

Dictamen n.º: **27/16**
Consulta: **Alcalde de Alcobendas**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **21.04.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 21 de abril de 2016, emitido ante la consulta formulada por el Ayuntamiento de Alcobendas al amparo del artículo 5.3 f) e. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, respecto a la resolución de la concesión administrativa para la explotación de un local en el Bulevar Salvador Allende (local n.º1, frente al Parque de Murcia).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 11 de abril de 2016 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen del Ayuntamiento de Alcobendas, formulada a través de escrito de fecha 6 de abril de 2016 del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid, sobre la resolución de la concesión mencionada.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el n.º 100/16, al letrado vocal D.ª M.ª del Pilar Rubio Pérez de Acevedo que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por el Pleno de esta Comisión en su sesión de 21 de abril de 2016.

SEGUNDO.- La Administración consultante mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 24 de noviembre de 2015, resolvió incoar procedimiento de resolución de la concesión de servicio público para el uso y explotación del local nº 1 del Bulevar Salvador Allende, ante el incumplimiento por el concesionario de una de sus obligaciones esenciales, como es la relativa al impago del canon concesional por un periodo superior a un mes, invocando los artículos 109 y 111 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP) y las cláusulas 21, 23 y 24 del pliego de condiciones rector de la concesión.

En el mismo acuerdo se dispone dar traslado de dicha resolución a la empresa con la advertencia de que el acuerdo por el que se resuelva definitivamente la concesión ordenará la pérdida de las garantías constituidas en su momento y la reclamación íntegra de los cánones debidos y no satisfechos, en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

De los antecedentes que obran en el expediente, resultan de interés los siguientes hechos:

El Pliego de Condiciones Técnicas que ha de regir la Concesión Administrativa para la explotación de un local en el Bulevar Salvador Allende (local nº 1, frente al Parque de Murcia) fue aprobado por la Comisión de Gobierno en la sesión de 4 de febrero de 2003.

La concesión administrativa objeto de análisis fue adjudicada a la mercantil GOHESA, S.A por acuerdo de la Junta de Gobierno Local el día 30 de marzo de 2004.

El día 20 de julio de 2011 se propone a la Junta de Gobierno Local la adopción, entre otros, del siguiente acuerdo: *“Autorizar la subrogación del contrato de concesión de uso y explotación del local nº 1 del bulevar Salvador Allende a favor de RESTEMATIC 2011, S.L -(en adelante, concesionaria)- rigiéndose la relación contractual por el Pliego de Condiciones aprobado por la*

Comisión de Gobierno en la sesión de 4 de febrero de 2003 y finalizando el 1 de octubre de 2016”.

El documento de subrogación se firma por las partes el día 2 de agosto de 2011 (documento nº 3 del expediente). En este documento consta, entre otras cuestiones, que el contratista acepta en su totalidad el Pliego de Condiciones aprobado por acuerdo de la Comisión de Gobierno de 4 de febrero de 2003, que se entiende íntegramente reproducido en ese documento (antecedente I). Asimismo, en el antecedente II, se indica que mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 26 de julio de 2011 se aprobó la subrogación de la concesión administrativa para la explotación del local a favor de la concesionaria. En el III, que ésta ha constituido la garantía definitiva y complementaria. La partes acuerdan, entre otros aspectos: el objeto de la concesión (1º); el plazo (2º), desde la firma de este documento hasta el 1 de octubre de 2016 y que, no obstante lo anterior, la Corporación se reserva dejar sin efecto la concesión antes de cumplirse el plazo en los supuestos previstos en los apartados 24 y 25 del Pliego; el Canon (3º): su importe y su abono por trimestres anticipados, dentro de los tres días siguientes al de su vencimiento; el ingreso se efectuará a través de Sogepima S.A.; asimismo, se hace constar que el contratista se encuentra al corriente de pago en ese momento pues el último canon abonado por la empresa anterior corresponde al periodo 20-07-11 al 19-10-11- y se regula la revisión de precios.

Con posterioridad, hay un documento de fecha 4 de diciembre de 2013 de compromiso de pago que formula la concesionaria, por el que se compromete a pagar de forma aplazada la deuda pendiente al Ayuntamiento de Alcobendas por impago del canon de la concesión administrativa de uso y explotación del local nº 1 del Bulevar Salvador Allende de Alcobendas, que asciende, al día de la fecha, a 13.077,78 euros.

Por escrito de fecha 29 de octubre de 2014, presentado en el Ayuntamiento de Alcobendas con nº de registro 33447 (Documento nº 1), la empresa manifiesta que se pone en contacto con el Ayuntamiento para llevar a

cabo la entrega de llaves del local y para que les indiquen qué trámites han de llevar a cabo para la rescisión del contrato alegando una pérdida económica continuada.

Por escrito de fecha 10 de noviembre de 2015, firmado por el Gerente de SOGEPIMA, S.A., se informa de la deuda que en ese momento tenía la concesionaria y de los pagos que ha efectuado.

El día 16 de noviembre de 2015 se emite Informe Jurídico, firmado por el Subdirector de Compras, Contratación y Patrimonio con el visto bueno del Director General de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Alcobendas, en el que se contesta a las alegaciones formuladas por la concesionaria el día 29 de octubre de 2014 y se propone que se incoe el expediente de resolución de la concesión.

Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 24 de noviembre de 2015 se resolvió incoar procedimiento de resolución de la mencionada concesión.

Este Acuerdo se notifica a la concesionaria el día 27 de noviembre de 2015 otorgándole un plazo de diez días hábiles para formular alegaciones, ex artículo 109 del RGLCAP. Con fecha de registro de entrada de 10 de diciembre de 2015, realiza alegaciones en las que pone de manifiesto:

-Desconocer el importe que se le reclama sin que se les adjunte una relación exacta de la deuda y no comprender por qué tardan más de un año en darles una respuesta al anuncio de su intención de renunciar a la concesión por pérdidas económicas. Tampoco comprenden que se les reclame el importe de la renta correspondiente a esos meses.

-Adjunta documentos con los que quieren demostrar las pérdidas acumuladas de la sociedad a fecha de octubre de 2014.

Por Informe Jurídico del Ayuntamiento, de fecha 19 de enero de 2015, se propone continuar con las actuaciones iniciadas hasta su conclusión por no

resultar desvirtuados los hechos que provocaron el inicio del procedimiento de extinción de la concesión. Se considera en dicho informe que, si bien no aparece formalmente reflejada la oposición del contratista, lo cierto es que, de sus alegaciones, puede deducirse una cierta oposición, de ahí que consideren oportuno ordenar su remisión a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 26 de enero de 2016 se desestiman las alegaciones formuladas por el contratista en el trámite de audiencia, se eleva el expediente al órgano consultivo de la Comunidad de Madrid que proceda, se suspende el plazo máximo para resolver este procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 42.5 c) de la LRJ-PAC, y se ordena notificar esta circunstancia al concesionario.

A la vista de los anteriores hechos, se formulan las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se entiende realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3 f) e. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada por la Comunidad de Madrid 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 concesión administrativa objeto de análisis fue adjudicada a GOHESA S.A. el día 30 de marzo de 2004.

Esta concesión se rige, en virtud de lo dispuesto en la Cláusula 1.3 del Pliego, por las disposiciones del Pliego de condiciones, por las normas de régimen local y por el TRLCAP y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

Hemos de indicar, al respecto, que el apartado segundo de la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, determina: *“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*. La Disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, tiene idéntico contenido.

La concesión objeto de análisis fue adjudicada con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP por lo que se rige por el TRLCAP.

No obstante, el procedimiento a seguir para la resolución ha de acomodarse a las previsiones del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo de 14 de noviembre de 2011 (TRLCSP), y del RGLCAP.

SEGUNDA.- Sentado lo anterior, procede analizar separadamente la tramitación del procedimiento de resolución y la concurrencia de la causa de resolución invocada por la Administración.

En primer lugar, se ha seguido el procedimiento establecido en los artículos 211 TRLCSP y 109 del RGLCAP puesto que se ha dado audiencia al concesionario, hay informe del Servicio Jurídico municipal y se ha remitido a esta Comisión Jurídica Asesora para dictamen por entender que el concesionario ha formulado oposición.

Además, el artículo 109 del RGCAP exige la audiencia al avalista o asegurador “si se propone la incautación de la garantía”. Del expediente

examinado resulta que las garantías se constituyeron mediante cartas de pago (antecedente IV del documento de subrogación firmado el día 2 de agosto de 2011 –documento número 3 del expediente remitido-) por lo que no consta la intervención de avalista ni de asegurador.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que, en el ámbito de la Administración local, el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (artículo 114.3).

Por lo que se refiere al informe de la Secretaría, en los municipios de gran población como es el caso de Alcobendas, de acuerdo con la Disposición adicional octava de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local: *“Las funciones que la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas asigna a los secretarios de los ayuntamientos, corresponderán al titular de asesoría jurídica, salvo las de formalización de los contratos en documento administrativo”*.

La falta en el expediente administrativo de resolución del contrato del informe del Servicio Jurídico, secretario de la Corporación Municipal o, en su caso, titular de la Asesoría Jurídica y de la Intervención Municipal constituye un vicio de anulabilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la LRJ-PAC, y, por tanto, susceptible de subsanación, como indicara el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en dictámenes 239/09, de 6 de mayo, 453/09, de 23 de septiembre, 466/09, de 30 de septiembre, 51/11, de 23 de febrero y 373/11, de 6 de julio, entre otros.

Analizado el expediente remitido a esta Comisión, se observa que no consta el informe emitido por la Intervención Municipal.

El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid señaló en sus dictámenes 37/15, de 4 de febrero, 101/14, de 12 de marzo, 51/11, de 23 de febrero y 569/11, de 19 de octubre-, que aun tratándose de una infracción del

procedimiento, no requiere su retroacción al ser susceptible de subsanación antes de adoptar la resolución, motivo por el cual y previamente a la misma deberá recabarse el citado informe.

Por otra parte, se observa que, después del trámite de audiencia a la concesionaria se ha incorporado al procedimiento un Informe Jurídico del Ayuntamiento de fecha 19 de enero de 2016 sobre las alegaciones realizadas por la concesionaria. Sobre esta forma de proceder, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, entre otros, en sus dictámenes 37/15, de 4 de febrero y 410/2013, de 25 de septiembre, señaló que cuando dichos informes no aportan hechos nuevos o cuestiones nuevas para la resolución, no generan indefensión a los interesados que obligue a la retroacción del procedimiento. En este sentido, el informe jurídico de 19 de enero de 2016 se pronuncia sobre los mismos aspectos que el de fecha 16 de noviembre de 2015, emitido con anterioridad a la concesión del trámite de audiencia, y no introduce hecho nuevo alguno que pueda causar indefensión a la concesionaria.

Por otra parte, en cuanto al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, la normativa contractual no establece regulación alguna al respecto, por lo que resulta aplicable subsidiariamente, en virtud de lo dispuesto en la disposición final tercera, apartado 1, del TRLCSP, los preceptos de la LRJ-PAC y en concreto, el artículo 44 LRJ-PAC.

En este sentido, la aplicación del artículo 44 de la LRJ-PAC a los procedimientos de resolución contractual ha sido establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Este precepto establece la caducidad por transcurso del plazo máximo para resolver en los procedimientos iniciados de oficio, plazo fijado por el artículo 42.3 a) de la LRJ-PAC que determina que será el que establezca la normativa específica y, en su defecto, el plazo general de tres meses desde la fecha del acuerdo de iniciación.

No obstante, este plazo puede verse ampliado por la posibilidad regulada en el artículo 42.5 c) LRJ-PAC:

“El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

(...)

c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a 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 relación con la posible suspensión del procedimiento debe señalarse que la misma constituye una medida excepcional y por tanto ha de ser objeto de interpretación restrictiva. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, sirva como ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 26 de junio de 2008. El tenor del artículo 42.5 c) LRJ-PAC es claro al exigir que para que opere la suspensión del procedimiento que la solicitud verse sobre *“informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución”*, requisitos que concurren en el dictamen de este órgano consultivo, y en segundo lugar que se notifique a los interesados.

Consta en la propuesta de resolución del contrato firmada por la Alcaldesa el día 26 de enero de 2016, la adopción del acuerdo de suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento y el de notificar este acuerdo a la concesionaria, sin que forme parte del expediente remitido a esta Comisión, la notificación efectuada.

Debe tenerse en cuenta que, si no se hubiera efectuado la notificación a la concesionaria, el procedimiento habría caducado.

Si no hubiera caducado, debemos advertir al órgano de contratación la celeridad con la que, en aplicación de un principio general del procedimiento

administrativo y en garantía tanto de la posición del administrado-contratista como del principio de eficacia de la actuación administrativa, ha de actuar una vez recibido nuestro dictamen para evitar la superación del plazo máximo para el dictado y notificación de la resolución que ponga fin al procedimiento.

TERCERA.- La resolución contractual se configura, dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas de la Administración, previstas en el artículo 59 del TRLCAP como una facultad exorbitante de la misma. No obstante, su ejercicio no se produce de una manera automática, sino que constituye una medida drástica que sólo se justifica en presencia de graves incumplimientos que puedan lesionar el interés general, de ahí los pronunciamientos de la jurisprudencia advirtiendo de la necesidad de distinguir entre incumplimientos generadores de la ejercitar el derecho a la extinción del contrato de aquellos otros que no la conllevan (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000).

Asimismo, la jurisprudencia ha venido recordando la necesidad de que las relaciones contractuales estén presididas por la equidad y la buena fe, de tal modo que las facultades exorbitantes de la Administración han de ser ejercitadas de acuerdo a dichos principios, que aún recogidos en la legislación jurídico privada (artículo 1258 del Código Civil), son perfectamente extrapolables al ámbito público. Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de abril de 1987, manifestaba:

“... si bien el artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales faculta a éstas para declarar la resolución del contrato cuando el contratista incumple las obligaciones que le incumben, la jurisprudencia ha tenido que armonizar en ocasiones dicha facultad con el principio de buena fe y la equidad, evitando las situaciones de abuso de derecho o privilegio de la Administración, ponderando a efectos de esa facultad resolutoria el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del administrado contratista -Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983 y 4 de mayo de 1981”.

Desde esta óptica ha de ser analizada la resolución propuesta, de tal forma que a efectos de fundar una posible resolución, el incumplimiento de obligaciones ha de ser de tal calado que impida la realización del objeto contractual y siempre con estricto cumplimiento de los principios de equidad y buena fe.

CUARTA.- A continuación, ha de determinarse si concurre causa que ampare la resolución contractual pretendida.

El Ayuntamiento invoca como causa de resolución el incumplimiento de la obligación esencial de pago del canon por el concesionario por un plazo superior a un mes, en los términos de las cláusulas 21, 23 y 24 del Pliego rector de la concesión y de los artículos 109 y 111 del TRLCAP.

La Cláusula 23 del Pliego establece que *“Se considerará falta toda acción u omisión por parte del concesionario que suponga la vulneración de las obligaciones establecidas en el presente Pliego de Condiciones y demás normas de general aplicación”*. Asimismo, clasifica las faltas en leves, graves y muy graves, atendiendo a las circunstancias concurrentes y al mayor o menor perjuicio que se cause al funcionamiento de la explotación. Considera, en cualquier caso, falta muy grave: *“El retraso en el pago del canon en más de un mes”*.

En la Cláusula 24, por su parte, se indica que las faltas muy graves se sancionarán, la primera vez, con la reducción de hasta dos años de plazo de vigencia de la concesión, la reincidencia conllevará la resolución de la concesión, sin derecho por parte del concesionario a indemnización de ninguna clase, cualquiera que fuese el tiempo transcurrido desde la fecha de la concesión. Asimismo, se indica que en el supuesto de rescisión de la concesión por causa imputable al concesionario, el Ayuntamiento podrá ordenarle el mantenimiento en perfecto estado de conservación de las instalaciones y el dominio público ocupado hasta tanto se proceda a una

nueva adjudicación, previniendo que el incumplimiento de lo así prescrito conllevará las sanciones correspondientes a las faltas muy graves.

Consta en el expediente que siendo concesionaria GOHESA S.A. fue sancionada con la reducción del plazo de vigencia de la concesión. De este modo, cuando la actual concesionaria se subroga en todos los derechos y obligaciones de la anterior, el plazo de duración de la concesión finaliza el día 1 de octubre de 2016.

El artículo 111 del TRLCAP establece:

“Son causas de resolución del contrato: (...)

g) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales

h) Aquellas que se establezcan expresamente en el contrato”.

Queda acreditado en el expediente que la concesionaria tiene una deuda con el Ayuntamiento por incumplimiento del pago del canon en un plazo superior a un mes y que, en consecuencia, concurre la causa de resolución establecida en el artículo 111 g) del TRLCAP por tratarse del incumplimiento de una obligación esencial. Asimismo, dicho incumplimiento está expresamente establecido en el pliego rector como causa de resolución, por lo que también podría invocarse el apartado h) del artículo 111 TRLCAP.

En cuanto a los efectos de la resolución, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 113 del TRLCAP:

“(...

4. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

5. En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida”.

Y el artículo 113 del RGLCAP, en cuya virtud:

“En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”.

Por tanto, el acuerdo de resolución deberá tener un pronunciamiento expreso sobre las garantías constituidas. Asimismo, deberá tenerse en cuenta la cuantía que adeude el concesionario por impago del canon en el momento de dictarse la resolución.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El procedimiento podría estar caducado si no se ha notificado el acuerdo de suspensión a la concesionaria.

SEGUNDA.- Si no hubiera caducado, procede la resolución de la concesión administrativa para la explotación de un local en el Bulevar Salvador Allende (local nº1, frente al Parque de Murcia) por incumplimiento imputable a la concesionaria, con los efectos previstos en el cuerpo de este

dictamen, siempre que se subsane la irregularidad no invalidante consistente en la falta de informe favorable emitido por la Intervención Municipal.

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 21 de abril de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 27/16

Sr. Alcalde de Alcobendas

Pza. Mayor, 1 – 28100 Alcobendas