



Roj: **STSJ BAL 957/2015 - ECLI: ES:TSJBAL:2015:957**

Id Cendoj: **07040330012015100658**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **18/11/2015**

Nº de Recurso: **328/2014**

Nº de Resolución: **662/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FERNANDO SOCÍAS FUSTER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA : 00662/2015

SENTENCIA

Nº 662

En la Ciudad de Palma de Mallorca a 18 de noviembre de 2015.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster

D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los autos Nº **328/2014** dimanantes del recurso contencioso administrativo seguido a instancias de la entidad **AGUSTÍN ROSSELLÓ,S.L.** y como Administración demandada la General del **ESTADO** (no personada), el **AYUNTAMIENTO DE SON SERVERA** representado por el Procurador D. Xim Aguiló de Cáceres Planas y asistido del Letrado D. José L. Martín Peregrín; siendo parte codemandada la entidad **MARPORTSUNBEACH MALLORCA,S.L.** representada por la Procuradora D^a Monserrat Montané Ponce.

Constituye el objeto del recurso la resolución Nº 494, de fecha 27 de junio de 2014, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por la que se inadmite el recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo del Ayuntamiento de Son Servera, de fecha 28 de abril de 2014, por el que se adjudican los lotes A y B de la licitación convocada en relación con el otorgamiento de la explotación por terceros de la autorización de ocupación temporal de bienes de dominio público marítimo-terrestre para la explotación de los servicios de temporada 2014 a 2017, a las entidades **MARPORTSUNBEACH MALLORCA,S.L.** y a D. Agapito , respectivamente.

La cuantía se fijó en indeterminada.

El procedimiento ha seguido los trámites del ordinario.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO . Interpuesto el recurso en fecha 31 de julio de 2014, se le dio traslado procesal adecuado, ordenándose reclamar el expediente administrativo.

SEGUNDO . Recibido el expediente administrativo, se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente para que formulara su demanda, lo que así hizo en el plazo legal, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando a la Sala que se dictase sentencia estimatoria del mismo, por ser contrario al ordenamiento jurídico, el acto administrativo impugnado y que en su lugar acuerde: A) que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del recurso interpuesto y por ello se ordene la admisión a trámite del recurso. B) Subsidiariamente, que entrando en el fondo del asunto se estime el recurso y se anule la resolución del Ayuntamiento de Son Servera, de 28 de abril de 2014 y que declare que para el Lote A, la empresa demandante es la mejor ofertante y, en cuanto al lote B, se excluya al adjudicatario Agapito .

TERCERO . Dado traslado del escrito de la demanda a la representación de la Administración demandada para que contestara, así lo hizo en tiempo y forma oponiéndose a la misma y suplicando se dictara sentencia confirmatoria de los acuerdos recurridos.

CUARTO. No recibido el pleito a prueba y declarada concluida la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista, con citación de las partes para sentencia, se señaló para la votación y fallo, el día 17 de noviembre de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN LITIGIOSA.

Como antecedentes fácticos relevantes, interesa destacar:

1º) Que el Ayuntamiento de Son Servera convocó licitación para otorgamiento de la explotación por terceros de la autorización de ocupación temporal de bienes de dominio público marítimo-terrestre, para la explotación de los servicios de temporada 2014 a 2017 en determinadas playas del citado municipio. (BOIB 11.03.2014).

2º) Mediante resolución de 28 de abril de 2014, el Ayuntamiento acordó la adjudicación a las entidades MARPORTSUNBEACH MALLORCA,S.L. y a D. Agapito , de los lotes A y B, respectivamente.

3º) La anterior resolución fue notificada en fecha 30 de abril de 2014 a la aquí recurrente, AGUSTIN ROSSELLÓ,S.L., que se había presentado a la indicada licitación.

4º) En fecha 28 de mayo de 2014, la entidad AGUSTIN ROSSELLÓ,S.L., presentó recurso especial en materia de contratación frente a las indicadas adjudicaciones y ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC).

5º) En fecha 27 de junio de 2014 el indicado Tribunal dicta la resolución aquí recurrida, esto es, la que declara la inadmisión del recurso especial.

La resolución del TACRC declaró inadmisibles el recurso especial por considerar que el acto impugnado no era susceptible de recurso especial de conformidad con el art. 40,1º en relación al art. 4.1.o) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (RDL 3/2011, de 14 de noviembre), que excluye del ámbito de aplicación de la mencionada Ley -y, consecuentemente, no sujeto al recurso especial en materia de contratación- "*las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 7, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley*".

Entiende el TACRC que versando la adjudicación sobre la "*explotación por terceros de la autorización de ocupación temporal de bienes de dominio público marítimo-terrestre*", q ueda excluida del ámbito de la mencionada Ley y de su recurso especial.

La entidad AGUSTIN ROSSELLÓ,S.L., interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución del TACRC por considerar que el recurso especial en materia de contratación sí es admisible por cuanto de conformidad con el art. 7 de la mencionada Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), el adjudicado sería un contrato de concesión de obras públicas, es decir, incluido dentro de los de la mencionada LCSP y sujeto al recurso especial, de conformidad con el art. 40 de la misma.

Subsidiariamente, se interesa que se entre en el fondo y se estime el recurso anulando la resolución del Ayuntamiento de Son Servera, de 28 de abril de 2014 y que declare que para el Lote A, la empresa demandante es la mejor ofertante y, en cuanto al lote B, se excluya al adjudicatario Agapito .



No personada la Administración General del Estado, el Ayuntamiento de Son Servera y la codemandada MARPORTSUNBEACH MALLORCA,S.L se oponen a la demanda argumentando que el recurso especial era inadmisibile y que no cabe entrar en el examen de la legalidad de una resolución (la del Ayuntamiento de Son Servera) que no ha sido impugnada en tiempo y forma.

SEGUNDO. LA INADMISIÓN DEL RECURSO ESPECIAL.

Con la notificación de la resolución del Ayuntamiento de Son Servera de 28 de abril de 2014, se indicó a la aquí recurrente que la misma agotaba la vía administrativa y podía interponerse alternativamente, directamente recurso contencioso- administrativo o recurso potestativo de reposición. Véase folio 329 del expte. admvo).

La ahora recurrente no interpuso ninguno de los dos recursos mencionados sino que optó por la interposición de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo. No obstante, como indica en el art. 40.1º de la LCSP , dicho recurso especial sólo es posible -frente al acto de adjudicación- cuando se trate de uno de los contratos descritos en el citado precepto, esto es:

" a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros

c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17"

La ahora recurrente entiende que el contrato por el cual se adjudica la autorización de ocupación temporal del dominio público marítimo-terrestre para la explotación de instalaciones de temporada mediante instalaciones desmontables en las playas (hamacas, sombrillas, patines a pedal, embarcación Wade Runner, casetas SOS, WC adaptados, balizamientos, torres de vigilancia, pasarelas minusválidos) constituye un contrato de "concesión de obras públicas" y por tanto incluido dentro del ámbito de los contratos sujetos a recurso especial.

Pues bien, dicha interpretación no es correcta por cuanto de conformidad con el art. 7de la LCSP , en relación al 6 al que se remite, es necesario que dicho contrato se proyecte sobre una "obra", entendida como " *el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble*" y es evidente que la autorización temporal para la explotación de instalación de playa no comporta ejecución de obra alguna sobre un inmueble. Antes al contrario, la autorización tiene carácter temporal porque exige que se proyecte sobre instalaciones "desmontables" (hamacas, sombrillas, casetas SOS) de modo que no alteren el dominio público. Se explota el uso e instalación de elementos muebles -no inmuebles, como exige el contrato de concesión de obras públicas- que se colocan al inicio de la temporada estival y se retiran al final de la misma.

La recurrente sostiene que " *la licitación no se limita a la simple concesión del uso de la playa, sino que se exigen una serie de actividades complementarias pero de vital importancia, cuales son la instalación de pasarelas, cabinas sanitarias, técnicas de gestión de alimentación de la arena de la playa, y un completo sistema de gestión ambiental,...*" . No obstante, con independencia de que ello no altera la argumentación anterior en el sentido de que dichas "actividades complementarias" no se traducen en la ejecución de obras de construcción o de ingeniería civil que tengan por objeto un inmueble, sino en la colocación de instalaciones muebles desmontables, lo relevante para el caso es que el 4.1.o) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, solventa cualquier duda cuando excluye del ámbito de aplicación de la mencionada Ley -y, consecuentemente, no sujeto al recurso especial en materia de contratación- " *las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 7, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley* " .

Para nuestro caso, las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público marítimo terrestre, se regulan en su legislación específica: Ley de Costas, que no contempla la remisión al recurso especial en materia de contratación.

En consecuencia, la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales inadmitiendo el recurso especial, es conforme a derecho.

TERCERO. LA PETICIÓN SUBSIDIARIA DE RESOLUCIÓN EN CUANTO AL FONDO.



No puede entrarse a valorar la legalidad de la resolución del Ayuntamiento de Son Servera de fecha 28 de abril de 2014 por cuanto:

1º) No constituye el objeto del presente recurso, en que el acto impugnado lo es el del TACRC.

2º) La petición "subsidiaria" de conocimiento en cuanto al fondo sólo podría prosperar en el caso de que se estimase que la inadmisión del recurso especial era disconforme a derecho y que, por razones de economía procesal, se decidiese resolver el fondo en lugar de acordar retroacción para que el TACRC se pronunciase.

3º) Si se entendiese que el recurso contencioso-administrativo no sólo se interponía frente a la resolución del TACRC, sino también contra la resolución del Ayuntamiento de Son Servera de fecha 28 de abril de 2014, resultaría que dicho contencioso sería extemporáneo por cuanto la notificación de la resolución municipal se produjo el 30 de abril de 2014 y no se interpuso este contencioso hasta el 30 de julio de 2014, es decir, transcurridos con exceso los dos meses.

En consecuencia, no puede entrarse a analizar la legalidad de la adjudicación en el presente recurso contencioso-administrativo.

CUARTO. COSTAS PROCESALES.

De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, tras la modificación operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en estos autos a la parte actora, al haber desestimado sus pretensiones.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1º) Que DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo

2º) Que declaramos conforme al ordenamiento jurídico el acto administrativo impugnado y, en consecuencia, lo CONFIRMAMOS.

3º) Se hace expresa imposición de costas a la parte recurrente.

Contra la presente sentencia, cabe recurso de casación a preparar ante esta Sala y para el Tribunal Supremo, en el plazo de diez días contados desde la notificación de la presente.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.