

Dictamen nº: **349/13**
Consulta: **Ayuntamiento de Alcorcón**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **04.09.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 4 de septiembre de 2013, emitido ante la consulta formulada por el Ayuntamiento de Alcorcón al amparo del artículo 13.1, de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, respecto a la resolución de la concesión demanial sobre el quiosco bar A concedida a la entidad B.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 5 de agosto de 2013 tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo una solicitud de dictamen del Ayuntamiento de Alcorcón formulada a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno sobre la resolución de la mencionada concesión. Admitida a trámite dicha solicitud, se le procedió a dar entrada con el número 409/13, comenzando a partir de tal fecha el plazo para la emisión del dictamen, en aplicación del artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril.

Su estudio ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por Dña. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en la Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 4 de septiembre de 2011.

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

El 30 de noviembre de 2005, el Pleno del Ayuntamiento de Alcorcón aprobó los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas particulares que habían de regir las condiciones del expediente de concesión demanial para la explotación de un quiosco-bar en el Parque de la Paz de dicho municipio, acordando el inicio del procedimiento para la adjudicación de la citada concesión.

La duración de la concesión sería de un máximo de diez años y el canon a abonar sería el que ofreciese el adjudicatario, fijándose como tipo mínimo la cantidad de 15.100 euros anuales, revisándose anualmente conforme el índice de precios al consumo del conjunto general nacional fijado por el Instituto Nacional de Estadística.

La cláusula 13^a establecía el principio de riesgo y ventura del concesionario en la explotación de la gestión y la 14^a la obligación, entre otras, de abonar el pago (del canon) puntualmente.

En la cláusula 21^a se recogían las causas de caducidad de la concesión entre las que figura el impago del canon concesional.

Tras la tramitación del procedimiento de licitación, el Pleno del Ayuntamiento en sesión de 26 de abril de 2006 adjudicó la concesión a *“J.S.M. y M.P.L.O. con DNI (...) para su sociedad civil B con CIF (...), la explotación de quiosco-bar del Parque de la Paz por un canon anual de veinte mil cien euros (20.100,00 €) y un plazo de ocho (8) años y seis (6) meses contados desde la fecha de recepción de la notificación de la adjudicación”*.

El adjudicatario debía constituir una garantía definitiva por importe de once mil setecientos euros.

El contrato concesional se formaliza el 7 de julio de 2006 por el alcalde de Alcorcón y J.S.M. y M.P.L.O. como socios únicos de B.

El 4 de diciembre de 2009, el contratista presenta un escrito en el que expone que las circunstancias económicas determinan la imposibilidad de abonar el canon concesional y que ha tenido que realizar una serie de inversiones en el quiosco-bar para una adecuada prestación del servicio, todo lo cual hace inviable la explotación del citado quiosco. Solicita a tal efecto la compensación de las inversiones realizadas con el importe de los cánones de diversos años así como la revisión a la baja del canon anual de concesión.

El 11 de diciembre de 2009 el Servicio de Contratación y Patrimonio emite informe en el que se destaca que los pliegos contemplaban la situación del quiosco en el momento de su licitación y asumiendo el contratista la gestión por su cuenta y riesgo, estando obligado a realizar una serie de mejoras a las que se comprometió en su proposición económica. En cuanto a la revisión del canon destaca que los pliegos recogen la revisión conforme el índice de precios al consumo, ya sea al alza o a la baja.

El Pleno del Ayuntamiento en sesión de 22 de diciembre de 2009 desestima las peticiones del contratista y le requiere para que abone el canon pendiente de ingresar.

Con fecha 30 de marzo de 2010, el contratista interpone recurso de reposición contra el mencionado acuerdo si bien añade una petición nueva como es el fraccionamiento del pago del canon concesional de los años julio 2006- julio 2009 en cincuenta y siete mensualidades y el canon del año 2009-2010 en dos plazos.

El servicio de contratación emite informe el 21 de abril de 2010 en el que propone desestimar el recurso si bien indica que la solicitud de

fraccionamiento deberá ser resuelta por la Tesorería Municipal. Asumiendo el contenido de ese informe, el 22 de abril de 2010 el concejal delegado de Hacienda propone a la Junta de Gobierno Local desestimar el recurso, dándose traslado de la solicitud de aplazamiento a la Tesorería.

Con fecha de salida 11 de mayo de 2010 se comunica al contratista el acuerdo de la Junta de Gobierno en sesión de 27 de abril de 2010 en relación al recurso de reposición. Dicho acuerdo no consta en el expediente remitido a este Consejo.

El 6 de julio de 2010 se concedió a la contratista un fraccionamiento de pago si bien dicha resolución no consta en el expediente.

El 14 de junio de 2012, la Unidad de Recaudación dirige un escrito al Servicio de Contratación y Patrimonio en el que destaca que la contratista ha incumplido el fraccionamiento que se le concedió el 6 de julio de 2010, debiendo a esa fecha un total de 100.908,73 euros. Indica que la solicitud de la deudora de un nuevo fraccionamiento no podrá ser informada por esa Unidad si no se prestan garantías, habida cuenta del historial de incumplimientos.

El 17 de octubre de 2012, el Servicio de Contratación y Patrimonio se dirige a la Unidad de Recaudación y Tesorería indicando que se han detectado errores en las liquidaciones por lo que solicitan que se paralicen las actuaciones de recaudación.

El 13 de febrero de 2013, el director general de Hacienda y Presupuestos del Ayuntamiento de Alcorcón dicta resolución por la que considera que hubo un error en las liquidaciones del canon ya que las mismas se emitieron a nombre de B en tanto que debían haberse emitido a nombre de J.S.M. y M.P.L.O. en cuanto obligados al pago. En su virtud anula las citadas liquidaciones, acuerda devolver a B la cantidad de 55.167,79 euros, aprueba las nuevas liquidaciones a nombre de los

anteriores y suspende cautelarmente la citada devolución hasta que los concesionarios procedan al ingreso de las nuevas liquidaciones aprobadas.

El 11 de marzo de 2013, la contratista interpone recurso de reposición (documento nº 33) contra esa resolución alegando que se trata de una sociedad civil constituida para la explotación de actividades de hostelería y registrada en el censo de empresas de la Agencia Tributaria. Entienden que la concesión se otorgó a dicha sociedad civil la cual ha abonado la cantidad de 55.615,79 euros en concepto de canon. Solicitan que se reconozca que la concesión se otorgó a dicha sociedad, siendo esta la titular de la concesión. Subsidiariamente solicitan la devolución de la citada cantidad.

Con esa misma fecha interponen otro escrito (documento nº 27), denominado igualmente recurso de reposición, solicitando que se reconozca la capacidad legal de la sociedad civil y que se declaren prescritas las liquidaciones del canon concesional de los períodos 2006 a 2009.

Con fecha 11 de abril de 2013 se desestima el primer recurso de reposición entendiendo que la sociedad civil concesionaria no tiene personalidad jurídica al no constar en escritura pública sin que proceda la devolución de las cantidades ya que J.S.M. y M.P.L.O. son los titulares de la concesión, ejerciéndola a través de la sociedad civil de la que son socios, por lo que en caso de impago la cantidades liquidadas serán aplicadas “*(...) a mismo fin derivando responsabilidad subsidiaria a los socios*” (sic).

El 24 de mayo de 2013, el director general de Hacienda y Presupuestos desestima el segundo recurso de reposición.

TERCERO.- El 7 de marzo de 2012 la Unidad de Recaudación emitió informe en el que destacaba que la sociedad civil adjudicataria

había incumplido su obligación de pago del canon pese a los aplazamientos concedido, aun cuando había solicitado un nuevo aplazamiento no podría ser concedido al existir débitos anteriores impagados. Por ello propone el rescate de la concesión y la incautación de la garantía.

El 17 de abril de 2012, la Junta de Gobierno Local acuerda el inicio del expediente para la resolución de la concesión, dando traslado a la concesionaria y a la avalista.

El 16 de mayo de 2012 presenta escrito de alegaciones J.S.M. como socio de B al considerar que no se resolvió adecuadamente lo solicitado en su escrito de 23 de marzo de 2012 interpuesto contra la denegación de un nuevo aplazamiento y, asimismo, que el canon es muy elevado habiendo, además, asumido una serie de servicios a los que no estaba obligado.

El 28 de mayo de 2013, la Junta de Gobierno Local adopta un acuerdo en el que declara caducado el procedimiento de resolución de la concesión y acuerda iniciar un nuevo procedimiento dando traslado a la concesionaria y a la avalista para alegaciones.

El 12 de junio de 2013 se presentan alegaciones por la contratista en las que se indica que el nuevo acuerdo se ha adoptado cuando todavía no habían transcurrido los plazos para interponer recurso contencioso contra las desestimaciones de los recursos de reposición. Añade que el informe de débitos no recoge las cantidades abonadas y reitera lo indicado en el escrito de 16 de mayo de 2012.

Con fecha 19 de junio de 2013 emite informe jurídico la Jefe de Servicio de Contratación y Patrimonio por delegación de la Asesoría Jurídica Municipal y con el visto bueno del director general de Hacienda y Presupuestos (sic).

En el informe destaca que, independientemente de los errores en las liquidaciones, ha existido un impago del canon concesional pese al fraccionamiento concedido sin que pudiese accederse al nuevo fraccionamiento solicitado al no aportarse las garantías requeridas. Por ello existiría una cantidad de 134.598,95 euros pendiente de ingresar.

Considera procedente la declaración de caducidad de la concesión desestimando las alegaciones de la concesionaria y entiende que conlleva la incautación de la garantía sin que, a tal efecto, la avalista haya presentado alegación alguna.

El 25 de junio de 2013, la Junta de Gobierno Local adopta el acuerdo de desestimar las alegaciones de la concesionaria y solicitar el preceptivo informe del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, procediendo a suspender la tramitación dando conocimiento de ello a los titulares de la concesión.

En tal estado se remite a este Consejo para su informe.

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

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1 f) apartado quinto de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado 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 del contrato por parte de la concesionaria, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 de la LRCC.

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.

No procede analizar en este dictamen si la calificación jurídica más adecuada para la cesión del quiosco-bar era la de concesión demanial, ahora bien, puesto que esa fue la calificación seguida, ha de estarse a lo dispuesto en los pliegos que rigieron adjudicación de la concesión.

En el pliego de cláusulas administrativas se establece que la concesión tiene el carácter de *“contrato administrativo especial”* (sic) y se rige por lo dispuesto, en primer lugar en los pliegos y, subsidiariamente, por la normativa de régimen local (Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL) y Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBCL)), la normativa patrimonial general (Ley 33/2002, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP)) y la normativa de contratación pública entonces vigente (Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP)).

Con base en esa remisión de los pliegos, 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, garantizando así además una mejor defensa de los derechos de los interesados por más que el artículo 21 del pliego de cláusulas administrativas se limite únicamente a recoger que, en los casos de caducidad, se dará audiencia al contratista por un plazo mínimo de diez días.

Al adjudicarse la concesión en el año 2006 resulta de aplicación la normativa de contratos contenida en el TRLCAP, si bien el procedimiento de resolución se rige por la existente en el momento de su iniciación (dictámenes 403/09, de 15 de diciembre y 380/10, de 10 de noviembre), esto es, el TRLCSP y en defecto de una normativa que desarrolle el procedimiento de resolución de contratos, lo establecido en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

En este sentido, debe destacarse a los efectos de la tramitación contemplada en el artículo 109 del RGLCAP que, tras la declaración de caducidad del anterior procedimiento de resolución, se ha tramitado un nuevo procedimiento en el que se ha concedido nuevo trámite de audiencia a la concesionaria y a la avalista. A este respecto el Consejo viene aplicando el procedimiento de resolución de contratos a concesiones demaniales en dictámenes como el 604/11, de 2 de noviembre o el 368/12, de 20 de junio.

Consta igualmente el informe de la Asesoría Jurídica Municipal al tratarse de un municipio de gran población (Acuerdo de 21 de abril de 2005, del Pleno de la Asamblea de Madrid) según resulta de la disposición adicional 8^a de la LBRL, si bien ha de indicarse que debería hacerse constar más claramente la circunstancia de que se dicta por delegación, conforme exige el artículo 22 de la LRJ-PAC, y que resulta

inadecuado el que el director general de Hacienda y Presupuestos otorgue el visto bueno salvo que la delegación se hubiera hecho a favor del mismo.

No consta el informe de la Intervención General conforme exige el artículo 114.3 del TRRL si bien su falta es considerada por este Consejo como un vicio de anulabilidad y por tanto susceptible de subsanación (dictámenes 51/11, de 23 de febrero y 373/11, de 6 de julio).

TERCERA.- Por lo que respecta al plazo máximo para resolver el procedimiento de resolución contractual hay que destacar que ni el TRLCSP -del mismo modo que su antecesor el TRLCAP- ni el RGLCAP 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 la más reciente de 28 de junio de 2011 (recurso 3003/2009) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional séptima del TRLCAP (actualmente la disposición final tercera del TRLCSP establece la aplicación subsidiaria de la LRJ-PAC), de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado.

Si bien en alguna norma sectorial como es el caso del artículo 78 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas se ha establecido que el plazo máximo para notificar la resolución será de 18 meses (redactado conforme Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas), al no establecerse ninguna previsión en la normativa general sobre patrimonio el plazo será, el general de tres meses establecido en el artículo 42.3 en relación con el 44.2 de la LRJ-PAC, al tratarse de procedimientos con efectos desfavorables para los administrados.

Ese plazo, extremadamente breve para este tipo de procedimientos, puede suspenderse conforme lo dispuesto en el artículo 42. 5 c) de la LRJ-PAC *“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 el caso que nos ocupa, el procedimiento de resolución se inició el 28 de mayo de 2013, siendo suspendido el 25 de junio de 2013 para recabar el preceptivo informe de este órgano consultivo. Según consta en el Acuerdo de la Junta Local de Gobierno que suspendió el plazo (documento nº 1), además de la suspensión, se acordó *“Comunicar a J.S.M. y a M.P.L.O. los acuerdos adoptados”*, sin embargo no se acordó notificar la suspensión al otro interesado en el procedimiento, la entidad bancaria avalista cuya garantía puede verse incautada de acordarse la caducidad de la concesión.

Este Consejo viene destacando que la suspensión del plazo para resolver requiere el cumplimiento estricto de lo indicado en el artículo 42 de la LRJ-PAC, de tal forma que la falta de comunicación del acuerdo de suspensión a los interesados, ya sean contratistas, avalistas, acreedores hipotecarios, administración concursal, etc., conlleva el que no se tenga por suspendido el procedimiento y por tanto continúe el cómputo del plazo. En este sentido los dictámenes 511/12, de 19 de septiembre y 42/13, de 6 de febrero.

Por ello en este caso, el plazo máximo para resolver venció el 28 de agosto lo cual impide dictar resolución sobre el fondo del asunto.

No obstante lo anterior, nada impide que el Ayuntamiento pueda iniciar un nuevo procedimiento, si constase que ha existido un impago del canon concesional, siendo esta una causa de caducidad de la concesión prevista en los pliegos (artículo 21) y en la normativa aplicable (artículo 100 f) de la LPAP. Para el caso de que se iniciara un nuevo procedimiento debería integrarse en el expediente el contrato de la sociedad civil.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

El expediente de resolución contractual ha caducado al no constar en el expediente la comunicación del acuerdo de suspensión a todos los interesados en el procedimiento.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 4 de septiembre de 2013