

Dictamen nº: **123/17**
Consulta: **Alcalde de Pinto**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **23.03.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 23 de marzo de 2017, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Pinto, cursada a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio al amparo del artículo 5.3.f) e. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución de contrato denominado *«concesión del uso privativo del dominio público municipal para la explotación del bar cafetería del Teatro Municipal “Francisco Rabal” sito en la calle Alpujarras nº 11 en Pinto»*, suscrito con Doña. M.E.F.M. (en adelante, la concesionaria).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 27 de febrero de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, sobre resolución del contrato citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 73/17, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de

acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 23 de marzo de 2017.

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

1.- Aprobados los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas que habían de regir la concesión administrativa del uso privativo del dominio público municipal para la explotación del bar cafetería sito en el teatro municipal “Francisco Rabal”, sito en la calle Alpujarras, nº 11 en Pinto, se licitó el contrato y la Junta de Gobierno Local con fecha 23 de julio de 2014 adjudicó el contrato de concesión a Dña. M.E.F.M. por un canon mensual de 1.023,00 euros, con arreglo a la propuesta técnica presentada y por el plazo de 10 años, firmándose el correspondiente contrato con idéntica fecha.

Para responder del cumplimiento del contrato la adjudicataria constituyó una garantía definitiva por importe de 2.829,60 euros que fue ingresada en una cuenta de titularidad municipal.

Respecto a la devolución o cancelación de la garantía definitiva, la cláusula quinta del pliego de cláusulas administrativas señala: *“La garantía definitiva no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de la concesión y cumplido satisfactoriamente el contrato, o hasta que se declare la resolución de la concesión sin culpa del concesionario, siempre que no existan algunas de las responsabilidades a que se refiere el artículo 100 del TRLCSP”.*

2.- En virtud del contrato, la concesionaria se comprometía a ejecutarlo con estricta sujeción a los Pliegos de Condiciones y demás documentos contractuales.

3.- La cláusula tercera del pliego de cláusulas administrativas indica que la duración de la concesión tendrá un plazo de diez años, contado a partir de la fecha de formalización del contrato y la cláusula cuarta, con respecto al canon de la concesión y forma de pago dice:

“El canon será pagadero por mensualidades anticipadas, durante los 7 primeros días de cada mes. El canon será actualizada anualmente, aumentándose o disminuyéndose, de acuerdo con las variaciones que experimente el Índice General Nacional de Sistema de Índices de Precios de Consumo, que expide el Instituto Nacional de Estadística, referido al periodo de los últimos doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de cada actualización, tomando como mes de referencia para la primera y restantes actualizaciones el último publicado a fecha de celebración del contrato. Dichas revisiones tendrán el carácter de acumulativas, por lo que el canon que resulte después de efectuada la oportuna actualización, será la que sirva de base para posteriores ajustes”.

La resolución de la concesión se contempla en la cláusula decimoséptima, en virtud de la cual, procederá la resolución del contrato, además de en los supuestos establecidos legalmente con carácter general y en las restantes cláusulas del pliego, por falta de pago del canon por tres o más mensualidades consecutivas, en cuyo caso, al igual que en los demás supuestos de extinción previstos en dicha cláusula, se extinguirá la concesión y demás derechos que recaigan sobre las instalaciones, sin derecho a indemnización a favor del concesionario, a excepción de lo que pueda acordarse en los supuestos de mutuo acuerdo y de renuncia voluntaria del adjudicatario.

Por su parte, en la cláusula cuarta del pliego de prescripciones técnicas se establece que el abono del canon por parte del adjudicatario debe ser realizado por el importe mensual.

4.- Con fecha 23 de septiembre de 2016, la concejala de Hacienda y Patrimonio requiere por escrito a la adjudicataria el pago de las mensualidades del canon que adeuda por importe de 13.288,09 euros por el impago de las mensualidades de junio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2015 y los meses de enero, febrero, abril, mayo, julio, agosto y septiembre de 2016 instándole a que regularice las cantidades pendientes de abono en el Departamento de Servicios Tributarios, con la indicación, de que si no regulariza la deuda se verían obligados a iniciar procedimiento de resolución del contrato.

5.- Recibido el citado escrito por la adjudicataria, el 18 de octubre de 2016 solicita una reunión *“para poder convenir un plan de pagos que me permita saldar la deuda contraída”*.

6.- El 23 de noviembre de 2016 la concejala de Hacienda y Patrimonio solicita informes al técnico de los Servicios Tributarios sobre la existencia de alguna deuda pendiente por parte de la concesionaria respecto al canon de la concesión y sobre la existencia de alguna deuda pendiente relativa a los suministros del bar cafetería sito en el teatro municipal “Francisco Rabal”.

7.- El 25 de noviembre de 2016 el técnico de los Servicios Tributarios informa del importe al que alcanza la deuda de la adjudicataria en la recaudación ejecutiva del Ayuntamiento por el impago del canon de la concesión correspondiente a las mensualidades de junio, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2015 y los meses de enero, febrero, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2016 por importe de 15.105,38 euros, informando asimismo de las cantidades pendientes de cobro en la recaudación ejecutiva por

diversos suministros del bar cafetería sito en el teatro municipal “Francisco Rabal” que alcanzan un importe de 4.557,62 euros.

8.- Previo informe jurídico de la jefe de Servicio de Patrimonio de 28 de noviembre de 2016, la concejala de Hacienda y Patrimonio mediante Decreto de 1 de diciembre de 2016 inicia expediente de resolución del contrato por falta de abono del canon mensual, otorgándose audiencia a la concesionaria por un plazo de 10 días, decreto que se notifica a la concesionaria el 27 de diciembre de 2016.

9.- El 20 de enero de 2017 emite informe favorable a la resolución del contrato la interventora general y el 17 de enero de 2017 informa la secretaria accidental en sentido favorable a la resolución de contrato con incautación de la garantía definitiva depositada por la adjudicataria.

10.- El 23 de enero de 2017 el técnico de Administración General de la Concejalía de Hacienda informa que la reclamante no ha solicitado ningún aplazamiento ni fraccionamiento de la deuda contraída por impago del canon de la concesión administrativa del bar cafetería en el teatro Francisco Rabal.

11.- Previo informe jurídico de la técnico jefe del Servicio de Patrimonio, la concejala de Hacienda y Contratación el 23 de enero de 2017 formula propuesta de resolución por la que se acuerda resolver el contrato de dominio público por falta de pago del canon por tres o más mensualidades vencidas con incautación de la garantía definitiva depositada por la adjudicataria para responder de las obligaciones esenciales del contrato, sin perjuicio de iniciar los expedientes que correspondan para la recaudación de las cantidades que se adeudan al Ayuntamiento y se notifique la citada propuesta a la concesionaria, al departamento de intervención, tesorería y servicios tributarios.

12.- La Junta de Gobierno Local en su reunión celebrada el 1 de febrero de 2017 adoptó el siguiente acuerdo *“Dejar el expediente sobre la mesa para buscar otras posibles soluciones con la adjudicataria”*.

13.- Consta en el documento nº 15 del expediente que fuera del plazo conferido para alegaciones, la adjudicataria el 6 de febrero de 2017 presenta escrito de alegaciones al decreto de la concejala de Hacienda y Patrimonio de 1 de diciembre de 2016 por el que se iniciaba expediente de resolución del contrato por falta de abono del canon mensual. En su escrito, tras reconocer la deuda que mantiene con el Ayuntamiento por el impago del canon pone de manifiesto la falta de rentabilidad del negocio, la inversión realizada en obras e instalaciones necesarias para el normal funcionamiento de la cafetería así como el esfuerzo económico realizado para mantener la concesión. Solicita una quita del importe que adeuda abonando el resto con financiación que manifiesta haber solicitado. También solicita una revisión del importe del canon rebajándolo a 800,00 euros, y una serie de mejoras que entiende le permitirán mantener el negocio para concluir que mantiene su interés por la concesión.

14.- Las citadas alegaciones fueron informadas en sentido desestimatorio por el técnico jefe de Servicio de Patrimonio el 9 de febrero de 2017.

15.- Con idéntica fecha la concejala de Hacienda y Contratación formula nueva propuesta para que se traslade el expediente de resolución del contrato de concesión a esta Comisión Jurídica Asesora con suspensión del plazo para resolver.

16.- La Junta de Gobierno Local el 15 de febrero de 2017 acuerda trasladar el expediente de resolución del contrato a esta Comisión Jurídica Asesora con suspensión del plazo para resolver. Consta que el citado acuerdo fue comunicado a la adjudicataria el 16 de febrero de 2017.

17.- El 17 de febrero de 2017 se registró de entrada en la Comunidad de Madrid el escrito de solicitud de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, que fue recibido en este órgano consultivo el 27 de febrero de 2017.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) e. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: *“3. En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) e. Interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario”*.

La solicitud de dictamen del alcalde de Pinto se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA (*“Las solicitudes de dictamen de las Entidades Locales se efectuarán por los Alcaldes-Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración Local”*).

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 el presente supuesto nos encontramos ante una concesión demanial por la que se otorga el uso privativo del dominio público municipal a un concesionario para la explotación y mantenimiento del Bar-Cafetería situado en el Teatro Municipal Francisco Rabal de la calle Alpujarras nº 11 del municipio de Pinto.

La naturaleza de la concesión demanial ha dado lugar a prolongados debates doctrinales que propugnaban, respectivamente, su naturaleza de acto administrativo o de contrato. La doctrina clásica entendía que las concesiones demaniales eran actos administrativos, siendo, por tanto, unilaterales. Sin embargo, esta calificación resulta hoy cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia, sobre la base de que la concesión demanial da lugar a un vínculo estable, con derechos y deberes para ambas partes, sin perjuicio de las facultades legales de revocación que, por razones del interés público que está llamada a proteger, conserva la Administración titular del bien.

Tal circunstancia ha llevado a parte de la doctrina moderna a afirmar el carácter contractual de las concesiones demaniales, apoyándose para ello, además, en que el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, (en adelante, RBEL) establece que la concesión demanial se otorgará con arreglo a ciertas normas específicas y *“a la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales”* (artículo 78.2 RBEL); argumento al que hoy cabría añadir la precisión contenida en el artículo 94 de la Ley 33/2003 cuando señala que *“en ningún caso podrán ser titulares de concesiones sobre bienes y derechos demaniales las personas en quienes concurra alguna de las prohibiciones de contratar reguladas en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”*.

Lo cierto es que, en el caso que nos ocupa, la cláusula 18 del pliego de cláusulas administrativas que rige el contrato de concesión establece que la misma tiene carácter administrativo y que en todo lo no previsto en el pliego, se rige por lo dispuesto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en aquellos preceptos que sean de carácter básico, por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), por el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBEL) y en defecto de dicha normativa, se aplicarán las reglas generales del derecho administrativo y, en su defecto, las normas del derecho privado.

Con base en esa remisión del pliego, parece lógico seguir el procedimiento que para la resolución de los contratos establece la normativa de contratación administrativa tal y como ha realizado el Ayuntamiento de Pinto.

En cuanto al procedimiento, 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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, 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 (en adelante, RGLCAP).

En 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”* y 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 la concejala de Hacienda y Patrimonio por delegación del Alcalde y será la Junta de Gobierno Local el órgano competente para acordar la resolución del contrato, por aplicación de la disposición adicional segunda del TRLCSP.

Del expediente examinado resulta que se propone la incautación de la garantía que fue depositada por la adjudicataria en la cuenta de titularidad municipal de una entidad bancaria según informe de tesorería de 9 de febrero de 2017.

Por otro lado resulta que se ha dado audiencia a la adjudicataria del contrato y tras reconocer la deuda que mantiene con el Ayuntamiento por impago del canon de la concesión, manifiesta su

oposición a la resolución contractual lo que hace preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

En relación con el trámite de audiencia al contratista, era doctrina reiterada del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que dicho trámite había de practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución sin que pudieran incorporarse con posterioridad informes o documentos nuevos, de manera que si los informes citados añadían hechos nuevos o argumentan cuestiones nuevas para la resolución generaban indefensión al contratista y avalista por lo que lo procedente era la retroacción del procedimiento (dictámenes 482/11, de 7 de septiembre, 514/11, de 21 de septiembre y 515/12, de 19 de septiembre).

El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid consideró, sin embargo, que la incorporación de diversos informes tras la realización del trámite de audiencia, no causaba indefensión al contratista al no introducirse en ellos ningún hecho o cuestión nueva, en los dictámenes 331/11, de 22 de junio, 374/11, de 6 de julio, 604/11, de 2 de noviembre y 410/13, de 25 de septiembre.

En el caso sujeto a dictamen, la audiencia de la contratista se produjo con inmediatez al acuerdo de incoación. Con posterioridad, se han emitido informes por la interventora general, la secretaria accidental y el técnico de Administración General, sin embargo, estos informes no hacen sino incidir en el hecho reflejado como causa de resolución en el acuerdo de incoación, que es precisamente los impagos del canon por parte de la concesionaria, que a su vez reconoció sin perjuicio de excusarse en sus alegaciones, por lo que no se entiende producida indefensión a la contratista, toda vez que no se han introducido cuestiones o hechos nuevos que no pudiera tener en cuenta al hacer sus alegaciones.

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 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (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. Resulta del expediente que la solicitud de informe a esta Comisión Jurídica Asesora se hizo invocando los efectos interruptivos del citado artículo 22 de la LPAC. Asimismo, consta que la suspensión se notificó a la adjudicataria.

TERCERA.- Analizados ya los aspectos procedimentales, procede examinar a continuación la posible concurrencia de la causa de resolución a que se refiere la consulta.

El Ayuntamiento de Pinto incoa el presente expediente de resolución del contrato de concesión administrativa por la falta de pago del canon de la concesión por tres o más mensualidades consecutivas.

El artículo 78 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales establece en su apartado 1 que estarán sujetos a concesión administrativa el uso privativo de bienes de dominio público, añadiendo en el 2 que las concesiones se otorgarán previa licitación. A su vez, el artículo 80 dispone que en toda concesión sobre bienes de dominio público se fijarán las cláusulas con arreglo a las cuales se otorga, entre las que deberá constar “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”.

En el presente caso, se extrae del expediente que previa la tramitación del procedimiento de licitación, la Junta de Gobierno Local adjudicó la concesión del uso privativo del dominio público municipal para explotación del bar cafetería sito en el teatro municipal “Francisco Rabal” a la concesionaria por un canon mensual de 1.023,00 euros, con arreglo a la propuesta técnica presentada y por un plazo de 10 años.

Aunque no consta en el expediente remitido por el Ayuntamiento de Pinto el contrato administrativo en cuestión, se evidencia del expediente examinado y en concreto del pliego de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas que la adjudicación de la concesión de dominio público se otorgó en régimen de concurrencia pública con arreglo a los criterios de adjudicación previstos en el pliego, así como, que el importe del canon mensual ofertado por la adjudicataria fue de 1.023,00 euros.

También existe constancia documental de que el canon mensual ha sido impagado por la concesionaria en los meses de junio, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2015 y los meses de enero, febrero, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2016.

Asimismo, consta en la cláusula decimoséptima del pliego de cláusulas administrativas que procederá la resolución del contrato, entre otras causas, por *“d) Falta de pago del canon por tres o más mensualidades consecutivas”*.

La falta de abono del canon está configurada como causa de extinción de la concesión en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas, al contemplar en su artículo 100 la extinción de las concesiones sobre el dominio público por *“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”*.

No resulta por tanto controvertido en el procedimiento, que la adjudicataria ha incumplido su obligación de pago del canon mensual, incumplimiento reconocido por la propia concesionaria en su escrito de alegaciones, por lo que este impago es, sin duda alguna, el incumplimiento de una obligación esencial de la concesión que permite la resolución de la misma con incautación de la garantía por aplicación de lo previsto en la cláusula quinta del pliego, transcrita en antecedentes.

Todo ello, sin perjuicio de que proceda iniciar el procedimiento de recaudación previsto en Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprobó el Reglamento General de Recaudación, por el incumplimiento de la obligación de pago del canon.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede la resolución de la concesión del uso privativo del dominio público municipal para la explotación del bar cafetería sito en el teatro municipal “Franciso Rabal”, sito en la calle Alpujarras, nº 11 en Pinto.

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 23 de marzo de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 123/17

Sr. Alcalde de Pinto

Pza. de la Constitución, 1 – 28320 Pinto