

Dictamen Núm. 238/2023

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 8 de noviembre de 2023, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Caravia de 12 de septiembre de 2023 -registrada de entrada el día 13 y complementada con fecha 21 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de explotación de un bar en la zona de servidumbre de protección de costas.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 22 de agosto de 2023, la Secretaria-Interventora del Ayuntamiento de Caravia emite informe en el que expone que “en el transcurso de la semana de 14 al 20 de agosto de 2023” por parte de, mercantil adjudicataria “del establecimiento denominado ‘.....’ en el parque Playa, se realizaron los siguientes actos:/ Instalación de elementos fuera del recinto objeto de la adjudicación (escenario de grandes dimensiones, barras de dispensación de bebidas, cabinas de baños de aseos, un contenedor de recepción)./ Cierre

perimetral de espacio público en 3.400 m² aproximadamente./ Cierre del establecimiento al público (18 y 19 de agosto y 20 de agosto, exigiendo pago de entrada los días 18 y 19)./ Los hechos anteriores fueron realizados sin autorización de esta Alcaldía y con advertencia expresa de que la ocupación de terrenos exteriores resulta un uso prohibido./ Examinado el pliego de condiciones que rige la contratación, así como el contrato suscrito, resulta (...): Que el art. primero del contrato suscrito con el adjudicatario dice expresamente: `No se permitirá la instalación de toldos, tarimas o elementos auxiliares sin haber obtenido previamente la autorización expresa de la Comisión de Urbanismo del Principado de Asturias, organismo ante el que ha de tramitarse la solicitud por parte de los adjudicatarios, así como la autorización municipal (...)' . Que el art. octavo del contrato especifica `el establecimiento deberá permanecer abierto, al menos, en horario mínimo de 12 a 21 horas (...) diariamente los meses de julio, agosto y hasta el 15 de septiembre de 2023, salvo causa de fuerza mayor debidamente comunicada a la Alcaldía' . Que la cláusula undécima del contrato indica `los incumplimientos al presente contrato serán sancionados conforme a lo establecido en la cláusula XIV del pliego de condiciones confeccionado para la licitación del bar, que tendrá carácter contractual, quedando incorporado al contrato' (...). Por su parte, el pliego de condiciones establece, en su cláusula 1: `La zona que puede ser objeto de ocupación figura remarcada en plano adjunto. No se permitirá la instalación de toldos, barras para la atención al público, contenedores, tarimas o cualquier otro elemento auxiliar sin haber obtenido la previa autorización expresa de CUOTA, organismo ante el que ha de tramitarse la solicitud por parte de los adjudicatarios y la posterior autorización expresa por parte del Ayuntamiento. La instalación de cualquiera de los elementos mencionados sin las autorizaciones pertinentes dará lugar a la resolución del contrato' (...). A todo lo anterior, se une la advertencia realizada el pasado 18 de agosto de 2023, resultando expreso y notorio que por parte de (la mercantil) se celebraron conciertos los días 18 y 19 de agosto sin autorización ni para la ocupación de espacio ni para la realización de la actividad”.

Con base en ello, considera que “procede la iniciación de expediente de resolución de contrato, con notificación al adjudicatario concediendo un plazo de audiencia de diez días naturales”.

2. Por Resolución de la Alcaldía de 22 de agosto de 2023, se acuerda iniciar expediente de resolución del contrato “por incumplimiento de las condiciones esenciales (...) contenidas tanto en el mismo contrato suscrito como en el pliego de condiciones que rigen la licitación”, lo que se notifica a la interesada.

3. El día 23 de agosto de 2023 elabora informe la Arquitecta municipal. En él señala que “con fecha 18 de agosto de 2023 se gira visita de inspección (...), constatándose que fuera del recinto del chiringuito de temporada de (...) se detectan toda una serie de instalaciones” respecto de las cuales “no consta autorización”.

Manifiesta que “en el momento de la visita -que se produce aproximadamente a las 14.30 del día (...) señalado- se impide el libre acceso al recinto del chiringuito de y zona ampliada. Personado personal municipal los días 21 y 22 de agosto el establecimiento sigue cerrado al servicio público y los terrenos continúan ocupados”.

Refiere que “se desconoce la fecha exacta de la instalación de dichos elementos”, pero “hubo de producirse con al menos dos días de antelación vista la envergadura de las instalaciones”.

Añade que “en terrenos calificados por el TR-PGO de Caravia como suelo no urbanizable de protección de costas -exterior al parque playa- se han habilitado dos amplias zonas de aparcamientos, una de turismos sobre las parcelas 33013A00700041, 33013A00700042 y 33013A00700043, y otra de caravanas sobre las fincas 33013A00200039 y 33013A00200043./ El titular de la explotación del chiringuito ha colocado a la entrada del parque playa señales indicadoras de la situación de dichos aparcamientos./ Tal y como establece el Plan Territorial Especial del Suelo No Urbanizable de Costas de Asturias (...), los terrenos se calificarían como de protección agraria cuyo uso se regula en (el)

artículo 2.2.2 de dicho documento./ Consultada dicha normativa se constata que el (establecimiento), la implantación, colocación o el estacionamiento permanente de caravanas y/o similares en áreas distintas de las específicamente habilitadas al efecto se tipifica como uso prohibido./ Resultaría uso incompatible el aparcamiento de vehículos motorizados en áreas distintas de las específicamente habilitadas al efecto./ La situación de dichos aparcamientos se promocionaba a través de la página de la red social del chiringuito, lo que incentivaba el tránsito de vehículos por un camino que tiene restringida su circulación”.

Al informe se acompaña un anexo fotográfico.

4. Con fecha 1 de septiembre de 2023, la adjudicataria del contrato formula alegaciones en las que sostiene que “ha cumplido con todos los requerimientos solicitados por parte de los organismos competentes y exigidos en la legislación para que no se pudiese denegar en ningún caso el espectáculo público que se llevó a cabo en las fechas 18 y 19 de agosto, el funcionamiento anormal de la Administración ha provocado directamente el resultado que se comunica con el último escrito recibido”.

5. El día 19 de septiembre de 2023, el Instructor del procedimiento elabora propuesta de resolución en la que “considera probado (...) que por parte de (la contratista) se realizaron los siguientes actos (...): Instalación de elementos fuera del recinto objeto de la adjudicación (escenario de grandes dimensiones, barras de dispensación de bebidas, cabinas de baños de aseos, un contenedor de recepción)./ Cierre perimetral de espacio público en 3.400 m² aproximadamente./ Cierre del establecimiento al público (18, 19 de agosto, 20 y 21 de agosto, exigiendo pago de entrada los días 18 y 19), así como incumplimiento continuado del horario de apertura exigido obligatoriamente, abriendo el establecimiento, según los días, a las 13, 16 o 17 horas, siendo la apertura exigida a las 12 horas./ Los hechos anteriores fueron realizados sin autorización de esta Alcaldía y con advertencia expresa de que la ocupación de

terrenos exteriores resulta un uso prohibido./ Tales actos incumplen el contenido del pliego de condiciones que rige la contratación, así como (el) contrato suscrito”.

Con base en ello, propone “proceder a la resolución del contrato de arrendamiento del bar-chiringuito”.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 12 de septiembre de 2023, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de arrendamiento de un bar objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin una copia del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

ÚNICA.- Se somete a nuestra consideración la consulta relativa a la resolución del contrato de explotación de un bar ubicado en zona de servidumbre de protección de costas.

A la vista de la documentación obrante en el expediente, el Ayuntamiento de Caravia formula su solicitud de dictamen preceptivo a este Consejo al amparo de lo previsto en la letra n) del artículo 13.1 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo -en relación con lo previsto en el artículo 18.1.n) del Decreto 75/2005, de 14 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias-, en la que se prevé la consulta preceptiva respecto a la “Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos, cuando se formule oposición por parte del contratista, y las modificaciones de los mismos en los supuestos que proceda según lo dispuesto en la legislación de contratación administrativa”.

En relación con el contenido de la consulta efectuada, es preciso recordar que el Consejo Consultivo del Principado de Asturias es un órgano instituido por el Estatuto de Autonomía como superior órgano de consulta de la Comunidad Autónoma (artículo 35 *quáter* de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias); en esta condición, el Consejo presta a los órganos de, entre otras, las entidades locales radicadas en su territorio los asesoramientos que procedan con arreglo a la Ley, ya sea con carácter preceptivo o facultativo.

En materia de contratos públicos, es conocido que las sucesivas leyes reguladoras -acogiendo una distinción ya sentada de antiguo por la jurisprudencia- distinguen entre el régimen aplicable a los conceptuados como "contratos administrativos" y a los denominados "contratos privados", y que se concretaría en que estos últimos se rigen en cuanto a sus efectos y extinción por el derecho privado y no por el derecho administrativo, cuyas reglas solamente resultan de aplicación en las cuestiones relativas a su preparación y adjudicación.

El ordenamiento jurídico español, tal y como recordamos en el Dictamen Núm. 16/2021, ha optado por un criterio principal y otro secundario en cuanto a la determinación de la naturaleza administrativa o privada de un contrato.

El primer y principal criterio es el de la propia calificación que hace el legislador, quien opta por enumerar una serie de contratos que son administrativos porque así lo preceptúa la Ley, de igual modo que otros son privados porque también el legislador los ha calificado específicamente como tales. En este sentido cabe mencionar algunos servicios que, aun encajando en la propia definición de contrato de servicios nominado que ofrece la ley de contratos, el legislador decidió que fueran privados, lo que, por otro lado, no siempre ha sido así, como es el caso de los enumerados en el actual artículo 25.1.a).1.º de la Ley de Contratos del Sector Público, y en su momento en el artículo 20.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, que se refiere a los contratos que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la

categoría 26 del mismo anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.

El segundo criterio es el de la vinculación con el giro o tráfico administrativo, que sirve para calificar, en su caso, un contrato como administrativo especial. Este criterio es secundario y sólo cabe acudir a él cuando el legislador no se ha pronunciado ya sobre la calificación del contrato, sin que pueda recurrirse al mismo en primer lugar, pues ello supondría socavar la propia voluntad del legislador; es decir, no cabe calificar por esta vía como privado un tipo contractual que el legislador ya ha calificado expresamente como administrativo; ni a la inversa, entender que es administrativo en aplicación de este criterio en contra de la calificación como privado que el legislador le ha dado.

Sentado lo anterior, debemos analizar cuál es la naturaleza jurídica del contrato aquí examinado toda vez que, aun existiendo oposición del contratista a la resolución pretendida, de concluirse que aquella no se corresponde con la propia de un contrato administrativo este órgano carecería de competencia para evacuar la consulta formulada con el carácter invocado por la autoridad consultante.

Pues bien, para aproximarse a la naturaleza del contrato resulta imprescindible acudir a la documentación incorporada al expediente con la intención de concretar su objeto.

En primer lugar, el pliego de cláusulas rector de la licitación señala que es "objeto de la presente convocatoria la licitación, por procedimiento abierto, tramitación ordinaria, de la explotación del chiringuito denominado `.....´, propiedad de este Ayuntamiento y ubicado en el parque Playa Esta instalación está constituida por una construcción de madera de estructura entramado ligero (...), dividido en dos aseos y cocina bar (...). Tiene solución de abastecimiento de agua y alcantarillado, así como energía eléctrica, con una potencia contratada de 5 kW./ El mobiliario consta de un botellero, una cocina y plancha de gas, calentador de gas, lavavasos y fregadero. El resto del mobiliario y equipamiento de terraza deberá aportarse por el adjudicatario, así como la

tramitación y contratación de aumento de energía eléctrica o utilización de generadores para ampliación de la existente si lo consideraran conveniente”.

En segundo lugar, entre la documentación obrante en el expediente figura un “cuadro de características” del contrato, aprobado por Decreto de la Alcaldía 6/2023, en el que consta expresamente “Tipo de contrato: patrimonial”. Esta misma indicación reflejaba también la publicación informativa efectuada en la Plataforma de Contratación del Sector Público -de fecha 2 de febrero de 2023-, según copia incorporada al expediente.

En tercer lugar, está el documento contractual, fechado el 16 de mayo de 2023, en cuya cláusula primera se indica que la mercantil se compromete a “realizar el uso, funcionamiento y explotación del establecimiento de bar-chiringuito, en el parque Playa, en la superficie definida y delimitada en la cláusula 1 del pliego de condiciones que rige la presente licitación. La actividad que se autoriza es para la explotación de chiringuito bar sin música amplificada. La zona que puede ser objeto de ocupación figura remarcada en plano que se adjunta al presente. No se permitirá la instalación de toldos, tarimas o elementos auxiliares sin haber obtenido previamente la autorización expresa de la Comisión de Urbanismo del Principado de Asturias, organismo ante el que ha de tramitarse la solicitud por parte de los adjudicatarios, así como la autorización municipal”.

Finalmente obra en aquel la licencia de actividad, fechada a 1 de junio de 2023, en la que se autoriza “el ejercicio y explotación de chiringuito bar sin música amplificada, denominado `.....´ ubicado en el parque Playa, durante el período comprendido entre el 1 de junio de 2023 y el 30 de septiembre de 2023”.

Llegados a este punto, procede traer a colación el artículo 9 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuyo apartado 1 señala que se encuentran excluidos de su ámbito de aplicación “los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 14, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley”, y

en el apartado 2 indica que “Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial”. Por otra parte, el artículo 26.2 de la misma Ley preceptúa que “Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado”.

A la vista de lo anterior y atendiendo al objeto del contrato ahora analizado, este no puede ser incardinado dentro de los contratos administrativos típicos enumerados en el artículo 25.1.a) de la Ley de Contratos del Sector Público en tanto que los servicios a prestar no tienen como destinataria a la Administración contratante y giran sobre la explotación económica de un bien patrimonial, aunque ubicado en este caso en una zona de servidumbre de costas, y sometido al régimen de autorización administrativa al amparo de lo previsto en el artículo 49 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas, y el Decreto 93/2013, de 30 de octubre, sobre autorización de servicios de temporada para las playas del Principado de Asturias.

Descartada la naturaleza demanial del bien, que podría abocar a su consideración como concesión o autorización demanial en función del plazo de explotación, la única alternativa factible para que el contrato alcanzase la naturaleza de administrativo pasaría por su consideración como contrato administrativo especial -al amparo de lo señalado en el artículo 25.1.b) de la Ley

de Contratos del Sector Público-, para lo cual resultaría preciso que se hallase vinculado “al giro o tráfico específico de la Administración contratante” o satisficiera “de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia” de aquella.

En efecto, no pasa desapercibido para este Consejo que en su momento se ha reconocido el carácter administrativo especial de los contratos relativos a la gestión de bar-cafetería en instalaciones o edificios públicos (entre otros, Informes 5/96, de 7 de marzo, y 67/1999, de 6 de julio de 2000, de la entonces Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal), y que más recientemente se han venido considerando como contratos de concesión de servicios (por todos, Informe 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón). Ahora bien, en tales supuestos se estaba en presencia de una específica ubicación en edificios o recintos públicos -y con la finalidad de dar un mejor servicio a los usuarios (funcionarios o particulares) de la instalación- y, en el supuesto de que el sujeto contratante hubiese sido una entidad local, concurría el ejercicio de una competencia propia de titularidad local y la finalidad de un mejor desenvolvimiento de un servicio de prestación obligatoria para el municipio, circunstancias que no se vislumbran en el caso analizado.

A mayor abundamiento, y por lo que a la voluntad de la Administración contratante respecta, resulta esclarecedor que esta haya reconocido expresamente (en el cuadro de características del contrato y en la publicación informativa efectuada en la Plataforma de Contratación del Sector Público) que lo perseguido era la conclusión de un contrato patrimonial. Si bien el *nomen iuris* utilizado no alcanza a socavar la auténtica naturaleza del contrato celebrado, es notorio que en este caso la Administración es consciente, y así lo manifiesta, que no pretendió ni gestionar una actividad vinculada a su giro o tráfico específico ni satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de su específica competencia, sino tan sólo atender a los principios de eficiencia, economía y rentabilidad que presiden la gestión de los bienes patrimoniales.

Esa finalidad no es incompatible con la ubicación del terreno en las proximidades del dominio público marítimo terrestre. En su caso, precisaría de una autorización previa de conformidad con lo dispuesto en el citado Decreto 93/2013, de 30 de octubre, sobre autorización de servicios de temporada para las playas del Principado de Asturias; norma que establece los requisitos y procedimientos necesarios para obtener la autorización sectorial en materia de costas para actividades que requieren la ocupación con instalaciones desmontables en la zona de servidumbre delimitada por el Plan de Ordenación del Litoral Asturiano. Esa autorización debió en su caso obtenerse por el Ayuntamiento antes de licitar la explotación del chiringuito, y no incide sobre la naturaleza del negocio que se suscribe para esa explotación. La gestión de servicios de temporada se configura así sobre la base de una doble relación jurídica: la autorización que se concede al Ayuntamiento por la Administración que asume la tutela del dominio público o su zona de afección y el posterior contrato entre el Ayuntamiento y el empresario, en libre concurrencia, si decide gestionarlo mediante terceros.

Por otra parte, la circunstancia de que la Administración se haya reservado una serie de prerrogativas (que *ex* artículo 190 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, son únicamente referibles a los contratos administrativos) en relación con este contrato (cláusula XVII del pliego de las económico-administrativas particulares) no le otorga *per se* carácter administrativo, puesto que las prerrogativas no son un *prius* justificador del carácter administrativo del contrato, sino uno derivado de su condición. Dicho de otra forma, un contrato no es administrativo por el hecho de llevar asociado el ejercicio de prerrogativas por parte de la Administración, sino que es el carácter administrativo de un contrato lo que habilita a la Administración para el ejercicio de las prerrogativas legalmente previstas para el marco de la contratación.

En tal tesitura, el contrato celebrado por la Administración consultante, cuyo objeto consiste en la cesión retribuida de unas instalaciones con la condición de que se desarrolle en ellas una determinada actividad y cuya causa dista de situarse en el intento de conseguir una mejor prestación de un servicio

público y se allega, más bien, a la cesión del uso de un bien inmueble de titularidad pública para su utilización privativa, ora como arrendamiento de industria o negocio (regulado por la voluntad de los contratantes y los artículos 1546 y siguientes del Código Civil), ora como arrendamiento para uso distinto del de vivienda (regulado por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos), ora como figura contractual compleja (en la que existan elementos de un contrato de arrendamiento de cosas -cesión, mediante precio, del uso de un local- y también los propios de gestión de servicios -el cesionario del local se obliga a prestar el servicio de bar con sujeción a precios y condiciones preestablecidas)-, se sitúa en la órbita de la contratación privada. Ello sin perjuicio de que los incumplimientos de las condiciones que rigen la autorización de estos servicios o de las impuestas en los pliegos puedan erigirse en causa revocatoria de la autorización y resolutoria del vínculo contractual; amén de su eventual calificación como infracción de la Ley de Costas como consecuencia del incumplimiento de las condiciones del título habilitante (como ya ha acontecido con la mercantil titular de la explotación del negocio, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, de 12 de mayo de 2023 -ECLI:ES:TSJAS:2023:1212-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª).

A la luz de lo señalado, cabe concluir que el contrato suscrito por el Ayuntamiento de Caravia, en las condiciones previstas en el título constitutivo, debe calificarse como contrato patrimonial privado, que se rige en primer término por la legislación patrimonial y solamente de forma supletoria por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y el Real Decreto 1376/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

Sentado que la calificación que corresponde al contrato es la de privado, resulta incuestionable que este órgano no puede, sin infringir su propia Ley reguladora, evacuar la consulta formulada por la autoridad consultante.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede evacuar la consulta que con el carácter de preceptiva ha sido formulada en orden a la resolución del contrato celebrado por el Ayuntamiento de Caravia y cuyo objeto consiste en el arrendamiento de un bar de su titularidad.”

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,