

Dictamen nº: **471/18**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **31.10.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 31 de octubre de 2018, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid 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, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de concesión demanial para la explotación y gestión de la cafetería del Centro Deportivo Municipal “Casa de Campo”, suscrito con Dña. (en lo sucesivo, la concesionaria).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 3 de octubre de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo formulada por la alcaldesa de Madrid sobre el expediente de resolución del contrato de concesión demanial para la explotación y gestión de la cafetería del Centro Deportivo Municipal “Casa de Campo” (en adelante, “*la concesión*”).

A dicho expediente se le asignó el número 430/18 y el día señalado comenzó 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 correspondió, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en la sesión celebrada el día 31 de octubre de 2018.

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

1.- El 28 de junio de 2017 se aprobó el pliego de condiciones de la concesión demanial y se acordó la apertura del procedimiento de licitación con pluralidad de criterios para su adjudicación y tramitación de urgencia.

Al procedimiento de licitación se presentaron tres licitadores, que presentaron sus ofertas y la documentación requerida. Concretamente, entre esa documentación, la concesionaria presentó el 10 de julio de 2017 una declaración responsable de estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y de no tener deudas de naturaleza tributaria con el Ayuntamiento en periodo ejecutivo. Tras el informe de fiscalización de la Intervención General, el 18 de agosto de 2017 se adjudicó la referida concesión a la concesionaria y el 22 de agosto se firmó el contrato.

La concesión tiene por objeto la utilización privativa de los bienes demaniales para la explotación y gestión de la cafetería del Centro Deportivo Municipal Casa de Campo por un plazo de cinco años a contar desde la formalización de la concesión, prorrogables por mutuo acuerdo por el tiempo indispensable para la finalización de la temporada de apertura de la piscina del centro.

Las obligaciones de la concesionaria se establecen en la cláusula 21 del pliego de condiciones, entre ellas, el abono del canon de 37.640 € por temporada cuyo devengo, según lo dispuesto en la cláusula 8 del pliego, se ha de producir en el instante de la ocupación efectiva del dominio público en el primer año de ocupación y en el momento de la apertura de la cafetería al inicio de la temporada en las anualidades sucesivas.

Para responder del cumplimiento de la concesión, la concesionaria constituyó una garantía de 110,56 €, mediante carta de pago, en la Tesorería Municipal del Ayuntamiento.

Entre las causas de extinción de la concesión, la cláusula 28.2, b) y g) del pliego de condiciones señala la pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración por incurrir el titular en alguna de las prohibiciones de contratar previstas en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y la falta de pago del canon.

El artículo 29 del Pliego establece que la concurrencia de alguna de las causas previstas en el apartado 1 de la cláusula 28 producirá en todo caso la extinción de la concesión, salvo en los tres supuestos que especificaba. También se producirá la extinción automática de la concesión cuando el concesionario incurra en alguna de las prohibiciones de contratar.

La cláusula 30 determina los efectos de la extinción de la concesión y dispone que si la extinción se debe a causa imputable al concesionario le será incautada la fianza y deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. En todo caso, el acuerdo de extinción debe contener pronunciamiento expreso acerca de la

procedencia o no de la pérdida o cancelación de la garantía que, en su caso, se hubiese constituido.

2.- El 7 de febrero de 2018 el Servicio de Recaudación Ejecutiva solicitó al departamento jurídico información sobre las concesiones o contratos de la concesionaria puesto que se estaba tramitando un expediente de apremio por la deuda que esta mantenía con el Ayuntamiento por las liquidaciones de la cafetería del Centro Deportivo Municipal “Francos Rodríguez” y el Centro Deportivo Municipal “José María Cagigal”.

Solicitado informe a la Subdirección General de Recaudación, esta comunicó el 15 de febrero de 2018 que la concesionaria aparecía con un saldo deudor a favor del Ayuntamiento por un importe de 298.404,04 €.

El 23 de febrero de 2018 se dirigió una comunicación a la concesionaria concediéndole plazo para alegar antes del inicio de actuaciones tendentes a la extinción de la concesión debido al impago sistemático de los cánones concesionales y otras deudas tributarias municipales. Se señalaba que, según el artículo 94 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAP), si posteriormente al otorgamiento de la concesión, el titular incurría en alguna de las prohibiciones de contratar se produciría la extinción de la concesión, y la concesionaria había incurrido en la causa del artículo 60 del TRLCSP, concretamente había incurrido en falsedad al presentar el 10 de julio de 2017 la declaración responsable del artículo 146 del TRLCSP.

La concesionaria alegó que en el expediente de concesión demanial la interesada no encontraba en recaudación ejecutiva y se había ajustado a la verdad y, en cuanto a deudas posteriores, se habían producido algunos retrasos pero que estaban en trámite de pago y reestructuración de la deuda global para su pago total fraccionado ante la Recaudación Ejecutiva del Ayuntamiento.

Consta en el expediente un certificado expedido el 19 de abril de 2018 por la Subdirección General de Recaudación de la Agencia Tributaria de Madrid en la que se certificaba que la concesionaria se hallaba al corriente de sus obligaciones tributarias con el Ayuntamiento de Madrid.

Ante la información contradictoria sobre la situación tributaria de la concesionaria se solicitó nuevo certificado.

El 8 de mayo se certificó por la misma Subdirección General que la concesionaria había solicitado en abril de 2017 el fraccionamiento del pago de las deudas tributarias y no tributarias, lo que le había sido concedido. No obstante, debido al incumplimiento del primer pago del vencimiento el 5 de agosto de 2017, el fraccionamiento se dio por terminado por impago el 11 de agosto de 2017. El 6 de julio de 2017 solicitó un nuevo fraccionamiento que, tras el impago de agosto, fue denegado (no se especifica cuándo).

En abril de 2018 la concesionaria solicitó un nuevo fraccionamiento de pago previo abono de los vencimientos impagados, por lo que se volvió a conceder un nuevo fraccionamiento de pago, siendo la fecha del primer vencimiento el 20 de julio de 2018.

En relación al pago del canon de la cafetería del Centro Deportivo Municipal “Francos Rodríguez”, la concesionaria solicitó el fraccionamiento del pago el 23 de octubre de 2017, que le fue concedido y con fecha del primer vencimiento del pago el 5 de julio de 2018.

3.- El 19 de junio de 2018 se formuló una propuesta de resolución en la que se relataba la situación de la deudas de la concesionaria y se indicaba que en la instalación deportiva “Casa de Campo” se venían realizando obras desde enero de 2018 no previéndose su finalización hasta el 2019, por lo que no se podría iniciar la explotación de la

cafetería ni procedería el devengo del canon correspondiente al 2018. En vista de los antecedentes mencionados se proponía la extinción de la concesión con incautación de la fianza de conformidad por haber incurrido la concesionaria en una causa de prohibición de contratar consistente en el incumplimiento de la obligación de hallarse al corriente de las obligaciones tributarias.

Vista la propuesta y, antes de adoptar la resolución definitiva, se acordó el 4 de septiembre de 2018 solicitar el dictamen de esta Comisión.

La petición de dictamen tuvo entrada finalmente en la Comisión el 3 de octubre de 2018.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen ha sido formulada por un órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA y se ha de entender 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 en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid 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, que ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDA.- La normativa que resulta de aplicación a la presente concesión se recoge en el pliego de condiciones, que dispone que la misma se rige por lo establecido en los pliegos; por la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid; por la LPAP; por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, 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 (en lo sucesivo, TRRL); por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBCL); y, para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse, por el TRLCSP.

En cuanto al procedimiento a seguir para extinguir una concesión demanial, 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, esto es, no existe un procedimiento concreto que sea aplicable, ni tampoco lo establece el pliego de condiciones, que lo único que dispone es la extinción automática si el concesionario incurre en prohibición de contratar (cláusula 29 del pliego).

Ante este vacío normativo, hay que acudir al TRLCSP al que expresamente se remite el pliego de condiciones en el caso de lagunas y dudas interpretativas. De acuerdo con esta remisión de los pliegos al TRLCSP, parece lógico seguir el procedimiento para la resolución de los contratos que establece la normativa de contratación administrativa, lo que garantiza una mejor defensa de los derechos del interesado. En este sentido se ha pronunciado esta Comisión en nuestros Dictámenes 34/16, de 21 de abril, 81/17 de 23 de febrero y 99/17 de 2 de marzo, entre otros, así como, anteriormente, se había manifestado el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (así en sus dictámenes 86/14, de 26 de febrero y 307/14, de 9 de julio). Este es también el criterio

seguido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia de 1 de junio de 2016 (rec. núm.: 668/2015).

La normativa que ha de regir el procedimiento de resolución contractual es la vigente en el momento de su iniciación. En este caso nos encontramos con que no ha habido ni un acto formal de inicio del expediente de extinción de la concesión, ni un procedimiento a tal efecto.

Ante el certificado de la Subdirección General de Recaudación del 15 de febrero de 2018 que señalaba que la concesionaria aparecía con un saldo deudor a favor del Ayuntamiento por un importe de 298.404,04 €, el 23 de febrero de 2018 se dirigió una comunicación a esta para que presentara alegaciones “*antes del inicio de actuaciones tendentes a la extinción de la concesión debido al impago sistemático de los cánones concesionales y otras deudas tributarias municipales*”. Tras las alegaciones de la concesionaria se emitieron nuevos informes por la Subdirección General de Recaudación Ejecutiva y, directamente, se emitió la propuesta de resolución que proponía la extinción por la pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración incurriendo en prohibición de contratación con la Administración.

Si se toma como inicio del expediente de extinción de la concesión la fecha en que se comunicó a la concesionaria que hiciese alegaciones sobre el “*impago sistemático de los cánones concesionales y otras deudas tributarias municipales*” –el 23 de febrero de 2018–, al procedimiento de extinción de la concesión demandal ha de aplicarse también el TRLCSP de conformidad con la disposición final décimo sexta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17).

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*”. 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*”.

También, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del TRRL son necesarios los informes de Secretaría e Intervención municipales. La referencia al informe de la Secretaría debe entenderse realizada, para el Ayuntamiento de Madrid como municipio de gran población, al informe de la Asesoría Jurídica. En este expediente de resolución no se han emitido estos informes.

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*”.

En este caso ya hemos expuesto lo escueto de la tramitación del llamado expediente de extinción de la concesión en el que únicamente

se ha dado audiencia a la concesionaria, que se ha opuesto a la extinción de la concesión, por lo que deviene preceptivo el dictamen de esta Comisión. No ha sido precisa la audiencia del avalista pese a proponerse la incautación de la garantía prestada puesto que para ello se otorgó carta de pago por la concesionaria.

En relación con el plazo para resolver, ni el TRLCSP ni el RGCAP establecen nada al respecto. Ello no obstante, el Tribunal Supremo en sentencias de 13 de marzo de 2008 (recurso 1366/2005), 9 de septiembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 327/2008) y de 28 de junio de 2011 (recurso 3003/2009), por citar algunas, ya declaró la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En la actualidad es de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley. De esta forma, si el procedimiento no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, debe entenderse caducado, por el juego conjunto de los artículos 21.3,a) y 25.1,b).

En este caso, si consideramos que el inicio del expediente coincide con la comunicación a la concesionaria para que formulara alegaciones –el 23 de febrero de 2018-, es claro que el procedimiento está caducado. Ello, no obstante, no impide a la Administración consultante iniciar un nuevo expediente de extinción del contrato de concesión en cuya tramitación habrán de observarse las formalidades señaladas en nuestras consideraciones jurídicas, en el que habrán de valorar los efectos de los aplazamientos y fraccionamientos de pago concedidos a la concesionaria a la hora de resolver la concesión.

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

CONCLUSIÓN

El procedimiento para la extinción del contrato de concesión demanial para la explotación y gestión de la cafetería del Centro Deportivo Municipal “Casa de Campo” del Distrito de Moncloa-Aravaca ha caducado.

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 31 de octubre de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 471/18

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid