

Dictamen nº: **541/13**
Consulta: **Alcalde de Algete**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **06.11.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 6 de noviembre de 2013, emitido ante la consulta formulada por el Alcalde de Algete, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato administrativo de “elaboración del proyecto, ejecución de las obras, explotación y conservación de un quiosco restaurante que se emplazará en el Parque Europa de Algete”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de octubre de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo del Ayuntamiento de Algete, en relación al expediente de resolución del contrato aludido en el encabezamiento.

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

1.- Mediante Resolución de la Junta de Gobierno Local de 19 de marzo de 2004 se aprobó el proyecto técnico para la redacción de proyecto de construcción de un quiosco restaurante en el Parque Europa de Algete, ejecución, explotación y conservación. Por resolución de la Junta de Gobierno Local de 3 de noviembre de 2004 fue aprobada la convocatoria

de un procedimiento abierto, mediante concurso y el pliego de cláusulas administrativas particulares que habían de regir el mismo.

En la cláusula 5º del PCAP se regula el pago del canon anual a cargo del concesionario, cuyo devengo se produciría a partir de la fecha de la formalización del contrato. El canon se debía abonar al Ayuntamiento, por trimestres anticipados, dentro de los tres días siguientes al de su vencimiento. La cláusula 19 PCAP, relativa al cumplimiento del contrato señala como causas de resolución del contrato las contenidas en el artículo 111 TRLCAP. El retraso en el pago del canon en más de un mes se consideraba en el PCAP como una falta muy grave que podía sancionarse con multa de 3.001 a 6.000 € o con la reducción de hasta dos años de plazo de vigencia de la concesión. La reincidencia conllevaría la resolución de la concesión, sin derecho por parte del concesionario a indemnización de ninguna clase.

La adjudicación se realizó mediante Resolución del mismo órgano, de fecha 26 de enero de 2005 a favor de la empresa A.

2.- El objeto del contrato era la elaboración del proyecto, ejecución de las obras, explotación y conservación de un quiosco restaurante que se había de emplazar en el parque “Europa” de Algete.

El canon anual, de acuerdo con la oferta, se fijaba en 4.600 € el primer año, 6.850 € el segundo, 9.100 € el tercero, 11.350 € el cuarto y el quinto año y sucesivos 13.350 € + IPC.

El plazo de duración de la concesión era de 15 años, prorrogable de conformidad con la cláusula 3 del PCAP.

3.- Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 24 de junio de 2009 se autorizó la cesión del contrato de “elaboración del proyecto, ejecución de las obras, explotación y conservación de un quiosco restaurante que se

emplazará en el Parque Europa de Algete”, suscrito con la empresa A, con fecha 3 de febrero de 2009, a favor de la sociedad B. La sociedad B, como cessionario quedaba subrogada en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente, entre las que se incluían las cantidades económicas que, en concepto de canon, la cedente adeudaba al Ayuntamiento de Algete, que ascendía a 26.878,56 €. La concesión del quiosco restaurante se extendería hasta el día 3 de marzo de 2020, prorrogable de conformidad con la cláusula 3 del PCAP.

4.- Con fecha 28 de mayo de 2013, el Departamento de Recaudación del Ayuntamiento de Algete emite informe en el que manifiesta que la entidad cesionaria de la concesión, B adeuda, en concepto de canon anual del quiosco Parque Europa un total de 74.147,12 €, incluyendo principal, recargos, intereses y costas del procedimiento, correspondientes a las anualidades de marzo 2008-febrero 2009, marzo 2009-febrero 2010, marzo 2010-febrero 2011, marzo 2011-febrero 2012, marzo 2012-febrero 2013.

A la vista del anterior informe, con fecha 19 de junio de 2013, el Secretario del Ayuntamiento emite informe en el que propone el inicio de un procedimiento de resolución del contrato de concesión de la explotación del quiosco restaurante en Parque Europa, por incumplimiento de las condiciones esenciales del contrato, al amparo del artículo 111 g) TRLCAP, artículo 206 g) LCSP.

5.- La Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria de 14 de agosto de 2013, acordó a propuesta del alcalde “*iniciar expediente de resolución del contrato (...) por haber incurrido el contratista en incumplimiento culpable de sus obligaciones, por falta de pago de los cánones correspondientes a los siguientes años... Lo que hace una deuda total de 66.318,11 € más recargos, intereses y costas*”. Además, se proponía la

incautación de la garantía definitiva, depositada en efectivo ante el Ayuntamiento por importe de 7.526,43 €. Igualmente se acordó otorgar trámite de audiencia a la empresa adjudicataria por plazo de diez días, lo cual se notificó con fecha 18 de agosto de 2013.

En uso de dicho trámite el concesionario presentó escrito de alegaciones el 22 de agosto de 2013, en el que reconoce la deuda pendiente de pago, y alega la difícil situación económica general y la del sector de restauración, en particular que, durante los meses de temporada baja los ingresos que se perciben del quiosco no permiten, siquiera, cubrir los gastos fijos de la sociedad. Añade la imposibilidad de presentar aval bancario para asegurar el pago de las cantidades debidas, si bien alega que el valor de los bienes de la sociedad supera ampliamente el importe del canon pendiente de abonar por lo que el Ayuntamiento tendría afianzado su pago con los bienes ofrecidos por la empresa. Además, la empresa ha hecho un incesante esfuerzo por hacer del quiosco objeto de la concesión y del espacio de influencia un lugar atractivo para los ciudadanos del municipio y ha colaborado en distintos eventos organizados por el Ayuntamiento solicitando se compensaran con las cantidades adeudadas, y ha realizado nuevas inversiones para mejorar el servicio como es el rescate del espacio correspondiente al estanque aledaño con un proyecto de embarcadero, barcas, socorrista. Por tanto, concluye, la existencia de la deuda pendiente de pago no se debe a una inadecuada gestión social y económica, sino a circunstancias sobrevenidas y solicita *“como ya lo ha hecho en diferentes ocasiones, la rebaja o eliminación del canon hasta tanto la situación económica no permita superar, aunque sea mínimamente, el actual momento de profunda crisis en el consumo que dificulta casi de modo absoluto el cumplimiento de los objetivos sociales”*. Además, solicita el archivo del expediente de resolución del contrato y un aplazamiento de la

deuda hasta el día 30 de septiembre, para poder presentar un plan de viabilidad para el pago de la deuda.

6.- Tras las alegaciones reseñadas, la Secretaría del Ayuntamiento emitió informe propuesta de resolución del contrato, de fecha 27 de agosto de 2013, en el que propone desestimar las alegaciones presentadas por el adjudicatario.

7.- La Junta de Gobierno Local en su sesión ordinaria de 28 de agosto de 2013, acordó:

“Primero.- Remitir al Consejo Consultivo de Madrid a través del Consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno el expediente de contrato “explotación y conservación de un quiosco restaurante en el Parque Europa de Algete (Madrid) ”.

Segundo.- Desestimar las alegaciones presentadas por B.

Tercero.- Denegar el aplazamiento hasta el 30 de septiembre para presentar un plan de viabilidad”.

SEGUNDO.- En este estado del procedimiento por el Ayuntamiento de Algete, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo a fin de que se emita el dictamen a que se refiere el artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de su Ley reguladora, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VII, presidida por la Excmo. Sra. Consejera Dña. María José Campos Bucé, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 6 de noviembre de 2013.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º y 5º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (LCC) conforme al cual:

“1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado 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: (...) 5º Interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario”.

El dictamen se ha solicitado por órgano legitimado para ello conforme el artículo 14.3 LCC, y ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.2 LCC.

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.

Habiendo sido calificada jurídicamente la cesión del quiosco restaurante de concesión demanial, ha de estarse a lo dispuesto en el contrato de la concesión.

En la cláusula segunda del contrato se indica que este tendrá “carácter administrativo” (sic) y se rige por lo dispuesto en 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 Publicas (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 del contrato, parece lógico seguir el procedimiento que para la resolución de los contratos establece la normativa de contratación administrativa, lo que garantiza una mejor defensa de los derechos del interesado, por más que el contrato no contenga previsión alguna al respecto.

Al haberse adjudicado la concesión el 26 de enero de 2005, 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, 380/10, de 10 de noviembre y 42/13, de 6 de febrero), esto es, el Real Decreto Legislativo 372011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (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, se ha concedido trámite de audiencia al concesionario. 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, el 368/12, de 20 de junio y el 349/13, de 4 de septiembre.

La resolución de los contratos administrativos constituye una de las prerrogativas de la Administración en esta materia, “*dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la Ley*” como establece el artículo 59 del TRLCAP.

En cuanto al procedimiento de resolución, el artículo 211.1 del TRLCSP exige que se otorgue audiencia al adjudicatario, trámite que se ha cumplido.

Además el artículo 109 del RGCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”. En el presente expediente no consta la existencia de avalista o asegurador pues la garantía se depositó en efectivo.

Igualmente con la solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo se cumple la previsión establecida en el artículo 211.3.a) del TRLCSP, ya que se ha formulado oposición por parte del adjudicatario.

En el ámbito local, se establecen como necesarios para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la corporación municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL). En el caso examinado figura incorporado el informe del Secretario municipal de fecha 27 de agosto de 2013, sin embargo no existe constancia de la emisión de informe de Intervención, lo que constituye una irregularidad no invalidante del procedimiento, susceptible de subsanación (Dictamen 221/12).

Con todo ello, y salvo el inciso referido al informe de la Intervención municipal, se han realizado los trámites que preceptúan tanto el TRLCSP como el artículo 109 del RGCAP.

Por otra parte la resolución del contrato que se propone se acuerda por el órgano competente (artículo 109 RGCAP), la Junta de Gobierno Local, que es el órgano de contratación.

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 presente caso el Acuerdo de inicio del expediente de resolución del contrato es de fecha 14 de agosto de 2013 y, por otra parte, no existe acuerdo de suspensión de dicho plazo, posibilidad que reconoce el artículo 42.5 c) de la LRJ-PAC.

De este modo, el procedimiento de resolución de la concesión caducará el próximo 14 de noviembre de 2013.

CUARTA.- El Ayuntamiento consultante invoca como causa de resolución del contrato la prevista en el artículo 111 g) TRLCAP, vigente al tiempo de la adjudicación del contrato. Este artículo consideraba como causa de resolución, “*el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales*”.

Resulta acreditado en el expediente y así lo reconoce el concesionario en su escrito de alegaciones, la falta de pago del canon anual durante los ejercicios de 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012. Este impago es, sin duda alguna, el incumplimiento de una obligación esencial de la concesión. En este sentido, el artículo 100 f) LPAP prevé como causa de extinción de las concesiones demaniales, “*la falta de pago del canon o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular de la concesión, declarados por el órgano que otorgó la concesión o autorización*”.

Por tanto, procede declaración de caducidad de la concesión con incautación de la garantía constituida.

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

CONCLUSIÓN

Procede la declaración de caducidad de la concesión, por falta del pago del canon anual por el concesionario, con incautación de la garantía.

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, 6 de noviembre de 2013