

Dictamen nº: **99/17**
Consulta: **Alcalde de Mejorada del Campo**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **02.03.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 2 de marzo de 2017, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Mejorada del Campo, al amparo del artículo 5.3.f). e. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre extinción anticipada de la concesión de uso del bien de dominio público denominado Centro de Empresas Municipal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 25 de enero de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo formulada por el alcalde de Mejorada del Campo el día 19 de diciembre, sobre expediente de extinción anticipada de la concesión de uso del bien de dominio público denominado Centro de Empresas Municipal suscrita con la Asociación Comarcal de Empresarios del Sureste de Madrid (en adelante, “*la concesionaria*”).

Admitida a trámite, con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 32/17, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el

artículo 23 apartado 1 del Reglamento Orgánico de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

Ha correspondido su ponencia al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión, en su sesión de 2 de marzo de 2017.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos, de interés para la emisión del dictamen:

1.- El 8 de junio de 2012 se suscribe por la alcaldesa-presidenta de Mejorada del Campo y el representante legal de la concesionaria con intervención del secretario general del Ayuntamiento el clausulado general para la concesión del uso del bien de dominio público denominado Centro de Empresas Municipal. La citada concesión había sido objeto de acuerdo del Pleno de 31 de mayo de 2012.

En ese documento se establecía que el objeto de la concesión era que la concesionaria desarrollase las actividades que constituyen sus fines estatutarios toda vez que son “*concomitantes*” con los del Ayuntamiento en orden a la promoción del desarrollo socio-económico del municipio y, concretamente, de su tejido empresarial.

La cláusula 2ª bajo la rúbrica “*régimen jurídico del contrato*” establece que “*el contrato tiene carácter demanial de conformidad con el Reglamento de Servicios, Reglamento de Bienes y Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas*” si bien su preparación y adjudicación se efectuaría conforme las normas sobre contratación pública y las previsiones de la citada Ley de Patrimonio.

El procedimiento de adjudicación sería el procedimiento negociado sin publicidad, adjudicación directa conforme el artículo 172.a) del

Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y los artículos 93 y 137.4.c) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).

El plazo de la concesión era de doce años prorrogables por un periodo de cinco años hasta un máximo de diecisiete.

Se recogía como derecho de la concesionaria el resolver por mutuo acuerdo si resultase inviable por causas sobrevenidas durante los dos primeros años y como obligaciones las siguientes:

a) Realizar en el Centro las obras necesarias para poder efectuar acciones formativas cumpliendo la homologación prevista en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales.

b) Como contraprestación, al amparo del artículo 93.4 LPAP, el concesionario realizaría dos cursos formativos anuales de 40 horas como mínimo cada uno sobre materias acordadas con el Ayuntamiento y dirigidos a los vecinos del municipio.

c) Suscripción de una póliza de seguro de responsabilidad civil.

d) Asumir la responsabilidad por las acciones formativas y las consecuencias que pudieran derivarse hacia el Ayuntamiento o hacia terceras personas. En ningún caso, podría enajenar, gravar o ceder sin autorización bienes afectos a la concesión.

e) Utilizar el centro conforme su naturaleza de centro empresarial y mantenerlo en buen estado asumiendo los gastos de electricidad, agua, teléfono, limpieza, etc. sin perjuicio de la utilización compartida de hasta el 31 de marzo de 2013.

f) Efectuar un inventario conjunto con el Ayuntamiento de los bienes y material existentes en el Centro.

g) Revertir los bienes al Ayuntamiento a la finalización de la concesión.

h) El Ayuntamiento se reserva el ejercicio de la acción de regreso frente al concesionario y este asume la obligación de suscripción de una póliza de seguro.

i) Obtener los permisos y licencias necesarias para el uso del bien y la realización de actividades.

j) Asumir el riesgo y ventura.

k) Asumir como gasto los tributos estatales, locales y autonómicos derivados de la concesión así como los que la entidad deba realizar para el cumplimiento de sus actividades.

l) Guardar secreto profesional sobre los datos de carácter personal de conformidad con la normativa aplicable.

m) El Ayuntamiento no tendría ninguna relación laboral con el personal de la concesionaria sin asumir dicho personal a la extinción del contrato.

2.- El 21 de abril de 2016 la concesionaria interpone recurso de reposición contra una serie de liquidaciones tributarias remitidas el 22 de marzo de ese año por el Ayuntamiento relativas al impuesto de bienes inmuebles y a la tasa por entrada de vehículos que es desestimado por Decreto de Alcaldía de 4 de mayo de 2016.

3.- Por Acuerdo de Pleno de 4 de octubre de 2016 se acuerda el inicio del procedimiento de extinción anticipada de la concesión demanial como consecuencia del impago del impuesto de bienes

inmuebles y de la tasa de vado concediendo audiencia a la concesionaria.

4.- El 25 de octubre de 2016 la concesionaria presenta escrito de alegaciones en el que considera que el impago de impuestos no está recogido como infracción en el artículo 192 de la LPAP.

A ello se suma el que tal obligación de pago de impuestos no sería una obligación esencial en los términos del artículo 206.f) del TRLCSP sin que haya existido una voluntad rebelde al cumplimiento toda vez que no fueron reclamados hasta el año 2016.

Termina el escrito solicitando la suspensión del procedimiento que califica como sancionador ofreciendo caución por el importe de las garantías adeudadas.

Aporta diversa documentación entre la que obra la primera hoja del escrito de interposición de un recurso contencioso administrativo en el que consta su presentación en el registro de los Juzgados el 25 de octubre de 2016.

5.- El 28 de octubre de 2016 emite informe el jefe del Departamento de Gestión Tributaria e Inspección en el que afirma que corresponde a la concesionaria el abono de la tasa por vado.

6.- El 16 de noviembre de 2016 se concede nuevo trámite de audiencia a la concesionaria que presenta escrito de alegaciones el 2 de diciembre de 2016 en el que se reitera en su escrito anterior y considera que los incumplimientos que determinan la resolución de una concesión han de ser graves por imperativo del artículo 100.f) LPAP.

Recoge asimismo el escrito una exposición relativa a la improcedencia de los tributos que se le exigen y que motivan la extinción de la concesión.

7.- El 15 de diciembre de 2016 se emite informe por la Secretaría General en el que considera que ha existido un incumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de la contratista encajable en el artículo 100f) de la LPAP y que ha de ser calificado como grave conforme el artículo 29.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) sin que la interposición de recurso contencioso administrativo contra la liquidación afecte al procedimiento de extinción de la concesión.

8.- El 15 de diciembre de 2016 emite informe la Intervención municipal limitándose a enumerar los documentos obrantes en el expediente.

9.- Con fecha 19 de diciembre de 2016 se formula propuesta de resolución por la que se resuelve la concesión demanial por incumplimiento grave de las obligaciones de la concesionaria.

10.- En esa misma fecha el alcalde de Mejorada del Campo acuerda solicitar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora y suspender el plazo legal de resolución al amparo del artículo 22.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Consta el escrito de notificación a la concesionaria con sello de registro de salida de 19 de diciembre de 2016 pero no su efectiva recepción.

11. Con fecha 25 de enero de 2017 tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen.

12.- El 1 de febrero de 2017 se solicitó al Ayuntamiento para que informase a esta Comisión sobre el estado de tramitación del recurso contencioso y si se había adoptado alguna medida cautelar en el mismo.

13.- El 6 de febrero tuvo entrada en la Comisión diversa documentación en la que se hace constar que por Auto de 11 de enero de 2017 el Juzgado de lo Contencioso nº 26 de Madrid acordó la suspensión de la ejecución de la liquidación tributaria impugnada condicionada a la aportación de caución suficiente por importe de 13.620,92 euros en el plazo de quince días.

Según afirma el Ayuntamiento tal caución no había sido depositada hasta esa fecha.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) e. de la Ley 7/2015, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deber ser consultada en los expedientes tramitados por las entidades locales en los supuestos de *“Interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario”*.

Al formularse oposición a la resolución de la concesión por parte de la concesionaria, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión.

SEGUNDA.- En cuanto al procedimiento a seguir, la normativa de patrimonio de las administraciones públicas no establece un procedimiento general más allá de las particularidades que pueden recogerse en las normas sobre propiedades especiales.

En concreto, en el presente supuesto nos encontramos ante una concesión demanial sobre un edificio de naturaleza demanial en el que la concesionaria asume su uso con diversas obligaciones entre las que destacan la realización de dos cursos formativos al año y el pago de las obligaciones tributarias derivadas de la concesión.

Si tradicionalmente la naturaleza jurídica de la concesión ha sido discutida (con acierto afirmaba la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1979 RJ 1979\2704 que “(...) *lo mejor será superar las elucubraciones hechas sobre la naturaleza jurídica de la concesión, en cuyo tema todo se cuestiona*”), lo cierto es que esta Comisión ha venido señalando que el procedimiento para su resolución ha de ajustarse a lo establecido en la legislación de contratos públicos (dictámenes 34/16, de 21 de abril y 81/17, de 23 de febrero), criterio que también ha recogido el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 1 de junio de 2016 (recurso 668/2015).

En cuanto al régimen jurídico, el clausulado general de condiciones administrativas que rige la concesión establece que la misma tiene carácter administrativo y menciona expresamente la aplicación de la LPAP y el TRLCSP. No consta que existieran pliegos diferentes del mencionado clausulado general.

La normativa que ha de regir el procedimiento de resolución contractual es la vigente en el momento de su iniciación, lo que supone la aplicación del TRLCSP. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”.

En esta materia de procedimiento de resolución de contratos administrativos, el artículo 211 TRLCSP exige que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además, debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*, cuestión que en este caso no se plantea al no existir tal garantía. Además, el apartado tercero de dicho artículo dispone que *“será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista”*.

Además, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del TRRL son necesarios los informes de Secretaría e Intervención municipales.

Por otra parte, el artículo 224.1 TRLCSP, dispone en su apartado primero que *“la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”*.

El presente procedimiento se ha iniciado por acuerdo del Pleno que es asimismo el órgano competente para la resolución de la concesión.

Por otro lado, resulta que se ha dado audiencia a la concesionaria que ha manifestado su oposición a la resolución contractual, lo que hace preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

Consta en el expediente el informe de la Secretaría General y de la Intervención municipal. Dichos informes han sido formulados con posterioridad al trámite de audiencia conferido a la empresa contratista, si bien no podemos considerar que con esta forma de proceder se haya causado indefensión a la concesionaria, toda vez que los mencionados

informes no incorporan hechos nuevos que pudieran resultar relevantes para la resolución.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo máximo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (art. 21.3 y 25.1b) de la LPAC, de aplicación a este procedimiento en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley).

No obstante, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece el artículo 22.1.d) de la LPAC, al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse, entre otras circunstancias, en la siguiente:

“...Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.

En este caso el procedimiento se inició mediante Acuerdo de 4 de octubre de 2016 si bien fue suspendido el 19 de diciembre al solicitar el dictamen de esta Comisión. No obstante, deberá incorporarse al expediente la recepción por la concesionaria de la comunicación de la suspensión.

TERCERA.- Expuestas las consideraciones procedimentales procede entrar en el análisis del fondo de la cuestión planteada.

El Ayuntamiento de Mejorada del Campo pretende la extinción de la concesión al amparo del artículo 100.f) de la LPAP que establece que las concesiones demaniales se extinguirán por: *“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”*.

El incumplimiento sería el impago de las cuotas del impuesto sobre bienes inmuebles y de la tasa por vado desde el inicio de la concesión. La concesionaria no niega ese impago sino que afirma que no está obligada al pago de tales tributos y a tal fin ha recurrido la liquidación tributaria en reposición y, tras la desestimación de este recurso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Conviene hacer una precisión. No corresponde a esta Comisión efectuar un pronunciamiento sobre la procedencia o no de exigir tales tributos a la concesionaria. Esa es una cuestión de naturaleza tributaria sobre la que ninguna competencia tiene esta Comisión y sobre la cual no ha de pronunciarse, máxime cuando está pendiente un procedimiento contencioso administrativo en el que se está dilucidando si la concesionaria debe asumir o no tal deuda.

Ahora bien, esa cuestión no deja de tener influencia en el procedimiento de extinción de la concesión pese a lo que afirma el Ayuntamiento puesto que si, en efecto, se estimasen por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo las pretensiones de la concesionaria en cuanto a que no está obligada al pago de la liquidación tributaria efectuada por el impuesto de bienes inmuebles y la tasa de vado, resultaría que la concesionaria no habría incumplido obligación alguna y por tanto no procedería la extinción de la concesión.

Es por ello que se solicitó información sobre el estado de dicho recurso y, en concreto, si se había adoptado por el Juzgado alguna

medida cautelar con el resultado expuesto, esto es, se concedió por Auto la suspensión de la liquidación condicionada a la prestación de caución en el plazo de quince días, sin que tal caución se haya prestado según afirma el Ayuntamiento.

Por ello nos hallamos ante una liquidación tributaria que, como todo acto administrativo goza de la presunción del artículo 39.1 de la LPAC *“Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”*.

Como consecuencia resulta que la concesionaria adeuda al Ayuntamiento una deuda tributaria por importe de 13.620 euros sin que haya sido abonada o garantizada.

El artículo 100.f) LPAP resulta de aplicación directa (gozando de carácter básico) al caso que nos ocupa, sin que resulte de aplicación lo establecido en el artículo 223.f) del TRLCSP en cuanto a la resolución por incumplimiento de obligaciones esenciales previstas como tales en los pliegos o el contrato toda vez que, a diferencia de lo que ocurría en el Dictamen 368/12, de 20 de junio, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, no se recoge en el clausulado del contrato una remisión general a la normativa de contratación pública sino tan solo en lo relativo a la preparación y adjudicación.

Por ello la cuestión a determinar es si nos encontramos ante un incumplimiento *“grave”*.

Como recuerda el Dictamen del Consejo de Estado nº 1465, de 6 de octubre de 2011:

“En lo tocante al fondo del asunto, es criterio consolidado del Consejo de Estado que, al constituir la caducidad la sanción máxima que puede afectar a la relación concesional, solo los incumplimientos

de carácter esencial que perjudican gravemente el interés público inmanente en las concesiones demaniales pueden motivar la declaración de caducidad (entre otros, dictamen número 446/2004, de 25 de marzo)”.

A juicio de esta Comisión el criterio para calificar como grave el incumplimiento no ha de buscarse en las reglas que ofrece el artículo 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) para graduar las sanciones -puesto que la resolución de un contrato o una concesión administrativa no tiene carácter sancionador (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1994 (recurso 34/1993) y Dictamen 994/2004, de 6 de mayo, del Consejo de Estado)- sino mediante un análisis de la obligación incumplida en relación con las cláusulas de la concesión.

Así pues, nos encontramos ante una concesión en la que la concesionaria no tiene obligación de pagar canon alguno por la utilización del dominio público y en la que, aparte de obligaciones lógicas como mantener en buen estado los bienes y otras similares, tan solo asume tres obligaciones: 1) organizar dos cursos de formación al año; 2) Abonar los tributos derivados de la concesión y 3) suscribir un seguro de responsabilidad civil.

Como se puede observar se trata de unas obligaciones de escasa entidad, de tal forma que el incumplimiento de la obligación de pagar los citados tributos adquiere una especial relevancia cuantitativa y cualitativa en relación con el conjunto de tales obligaciones. Es por ello que cabe entender que, en efecto, se ha producido un incumplimiento grave de una obligación asumida por la concesionaria. También incide en la gravedad el hecho de que estemos ante un concesionario de un bien de dominio público municipal que se niega a abonar los tributos del municipio concedente.

Además, ha de destacarse que estamos ante un incumplimiento deliberado. La concesionaria no ha procedido a abonar la deuda tributaria y, al mismo tiempo, a recurrirla, en cuyo caso no procedería la extinción de la concesión ni tampoco ha prestado caución suficiente para garantizar el pago en cuyo caso se habría suspendido tal y como exigía el Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo, con lo cual ha quedado acreditada su voluntad contraria al cumplimiento de esa deuda tributaria.

Por ello cabe declarar la extinción de la concesión objeto del presente dictamen conforme lo dispuesto en el artículo 100.f) de la LPAP al existir un incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por el concesionario.

No obstante, ha de advertirse que no procederá esa extinción si la concesionaria, antes de que se resuelva el presente procedimiento de extinción, abonase la deuda tributaria o prestase caución de tal forma que la suspensión acordada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo llegase a ser efectiva.

En mérito a lo expuesto esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede declarar la extinción de la concesión de uso del bien de dominio público denominado Centro de Empresas Municipal de Mejorada del Campo, salvo que la concesionaria proceda al abono de la liquidación tributaria o se acuerde la suspensión de la misma antes del acuerdo de resolución.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 2 de marzo de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 99/17

Sr. Alcalde de Mejorada del Campo

Pza. de España, 1 – 28840 Mejorada del Campo