

Dictamen nº: **172/19**
Consulta: **Alcalde de Valdemoro**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **22.04.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 22 de abril de 2019, sobre la consulta formulada por el alcalde de Valdemoro, a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre sobre declaración de nulidad de la concesión demanial de la parcela EL-5 del Sector U.D.E. Oeste-Norte de Valdemoro otorgada por acuerdo de Junta de Gobierno Local de 2 de noviembre de 2006 a favor de las empresas TORREJUNCAL S.A. y ESTUDIO 5 DE GESTIÓN Y PROYECTOS S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 11 de marzo de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de consulta del alcalde de Valdemoro, formulada a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y Portavoz del Gobierno, sobre la revisión de oficio del acuerdo de la Junta de Gobierno Local (JGL) de 2 de noviembre de 2006 por el que se otorgó la concesión administrativa de la parcela EL-5 del Sector U.D.E. Oeste-Norte a favor de los propietarios de Torrejuncal S.A. y Estudio 5 de Gestión y Proyectos S.A.

SEGUNDO.- Examinada la siguiente documentación resultan los siguientes hechos de trascendencia para la resolución del presente procedimiento.

Con fechas 5 de octubre de 2004 y 25 de febrero de 2005 se presentaron por las citadas empresas unas solicitudes para la adquisición de unas parcelas de espacios libres colindantes a sus propiedades.

Con fecha 12 de julio de 2006 por providencia de Alcaldía se acordó el inicio de expediente en el que el secretario accidental emitió informe con esa misma fecha en el que calificaba la parcela como patrimonial destinada a espacio libre.

Con fecha 19 de julio de 2006 el arquitecto municipal emite un informe de valoración en el que califica las parcelas como de espacio libre y zonas verdes.

El 7 de septiembre el secretario municipal emite informe en el que califica el inmueble como demanial destinado a espacios libres siendo posible su adjudicación directa conforme el artículo 137.4 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).

Consta un pliego de cláusulas administrativas en el que se califica el inmueble como demanial destinado a espacios libres. Se califica como negociado sin publicidad pero se trata de una adjudicación directa del artículo 93.1 en relación con el artículo 137.4 de la LPAP. Se establece como criterio único de adjudicación el precio que se fija en el informe del arquitecto municipal. No hay pliego técnico y no se recoge el concreto uso de la concesión.

Por informe de 14 de septiembre de 2006 la Intervención Municipal se opone a la tramitación del expediente y califica el inmueble como patrimonial integrado en el patrimonio municipal del suelo.

El 14 de septiembre de 2006 la JGL aprueba el expediente y con fecha 18 de septiembre se notifica a las citadas empresas para que presenten ofertas.

Con fecha 21 de septiembre de 2006 Torrejuncal S.A. y Estudio 5 de Gestión y Proyectos S.A. presentan una oferta conjunta por la parcela sin constituirse en UTE correspondiendo a Torrejuncal el 40% y a Estudio 5 el 60%.

Por informe de 28 de septiembre de 2006 del Servicio de Contratación firmado por la misma persona que actúa como secretario accidental se considera que la oferta es completa y se ajusta al pliego.

Con fecha 28 de septiembre de 2006 la concejal de Hacienda formula propuesta de adjudicación del 40% de la concesión a Torrejuncal y del 60% a Estudio 5.

Por acuerdo de 2 de noviembre de 2006 de la JGL se adjudica la concesión en los términos recogidos en la propuesta.

Con fecha 6 de noviembre de 2006 se notifica el acuerdo a las citadas empresas que abonan el canon en diciembre de 2006.

La concesión demanial es elevada a escritura pública el 20 de diciembre de 2006.

La JGL por acuerdo de 1 de febrero de 2007 establece que las posibles transmisiones de la concesión no puedan superar el valor inicial y tendrán que hacerse a los propietarios colindantes en función de sus porcentajes de adquisición.

El 14 de junio de 2007 la JGL acuerda la devolución de la garantía definitiva.

Con fecha 9 de abril de 2018 Torrejuncal y Grupo 5 solicitan la transmisión de la concesión demanial a favor de Proyectos Globales Index S.L.

Con fechas 12 de abril y 28 de mayo de 2018 la concejala de Urbanismo propone a la JGL autorizar la transmisión de la concesión sobre la base del informe favorable de la técnico de Urbanismo de 12 de abril de 2018.

La decisión queda pendiente a requerimiento del secretario general del Ayuntamiento.

TERCERO.- Con fecha 28 de septiembre de 2018 el secretario general del Ayuntamiento de Valdemoro emite informe en el que propone iniciar un procedimiento de revisión de oficio.

El 1 de octubre de 2018 se acuerda por la JGL el inicio del procedimiento de revisión de oficio de su acuerdo de 2 de noviembre de 2006. En el mismo se concede plazo para alegaciones y se indica que el plazo para resolver se suspenderá cuando se solicite el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

El citado acuerdo de inicio se notifica a Torrejuncal, a Estudio 5 y a Proyectos Globales Index.

Por medio de escrito presentado en registro electrónico el 18 de octubre de 2018 formula alegaciones Estudio 5.

En las mismas solicita copia completa del expediente administrativo. Afirma que no dispone de algunos de los documentos obrantes en el mismo por lo que se le ocasionaría indefensión. Solicita por ello una ampliación del plazo para formular alegaciones.

El 26 de noviembre de 2018 formula alegaciones Torrejuncal S.A.

Rechaza que la concesión sea un “*acto imposible*” y como tal nulo de pleno derecho.

Afirma que, para favorecer el mantenimiento de los espacios cedidos al municipio el Ayuntamiento dio opción a los promotores de los suelos circundantes de adquirir concesiones demaniales sobre los espacios centrales de las manzanas para que estos las cedieran, a su vez, a los adquirentes de las viviendas.

De esta forma el Ayuntamiento lograba beneficios tales como eximirse de los gastos de mantenimiento, el canon de la concesión, el cobro del IBI y un mejor cuidado de los suelos puesto que los destinatarios de las viviendas colindantes en cuanto titulares *ob rem* de la concesión cuidarían de los suelos con mayor eficacia.

Rechaza igualmente que se haya omitido el procedimiento legalmente establecido puesto que la concesión se otorgó siguiendo el procedimiento establecido en la LPAP.

Afirma que el procedimiento de concesión fue iniciado por providencia de Alcaldía de 12 de julio de 2006 que el procedimiento seguido fue el de negociado sin publicidad al amparo del artículo 137.4 LPAP ya que se trata de una concesión que no reporta beneficios salvo a la empresa promotora y a los propietarios de las viviendas que obtienen una zona colindante cerrada, mejor cuidada y más segura. Además así el Ayuntamiento obtenía ingresos de unas parcelas dedicadas a zonas libres y espacios verdes.

De esta forma, la valoración de la parcela fue realizada por el arquitecto municipal, se realizó un informe jurídico y se elaboró el correspondiente pliego de condiciones aprobándose por la JGL.

La única oferta presentada fue la de Torrejuncal y Estudio 5 que cumplían todos los requisitos.

La adjudicación se comunicó a la Comunidad de Madrid que no planteó ninguna objeción y se formalizó escritura pública actuando el notario como “*garante de la legalidad de todo el procedimiento*”.

Entiende por tanto que no puede hablarse de ausencia de procedimiento y rechaza que la concesión no tenga causa puesto que el planeamiento permitía estas parcelas municipales dentro de manzanas prácticamente cerradas con la finalidad evidente de estar destinadas los habitantes de las parcelas circundantes. A ello se suma el que existirían más de ochenta casos similares.

Niega que la concesión no cumpla lo establecido en los artículos 80, 81 y 84 de Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBEL).

Asimismo y frente a lo indicado por el Ayuntamiento la utilización del procedimiento previsto en el artículo 137.4 de la LPAP era plenamente legal toda vez que se trata de una parcela de pequeña extensión y la concesión se realiza a un colindante.

Niega también que el canon incumpliese lo dispuesto en el artículo 92.2 del RBEL en cuanto a que el canon no ha de ser inferior a un 6% del valor en venta de los bienes ya que la parcela se valoró en 160.446,60 euros y ese fue el canon abonado por su utilización durante 75 años.

Entiende que no procede la revisión de oficio ya que atentaría contra la seguridad jurídica.

Recuerda que el pliego permitía la transmisión de la concesión a un tercero y que al hacer uso de esa posibilidad siguiendo las

indicaciones realizadas por técnicos del Ayuntamiento en varias reuniones se inició sorpresivamente el procedimiento de nulidad, actuación que califica como “*maquiavélica, injusta y arbitraria*” ya que existían un informe jurídico y una propuesta de la concejala de Urbanismo favorables.

Entiende que la actuación del ayuntamiento vulneraría la legislación hipotecaria al tratarse de un acto inscrito.

Por último considera que, de acordarse la nulidad, debería abonársele el importe abonado por la concesión con los intereses legales, el IBI satisfecho desde 2006 y los daños y perjuicios (30.000 euros).

Por medios de otrosí afirma que pretende recurrir en reposición y que el Ayuntamiento no puede suspender un acto firme lo cual solo puede hacerse por un tribunal contencioso-administrativo previa solicitud de medida cautelar con prestación de fianza. Igualmente afirma que se reserva la posibilidad de interponer una querella por prevaricación.

Con fecha 5 de diciembre de 2018 se emiten sendos informes de la Secretaría del ayuntamiento en relación a lo que califica como recursos de reposición de Torrejuncal y Estudio 5.

En relación con el escrito de Estudio 5 considera que no se afecta al principio de seguridad jurídica.

La concesión sería nula toda vez que carece de causa. A ello se suma el que en el expediente no constan elementos esenciales exigidos por el RBEL como la memoria explicativa, los fines a los que se va a destinar el bien demanial, proyecto de utilización y pliego de

prescripciones técnicas. Tampoco se justifica la utilización del procedimiento del artículo 137.4 de la LPAP.

De otro lado el canon concesional es inferior al 6% anual del valor de venta del inmueble y la adjudicación se concedió a dos empresas sin constituir una UTE.

Todas estas circunstancias estaban recogidas en el acuerdo de inicio del procedimiento por lo que no exista la falta de motivación denunciada por Estudio 5.

La memoria, proyecto de utilización y pliego técnico son esenciales ya que en su ausencia no se sabe para qué se licita ni cómo.

La errónea cuantificación del canon queda fuera de los márgenes para una modificación contractual.

Tampoco cabe la utilización del artículo 137.4 de LPAP para una parcela de 10.696,4 m² que no es pequeña no tiene forma anómala.

La empresa obvia asimismo la irregularidad que supone adjudicar la concesión a dos empresas en porcentajes del 40% y 60% sin que esa posibilidad esté contemplada en los pliegos ni en la legislación.

Considera que procedería indemnizar a las concesionarias pero solo en las cantidades porcentuales derivadas de los años en los que no disfrutarán de la tenencia del bien demanial, es decir 134.774,64 euros sin que se haya justificado la procedencia de otros conceptos indemnizatorios.

En relación al escrito de Torrejuncal el informe de Secretaría considera que la concesión supone en realidad una simulación contractual que atenta contra el planeamiento y la calificación urbanística del suelo como espacio libre.

El artículo 4.9 del Plan General de Ordenación Urbana de Valdemoro define el uso de espacios libres y zonas verdes en cuanto *“los terrenos destinados a plantaciones de arbolado y jardinería con objeto de garantizar la salubridad, reposo y esparcimiento de la población; a mejorar las condiciones ambientales de los espacios urbanos; a proteger y aislar las vías de tránsito rápido; al desarrollo de juegos infantiles y en general, a mejorar las condiciones estéticas y ambientales de la ciudad.”*

Por el contrario la concesión ha supuesto que no haya un uso público sino un uso privativo por parte de los compradores de las viviendas colindantes. A ello se suma la cesión de participaciones *ob rem* sobre la concesión lo que demuestra la simulación contractual toda vez que si la finalidad del Ayuntamiento fuera adjudicar la concesión a los propietarios no habría razón para adjudicarla a empresas que no son propietarias ni han hecho la promoción urbanística en tanto que las concesionarias solo tendrían una finalidad de beneficio económico como mediadoras entre el Ayuntamiento y los supuestos copropietarios finales.

Se vulnera, además, la unidad de la oferta exigida por el artículo 145.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF).

En relación con la nulidad por falta de procedimiento considera que la mera tramitación de un procedimiento no elude la nulidad ya que faltan trámites esenciales como la memoria, proyecto de utilización y pliego técnico exigidos por el RBCL y por el TRLCSF. Considera que el negocio concesional carece de causa ya que no se da ninguna finalidad a la concesión más allá de su uso por el concesionario.

Reconoce que, en efecto, el planeamiento ha generado parcelas demaniales que, de forma anómala, están situadas en manzanas

prácticamente cerradas pero ello no implica el que no deba haber revisiones de oficio e incluso debería revisarse el propio planeamiento ya que no tiene sentido que los espacios libre se conviertan en patios traseros de propiedades privadas ya que su uso ha de ser de la generalidad de los vecinos.

Tampoco se justifica la utilización del artículo 137.4 de la LPAP en tanto que la propia concesionaria reconoce que se trató de una adjudicación directa ya que nadie tendría interés en la concesión. Destaca que la concesión se otorgó en 2006 pero la promoción inmobiliaria no se ha iniciado hasta el año 2018 por una empresa distinta.

En cuanto al canon este debía ser el 6% del valor de venta con carácter anual (9.626,79 euros/año) en tanto que se abonó un canon único de 160.446,40 euros que daría lugar a un canon anual de 2.139,28 euros.

Entiende que no concurren los límites legales de la revisión de oficio puesto que la concesión carece de causa sin perjuicio de indemnizar los posibles daños que cause su revisión.

Pone en duda la afirmación de la concesionaria en cuanto a que técnicos municipales participasen en la transmisión de la concesión y destaca que en la escritura notarial consta una nota registral en la que según el informe la concesión no puede ser transmitida (sic) a los propietarios de los inmuebles construidos por las concesionarias en las parcelas colindantes, condición que no constaba en el pliego.

Añade que la escritura pone de manifiesto que las concesionarias estuvieron en situación de concurso de acreedores incurriendo en causa de resolución contractual sin que lo notificaran al Ayuntamiento.

Rechaza que la inscripción registral pueda convalidar los defectos de conformidad con lo que establece el artículo 33 de la Ley Hipotecaria.

Rechaza que haya motivos políticos en la revisión y destaca que Torrejuncal puede ejercitar las acciones que tenga por conveniente.

En cuanto a la indemnización de los daños reitera que procedería la devolución del canon por los años que restan de la concesión sin que se haya acreditado la existencia de otros daños.

En cuanto a la suspensión de la ejecución del acto considera que está amparada por el artículo 108 de la LPAP.

Con fecha 7 de febrero la concejala de Urbanismo, Obras y Servicios y vivienda formula propuesta de resolución declarando la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación del contrato de concesión demanial.

El 11 de febrero de 2019 la JGL acuerda aprobar la citada propuesta de resolución y recabar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

CUARTO.- El 27 de febrero de 2019 el alcalde de Valdemoro solicita a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y Portavoz del Gobierno, el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora en el expediente de declaración de nulidad del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 2 de noviembre de 2006 teniendo entrada en esta Comisión el día 11 de marzo de 2019.

A dicho expediente se le asignó el número de expediente 128/19, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen de acuerdo con lo dispuesto artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, según las reglas generales de reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 22 de abril de 2019.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3.f) b. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre y a solicitud del alcalde de Valdemoro, cursada a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y Portavoz del Gobierno, conforme establece el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

De conformidad con lo establecido en la disposición transitoria 3ª de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) al tratarse de un procedimiento de revisión de oficio iniciado tras su entrada en vigor se rige por esa ley.

Por remisión, debe traerse a colación el artículo 106 de la LPAC en el que se establece la posibilidad que las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado,

declaren de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. Para ello será necesario que concurra en el acto a revisar alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de la LPAC, y, desde el punto de vista del procedimiento, que se haya recabado dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, y que éste tenga sentido favorable.

Por tanto, la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en este supuesto carácter vinculante.

SEGUNDA.- La revisión de oficio en el ámbito local, con carácter general, se regula en el artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), que permite a las Corporaciones Locales revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

Igualmente, los artículos 4.1.g) y 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, indican que dichas Corporaciones, dentro de la esfera de sus competencias, tienen atribuida la potestad de revisión de oficio de sus actos, resoluciones y acuerdos, con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

La señalada remisión a la legislación del Estado conduce a los artículos 106 a 110 y concordantes de la LPAC, que regulan la revisión de los actos de la Administración en vía administrativa.

Al tratarse de una solicitud de revisión de oficio iniciada por la propia Administración el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución produciría la caducidad del mismo si bien en este caso la JGL suspendió el plazo para resolver conforme el artículo 22.1 d) de la LPA al solicitarse el dictamen preceptivo de esta Comisión lo cual se comunicó a los interesados.

La competencia para resolver el procedimiento de revisión corresponde a la Junta de Gobierno Local conforme el artículo 127.1 k) de la LBRL al tratarse de la revisión de sus propios actos.

TERCERA.- En lo que respecta a la potestad de revisión de oficio esta Comisión viene recordando reiteradamente que se trata de una potestad exorbitante de la Administración para dejar sin efectos sus actos al margen de cualquier intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, razón por la cual esta potestad de expulsión de los actos administrativos de la vida jurídica debe ser objeto de interpretación restrictiva y sólo se justifica en aquellos supuestos en que los actos a revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad, es decir, que estén viciados de nulidad radical o de pleno derecho.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013 (recurso 822/2011) citando reiterada jurisprudencia la revisión de oficio aparece como “ (...) *un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, verdadero procedimiento de nulidad, que resulta cuando la invalidez se fundamenta en una causa de nulidad de pleno derecho, cuya finalidad es la de facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva*”.

Se trata de una potestad cuyo ejercicio requiere una especial ponderación ya que, como señala la sentencia de 17 de enero de 2006 (recurso 776/2001) se trata de confrontar dos exigencias

contrapuestas, el principio de legalidad y el de seguridad jurídica por los que solo procede la revisión en *“concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros”*.

En cuanto la potestad exorbitante de la Administración frente a la regla general de que nadie puede ir contra sus propios actos la carga de la prueba de la existencia de motivos de nulidad corresponde a la Administración como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 (recurso 3843/2011).

El artículo 106 de la LPAC establece que para proceder a la revisión ha de tratarse de actos *“que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo”*. En este caso procede la revisión, tanto por lo dispuesto en el artículo 52.2 a) de la LBRL como porque el acto fue dictado en el año 2006.

CUARTA.- Procede analizar la causa de resolución invocada por el Ayuntamiento de Valdemoro en cuanto a la nulidad del acuerdo de la JGL por el que se otorga una concesión demanial a Torrejuncal y a Estudio 5 en los porcentajes del 60% y del 40% respectivamente.

La presenta solicitud de dictamen presenta algunas similitudes con el caso analizado en nuestro Dictamen 368/16, de 4 de agosto.

Al igual que ocurrió en aquel caso, es necesario determinar con carácter previo la verdadera naturaleza de la concesión a la que se refiere el acto cuya revisión se pretende.

Como ya indicó esta Comisión en su Dictamen 99/17, de 2 de marzo, la naturaleza jurídica de las concesiones demaniales ha sido

muy discutida en la doctrina y en la jurisprudencia. En concreto la 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, 81/17, de 23 de febrero y 471/18, de 31 de octubre), 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 este caso la concesión demanial, cuyo acto de otorgamiento pretende revisarse, se calificó en el pliego de cláusulas económico-administrativas que rigió dicha adjudicación como un contrato administrativo especial y se establecía que la adjudicación se regiría por lo dispuesto en la normativa de contratos públicos entonces vigente, el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP) y Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Sin entrar en si esa calificación como contrato administrativo especial es o no correcta, lo cierto es que la remisión a las normas de contratación establecida por la Administración concedente y aceptada por las concesionarias que se presentaron a la licitación de la concesión deviene así como un parámetro necesario para establecer la legalidad del acto de adjudicación de la concesión.

QUINTA.- Hecha esta precisión es necesario abordar si las irregularidades en el procedimiento de adjudicación puestas de manifiesto por el Ayuntamiento de Valdemoro incurren o no en alguna de las causas de nulidad del artículo 47 de la LPAC que son idénticas a las que recogía el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común (LRJ-PAC) y que resultan de aplicación conforme el artículo 62 del TRLCAP.

La revisión de oficio se basa en los siguientes aspectos:

- La concesión carece de causa y se trata de un negocio simulado.
- Se concedió mediante el procedimiento del artículo 137.4 de la LPAP sin reunir los requisitos exigidos por dicho precepto.
- No existe memoria, proyecto de utilización y pliego técnico.
- Se concedió a dos empresas de forma conjunta en los porcentajes del 60 y del 40%.
- El canon concesional incumplía lo exigido en el RBEL.

En primer lugar, conviene recordar, respecto a la causa de nulidad relativa a los actos de contenido imposible, que en nuestro Dictamen 302/18, de 28 de junio, indicamos que la citada causa de nulidad exige según una reiterada jurisprudencia (por todas, las sentencias de 2 de noviembre de 2004 (recurso 130/2002) y 17 de enero de 2005 (recurso 201/2002), que se trate de una imposibilidad de carácter físico o material o de naturaleza lógica. En este caso es claro que nos encontramos ante cuestiones jurídicas por lo que dicha causa de nulidad ha de ser rechazada.

Ha de analizarse si es posible que las dos empresas (Torreblanca y Estudio 5) se presentasen a la licitación formulando ofertas parciales por la concesión.

La cláusula 3.1 del Pliego establecía que podrían presentar proposiciones las personas naturales o jurídicas y podrían asimismo

presentar ofertar las uniones de empresarios que se constituyesen en unión temporal conforme el artículo 24 del TRLCAP.

Conviene recordar que el artículo 15 del TRLCAP establece que podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas que tengan plena capacidad de obrar.

A este respecto ha de recordarse que las comunidades de bienes carecen de personalidad jurídica como ha reconocido tanto la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo –sentencia de 28 de julio de 1999 (recurso 228/1995)- como el Tribunal Constitucional STC 115/1999, de 14 de junio.

Esta carencia de personalidad jurídica determina que no puedan contratar con la Administración como ha reconocido la jurisprudencia, así las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000 (recurso 1546/1995), de la Audiencia Nacional de 14 de marzo de 2002 (recurso 139/2001) y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de diciembre de 2006 (recurso 253/2003).

Este es asimismo el criterio de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, así el Informe 12/03, de 23 de julio de 2003 de la Junta Consultiva estatal, el Informe 11/2002, de 4 de febrero de 2003 de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía o el Informe 20/1997, de 16 de diciembre, de la Junta Consultiva de la Comunidad de Madrid.

Tan solo puedan contratar con la Administración las UTES en los términos del artículo 24 del TRLCAP. Fuera de este supuesto no cabe que varios empresarios contraten de forma conjunta con la Administración, tal y como recordó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal en su Informe 32/1998 de 30 de junio:

“(...) En consecuencia, puede afirmarse que, en ningún caso, existe la posibilidad de que varias personas puedan obligarse solidariamente frente a la Administración para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato sin que hayan constituido una unión temporal de empresarios que deberá formalizarse con posterioridad a la adjudicación.”

A ello se suma el que los propios concesionarios afirman que la concesión iría vinculada a la venta de las viviendas de tal forma que el adquirente de la vivienda tendría un derecho *ob rem* a la concesión. Esta multiplicidad de titulares concesionales contraviene los intereses públicos ya que la Administración no podría ejercer adecuadamente sus derechos de policía en los casos de mala utilización del dominio público.

En este sentido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de mayo de 2010 (recurso 1118/2009) accede a la resolución de un contrato en el que se había subrogado de facto una comunidad de propietarios. Para la Sala *“(...) los derechos de concesión sobre las plazas de garaje se están ejerciendo en la práctica por los usuarios de las mismas a quienes el original titular de la concesión cedió la explotación y utilización del aparcamiento subterráneo, lo que sin embargo no ha sido reconocido por el Ayuntamiento con la excusa de que tales usuarios se constituyeron indebidamente en comunidad de propietarios del garaje, sin que los mismos hayan accedido a constituirse bajo forma societaria admitida por el Ayuntamiento a efectos de la efectiva subrogación en la concesión. La irregularidad de tal situación es reconocida municipalmente a través de la "nota de régimen interior" referida en el recurso de apelación, no contradicha, y que pone de manifiesto que el propio Ayuntamiento admite la posibilidad de solución mediante la cesión de la concesión o su conversión a propiedad de los usuarios. No obstante, la deducible negativa de los usuarios a modificar su régimen comunitario que permita la admisión de la cesión por el*

Ayuntamiento, y la propia actuación de éste, que nada ha hecho al respecto pese a su obvio conocimiento de la situación -y que incluso no ha resuelto expresamente la solicitud tanto de resolución del contrato de concesión administrativa como de anulación de las liquidaciones del impuesto sobre bienes inmuebles correspondientes a dicha concesión de los ejercicios de los años 2.002 a 2.005-, mantienen la titularidad de la concesión en quienes ya no la ejercen en realidad, lo que hace necesario la corrección de esa situación, y justifica la procedencia de la resolución contractual pretendida”.

De esta forma, la adjudicación a las concesionarias contravenía frontalmente lo establecido en el pliego de cláusulas que, como “*ley del contrato*”, vinculaba tanto a la Administración como a los licitadores.

Por todo ello el otorgamiento de la concesión por la JGL es nulo de pleno derecho conforme el artículo 47.1 f) de la LPAC [(anterior artículo 62.1 f) de la LRJ-PAC].

Respecto a la improcedencia de utilización del artículo 137.4 de la LPAP, el artículo 93.1 de esa ley se remite a este precepto como excepción a la exigencia de concurrencia en el procedimiento para otorgar concesiones así como “(...) *cuando se den circunstancias excepcionales, debidamente justificadas, o en otros supuestos establecidos en las leyes*”.

Consta en el expediente de otorgamiento de la concesión un informe de 7 de septiembre de 2006 en el que el jefe del Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial recoge una justificación de la utilización del citado procedimiento, al entender que encaja en el apartado d) del artículo 137. Con independencia de que se pueda estar o no de acuerdo con ella no puede decirse que esté completamente desprovista de fundamento toda vez que la parcela, en cuanto espacio libre, es inedificable. Por ello no procede la revisión dado el carácter restrictivo que ha de presidir su aplicación.

Lo mismo ha de indicarse respecto de la exigencia de memoria, proyecto y demás requisitos del artículo 84 del RBEL. Es cierto que el artículo 81 de dicha norma establece que *“Serán nulas las concesiones que se otorgaren sin las formalidades que se establecen en los artículos siguientes, y para lo no dispuesto por ellos, en la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones locales”* y así ha sido aplicado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de junio de 2015 (recurso 286/2014). No obstante, ha de indicarse que dichas normas parten de la realización de un procedimiento de concurrencia en tanto que en el presente caso se ha utilizado una adjudicación directa. A ello cabe añadir que, al existir en el procedimiento de otorgamiento de la concesión un informe jurídico, un informe del arquitecto municipal y un pliego de condiciones, no puede decirse que la supuesta contravención del artículo 84 del RBEL tenga una entidad suficiente para determinar la revisión de oficio por tal causa.

Se afirma que se habría vulnerado lo dispuesto en el artículo 92 del RBEL en cuanto al canon concesional que se exigió de forma global y no, como establece ese precepto, mediante un 6% anual del valor de los bienes. Sin embargo esa afirmación debe ser rechazada ya que el artículo 92 del RBEL es aplicable a los bienes patrimoniales y no a los demaniales, en los cuales la Administración concedente dispone de una mayor libertad pudiendo calificarse como tasa al amparo del artículo 20 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

Puesto que no es aplicable el precepto citado por el Ayuntamiento y tampoco se ha acreditado que vulnere la normativa de tasas locales habrá que estar a lo establecido en la cláusula 2 del pliego que recoge un precio de 160.446,20 euros que podía ser elevado por los licitadores.

SEXTA.- Debe hacerse una referencia a la posibilidad de aplicar los límites a la revisión establecidos en el artículo 110 de la LPAC.

En cuanto al tiempo transcurrido si bien el acto fue dictado en 2006 y se pretende su revisión en 2018, doce años después de dictarse, ha de tenerse presente la duración del contrato de 75 años por lo que tal contrato expira en el año 2081. Por ello, en este caso, el tiempo opera en sentido favorable a la revisión.

Tampoco existe razón alguna de equidad. Las concesionarias no han ejecutado promoción alguna pese a que la concesión tenía como finalidad servir a esas promociones cuyos compradores adquirirían así el derecho a usar el dominio público de forma privativa. En tanto en cuanto no existen terceros perjudicados cabe entender que no existe ninguna razón de equidad para no acordar la revisión.

A ello se suma el que la Administración concedente reconoce el derecho de los concesionarios a ser indemnizados por el periodo de tiempo concesional del que se ven privados como consecuencia de la concesión.

Por todo ello entiende esta Comisión que no concurren los supuestos del citado artículo 110.

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

CONCLUSIÓN

Procede la revisión del oficio del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno de 2 de noviembre de 2006 por el que otorgó la concesión

demanial de la parcela EL-5 del Sector U.D.E. Oeste-Norte de Valdemoro.

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 22 de abril de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 172/19

Sr. Alcalde de Valdemoro

Pza. de la Constitución, 11 – 28340 Valdemoro