos el hecho de que el Pliego de Bases del Concurso publicado en el BOP de fecha 14 de julio de 1997, establecía la obligación de la concesionaria de abonar al Ayuntamiento el coste del parque infantil situado en la zona verde, y que el propio proyecto de obras de la concesión administrativa, concretamente en la Memoria dispone que:

Punto 1.5 “...Solución Propuesta: (Párrafo 7º)

La zona infantil está amurallada en todo su perímetro para la total seguridad de sus usuarios frente a los viales. En ella se ubican **todos los aparatos de juegos abonados al Ayuntamiento**: columpio, Oasis, Red, Carro Fuerte, Locomotora, Gallo, Carrito y Moto, así como bancos y jardinería...”

Por tanto del análisis conjunto de todos los datos mencionados se puede concluir que el pago de los dos millones de pesetas efectuados mediante un cheque bancario por valor de 1.000.000 de pesetas de 4 de junio de 1998 y con el abono de la factura a Manuel Viera Pérez por valor de otro 1.000.000 de pesetas, se identifica con la obligación contractual establecida en el Pliego de Bases de abono del parque infantil. Todo ello sin entrar a valorar aquí si el procedimiento seguido para el cumplimiento de dicha obligación contractual es conforme a la legislación presupuestaria, contable, etc.

En otro orden de cosas, en el informe del Tesorero Municipal actual de fecha 3 de diciembre de 2015 se manifiesta que durante el período 1997-2015 no consta ni en Intervención ni en Tesorería la devolución de garantía provisional a la entidad Oasis Caleta de Fuste por importe de 1.000.000 de pesetas (6.010,12 €).

Por lo que llegados a este punto se puede considerar que el único dato indiscutible y fehaciente es el de la constitución de la garantía provisional y su no devolución tras la adjudicación del contrato.

Seguidamente entraremos a analizar a que importe se corresponde el 3% de garantía definitiva que estipulaba el Pliego de Bases del Concurso.

Según la última cláusula del Pliego de Bases del Concurso la garantía definitiva "...será del tres por ciento del valor que dé la suma del valor del dominio público a ocupar más el precio de las obras a ejecutar..."

El valor del dominio público a ocupar más el precio de las obras a ejecutar son datos que figuran claramente identificados en los puntos 2º y 3º de la Memoria del proyecto de la concesión administrativa, que además fue aportado por la concesionaria, y que son:

- Valor del dominio público a ocupar: 4.366.000 pesetas  
Resultante de una repercusión de 40.000 pesetas sobre los 109,15 m2 ocupados de suelo con posibilidad lucrativa.
- Presupuesto de ejecución material de las obras: 24.334.000 pesetas

Sumadas ambas cantidades da un total de 28.700.000 pesetas, sobre los que habría que repercutir el 3% para obtener la cuantía de la garantía definitiva, que concretamente asciende a 861.000 pesetas. Es decir que la garantía definitiva que debió constituir el concesionario previamente a la formalización del contrato ascendía a 861.000 pesetas (5.174,71 €), y debía ser conocida por el concesionario, pues fue él quien aportó los datos determinantes para su cálculo.

Recapitulando tenemos de un lado, depositada por la entidad concesionaria la cuantía de 1.000.000 de pesetas en concepto de garantía provisional con carácter previo a la formalización del contrato y cuya devolución no se ha producido en todo este tiempo, y de otro, que la garantía definitiva cuya constitución no consta formalmente en el expediente asciende a un importe inferior a la cuantía que ya obraba y obra en poder del Ayuntamiento.

El Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, dispone en su artículo 90 que la garantía definitiva que habrá de constituir el adjudicatario de la concesión, dentro del plazo de los quince días siguientes a la notificación, consistirá en el 3 por 100 del valor del dominio público ocupado y, en su caso, del presupuesto de las obras que hayan de ejecutar, y así mismo que la garantía se devolverá al concesionario, si hubiere de realizar obras revertibles a la entidad local, cuando acreditare tenerlas efectuadas por valor equivalente a la tercera parte de las comprendidas en la concesión.

La Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, estipula en su artículo 36.2 que la garantía provisional debía ser devuelta a los interesados inmediatamente después de la propuesta de adjudicación del contrato, y retenida al empresario incluido en la propuesta de adjudicación hasta la formalización del contrato. Además de ello el artículo 54 de la misma Ley 13/1995 disponía que la no formalización del contrato por causas imputables al adjudicatario conllevaba la incautación de la garantía provisional. Más concreto resulta el artículo 44 de la aludida ley 13/1995 que regula detalladamente cuáles son las funciones de la garantía provisional y cuales las de la garantía definitiva, deduciéndose de dicha regulación que

la garantía provisional responde, entre otras cosas, de la correcta formalización del contrato, mientras que la garantía definitiva responde de su correcta ejecución.

Las leyes de contratación administrativa posteriores, la 30/2007 y el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, son algo más específicas y disponen que la garantía provisional debe retenerse al candidato propuesto como adjudicatario **hasta que éste formalice el contrato, y además establecen la posibilidad de que el adjudicatario aplique el importe de la garantía provisional a la definitiva.**

En el presente supuesto no se constituyó formalmente la garantía definitiva, hecho éste imputable al contratista que se contempla como una causa de resolución del contrato en la legislación de contratos existentes a la fecha de la adjudicación y formalización del contrato, pero también es cierto que la Administración contraviniendo la norma, retuvo indebidamente la garantía provisional, cuyo importe de hecho supera el exigido para la garantía definitiva, y además formalizó el contrato, por lo que podría decirse que al menos de forma tácita convalidó ese defecto, pues se reitera que no existe constancia que se haya devuelto la garantía provisional, de que se hubiera incautado por retirada injustificada de su oferta o incumplimiento de la obligación de formalizar el contrato, sino que, más al contrario, se produjo la formalización del contrato con total normalidad.

Por lo que en concordancia con la alegación formulada por la entidad concesionaria en su recurso de reposición, y aplicando nuevamente los principios de buena fe y confianza legítima que rigen la actuación de la Administración Pública, **se considera proporcionado tener por constituida la garantía definitiva por importe de 861.000 pesetas (5.174,71 €)**, con cargo al importe depositado como garantía provisional que no ha sido devuelta hasta el momento. Al fin y al cabo la finalidad de la garantía definitiva según la legislación contractual administrativa no es otra que la de responder de: las penalidades que se puedan imponer por incumplimiento de las obligaciones contractuales; de la resolución del contrato en caso de culpa del contratista; y de los daños y perjuicios que se ocasionen a la Administración durante o después de la ejecución del contrato, finalidades todas ellas de las que puede responder igualmente el importe de la garantía provisional que es incluso superior.

**Segunda.- Cesión parcial de la concesión administrativa de ocupación de zona verde a terceros, sin contar con la previa autorización de la Administración concedente.**

Alega la concesionaria que el Pliego de Bases del Concurso no contiene mención alguna a las causas de resolución, ni contiene un régimen de incumplimientos y sanciones, tal y como obligaba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, cuya regulación sólo contempla la resolución para casos de incumplimientos gravísimos y previo apcercibimiento al concesionario.

Alega también que no procede aplicar supletoriamente la Ley 13/1995 de Contratos, puesto que el Pliego no remite a ella sino en cuanto a las condiciones de los licitadores. Así mismo alega que el Contrato formalizado contenía referencia expresa a la posibilidad de ceder a terceros las actividades objeto de la concesión, sin otra

condición que la de mantener la unidad de explotación, requisito que se ha cumplido, junto con el de no realizar actividades expresamente prohibidas por el Pliego de Bases.

Continúa su alegación afirmando que no puede tacharse el incumplimiento detectado como un incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato, puesto que para ello habría sido necesario que así hubiese constado en el Pliego de Bases, y que en la Ley 13/1995 de Contratos de las A.P. no figura entre las causas de resolución la de cesión a terceros sin autorización de la Administración, pues esta norma tan sólo reconoce la exigencia de anuencia de la Corporación para la mencionada cesión como un requisito formal.

Según se puede comprobar, el Pliego de Bases del Concurso no disponía ninguna cláusula relativa a la posibilidad de cesión a terceras personas de las instalaciones objeto de la concesión o los requisitos para su ejercicio, al igual que tampoco contiene una relación de incumplimientos o infracciones y su régimen sancionador, sin embargo en el Contrato formalizado una vez adjudicada la concesión, sí que se dispuso en la Cláusula Séptima que "...El concesionario podrá ceder a terceros alguna de las actividades objeto de la concesión siempre y cuando mantenga la unidad de explotación del conjunto..."

Las causas de resolución que se invocan en los informes municipales a lo largo del procedimiento son las de falta de constitución de la garantía definitiva en plazo, y la de incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales del contrato, esta última en cuanto a la falta de autorización previa para la cesión a terceros de la concesión.

Cabe recordar que, como ya se dijera a lo largo de este informe, la legislación de contratos sí que es de aplicación, al menos con carácter supletorio al presente supuesto, al margen de que el Pliego de Bases del Concurso haga o no mención a ella.

Así lo corrobora el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de Canarias durante la tramitación del expediente resolutorio en el que hace hincapié en que la aplicabilidad de la legislación contractual ha de realizarse con carácter supletorio, y que la legislación de primer orden viene constituida por la Ley de Bases del Régimen Local, y el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales y Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, así como la normativa de patrimonio estatal, que en el momento de la tramitación del expediente concesional era el Decreto estatal 1022/ 1962 que fue derogado en 2003 por la actual Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Además de ello dice el Dictamen que, el no haber obtenido autorización previa del órgano concedente, para la cesión de las actividades objeto de la concesión, no puede considerarse como un incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, puesto que para ello tendría que haber venido expresamente establecido así en el Pliego de Bases del concurso.

Si acudimos a las citadas normas de Bases del Régimen Local, de Bienes de las Entidades Locales, de Servicios de las Corporaciones Locales y de Patrimonio de las Administraciones Públicas, comprobamos que:

**La Ley 7/85, de Bases del Régimen Local**, no contiene regulación alguna sobre las concesiones administrativas.

**El Reglamento de Bienes de las Entidades Locales**, si bien define los elementos de las concesiones, y regula los requisitos del procedimiento sujetando el mismo a concurso público, tampoco contiene un detalle de las causas de extinción o resolución de las concesiones.

**El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales establece dos supuestos que comportan la extinción de la concesión (el primero de ello sólo de forma temporal):**

Arts. 133 y ss: el **secuestro temporal** de la concesión por infracción de carácter grave, pero sólo cuando previo apercibimiento al concesionario éste se mantenga en sus incumplimientos.

Arts. 136 y ss: la **caducidad de la concesión**, cuando levantado un secuestro previo el concesionario incurra en las mismas o similares infracciones, o por infracción gravísima de sus obligaciones esenciales, en cuyo caso también se requiere apercibimiento previo al concesionario, y que tras la espera de un tiempo prudencial, éste no corrija los defectos advertidos.

**La Ley 1022/1962, de Bases del Patrimonio del Estado**, no contiene un detalle de las causas de extinción de las concesiones, más allá de una mención genérica a la obligación del concesionario de cumplir con las estipulaciones plasmadas en las condiciones que hubieran de regir las distintas concesiones o autorizaciones sobre el dominio público.

**La Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas**, sí define una serie de causas de extinción de las concesiones demaniales entre las que se encuentra expresamente la falta de autorización previa para la transmisión de la concesión, contenida en el artículo 100.b).

No obstante existen dudas acerca de la aplicabilidad de la causa de extinción de la concesión establecida en el artículo 100.b) la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas, puesto que su promulgación y entrada en vigor es posterior a la formalización del contrato de concesión, y la única mención que dicha Ley realiza respecto a su aplicabilidad retroactiva a expedientes tramitados con anterioridad a su entrada en vigor es una referencia a los plazos de vigencia de esas concesiones anteriores, por su diferente regulación. Así mismo la Disposición Transitoria Tercera alude a los expedientes que se encuentren en tramitación que sí deberán sujetarse a la nueva norma, a excepción de los actos de trámite ya culminados que no se opongan a lo regulado en ella, que se mantendrán, de lo que implícitamente puede deducirse que los procedimientos ya tramitados completamente se excluyen de su regulación. A estos efectos cabe mencionar la consulta formulada a la Base de Datos Jurídica esPUBLICO.com con fecha 5 de febrero de 2016, en la que se concluye con base en varias Sentencias del Tribunal Supremo, que la citada norma no resulta de aplicación retroactiva.

En cuanto a la legislación de contratos, la primera de las causas de resolución invocada se recoge con carácter autónomo en el artículo 112.d) en la Ley 13/1995, que como ya se dijera anteriormente resulta de aplicación con carácter supletorio a la legislación de bienes y patrimonio, mientras que la segunda causa se incardina en la de “incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales del contrato”, recogida en la letra g) del mismo artículo.

Sin embargo tal y como se recoge en el Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias no cabe entender integrada automáticamente la segunda de las causas de resolución que se apunta en los informes municipales en la de incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, puesto que ni en el Pliego de Bases del Concurso, ni en el documento contractual se recoge referencia expresa a dicha circunstancia, de hecho éste último autoriza expresamente a la cesión de alguna de las actividades a terceros siempre que se mantenga la unidad de explotación del conjunto.

El artículo 60 de la Ley 13/1995 dispone a favor de la Administración contratante las prerrogativas de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

Así mismo el artículo 113 de la Ley 13/1995 dispone que el derecho para ejercitar la resolución por la causa establecida en la letra g) del artículo 112 será potestativa para la parte a quien no le sea imputable.

Ahora bien la Administración debe buscar la adecuada proporción entre la naturaleza del incumplimiento y las consecuencias a él asignadas. En palabras de la STS de 14 de diciembre de 2001 (RA 1433 de 2002), “este precepto atribuye a la Administración un margen de discrecionalidad para optar bien por la resolución bien por la imposición de esas penalidades, pero como dice la sentencia de 14 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9614), «la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias», habiendo declarado la sentencia de 1 de octubre de 1999 (RJ 2000, 1393) que «a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser: que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación.

En este sentido la cesión de las actividades objeto de la concesión sin contar con la previa autorización municipal no parece que haya interferido o perjudicado en modo alguno a la prestación del servicio aparejado a dicha concesión. Es más consta en el expediente que el concesionario ha cumplido correctamente con las obligaciones de pago del canon, ejecución de las obras y destino de las mismas, que se establecían en el Pliego de Bases del Concurso, por lo que siguiendo el criterio del Consejo Consultivo de Canarias deberían atenuarse los efectos que dicho incumplimiento desencadene.

**Tercera.- Vulneración de la doctrina de los actos propios y de los principios de buena fe y confianza legítima.**

Alega la concesionaria que con la apertura del expediente resolutorio de la concesión se han vulnerado los principios de buena fe y confianza legítima, señalando doctrina y jurisprudencia que lo sustenta, por no haber requerido la constitución de la garantía definitiva y por haber otorgado licencias de apertura a las industrias que fueron solicitadas, que a su vez supone una vulneración de la doctrina de los actos propios.

En primer lugar es preciso señalar, tal y como corrobora el propio Consejo Consultivo de Canarias, que la constitución de la garantía definitiva es un requisito establecido en la legislación tanto patrimonial como contractual, así como en el Pliego de Bases del Concurso, cuyo incumplimiento comporta la resolución del contrato. En el Pliego de Bases del Concurso figura que la cuantificación de su importe debía hacerse teniendo en cuenta el valor del dominio público a ocupar y el coste de las obras a ejecutar, datos éstos que debía aportar la concesionaria, y que de hecho aportó en el proyecto de obras, por lo que no es cierto que se precisara ninguna información de parte de la Administración ni la intimación previa de ésta para que dicho requisito debiera o pudiera cumplirse. Es decir que en este caso el incumplimiento es únicamente atribuible al concesionario por lo que no cabe tildar de mala fe la actuación de la Administración por no haber requerido su cumplimiento.

Igual carácter de requisito legal cabe predicar de la obligación de obtener autorización previa para la cesión de la concesión, al venir éste expresamente establecido en el artículo 115 de la Ley 13/1995, junto con los requisitos de acreditar que el cesionario tiene capacidad y solvencia para contratar con la Administración, sin que se pueda equiparar a dicho trámite el de la obtención de una licencia de apertura para un comercio puesto que ambos tienen un objeto y finalidad totalmente distintos, y por ello en su tramitación se examinan elementos totalmente diferenciados.

Además de lo anterior el propio Dictamen del Consejo Consultivo contiene mención expresa a la innecesariedad de intimación previa por parte de la Administración para la constitución de la garantía definitiva por venir esta obligación establecida ex lege.

**Cuarta.- Mantiene la concesionaria que en el acuerdo definitivo de resolución del contrato de concesión no se ha tenido en cuenta lo dispuesto por el Consejo Consultivo de Canarias en su dictamen preceptivo.**

A este respecto la concesionaria cita varios razonamientos del Dictamen del Consejo Consultivo recaído durante la tramitación del procedimiento, a los que ya se ha hecho mención expresa a lo largo del presente informe (véase alegación segunda).

**III.- Procedimiento.-** Dispone el artículo 116 de la Ley 30/1992, de RJAPyPAC que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

No se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.

Así mismo el artículo 117 del mismo cuerpo legal establece que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de un mes y que contra la resolución de un recurso de reposición no podrá interponerse de nuevo dicho recurso.

**IV.- Órgano competente:** en virtud de lo indicado en el párrafo anterior compete al Pleno de la Corporación la resolución del recurso de reposición.

Por lo que en atención a todo lo anteriormente expuesto, y previa fiscalización de la Intervención Municipal si procede y a reservas del contenido de su informe, procede formular las siguientes **CONCLUSIONES**:

Habiendo decaído la causa de resolución de falta de constitución de la garantía definitiva por cuanto ha quedado sentado en el presente informe, y dado el margen de discrecionalidad existente, debe ser el órgano de contratación el que valore la decisión a adoptar, destacándose que:

- 1) La causa de resolución que persiste no puede catalogarse como un incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato, pues no se estableció así ni en el Pliego de Bases del Concurso, ni en el documento contractual, ni se deriva tal carácter de la naturaleza de las prestaciones objeto de la concesión.
- 2) Además de lo anterior y según el artículo 113 de la Ley 13/1995 la citada **causa de resolución resulta potestativa** para la parte a la que no le sea imputable.
- 3) El Consejo Consultivo de Canarias apunta en su Dictamen que la resolución de la concesión tras catorce años del **incumplimiento de obligaciones formales no parece ser la mejor forma, ni la única, de salvaguardar los intereses públicos.**

Es lo que tengo a bien informar en Antigua, a 8 de febrero de 2016.”

Concedida la palabra a los portavoces de los grupos políticos, y no produciéndose intervención alguna, se somete a votación el expediente de referencia, resultando rechazada por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación a tenor del siguiente resultado:

**Votos a favor: 13 (APA: 7 CC: 3 Grupo Mixto: PP: 2, PSOE: 1)**

**Abstenciones: 2 (AMF: 2)**

**Votos en contra: NINGUNO**

**Adoptándose a su tenor el siguiente acuerdo:**

**Primero:** Estimar parcialmente el recurso de reposición en lo relativo a la resolución del contrato.

**Segundo:** Notificar al interesado, haciéndole saber del recurso que podrá interponer.

**7º.- PROPUESTA DE ALCALDÍA DE FECHA 28.01.16 MODIFICAR LA ACTUAL RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO EN RELACIÓN A LA ESCALA DEL PUESTO DE TESORERÍA.**

Por el Sr. Alcalde Presidente, se da cuenta al Ayuntamiento Pleno, del dictamen favorable de la Comisión de Asuntos Plenarios de fecha 18 de febrero de 2016, de la propuesta emitida por alcaldía de modificar la actual relación de puestos de trabajo en relación a la escala del puesto de Tesorería, emitida con fecha 28 de enero de 2016, siendo su tenor literal el siguiente:

Dada cuenta de la propuesta emitida por alcaldía, con fecha 28 de enero de 2016, cuyo tenor literal es el siguiente:

**"PROPUESTA DE LA ALCADÍA PARA SU APROBACIÓN POR EL PLENO**

Visto el registro de entrada número 560 de fecha de 22 de enero de 2.016 de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad, donde indiferentemente que esté ocupado interinamente el puesto de Tesorero de este Ayuntamiento actualmente, nombrado en junio de 2.014 ya que según el Art. 2 Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, el cual permite en el caso de este Ayuntamiento con secretaría de clase segunda, que el puesto de tesorero puede ser desempeñado por un funcionario debidamente cualificado, no empecen para que la Corporación venga obligada a modificar dicha plaza, que en exclusiva será para funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, se propone;

Primero.- Modificación de la Actual Relación de Puestos de Trabajo del personal funcionario de este Ayuntamiento solamente en relación a la Escala del Puesto de Tesorería donde será de la Escala de funcionario de administración local con habilitación de carácter nacional, Subescala de Intervención-Tesorería, sin distinción de categoría."

Concedida la palabra a los portavoces de los grupos políticos, interviene el Sr. Concejal David Alberto Guerra, el cual plantea que sucedería si se cubre la plaza y luego se queda vacante, es decir, si es posible conservar la plaza actual y pregunta si el tema se llevó a mesa de negociación

El Sr. Alcalde aclara que la RPT debía haberse hecho hace años y es la que hubiera resuelto el problema.