



## **ASUNTO: CONTRATOS/CONCESIONES**

**Posibilidad de desahuciar administrativamente una vez vencido el plazo a concesionario de quiosco en plaza del municipio.**

F

\*\*\*\*\*

## **INFORME**

### **I. HECHOS. ANTECEDENTES.-**

Escrito del Sra. Alcaldesa Presidenta del Ayuntamiento de XX sobre el asunto epigrafiado, acompañando al efecto copia del expediente municipal seguido al efecto, con oposición del concesionario que alega ostentar título arrendaticio sobre el quiosco en cuestión.

### **II.- LEGISLACIÓN APLICABLE.**

- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL).
- Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).
- Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL).



### **III.- FONDO DEL ASUNTO.**

**PRELIMINAR.-** Con el fin de evitar reiteración innecesaria damos por reproducidos los argumentos que resultan del Informe que obra en el expediente municipal de fecha 26.01.2016 emitido conjuntamente por el Asesor Jurídico del Ayuntamiento y el Secretario General de la Corporación.

**PRIMERO.-** El Tribunal Constitucional, aun partiendo de la propiedad de los bienes demaniales, incide de manera especial en el carácter exorbitante de su régimen jurídico cuando en sus sentencias 227/1988, de 29 de noviembre y 149/1991, de 4 de julio afirma que *«la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes»*.

Así y ante todo debemos señalar que la naturaleza negocial del supuesto planteado -explotación del quiosco en parque municipal - no es contractual sino patrimonial, en la medida en que la causa o finalidad del contrato no es la recepción de una prestación por parte de la Administración Municipal sino el aprovechamiento de su patrimonio, en este caso demanial, cual es la plaza municipal como bien de uso público, a través de un quiosco construido en la misma, de tal modo que debemos acudir al principio de irrelevancia del *"nomen iuris"*, también denominado principio de *"primacía de la realidad"*, que significa que las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son. Así lo tiene reconocido ampliamente nuestro Tribunal Supremo, así como diversos pronunciamientos de otras instancias la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 3ª, Sentencia de 1 Febrero 2012:

*"En efecto, reiterada jurisprudencia viene sosteniendo la desvinculación del juez respecto a la calificación que las partes hacen de los contratos, lo que es expresado con la conocida máxima de que los contratos son lo que son y no lo que dicen las partes"*. La calificación de los contratos no depende de las denominaciones que le



hayan dado los contratantes (sentencias de 14 de mayo de 2001 , 15 de diciembre de 2005 , 2 de marzo de 2007 y 3 de noviembre de 2010 , entre otras muchas).

**SEGUNDO.-** Calificado como un contrato patrimonial, no se registrará por la legislación de Contratos del Sector Público, o por razón de su fecha por el TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, sino por la normativa de bienes de las Entidades locales, y en concreto el otorgamiento del aprovechamiento sobre bienes de dominio público se regula por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas -LPAP-, los arts. 79 a 83 de Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local -LRBRL-, el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local. -TRRL-, y el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales -RBEL.

A tales efectos del artículo 86 de la Ley 33/2003 se extrae que cuando se trate de un uso común especial de duración no superior a cuatro años o de un uso privativo cuando la ocupación que el uso representa se efectúe únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles y por plazo no superior a cuatro años, el título administrativo habilitante para ese uso será la autorización administrativa, pero en todos los demás casos de uso común especial o de uso privativo ( como ocurre en el supuesto a que el presente se refiere) será precisa una concesión administrativa de dominio público o demanial; en particular, porque así lo dice la Ley, para el «*uso privativo de los bienes de dominio público que determine su ocupación con obras o instalaciones fijas*» (artículo 86 de la Ley 33/2003).

Y es que, normalmente, el derecho al uso privativo de los bienes demaniales se adquirirá por medio del otorgamiento de una concesión demanial o concesión de dominio público. Sólo en ciertos supuestos de usos privativos, de menor entidad o de vocación pasajera o transitoria, bastará con una autorización administrativa.



De tal forma que queda excluida, cualquier posibilidad de atribuir naturaleza arrendaticia a la explotación del quiosco en el parque municipal, a que se refiere el presente.

**TERCERO.-** En cuanto al fondo de la cuestión, se centra este en la explotación del quiosco que se encuentra instalado en una plaza pública, y en tal sentido el título habilitante para la explotación y ejercicio de la actividad que en el se ha realizado y se hubiere de realizar, siempre debe ser la concesión, conforme a lo dispuesto en los artículos 75 y 78 del RB.

Por ello a pesar de que en las alegaciones del escrito de reposición, presentado por el interesado se quiere sostener el carácter de contrato de arrendamiento sobre el mismo, arguyendo lo que considera favorable a su tesis de relación arrendaticia, lo cierto es como más arriba sostenemos que con independencia de la denominación que de forma interesada el titular de la autorización da a la relación en virtud de la cual detenta la explotación del quiosco, al tratarse de la ocupación de un bien de dominio público el único título habilitante, como ya hemos visto en el apartado anterior sería la figura de la concesión, cuyo otorgamiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 79 del RB, sólo puede hacerse previa licitación.

La jurisprudencia ha declarado que cuando no pueda acreditarse la existencia de la figura concesional, que todo uso privativo del dominio publico exige, estaremos en presencia de *"una mera tolerancia o permiso de policía"*, en cuyo caso *"el Ayuntamiento está facultado para hacer cesar el uso privativo, aun cuando tal facultad precise de la incoación de expediente administrativo contradictorio dirigido a clarificar la naturaleza de la ocupación y la procedencia o no de la indemnización"* (Sentencias del Tribunal Supremo de 5/12/1990 y 5/2/1985).

**CUARTO.-** Con independencia de lo anterior, si tenemos en cuenta que el quiosco se encuentra instalado en plaza pública, es decir, en un bien de dominio público, el Ayuntamiento está facultado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 70 del RB, para recobrar por sí mismo la tenencia del citado bien en cualquier tiempo.



La cuestión, por tanto, se reduce a determinar si llegado el término previsto para cese en la utilización privativa de la vía pública por el titular del quiosco, éste ostentaría algún derecho y de qué tipo, pudiendo adelantarse que, en ningún caso, podremos hablar de un derecho subjetivo a continuar ejerciendo la actividad, al no ser admisible en nuestro ordenamiento jurídico tales derechos subjetivos sobre el dominio público.

#### **IV.- CONCLUSION.**

Tratándose de la ocupación privativa de un bien de dominio público., concluida que sea la tramitación del correspondiente expediente contradictorio y adoptado acuerdo por el Pleno, en el sentido de declarar la finalización de la ocupación del dominio público efectuada en su día, en virtud de la autorización concedida por el Ayuntamiento para la instalación y explotación del quiosco destinado a Bar, se procederá a su ejecución conforme a lo dispuesto en los artículos 120 y siguientes del RB.