CONSEJO CONSULTIVO
DE CASTILLA Y LEÓN

Sr. S. de Vega, presidente

Sr. Ramos Antón, consejero
Sra. Ares González, consejera y ponente
Sr. Herrera Campo, consejero

Sr. Píriz Urueña, secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 29 de febrero de 2024, ha examinado el *expediente de extinción de la concesión demanial incoado por el Ayuntamiento de xxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN 51/2024

I
ANTECEDENTES DE HECHO

El día 29 de enero de 2024 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el expediente de extinción de la concesión demanial del uso privativo de la cafetería del Parque cccc de xxxx.

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 1 de febrero de 2024, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 51/2024, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la resolución de 5 de febrero de 2014 de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el presidente del Consejo, correspondió su ponencia a la consejera Sra. Ares González.

Primero.- El 13 de diciembre de 2023, mediante resolución del tercer teniente de alcalde del Ayuntamiento de xxxx, se incoa procedimiento de extinción de la concesión demanial para la explotación de la cafetería del Parque cccc de esa ciudad por incumplimiento de las obligaciones concesionales, al haber incluido el concesionario en incumplimientos graves y muy graves.

En la misma resolución se acuerda poner de manifiesto el expediente al interesado y, como medida cautelar, la suspensión de la actividad debido a

las condiciones de falta de higiene y desorden en que se encuentra la cafetería, generando un riesgo sanitario.

Segundo.- Obra además en el expediente, entre otra, la siguiente documentación:

- Pliego de cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas de la concesión demanial, y contrato formalizado el 14 de julio de 2023.

- Escrito de queja de 9 de octubre de 2023 presentado por un particular en el Ayuntamiento para comunicar el abandono que sufre el baño situado en el "Café Bar Heladería de cccc".

- Informe de 21 de noviembre de 2023 de la Sección de Salud Pública del Área de Bienestar Social del Ayuntamiento, en el que informa de visitas efectuadas los días 2 y 16 de noviembre de 2023 y en el que se señala que las condiciones de higiene y limpieza son muy deficientes, existiendo un desorden generalizado, y existiendo un inadecuado mantenimiento de las condiciones necesarias para su actividad por parte del operador de la empresa alimentaria. Se concluye que no es apto sanitariamente para el cumplimiento del contrato establecido como explotación kiosko-bar.

- Informe de 28 de noviembre de 2023 de la Unidad de Servicios Internos del Área de Régimen Interior del Ayuntamiento, en el que informa de las múltiples visitas realizadas durante el verano, así como de las giradas en fechas 3 y 16 de noviembre, y en el que a tenor del estado del inmueble y la pasividad del titular ante los requerimientos efectuados, se propone la resolución de la concesión así como la suspensión de la actividad. El informe incorpora fotografías del estado de las instalaciones.

Tercero.- Notificada personalmente el 14 de diciembre de 2023 la incoación del procedimiento al interesado, D. yyyy, el 22 de diciembre siguiente, presenta alegaciones en las que se opone a la extinción. En sus alegaciones reconoce el "deplorable" estado de las instalaciones si bien indica que estas son de titularidad municipal y que existe una responsabilidad conjunta. Considera que los compromisos adquiridos debían desarrollarse tras la finalización del periodo estival con el fin de disponer de la liquidez suficiente para poder mantener cerrado el local durante su ejecución y que este permaneciera abierto durante el verano.

Indica que las obras para las cuales precisa de acuerdo con el Ayuntamiento estaban previstas para iniciarse en el mes de enero.

Cuarto.- El 12 de enero de 2024 el Servicio de Contratación informa sobre las alegaciones presentadas. Indica que no se rebaten los indicios aportados por la Administración, y que el concesionario se limita a hacer una declaración de intenciones respecto a una ejecución de obras para la reapertura de las instalaciones a finales de febrero, sin haber aportado ningún documento sobre las obras a ejecutar.

Respecto a las infracciones de salubridad, limpieza, decoro y aseo, considera que la presunción de incumplimiento culpable del concesionario se convierte en certeza, al no aportar elementos que contradigan lo manifestado por la Administración, de forma que debe declararse la resolución de la concesión y la incautación de la garantía.

Sexto.- El 15 de enero la Oficialía Mayor emite informe de conformidad con el informe emitido por el Servicio de Bienes y Contratación, advirtiendo de la necesidad de adoptar acuerdo expreso de suspensión del plazo máximo para resolver con el objeto de evitar la caducidad.

Séptimo.- El 16 de enero de 2024 el Servicio de Bienes y Contratación formula propuesta por la que se desestiman las alegaciones realizadas por la concesionaria, se dispone la extinción de la concesión y la incautación de la garantía definitiva depositada por importe de 4.390,93 euros, y se declara que la Administración se reserva expresamente el derecho a la apertura de pieza separada para exigir a la empresa los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada.

Octavo.- El 17 de enero de 2024 el tercer teniente de alcalde formula propuesta de resolución en los mismos términos del informe del Servicio de Bienes y Contratación.

En la misma fecha se suspende el plazo para resolver y notificar la resolución, al amparo de los artículos 21.3 y 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC); y se acuerda el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión de la actividad por motivos de insalubridad pública.

Noveno.- El 18 de febrero de 2024 se notifica al concesionario la suspensión del plazo para resolver y notificar la resolución y el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión de la actividad por motivos de insalubridad pública.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen

II
CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i), 4º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en apartado tercero 1.f), del Acuerdo de 6 de marzo de 2014 del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El negocio jurídico analizado es una concesión demanial, excluido expresamente de la normativa contractual, de acuerdo con el artículo 9.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

En este sentido, el artículo 100 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, establece que las concesiones y autorizaciones demaniales se extinguirán por las siguientes causas: "(…) f) Falta de pago del canon o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular de la concesión, declarados por el órgano que otorgó la concesión o autorización".

Ahora bien, en atención al silencio de la normativa patrimonial sobre los procedimientos de extinción de las concesiones demaniales, a las remisiones que a la normativa de contratos públicos efectúa aquella (artículo 78.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio), y a la corriente doctrinal que defiende su naturaleza de negocio jurídico bilateral que recae sobre bienes o servicios de titularidad pública, resulta aplicable al caso el procedimiento para la resolución de contratos del sector público. A la ausencia de un

procedimiento específico, hay que añadir el carácter garantista del procedimiento contenido en la LCSP para los derechos de los interesados.

El procedimiento de resolución contractual se regula en el artículo 191 de la LCSP, que establece como trámites preceptivos la audiencia al contratista y, cuando se formule oposición por parte de este, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma respectiva.

Estos trámites se entienden cumplimentados en el procedimiento. En particular, la oposición del concesionario se formula en escrito presentado el 22 de diciembre de 2023 y la intervención del Consejo Consultivo se materializa a través de la emisión del presente dictamen.

El plazo para dictar y notificar la resolución del procedimiento es de ocho meses desde la fecha del acuerdo de inicio, trascurrido el cual se producirá la caducidad del procedimiento, tal y como resulta de la disposición adicional primera, apartado 2, de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, vigente en el momento de iniciarse las actuaciones. No habría transcurrido el plazo de ocho meses previsto, por lo que el procedimiento, en cualquier caso, no habría caducado.

3ª.- La competencia para acordar la resolución y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, de acuerdo con los artículos 190 y 212 y disposición adicional segunda de la LCSP.

4ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento relativo a la extinción de la concesión demanial del uso privativo de la cafetería del Parque cccc de la ciudad de xxxx, para la instalación y explotación de un establecimiento de restauración de xxxx, cuyo titular es D. yyyy, que se opone a la extinción.

En cuanto al régimen jurídico aplicable a la presente concesión, la cláusula 30ª del pliego dispone que "(…) El contrato de concesión demanial tiene naturaleza patrimonial, excluido de la regulación de la LCSP en base al artículo 9.1 de referido texto legal, al tener como objeto el uso privativo de un bien de dominio público, destinado a uso público, y se regirá, según el citado precepto, por su legislación específica, salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de dicho texto legal.

»En consecuencia, se aplicará los artículos 91.1, 2 y 4; 03.1, 2, 3 y 4 y 94 de la Ley 33/2003 de 3 de Noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), por su carácter de preceptos básicos (a tenor de su D. Final Segunda). Los artículos 78 y 91 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de Junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL). En cuanto a su preparación y adjudicación, previa licitación pública, será de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (LCSP), por remisión a la misma según dispone el artículo 78.2 del RBEL. Asimismo, se aplicarán las siguientes Ordenanzas municipales:

»-Reguladora de Establecimientos y Actividades para la Protección del Medio Ambiente contra la Emisión de ruidos y vibraciones.

»-Para la prevención del Alcoholismo y Tabaquismo.- Reguladora de la venta realizada fuera del establecimiento comercial permanente y realización de actividades en la vía pública.

»-Reguladora de la utilización privativa o aprovechamientos especiales por la ocupación de terrenos de uso público con mesas y sillas con finalidad lucrativa. El concesionario quedará obligado al cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia de legislación laboral, seguridad social y de seguridad y salud en el trabajo y normativa sanitaria vigente y las disposiciones de Defensa de Consumidores y Usuarios. El incumplimiento de estas obligaciones por parte del concesionario no implicará responsabilidad alguna para este Administración Municipal".

La sección 1ª del capítulo IV del título I del citado RBEL se refiere específicamente a la utilización de los bienes de dominio público de las entidades locales. Su artículo 80 dispone que:

"En toda concesión sobre bienes de dominio público se fijarán las cláusulas con arreglo a las cuales se otorgare, y sin perjuicio de las que se juzgaren convenientes, constarán estas:

»1ª Objeto de la concesión y límites a que se extendiere.

»2ª Obras e instalaciones que, en su caso, hubiere de realizar el interesado.

»3ª Plazo de la utilización, que tendrá carácter improrrogable, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa especial.

»4ª Deberes y facultades del concesionario en relación con la Corporación y las que esta contrajera.

»5ª Si mediante la utilización hubieren de prestarse servicios privados destinados al público tarifables, las que hubieren de regirlos, con descomposición de sus factores constitutivos, como base de futuras revisiones.

»6ª Si se otorgare subvención, clase y cuantía de la misma, plazos y formas de su entrega al interesado.

»7ª Canon que hubiere de satisfacer a la Entidad local, que tendrá el carácter de tasa, y comportará el deber del concesionario o autorizado de abonar el importe de los daños y perjuicios que se causaren a los mismos bienes o al uso general o servicio al que estuvieren destinados.

»8ª Obligación de mantener en buen estado la porción del dominio utilizado y, en su caso, las obras que construyere.

»9ª Reversión o no de las obras e instalaciones al término del plazo.

»10ª. Facultad de la Corporación de dejar sin efecto la concesión antes del vencimiento, si lo justificaren circunstancias sobrevenidas de interés público, mediante resarcimiento de los daños que se causaren, o sin él cuando no procediere.

»11. Otorgamiento de la concesión, salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero.

»12. Sanciones en caso de infracción leve, grave o muy grave de sus deberes por el interesado.

»13. Obligación del concesionario de abandonar y dejar libres y vacuos, a disposición de la Administración, dentro del plazo, los bienes objeto de la utilización y el reconocimiento de la potestad de aquella para acordar y ejecutar por si el lanzamiento".

La cláusula 1ª de pliego incluye dentro del objeto del contrato de concesión demanial "el de mantener en adecuado estado de limpieza e higiene los servicios públicos de la cafetería, que además de prestar servicio a la misma, podrán ser utilizados libremente por cualquier usuario del Parque, sin necesidad de efectuar consumición".

Las condiciones de la presente concesión se determinan en la cláusula 18ª que recoge, entre otras, las siguientes obligaciones del concesionario:

"a) La explotación de la cafetería, iniciándose el cómputo del inicio del contrato desde el día siguiente del acta de inicio que se suscriba con el Ayuntamiento. Este acta se suscribirá en el plazo máximo de un mes desde la formalización del contrato, pudiendo hacer el contratista en este tiempo intermedio las reparaciones y acopios que considere oportunos, sin apertura al público. Una vez abierta la cafetería al público, tendrá la obligación de prestar el Servicio de forma continuada durante el plazo de vigencia del contrato, sin perjuicio de los períodos de descanso, cierres por obras o averías u otras circunstancias análogas.

»b) Efectuar la limpieza y mantenimiento propios de la cafetería y terraza, para garantizar que se encuentren en un adecuado estado de higiene y conservación. Se deberá cumplir, en particular, las condiciones ofertadas en su día para resultar adjudicatario.

»c) Asimismo, mantener en adecuado estado de limpieza e higiene los aseos públicos de la cafetería, que podrán ser utilizados por cualquier usuario del Parque, sin necesidad de efectuar consumición. (…)".

Por su parte, la cláusula 25ª regula los incumplimientos del concesionario. Entre ellos, en el apartado 2º de la letra c) se recoge como incumplimiento grave "la inobservancia de las prescripciones sanitarias o incumplimiento de órdenes dadas sobre evitación de situaciones insalubres, peligros, etc., que dicte la Alcaldía, si el concesionario persistiera en aquellas, una vez apercibido formalmente". Como incumplimientos graves, el apartado 3º letra d) de la misma cláusula contempla "no mantener en buen estado de conservación las instalaciones" y su letra f), "el incumplimiento de las normas higiénico-sanitarias".

A su vez, la cláusula 29ª se refiere a la resolución del contrato (sic) y dispone que "El contrato podrá extinguirse por las siguientes causas, además de las enumeradas en los artículos 153, 195 y 211 de la LCSP y 100 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas:

»(…)

»(…) 3. Cuando este no mantenga las instalaciones con el decoro, limpieza, aseo y ornato convenientes o no provea debidamente la conservación por su cuenta y a su cargo (…).

»(…)

»(…) 10. Todos los demás previstos en la legislación vigente para extinción de las concesiones municipales.

»En todos los casos de resolución por causas atribuibles al concesionario, el Ayuntamiento podrá exigirle indemnización de daños y perjuicios".

A lo anterior hay que añadir el derecho de la Administración, en los términos del 80.10 del RBEL, para dejar sin efecto la concesión antes del vencimiento, si lo justificaren circunstancias sobrevenidas de interés público, mediante resarcimiento de los daños que se causaren, o sin él cuando no procediere. A esta posibilidad se refieren las cláusulas 22ª, segundo párrafo, y la cláusula 26ª-.1 del mismo pliego.

La propuesta de resolución dispone la resolución por haber incurrido el concesionario en un injustificado y reiterado incumplimiento de las condiciones y términos de la concesión, causa de resolución prevista en el artículo 211.1 letra f) de la LCSP, mostrando una actitud claramente pasiva a la ordenada para la correcta ejecución de la concesión, incumpliendo las obligaciones establecidas en las cláusulas 24ª y 29ª del pliego referente al estado de conservación del edificio, a las condiciones higiénico-sanitarias y limpieza de las instalaciones, generando un riesgo sanitario. (La referencia a la cláusula 24ª ha de entenderse hecha a la 25ª que es la que regula los incumplimientos en lo referente al estado de conservación del edificio, a las condiciones higiénico-sanitarias y limpieza de las instalaciones).

A la vista de lo dispuesto en el artículo 80 del RBEL, y de lo dispuesto en la cláusula 1ª y 29ª cabe considerar que el cumplimiento de la finalidad u objeto mismo de la concesión constituye una obligación esencial de esta y así lo considera la propuesta de resolución.

Por lo tanto, su titular debe realizar la actividad objeto de la concesión, que en el presente supuesto incluye el mantener en adecuado estado de limpieza e higiene los servicios públicos de la cafetería. En este caso, ello no se ha realizado al haberse constatado el deficiente estado de mantenimiento de los mismos.

Por su parte, el concesionario, en su escrito de oposición, se refiere en primer término a las obras a las que se había comprometido en su oferta, alegando que estas no podrían ejecutarse hasta que el contrato estuviera adjudicado y firmado. Indica que el deterioro de las instalaciones obliga a acometer una importante obra con una inversión de más de 30.000 euros. Consideran que están dentro del plazo para su ejecución y que se prevé su realización en enero, considerando además que es necesario el acuerdo con el Ayuntamiento para disponer de los adecuados permisos. Alegan que el estado de las instalaciones es también responsabilidad del Ayuntamiento y que si no se han realizado con anterioridad se ha debido a la falta de tiempo material para ello sin cerrar el establecimiento, habiéndose priorizado el mantenimiento del establecimiento abierto durante el verano y otoño y a la necesidad de disponer de liquidez para acometer las obras y poder cerrar el establecimiento.

El Ayuntamiento propone desestimar estas alegaciones considerando que el concesionario se limita a hacer una declaración de intenciones respecto a una ejecución de obras en el mes de enero para la reapertura de las instalaciones a finales de febrero, sin que hasta el momento se haya aportado cualquier documento sobre las obras a ejecutar. Por otro lado, cabe recordar que entre las obligaciones que se imponían al concesionario en el pliego figuraba la explotación de la cafetería, iniciándose el cómputo del inicio del contrato desde el día siguiente del acta de inicio que se suscriba con el Ayuntamiento. Para la suscripción de este acta se preveía el plazo máximo de un mes desde la formalización del contrato, pudiendo hacer el concesionario en este tiempo intermedio las reparaciones y acopios que considere oportunos, sin apertura al público.

En relación con los incumplimientos referidos al estado de conservación del edificio, a las condiciones higiénico-sanitarias y al orden y mantenimiento del local lo cierto es que a pesar de los requerimientos efectuados tras las visitas efectuadas, el informe de la Unidad de Servicios Internos del Área de Régimen Interior concluye que "(…) el procedimiento debería haber sido el siguiente, se debería haberse cerrado la cafetería al público, vaciarla de su contenido y con el local vacío haber realizado esta, pero en todo momento ha priorizado más su interés económico que el bienestar y la salubridad de los usuarios, hasta tal punto que mientras se realizaba la limpieza la cafetería ha seguida abierta al público. La conclusión que se extrae de esta actitud es que el adjudicatario no está por la labor de involucrarse en una limpieza a fondo, que conllevaría inevitablemente el cierre temporal del establecimiento como sería lo deseable, más bien lo que hace es poner parches al asunto".

En sus alegaciones en cuanto a estos incumplimientos, el concesionario reconoce el estado "deplorable" de las instalaciones, y reconoce que a pesar de los requerimientos por parte del Ayuntamiento ha sido imposible llevar a cabo las actuaciones necesarias sin cerrar el establecimiento.

Por tanto, tal y como se motiva en la propuesta de resolución y se refleja en los informes previos elaborados por los servicios correspondientes, en los que se constatan una serie de incumplimientos de las condiciones higiénico sanitarias, de limpieza, orden y mantenimiento del local, queda acreditado el incumplimiento de las obligaciones concesionales, circunstancia que determina la extinción de la concesión, dado el carácter finalista de las concesiones sobre el dominio público.

Para la extinción de la concesión por incumplimiento de obligaciones, tanto la doctrina del Consejo de Estado como la jurisprudencia exigen que los incumplimientos del concesionario sean graves, de tal manera que la concesión no pueda alcanzar el fin público por el que fue establecida.

Así, el Consejo de Estado, en su dictamen 1953/2002, de 25 de julio, señala que "Es criterio consolidado del Consejo de Estado que, al constituir la caducidad la sanción máxima que puede afectar al negocio concesional, no todo incumplimiento del clausulado al que se someten las concesiones administrativas de dominio público depara de manera indefectible la caducidad. Solo el incumplimiento grave de las condiciones esenciales de otorgamiento, en cuanto comporte un menoscabo del interés público inmanente en las concesiones demaniales, puede motivar la declaración de

caducidad (…). Por tanto, no todo incumplimiento por parte del concesionario de las obligaciones establecidas en el pliego de otorgamiento comporta la caducidad, solo el de las obligaciones esenciales, cuando es grave y siempre que razones de interés público lo justifiquen".

La jurisprudencia confirma este planteamiento y resalta no solo el carácter esencial de la obligación incumplida, sino el carácter rebelde del incumplimiento.

A estos efectos, se reitera que dentro del objeto de la concesión contemplado en la cláusula 1ª del pliego se determina que "estará el de mantener en adecuado estado de limpieza e higiene los servicios públicos de la cafetería, que además de prestar servicio a la misma, podrán ser utilizados libremente por cualquier usuario del Parque, sin necesidad de efectuar consumición".

Por lo expuesto, cabe considerar que el incumplimiento de aquellas obligaciones tiene un alcance resolutorio, al afectar a la finalidad u objeto mismo de la concesión, a la que se refiere el artículo 80 del RBEL, en relación con la cláusula 1ª y al prever expresamente la cláusula 29ª la resolución como consecuencia de los incumplimientos en ella contenidos, entre los que expresamente contempla que el concesionario "no mantenga las instalaciones con el decoro, limpieza, aseo y ornato convenientes o no provea debidamente la conservación por su cuenta y a su cargo".

Además, las alegaciones formuladas por el concesionario para fundamentar su oposición a la extinción no pueden considerarse suficientes a los efectos de enervar la facultad resolutoria derivada de su incumplimiento.

En consecuencia, este Consejo Consultivo considera que en el presente caso procede la extinción de la concesión por incumplimiento grave del concesionario, sin derecho a indemnización al haberse producido la resolución por causa imputable al propio concesionario.

5ª.- Respecto a los efectos de la resolución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 80.13 del RBEL y en el artículo 101.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, el concesionario está obligado a retirar la instalación y reponer, en su caso, el estado del dominio público afectado.

III
CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede la extinción de la concesión demanial del uso privativo de la cafetería del Parque cccc de la ciudad de xxxx por incumplimiento de las obligaciones concesionales.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.