

Dictamen nº: **604/11**
Consulta: **Alcalde de Las Rozas**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **02.11.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 2 de noviembre de 2011, sobre consulta formulada por el Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deportes y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1 f), apartado cuarto de su Ley reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, sobre resolución por rescate del contrato relativo al Servicio de Instalación, Conservación y Explotación de Soportes de Información Municipal y Mobiliario Urbano de Interés Público, suscrito con la entidad A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de octubre de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo cursada por medio del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, sobre expediente de resolución por rescate del contrato citado en el encabezamiento, suscrito con la mercantil referenciada.

Admitida a trámite dicha solicitud con esa misma fecha, se le procedió a dar entrada con el número 666/11. Ha correspondido su ponencia, por reparto de asuntos, a la Sección III, cuyo Presidente, el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, firmó la oportuna propuesta de dictamen,

siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 2 de noviembre de 2011.

SEGUNDO- La Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su sesión del día 13 de octubre de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley 6/2007, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, acordó solicitar que se completara el expediente con la aportación de diversa documentación que se consideraba imprescindible para el conocimiento de los hechos. Con fecha 20 de octubre de 2011 tiene entrada en el registro de este Consejo Consultivo oficio del Secretario General del Ayuntamiento de las Rozas atendiendo al requerimiento, mediante la aportación de la documentación solicitada.

TERCERO.-El expediente se estima completo, si bien no ha sido remitido a este Consejo debidamente numerado y foliado como es preceptivo, ni los documentos ordenados cronológicamente, lo que ha dificultado su examen.

Los hechos deducidos del expediente administrativo, son los siguientes:

1.-Con fecha 15 de octubre de 1999 por acuerdo del Pleno, el Ayuntamiento de las Rozas adjudicó a la empresa contratista la concesión de dominio público para la instalación de soportes de información municipal y mobiliario urbano de interés público, así como el servicio de conservación y explotación de los mismos, por el plazo de 18 años prorrogables en la forma indicada en el pliego de condiciones, y obligándose el concesionario a satisfacer la cantidad de 4.000 pts. m²/año en concepto de canon.

Respecto al régimen jurídico del contrato, el pliego de cláusulas establece que en lo no previsto expresamente en el pliego, “se estará a lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,

Reglamento de Contratos del Estado, Ley 7/85, de 2 de abril y RD Legislativo 781/86, de 18 de abril" (cláusula 18). En cuanto a las causas de resolución señala que "*el contrato podrá extinguirse por alguna de causas de resolución de los artículos 112 y 214 de la LCAP*" (Cláusula 17).

En el pliego de Condiciones técnicas se establece, respecto a las condiciones de explotación, que "*el adjudicatario deberá diseñar, suministrar, instalar y mantener en perfecto estado de conservación los elementos de mobiliario urbano aprobados y en los emplazamientos señalados en el Proyecto Definitivo, siendo a su cargo las inversiones iniciales y gastos de funcionamiento que se deriven de estos trabajos. El concesionario tendrá derecho exclusivo, durante todo el plazo de concesión, a la explotación comercial en los soportes informativos y otros elementos propuestos, utilizando para ello los espacios previstos en su diseño, pudiendo negociar libremente con los anunciantes la retribución de tales servicios de publicidad aunque deberá presentar ante el Ayuntamiento de las Rozas de Madrid, el cuadro de tarifas a aplicar y sus revisiones en el tiempo*" (cláusula 11). Además en la cláusula 8, respecto a las condiciones de instalación y traslado, señala que "*serán por cuenta del adjudicatario los gastos debidos a traslados de elementos que por diversas causas sean necesarios realizar, siempre que el número anual de dichos traslados no supere el cinco por ciento del número total de los mobiliarios instalados...*".

Asimismo, en el pliego de condiciones se considera como causas de extinción de la concesión, "*el transcurso del plazo establecido para la concesión; la declaración de caducidad de la concesión; la quiebra o suspensión de pagos del concesionario; la muerte del empresario individual o extinción de la persona jurídica concesionaria; sanción, cuando procediera con arreglo a lo dispuesto en este Pliego y la legislación vigente*" (cláusula 23 del pliego). En cuanto a la caducidad de la concesión,

la cláusula 22 del pliego dispone que “*procederá la declaración de caducidad de la concesión en los casos siguientes: -Incumplir los términos previstos para la instalación de mobiliario urbano objeto de la concesión.- Incurrir el concesionario en infracción reiterada de sus obligaciones, previa advertencia y concesión, en su caso, de un plazo prudencial para corregir las deficiencias. En todos los supuestos de declaración de caducidad se requerirá acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, previa audiencia del concesionario*”.

Adjudicado el contrato, se procedió a formalizarlo el 13 de enero de 2000.

2.- El día 25 de junio de 2010 la Concejalía de Vías Públicas, Entorno Natural y Embellecimiento Urbano emite informe dirigido a la Unidad de Contratación del Ayuntamiento “*con la finalidad de aportar datos económicos*” sobre la concesión, en el que se señala que solicitado a la concesionaria cuadro de tarifas de aplicación a la Explotación, este fue aportado el 14 de mayo de 2010 , resultando de su examen “*que realizados los oportunos cálculos, se observa que la concesionaria habría ingresado por el concepto de explotación directa la cantidad de 6.251.018,40 euros... en contraposición con el canon que se liquida al Ayuntamiento por la prestación del servicio objeto de la concesión (que va desde la cantidad de 11.539,43 € (1.920.000ptas) en el año 2000, fecha inicial de concesión, hasta la cantidad de 16.345,20 €(abonada en el año 2009).*

Además en el precitado informe se ponen de manifiesto las dificultades constantes que tiene la Concejalía” *a la hora de hacer cumplir a la concesionaria con la prerrogativa del Ayuntamiento a solicitar anualmente el traslado de un número de elementos de mobiliario que no supere el 5% y que se ampara en lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 8 del Pliego de Condiciones...’’.*

3.- En vista del precitado informe, la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 29 de diciembre de 2010, por unanimidad, acordó iniciar expediente de rescate de la concesión de dominio público otorgada a A haciendo constar la necesidad de recabar dictamen previo de la Comisión Informativa correspondiente. Se acuerda igualmente la notificación del acuerdo al adjudicatario y a la Concejalía de Vías Públicas, Embellecimiento Urbano y Medio Natural.

4.- Con fecha 25 de enero de 2011, la adjudicataria presenta escrito de alegaciones señalando que no se le han puesto de manifiesto cuáles son “*las circunstancias sobrevenidas de interés público que justificaría dejar sin efecto la concesión antes del vencimiento*”, y en el que solicita que se le tenga por parte interesada en el expediente, que se le de traslado del informe de 25 de junio de 2010 , de la Concejalía de Vías Públicas, Embellecimiento Urbano y Medio Natural y se le notifiquen las circunstancias sobrevenidas de interés público, que facultarían a la Corporación a dejar sin efecto la concesión antes del vencimiento.

5.- Con fecha 3 de marzo de 2011, la Concejalía de Vías Públicas, Entorno Natural y Embellecimiento Urbano emite informe dirigido a la Unidad de Contratación del Ayuntamiento en contestación a las alegaciones de la adjudicataria señalando una serie de actuaciones, que motivan una perdida total de la confianza en la defensa del interés público establecida en el objeto de la concesión y por tanto, justificarían (a sensu contrario) el interés público del rescate. Así. menciona como tales, la dificultad en la obtención del cuadro de tarifas aplicadas a la explotación prevista en el párrafo último del artículo 11 del Pliego de Condiciones Técnicas “*que vendría a significar una clara ocultación del beneficio propio en contraposición con los datos obrantes en el Ayuntamiento en flagrante perjuicio de las arcas municipales y, por tanto, del interés general*”, y las continuas tramas puestas por la adjudicataria en el cambio de

ubicación del mobiliario urbano, que “*desembocan en que en la actualidad se mantienen cinco elementos retirados y en los almacenes de la adjudicataria, con un evidente perjuicio para la publicidad institucional y, por ende, del interés general o público*”. Concluye señalando que el objeto del contrato habría perdido su identidad propia pasando a ser una explotación meramente comercial de suelo público por parte de una empresa de carácter privado.

6.- La Unidad de Contratación del Ayuntamiento emite informe el 31 de marzo de 2011 concluyendo que “*1º El rescate es una forma de resolución contractual prevista en el artículo 80 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales y en el artículo 168 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas. 2º El órgano competente es el Pleno Corporativo, estando delegada dicha facultad en la Junta de Gobierno Local. Previamente habrá de ser dictaminado por la Comisión Informativa que corresponda. 3º Deberá ser notificado al contratista y concedido un plazo de alegaciones, resueltas las cuales se adoptará el acuerdo que proceda*”.

7.- La Comisión informativa de Relaciones Institucionales del Ayuntamiento emite dictamen el día 14 de abril de 2011 sobre el expediente de rescate, acordando solicitar a la Concejalía de Vías Públicas que amplíe la motivación en la que se fundamenta el rescate, y dictaminando favorablemente el proceso de rescate.

8.- La Concejalía de Vías Públicas, Entorno Natural y Embellecimiento Urbano emite informe complementario el día 18 de abril de 2011 en el que se reitera en la argumentación de los informes precedentes subrayando “*la absoluta pérdida de confianza en la gestión del servicio público encomendado*”, que justifica el rescate de la concesión por el Ayuntamiento al estar “*perjudicado de manera directa el interés general*”.

9.- En la Comisión Informativa de Relaciones Institucionales del día 27 de abril de 2011 se da cuenta de la ampliación del informe solicitado por la Comisión en la sesión anterior.

10.- La Junta de Gobierno Local partiendo de su competencia para el rescate, por delegación del Pleno Corporativo, una vez dictaminado el asunto por la Comisión Informativa de Relaciones Institucionales en sus sesiones de 14 y 26 de abril de 2011, en sesión celebrada el día 4 de mayo de 2011 acuerda *“1º Iniciar el rescate del servicio de ‘Instalación, conservación y explotación de soportes de información municipal y mobiliario urbano de interés público’ actualmente adjudicado a A por las razones contenidas en el presente acuerdo, disponiendo de un plazo de 10 días para efectuar las alegaciones que estime convenientes, con carácter previo a la adopción del acuerdo de rescate del servicio que, en todo caso, contendrá las previsiones señaladas en el artículo 114 de la Ley 13/1995. 2º Notificar el presente acuerdo al adjudicatario”*.

11.- La entidad adjudicataria comparece los días 23 y 24 de mayo de 2011 solicitando distinta documentación e informes del expediente. El día 25 de mayo de 2011 presenta escrito formulando expresa oposición al expediente de rescate por distintos motivos que, en síntesis, son la falta de cobertura jurídica del expediente de rescate y la ausencia de los requisitos que justificarían la aplicación de un rescate de la concesión, al no haberse fundamentado en modo alguno la concurrencia de un interés público sobrevenido, ignorando el acuerdo de la Junta de Gobierno Local el otorgamiento de la correspondiente indemnización al concesionario propia de este tipo de expediente expropiatorio de derechos.

12.- El día 20 de junio de 2011 emite informe la Concejalía de Vías Públicas, Entorno Natural y Embellecimiento Urbano del Ayuntamiento en relación con las alegaciones de la empresa, reiterando los incumplimientos puestos de manifiesto a lo largo del expediente, lo que en

su opinión justificaría la actuación del Ayuntamiento para el inicio del expediente de rescate.

13.- El día 26 de julio de 2011 emite informe la Unidad de Contratación del Ayuntamiento señalando que al existir oposición del contratista al rescate del servicio, debe remitirse el expediente al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, a fin de que emita informe preceptivo. El día 28 de julio de 2011, emite informe el Secretario del Ayuntamiento.

14.- La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 29 de julio de 2011, acuerda remitir el expediente al Consejo Consultivo para dictamen preceptivo, suspender el plazo máximo legal para resolver el expediente por el tiempo que medie entre la petición de informe y la recepción del mismo, y notificar el acuerdo a A. Consta la remisión por burofax a la entidad y su recepción el día 1 de agosto de 2011.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- .- El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1.letra f) 4º de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (LCC) y a solicitud del Ayuntamiento de Las Rozas, cursada a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, en virtud del artículo 14.3 de la citada Ley y del artículo 32.3 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

En efecto, está legitimado para recabar dictamen del Consejo Consultivo el Ayuntamiento de Las Rozas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.1.f) de la citada Ley autonómica 6/2007, 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 (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas.*”.

Respecto a la legislación contractual aplicable debe tenerse en cuenta la fecha de adjudicación del contrato, que, como se vio en el antecedente de hecho primero (punto 1), fue el 15 de octubre de 1999 en virtud de acuerdo del Pleno del Ayuntamiento.

A tenor de la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio , “*Los expedientes de contratación iniciados y los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, se regirán por la normativa anterior. A estos efectos, se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria de adjudicación del contrato*”.

De esta norma transitoria, se desprende, que el contrato que nos ocupa, al haber sido adjudicado antes de la entrada en vigor de la Ley 53/1999, se someterá a la normativa anterior, que está constituida por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP que dispone en su artículo 60.3 que “*(...) será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a)*

Interpretación, nulidad y resolución [de los contratos], cuando se formule oposición por parte del contratista”.

Por otra parte, el artículo 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (que aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local; TRRL), “*En los casos de interpretación y resolución (de los contratos administrativos), cuando el precio de los contratos exceda de la cantidad fijada por la legislación estatal sobre contratación administrativa (...) será, además, preceptivo el dictamen del órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma, si existiere o, en su defecto, del Consejo de Estado*”.

SEGUNDA.- Debemos abordar, seguidamente, la cuestión relativa al procedimiento a seguir para la resolución del contrato, y la competencia para adoptar esta decisión.

Respecto del procedimiento a seguir, debe estarse a la tramitación que resulta del artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre) -en adelante, RGLCAP-, conforme al cual “*1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, (...), y con cumplimiento de los siguientes requisitos:*

Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.

Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”.

De la meritada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista y al avalista si se propone la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP). En nuestro caso, se han observado el trámite de audiencia al contratista, tal y como se ha expuesto en la relación fáctica de este dictamen. Por otra parte, no consta que se proponga la incautación de la garantía constituida por lo que no sería preceptiva la audiencia al avalista.

Debe advertirse no obstante que con posterioridad a la audiencia, al contratista se ha emitido un informe de la Concejalía de Vías Públicas, Embellecimiento Urbano y Medio Natural. Tal irregularidad no es invalidante en este caso por cuanto el informe no aporta nada nuevo al expediente, de modo que el desconocimiento de ese informe no puede causar indefensión al adjudicatario.

En el ámbito local, resulta además de aplicación lo dispuesto en el artículo 114 del TRRL, conforme al cual “*El órgano de la Entidad Local competente para contratar según la Ley (...) podrá acordar (la) resolución (de los contratos administrativos) dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados legalmente*”. El párrafo 2º dispone que “*Las facultades establecidas en el número anterior se entienden sin perjuicio de la obligada audiencia al contratista, y de las responsabilidades e indemnizaciones a que hubiere lugar*”. Por último, el párrafo 3º añade que “*Los acuerdos que, previo informe de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, dicte el órgano competente, en cuanto a la interpretación, modificación y resolución de los contratos, serán inmediatamente ejecutivos. En los casos de interpretación y*

resolución (de los contratos administrativos), cuando el precio de los contratos exceda de la cantidad fijada por la legislación estatal sobre contratación administrativa (...) será, además, preceptivo el dictamen del órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma, si existiere o, en su defecto, del Consejo de Estado”.

El informe de la Intervención General también se configura como un trámite preceptivo en el artículo 214.2.a) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

En el caso examinado, figura incorporado el informe de la Secretaría tal y como se ha hecho constar el relato fáctico del presente dictamen. No consta sin embargo el informe de la Intervención, lo que hace incurrir al procedimiento en un vicio de anulabilidad por mor de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, susceptible de subsanación.

Resta considerar la cuestión relativa a la competencia para resolver el contrato.

El contrato se adjudicó por el Pleno del Ayuntamiento, en virtud de acuerdo adoptado el 15 de octubre de 1999.

La competencia del Pleno para la celebración del contrato resulta del artículo 22.2.letra n) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL) en su redacción originaria -dado que dicho apartado fue derogado por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y sustituido por la Disposición Adicional 2^a.2 de la misma Ley-. En dicho precepto, se mencionaba como competencia del Pleno de la Corporación, en lo que aquí interesa, “*los contratos y concesiones plurianuales cuando su duración sea superior a cuatro años*”.

El contrato que se suscribió inicialmente el 13 de enero de 2000 fijaba una duración de la concesión de dieciocho años contados a partir de la fecha del contrato. Luego, es evidente que la competencia para celebrar el contrato que nos ocupa -al tener un plazo de duración superior a los cuatro años- corresponde al Pleno. En aplicación de la máxima de que “*quien puede lo más, puede lo menos*”, también será el Pleno el órgano competente para resolver acerca de todas las incidencias que surjan a lo largo de la vida del contrato (interpretación, modificación o extinción).

Ahora bien, *ex* artículo 22.4 de la LBRL, determinadas competencias del Pleno son susceptibles de delegación en la Junta de Gobierno Local. Aquel precepto prohíbe expresamente la delegación de las facultades o competencias que señalan determinadas letras del artículo 22.2, entre las que no se cuenta la señalada con la letra n), que es la que nos ocupa. Luego, del precepto citado se desprende, “*a contrario*”, que la competencia para acordar la resolución de contratos o concesiones plurianuales -de plazo superior a cuatro años- se puede delegar en la Junta de Gobierno Local del Municipio.

No existe, pues, obstáculo legal alguno a que se delegue en este órgano municipal la competencia para resolver el contrato, que es lo que ha acontecido en el caso sometido a dictamen.

TERCERA.- Sobre el plazo para la resolución de los expedientes de resolución de contratos, recogimos en nuestro dictamen nº 270/09, aprobado el pasado 20 de mayo de 2009, por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, y en el dictamen 339/09 aprobado el 10 de junio de 2009, la siguiente doctrina:

“Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución de contrato, ni el TRLCAP ni el RGCAP establecen nada al respecto. Tanto el Consejo de Estado (dictámenes nº 1255/2006 y 692/2006)

como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 16/2000, de 16 de abril) consideran que no ha lugar a aplicar supletoriamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), por ser un procedimiento especial en materia de contratación en donde no se ejercitan potestades administrativas ni de intervención como de forma expresa se recoge en el artículo 44.2 de la LRJ-PAC. Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima del TRLCAP, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado ex artículo 44.2 de la LRJ-PAC.

Dispone la Sentencia de 13 de marzo de 2008, anteriormente citada, sobre la aplicación supletoria de la LRJ-PAC:

«Se cumplen con toda evidencia los requisitos que a primera vista, desde la sola literalidad de las normas, son necesarios para poder aplicar con carácter supletorio a los procedimientos de resolución de contratos las de la Ley 30/1992 referidas a la caducidad de los procedimientos. No es sólo que la Disposición adicional séptima de la Ley 13/1995, cuyo epígrafe era el de "Normas de procedimiento", ordenara que a los "procedimientos en materia de contratación administrativa" se les aplicara supletoriamente esa Ley 30/1992 (aplicación supletoria ordenada luego, reiterada, en la Disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio ; y también en la Disposición final octava, número 1, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). Es, además, que la Ley 30/1992 regula los efectos

de la inactividad en los procedimientos iniciados de oficio con vocación de generalidad, de aplicación en principio a todos ellos; y que con igual vocación dispone que la consecuencia ligada a esa inactividad en los procedimientos susceptibles de producir efectos desfavorables es la de que "se producirá la caducidad". Y es, en fin, que las normas que la Sala de instancia aplicó, las mismas que se consideran infringidas en el motivo de casación y las otras que en éste se citan al transcribir aquellos Dictámenes, nada disponían en ningún sentido al regular el procedimiento de resolución de los contratos administrativos sobre los efectos que hubieran de ligarse a la inactividad o falta de resolución expresa y notificación de la misma dentro del plazo máximo para hacerlo; bastando para percibirlo con la sola lectura de los artículos 60 y 113 de la Ley 13/1995, 26 del Real Decreto 390/1996 y 274 del Reglamento General de Contratación del Estado del año 1975 (éste seguramente citado por error); o la del último párrafo del artículo 157 de este último; o, después, la del artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre».

En segundo lugar, no existe incompatibilidad de la caducidad con los principios de la contratación pública, ya que:

«A aquella idea deslizada en el motivo de casación y no desarrollada, referida a una hipotética incompatibilidad entre la caducidad del procedimiento prevista en la Ley 30/1992 y los principios generales que inspiran la materia de la contratación administrativa, no se percibe en lo que ahora nos importa, esto es, en lo que hace a los procedimientos de resolución de dichos contratos y menos aún, en los que la causa de resolución sea, como en el caso de autos, la de la imputación al contratista de un incumplimiento culpable. La previsión de la caducidad del procedimiento persigue evitar situaciones de incertidumbre jurídica que se

prolonguen injustificadamente en el tiempo; prolongación nada deseada, sino todo lo contrario, en el seno de una relación contractual cuando una de las partes pretende poner fin a ella, extinguiéndola anticipadamente; y menos deseada, aún, cuando el origen de esa pretensión es una causa, como aquélla, que no aboca sin más a la resolución, sino que se traduce en una facultad de opción de la Administración entre forzar el cumplimiento estricto de lo pactado o acordar la resolución. En la misma línea, tampoco habla a favor de aquella incompatibilidad la norma según la cual "todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente", que recogió el inciso final del último párrafo del artículo 157 del Reglamento de 1975 y luego el artículo 109.2 del Reglamento de 2001. A su vez, la mayor o menor complejidad de un tipo concreto de procedimientos no demanda de suyo la exclusión del instituto de la caducidad, sino la fijación en la norma oportuna (artículo 42.2 de la Ley 30/1992) del plazo máximo, adecuado a aquella complejidad, en que haya de notificarse la resolución expresa que ponga fin a ese tipo de procedimientos». Este último criterio viene avalado -a decir de esta STS- por la anterior sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004 (RJ 2004, 7113), que desestimó similar argumento, razonando que «sin discutir el marco contractual en el que se adopta la resolución 1477/1994, lo cierto es que nos encontramos ante una actuación administrativa que debe expresarse a través de las formas legalmente previstas, esto es, las que prevé la Ley 30/1992. No cabe otra solución pues el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho exigida por la Constitución hace que, tanto en lo que se refiere al procedimiento como en lo relativo al contenido de sus decisiones, se sujete a las prescripciones legales, a las relativas a los contratos y a las relativas al propio procedimiento».

En suma, las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007 y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008, 1379) son una derivación de la doctrina general sobre la supletoriedad de la LRJ-PAC en los procedimientos en materia de contratación fijada por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007. Una vez sentada esa aplicación supletoria, entran en juego, a falta de previsiones específicas, las normas comunes sobre plazos para resolver y efectos de la falta de resolución expresa en procedimientos de la LRJ-PAC”.

A los efectos de determinar la caducidad del presente expediente resulta especialmente relevante determinar la fecha de inicio del mismo. En este punto conviene señalar que el día 29 de diciembre de 2010, la Junta de Gobierno Local adoptó el acuerdo de iniciar el expediente de rescate, si bien en dicho acuerdo se aclaraba que se requería previo dictamen de la Comisión Informativa correspondiente. Al respecto los artículos 123 y 126 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 18 de abril, dispone que las Comisiones Informativas habrán de dictaminar con carácter preceptivo y no vinculante sobre los asuntos que hayan de ser sometidos a la decisión del Pleno o la Comisión de Gobierno cuando esta actúe con competencias delegadas del Pleno. En este punto cabe recordar que el derecho a la información y a la documentación, con relación a los asuntos sometidos después al debate y votación del Pleno, o en caso de delegación a la Junta de Gobierno, ha sido tratado con rigor por la jurisprudencia, cuya lesión puede conllevar la nulidad del acuerdo adoptado concurriendo tal vicio. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de noviembre de 2010, considera infracción del ordenamiento jurídico con trascendencia en el interés general la omisión de dicho trámite en el procedimiento. De lo dicho resulta que en el presente expediente la Junta de Gobierno Local, actuando por delegación del Pleno, no pudo dictar un acuerdo válido de inicio del

expediente de rescate sin que previamente dictaminara la Comisión Informativa, lo que se produjo los días 14 y 26 de abril de 2011, por lo que el acuerdo de inicio del expediente es el que se adopta el día 4 de mayo de 2011

Atendiendo a la referida fecha de 4 de mayo de 2011, el expediente no ha tenido entrada en este Consejo hasta el día 7 de octubre de 2011, si bien mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del día 29 de julio de 2011 se acordó la solicitud de dictamen al Consejo Consultivo con suspensión del plazo por un máximo de tres meses, notificado al concesionario el día 1 de agosto por lo que el procedimiento no estaría caducado. Ahora bien, debe señalarse que la suspensión del plazo ha vencido el día 1 de noviembre de 2011, por lo que el expediente caduca el día 4 de noviembre de 2011.

CUARTA.- Una vez analizado el procedimiento, procede entrar a examinar la causa concreta de resolución invocada por el Ayuntamiento. Consta en el expediente como fundamento de la resolución, una serie de incumplimientos del adjudicatario, proponiendo la Corporación municipal el rescate de la concesión a consecuencia de los mismos.

Al respecto conviene indicar que el “rescate” constituye una de las causas de extinción de los contratos administrativos que prevé hoy el art. 262.b LCSP para el contrato de gestión de servicios públicos (también aludían a él, los arts. 168.b y 169.2 LCAP -167.b y 168.2 TRLCAP, los arts. 75.3 y 79 de la derogada Ley de Contratos del Estado (texto articulado de 1965 –LCE–) y art. 232 del derogado Reglamento de Contratos del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (RCE)) con fundamento en “*razones de interés público*”, pero no precisamente por razón o como consecuencia de incumplimiento de clase alguna por parte del contratista –de ahí las consecuencias indemnizatorias prevenidas –así, artículo 170.4 de la LCAP-. Además, que

el rescate por razones de interés público conlleva la ulterior prestación del servicio de manera directa por la Administración (art. 169.2 LCAP).

En el presente caso tratándose de un supuesto de uso privativo de bienes de dominio público, otorgado mediante concesión (como impone el artículo 78.1.a) del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales), como medio para la prestación de un servicio, resulta de aplicación el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (a que remite el artículo 74.3 del Reglamento de Bienes, de modo preferente, cuando se está ante un servicio público local).

Entre las potestades que tiene la entidad local figuran, conforme al artículo 127.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, la de rescatar la concesión (artículo 127.1.5^a) o suprimir el servicio (regla 6^a del mismo artículo), con el deber, en ambos casos, de indemnizar (artículo 127.2.4^º).

En diversas ocasiones el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la naturaleza del rescate de las concesiones. Así, en su dictamen de 4 de julio de 1985 se indicaba que *“el rescate es, en efecto, el cauce expropiatorio específico que permite a la Administración dar por terminado un título concesional cuando razones de interés público lo justifiquen con la correspondiente indemnización”*. En el dictamen de 4 de junio de 1992, señala el Consejo de Estado que *“a pesar que el rescate de las concesiones demaniales no tiene una regulación general completa en nuestro ordenamiento, es pacífico que se trata de un acto administrativo que extingue una concesión determinada, con todos los derechos y deberes a ella inherentes. Se trata, pues, de una privación singular de derechos patrimoniales legítimos acordada imperativamente. Por este motivo, la generalidad de la doctrina reconoce que la institución tiene naturaleza verdaderamente expropiatoria, pues encaja en el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa. El artículo 41 de esta norma legal, por su parte,*

regula la determinación del justiprecio de las concesiones para el caso de rescate, con lo que confirma aquella conclusión... ``. En el dictamen de 23 de octubre de 2003 señala el Alto Órgano Consultivo que ``el rescate de una concesión es una forma de extinción de ésta en la que la Administración, al concurrir una causa de interés público prevalente, acuerda poner término a su existencia, mediando indemnización a favor del concesionario por los daños que dicho acuerdo le produce. Es pues una forma de extinción anticipada de una concesión, basada en la existencia de un interés público prevalente, que justifica una singular expropiación de los derechos del concesionario, previa indemnización``.

En el dictamen que acabamos de citar, el Consejo de Estado se pronuncia sobre la improcedencia del rescate, aún existiendo razones de interés público, al existir incumplimiento previo del concesionario señalando que ``*El Consejo de Estado ha declarado reiteradamente que, habida cuenta el carácter contractual de la concesión al momento de su otorgamiento, determinados criterios sentados a la hora de interpretar la legislación de contratos son aplicables a las concesiones de dominio público. Y, en concreto, este Cuerpo Consultivo ha señalado que, en el caso de concurrir varias causas de extinción de las concesiones, ha de estarse a la primera producida en el tiempo.*

En el caso presente, de las actuaciones obrantes en el expediente queda claro que, desde marzo de 1999, la concesión otorgada en su día a está en situación de falta de uso, toda vez que, adjudicada para operar con buques propiedad o gestionados por , desde dicho momento se resolvió el contrato que ligaba a esta naviera con la concesionaria. El procedimiento encaminado a rescatar la concesión se inició en el mes de julio de 2001. Así las cosas, la causa habilitante para declarar la caducidad se produjo antes en el tiempo, resultando pues improcedente rescatar la concesión.

En su dictamen de 11 de abril de 2002, el Consejo de Estado se pronuncia sobre la procedencia del rescate de una concesión al no existir incumplimiento previo del concesionario. Así, tras analizar las potestades que otorga a la Corporación Local el artículo 127.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, entre las que se encuentra la de rescatar la concesión, señala que: *``Las indicadas potestades (sobre cuya vigencia no hay duda tras el expreso reconocimiento normativo hecho por el Real Decreto 1098/2001 [RCL 2001, 2594, 3102]), resultan de aplicación en el presente caso. Y ha de observarse, además, que la concesionaria, en sus alegaciones, no sólo no se opone a dicho rescate, sino que lo acepta, siempre que se le indemnice. En efecto, en el expediente no consta incumplimiento alguno de los términos concesionales por parte de la interesada; si aparece, por el contrario, el interés público en rescatar el servicio (se indica por la concesionaria que hay una subvención de la Junta de Extremadura para ampliar dicho servicio, sin que aparezca en el expediente otro interés público diferente) reflejado expresamente en el acuerdo de la Comisión de Gobierno de 11 de mayo de 2001. Siendo así, procede el ejercicio de esta potestad, por razones de interés público. Y ello comporta el deber de indemnizar a la concesionaria por los daños ocasionados y los beneficios dejados de percibir teniendo en cuenta las utilidades obtenidas en el último quinquenio y el valor de los bienes y obras según su grado de amortización y su deber de entrega o reversión (artículo 167.4 de la Ley de Contratos [RCL 1965, 771, 1026]).*

De la doctrina que acabamos de exponer es fácil colegir, que en el supuesto que nos ocupa no concurren los presupuestos necesarios para que la Corporación Municipal proceda al rescate concesional. En efecto, el Ayuntamiento no invoca razón de interés público alguno para el rescate más allá del incumplimiento del concesionario, no se prevé la gestión directa del servicio por la Administración, y además no está prevista

ninguna indemnización para el concesionario, en virtud de la naturaleza expropiatoria de la institución.

QUINTA.- No resultando procedente el rescate por las razones expuestas, debería el Ayuntamiento, en el supuesto de que estime que concurre causa para la resolución, tramitar el correspondiente expediente, en el que se invoque la concreta causa en la que se fundamenta , y una vez cumplidos los trámites preceptivos, se traslade a este Consejo la oportuna propuesta que contenga antecedentes, fundamentos jurídicos y parte dispositiva, en la que se concrete la causa de resolución en la que se apoya, para que este Consejo pueda valorar la decisión que pretende adoptar la Corporación.

A tales efectos debe tenerse en cuenta lo que los pliegos que rigen el contrato disponen acerca de la resolución de éste, dado que, conforme al artículo 9.5 de la LCAP, “*Los efectos de los contratos administrativos se regirán por la presente Ley y sus disposiciones reglamentarias, y por el pliego de cláusulas generales, en lo que no resulte éste válidamente derogado por las particulares del contrato*”. Este precepto ha tenido su eco, igualmente, en el resto de las leyes contractuales administrativas, y constituye la consagración del principio recogido en reiteradísima jurisprudencia (*vid. por todas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1992 y de 25 de mayo de 1999*), según el cual los pliegos constituyen la ley del contrato. Como dice la sentencia citada en último lugar, “*(...) dichas normas básicas constituyen el elemento determinante para resolver todas las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos administrativos y la aplicación de esas condiciones viene exigida por los principios de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE) e igualdad ante la Ley (artículo 14 de la CE)*”.

Esta doctrina se recoge igualmente en el artículo 112 de la LCAP que, en sede de resolución de los contratos, con carácter general establece que

“Son causas de resolución: (...) h. Aquellas que se establezcan expresamente en el contrato”.

Por remisión de la ley, debemos examinar cuáles son las causas de rescisión o de resolución del contrato que contemplan los Pliegos.

En este punto cabe recordar, que la Cláusula 17 del Pliego de Cláusulas se remite en cuanto a la resolución contractual a lo dispuesto en los artículos 112 y 214 de la LCAP.

Por otra parte, en el pliego de condiciones se considera como causas de extinción de la concesión, *“el transcurso del plazo establecido para la concesión; la declaración de caducidad de la concesión; la quiebra o suspensión de pagos del concesionario; la muerte del empresario individual o extinción de la persona jurídica concesionaria; sanción, cuando procediera con arreglo a lo dispuesto en este Pliego y la legislación vigente”* (cláusula 23 del pliego). En cuanto a la caducidad de la concesión, la cláusula 22 del pliego dispone que *“procederá la declaración de caducidad de la concesión en los casos siguientes: -Incumplir los términos previstos para la instalación de mobiliario urbano objeto de la concesión.- Incurrir el concesionario en infracción reiterada de sus obligaciones, previa advertencia y concesión, en su caso, de un plazo prudencial para corregir las deficiencias. En todos los supuestos de declaración de caducidad se requerirá acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, previa audiencia del concesionario”*.

Para completar la regulación contenida en los pliegos, debemos hacer referencia también a lo que sobre la caducidad de la concesión se recoge en el citado RSCL, en cuyo artículo 136 se dispone que:

“1. Procederá la declaración de caducidad de la concesión en los supuestos previstos en el pliego de condiciones y, en todo caso, en los siguientes:

- a) Si levantado el secuestro, el concesionario volviera a incurrir en las infracciones que lo hubiesen determinado o en otras similares; y
- b) Si el concesionario incurriera en infracción gravísima de sus obligaciones esenciales.

2. La declaración de caducidad en el caso previsto en el apartado b) del párrafo anterior, requerirá previa advertencia al concesionario, con expresión de las deficiencias que hubieren de motivarla.

3. En dicho supuesto, la caducidad podrá declararse cuando, transcurrido un plazo prudencial, no se hubieren corregido las deficiencias advertidas imputables al concesionario”.

El artículo 137.1 del RSCL añade, en lo que aquí interesa, que “La declaración de caducidad se acordará por la Corporación y determinará el cese de la gestión del concesionario, la incautación de los elementos de la Empresa afectos al servicio, para asegurar la prestación del mismo, y la convocatoria de una nueva licitación para adjudicar nuevamente la concesión”.

Ya señalamos en nuestro dictamen 29/11, la diferencia entre la resolución y la declaración de caducidad. Así dijimos que “Mientras que la resolución viene motivada por el incumplimiento de sus obligaciones por cualquiera de las partes del contrato poniendo fin a la relación contractual y procediendo a la liquidación, la caducidad supone el término de la relación contractual que ligaba a las partes, viniendo determinada ésta exclusivamente por el incumplimiento grave del concesionario. La consecuencia que se sigue de la declaración de caducidad de la concesión es la necesidad de convocar nueva licitación pública para adjudicar nuevamente la concesión y continuar con la prestación del servicio”.

Debe tenerse en cuenta además que en el supuesto de incumplimiento culpable, los efectos son los previstos en el artículo 114.4 de la LCAP cuando señala que “*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*”. Asimismo, debe tenerse en cuenta por exigencia de ese mismo artículo 114 en su apartado quinto, el acuerdo de resolución debe contener pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la perdida, devolución o cancelación de la garantía constituida.

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

CONCLUSIÓN

No procede el rescate, por las razones invocadas en el cuerpo de este Dictamen, en relación con el contrato denominado “Servicio de instalación, Conservación y Explotación de soportes de información municipal y mobiliario urbano de interés público” adjudicado a la entidad A.

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, 2 de noviembre de 2011