

Dictamen n^o: **86/14**
Consulta: **Alcalde de Alcorcón**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **26.02.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 26 de febrero de 2014, 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 de la resolución de la concesión de dominio público de las instalaciones de *“quiosco bar ubicado en el Parque A de Alcorcón”*, otorgada por dicho Ayuntamiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 23 de enero de 2014 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 50/14, 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 26 de febrero de 2014.

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

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

2.- 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 A 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 11.700 €.

3.- El contrato 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.

Se fijó un plazo concesional de 8 años y seis meses, con un canon anual de 20.100 €, pagadero semestralmente.

El concesionario prestó como garantía definitiva la cantidad de 11.700 €.

Mediante dicho contrato el concesionario tenía derecho a explotar el quiosco bar, percibiendo las tarifas que satisfacían los usuarios, a cambio de pagar al Ayuntamiento el precitado canon anual.

TERCERO.- Con anterioridad al inicio del procedimiento de resolución del contrato que constituye el objeto del presente dictamen, el Ayuntamiento tramitó dos procedimientos de resolución, que se declararon caducados, uno de los cuales fue objeto de nuestro Dictamen 349/13, de 4 de septiembre de 2013.

Resulta necesario referirse a los antecedentes relativos a la tramitación de dichos procedimientos.

1.- Antecedentes.

1.1.- El 4 de diciembre de 2009, el contratista presentó un escrito ante el Ayuntamiento en el que exponía que las circunstancias económicas generales determinaban la imposibilidad de abonar el canon concesional y que había tenido que realizar una serie de inversiones en el quiosco-bar para una adecuada prestación del servicio, todo lo cual hacía inviable la explotación del citado quiosco. Solicitaba 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.

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

En función de ello 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.

1.3.- Con fecha 30 de marzo de 2010, el contratista interpone recurso de reposición contra el mencionado acuerdo si bien solicita además el

fraccionamiento del pago del canon concesional correspondiente a los períodos julio 2006- julio 2009 (en cincuenta y siete mensualidades) y del canon del año 2009-2010 (en dos plazos).

El servicio de contratación emitió 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.

1.4.- 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.

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

1.6.- El 14 de junio de 2012, la Unidad de Recaudación dirigió un escrito al Servicio de Contratación y Patrimonio en el que destaca que el 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. Indicaba 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.

1.7.- 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 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, 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 periodos 2006 a 2009.

1.8.- Con fecha 11 de abril de 2013 se desestimó 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 desestimó el segundo recurso de reposición.

1.9.- 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 concedidos y que 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.

2.- Primer procedimiento de resolución.

2.1.- El 17 de abril de 2012, la Junta de Gobierno Local acordó 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, J.S.M. como socio de B, presentó escrito de alegaciones al considerar que no se resolvió adecuadamente su solicitud 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.

2.2.- El 28 de mayo de 2013, la Junta de Gobierno Local adoptó un acuerdo en el que declara caducado el procedimiento de resolución de la concesión.

3.- Segundo procedimiento de resolución.

3.1.- En el mismo acuerdo anterior, de 28 de mayo de 2013, la Junta de Gobierno acordó iniciar un nuevo procedimiento de resolución, así como dar traslado a la concesionaria y a la avalista para alegaciones.

3.2.- El 12 de junio de 2013 se presentaron alegaciones por el 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.

3.3.- Con fecha 19 de junio de 2013 se emitió informe jurídico por 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.

En el informe destacaba 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.

Consideraba 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.

3.4.- El 25 de junio de 2013, la Junta de Gobierno Local adoptó 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.

3.5.- En este estado del procedimiento, el expediente fue remitido a este Consejo Consultivo el 5 de agosto de 2013 para su preceptivo informe, siendo objeto del Dictamen 349/13, de 4 de septiembre de 2013 en el que se recogía como 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”*.

3.6.- A la vista del anterior Dictamen, se solicitó nuevo informe a la Unidad de Recaudación sobre la deuda que J.S.M. y M.P.L.O. mantenían pendiente con esa Unidad, correspondiente al canon de concesión del quiosco-bar. Dicho informe, emitido con fecha 17 de septiembre de 2013,

determinaba la deuda pendiente en 128.186,26 € de principal (134.598,95 euros con recargos).

3.7.- El 24 de septiembre de 2013, la Junta de Gobierno Local acuerda declarar la caducidad del expediente iniciado por Acuerdo de 28 de mayo de 2013.

CUARTO.- 1.- En el mismo acuerdo precitado, de 24 de septiembre de 2013, la Junta de Gobierno acordó el inicio del expediente de resolución del contrato, procedimiento que es objeto del dictamen que ahora se emite.

En dicho acuerdo la Junta de Gobierno aprobó: darse por enterado del Dictamen del Consejo Consultivo 349/13, declarar la caducidad del procedimiento de resolución iniciado mediante acuerdo de 28 de mayo de 2013; iniciar expediente para la resolución del contrato por impago del canon concesional correspondiente a los siguientes períodos:

CANON		IMPORTE
Ejercicio 2006/2007		20.100,00 €
Ejercicio 2007/2008		20.582,40 €
Ejercicio 2008/2009		21.611,52 €
Ejercicio 2009/2010		21.395,40 €
Ejercicio 2010/2011	Primer semestre	10.954,44 €
	Segundo semestre	10.954,44 €
Ejercicio 2011/2012		22.588,06 €

Dichas cantidades arrojan una cifra total de 128.186,26 €.

A dicho acuerdo de inicio se acompañaron, los siguientes informes: informe de 19 de septiembre de 2013, del Servicio de Contratación y Patrimonio (documento 4), e informe propuesta de la misma fecha del Director General de Hacienda y Presupuestos (documento 5).

El acuerdo fue notificado al interesado y a la entidad avalista.

2.- El 25 de octubre de 2013, J.S.M. presentó escrito de alegaciones (documento 12) en el que reafirmaba lo manifestado en su escrito de alegaciones de 12 de junio de 2013, así como en los recursos de reposición presentados. Sus alegaciones consistieron en no estar de acuerdo con la nueva identificación del sujeto titular de la concesión, solicitar la devolución del canon abonado que ascendía a 55.615,79 € y solicitar la prescripción de las deudas. Del mismo modo solicitaba la suspensión del procedimiento hasta la resolución de los recursos contencioso administrativos presentados sobre la titularidad de la concesión y el canon correspondiente.

3.- Con fecha 29 de octubre de 2013, el Servicio de Contratación y Patrimonio emitió informe (documento 13) en el que señalaba que la naturaleza del contrato es la correspondiente a una concesión de dominio público.

Explicaba que la liquidación del canon correspondiente a las diferentes anualidades transcurridas desde el inicio de la concesión, incurrió en error al emitirse a nombre la sociedad civil particular constituida por ambos concesionarios en lugar de los titulares de la misma, J.S.M. y M.P.L.O. Igualmente que a pesar de ello habían sido abonadas dos anualidades completas y que el concesionario había incumplido el fraccionamiento que se le concedió. Añadía que a fin de subsanar aquel error se dictó resolución anulando todas las liquidaciones erróneamente practicadas y liquidando nuevamente a los titulares de la concesión el canon correspondiente a todas las anualidades transcurridas, resolución que fue objeto de dos recursos de reposición desestimados.

Igualmente, dicho informe expresaba que el pago del canon derivados del uso privativo otorgado es una obligación esencial del concesionario, como recoge el pliego en su cláusula 13, cuyo incumplimiento constituye causa de resolución del contrato de conformidad con las cláusulas 19 y 21.b) del PCAP, así como del artículo 111 del Texto Refundido de la Ley de

Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP).

Añadía que la situación de crisis económica no constituye supuesto de fuerza mayor a efectos del incumplimiento del contrato, ni existe motivo para proceder a la suspensión del procedimiento por haber presentado recursos contenciosos, y que procede igualmente la incautación de la garantía.

4.- Con fecha 30 de octubre de 2013, el director general de Hacienda y Presupuestos emitió propuesta de resolución del contrato.

5.- La Junta de Gobierno Local, en su sesión de 5 de noviembre de 2013, incorporando los precitados informes adoptó el acuerdo de:

- Desestimar las alegaciones del concesionario *“al no constituir la situación económica actual de causa de fuerza mayor que le impida cumplir con las obligaciones esenciales derivadas del contrato, como constituye el abono del canon de concesión y al mismo tiempo la no procedencia de suspender el expediente por el hecho de que no se hayan agotado los plazos para presentar posibles recursos contra la Resolución del Director General de Hacienda y Presupuestos de fecha 13 de febrero de 2013, que es firme y ejecutiva una vez se resolvió por el mismo órgano los recursos de reposición interpuestos por los interesados”*.

- Remitir el expediente al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitando su dictamen y *“comunicar a J.S.M. y M.P.L.O. y a la entidad C en su calidad de avalista, los acuerdos anteriores”*.

A dicho acuerdo se acompañó el documento privado de constitución de sociedad civil particular.

En este estado del procedimiento 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 del concesionario, 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.

Como ya expusimos en nuestro Dictamen 349/13, emitido con ocasión del anterior procedimiento de resolución de este mismo contrato, no procede analizar ahora 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 la adjudicación de la concesión.

En el pliego de cláusulas administrativas se establece que la concesión tiene el carácter de *“contrato administrativo especial”* 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, 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 Real Decreto Legislativo 3/2011, 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 las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

En esta materia de procedimiento de resolución de contratos administrativos, el artículo 211 TRLCSP exige que en el correspondiente expediente se de audiencia al contratista. 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”.

Por su 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”.*

El presente procedimiento se ha iniciado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, órgano competente para acordar la resolución del contrato, por aplicación de la disposición adicional segunda del TRLCSP, al tratarse de un municipio de gran población (Acuerdo de 21 de abril de 2005, del Pleno de la Asamblea de Madrid).

Por otra parte, se han cumplido los trámites de audiencia al contratista y al avalista, así como la solicitud a este Consejo Consultivo, tal y como establece el artículo 109 del RGCAP.

Igualmente, el artículo 114.3 del TRRL, requiere que se emita informe por la Secretaría y la Intervención municipales (Dictamen 226/10, de 21 de julio y 371/11, de 6 de julio). La referencia al informe de la Secretaría debe entenderse realizada, para el Ayuntamiento de Alcorcón como municipio de gran población, al informe de la Asesoría Jurídica.

A este respecto no consta en el expediente ni el informe de la Asesoría Jurídica, ni el informe de la Intervención municipal, sino el informe del Servicio de Contratación y Patrimonio.

La falta, en el expediente administrativo de resolución del contrato del informe del Servicio Jurídico, secretario de la Corporación Municipal o, en su caso, titular de la Asesoría Jurídica y de la Intervención Municipal constituyen vicios de anulabilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, y, por tanto, susceptible de subsanación (dictámenes 239/09, de 6 de mayo, 453/09, de 23 de septiembre, 466/09,

de 30 de septiembre, 51/11, de 23 de febrero y 373/11, de 6 de julio, entre otros).

Dicha irregularidad en el procedimiento, aun no invalidante del mismo, deberá ser subsanada con carácter previo a la resolución del contrato ya que, en definitiva, los trámites administrativos se establecen como garantía de la actuación de las administraciones públicas.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, ni el TRLCSP - del mismo modo que su antecesora la LCAP-, ni el RGCAP establecen nada al respecto, por lo que resulta de aplicación la LRJ-PAC, pues a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del TRLCSP, a los procedimientos regulados en esta ley se aplica con carácter subsidiario los preceptos de la LRJ-PAC, que establece un plazo de caducidad de 3 meses para los procedimientos iniciados de oficio.

En el caso que nos ocupa, el procedimiento se inició mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 24 de septiembre de 2013, y su tramitación se encuentra suspendida con motivo de la solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo, lo que se realizó mediante acuerdo de aquel órgano, de 5 de noviembre de 2013; dicha suspensión se notificó a todos los interesados en el procedimiento, concesionario y entidad avalista, por lo que no ha transcurrido el plazo de caducidad.

Sin embargo conviene advertir que la suspensión del cómputo del plazo no puede superar tres meses (artículo 42.5.c) LRJ-PAC) y que dicho período concluyó el 5 de febrero de 2014 con lo que desde esta fecha ha comenzado de nuevo a computarse el plazo de caducidad.

Esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por el órgano competente a fin de no incurrir en una nueva caducidad del procedimiento.

TERCERA.- Analizados ya los aspectos procedimentales, procede examinar a continuación la posible concurrencia de la causa de resolución del contrato a que se refiere la consulta.

La Administración municipal considera que procede la resolución por incumplimiento culpable del contratista habida cuenta de la falta de pago del canon concesional, y se basa en los apartados g) y h) del artículo 111 TRLCAP, es decir por *“el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales”* y *“aquellas que se establezcan expresamente en el contrato”*.

Igualmente la propuesta de resolución pone en relación aquel precepto con las cláusulas 19 y 21 del PCAP. La primera establece como causa de extinción de la concesión *“la caducidad”* y *“las previstas en el artículo 111 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”*; la cláusula 21 establece que *“procederá la declaración de caducidad de la concesión en los siguientes casos: b) impago del canon de la concesión al Ayuntamiento”*.

A ello añade la aplicación del artículo 100 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), que constituye legislación básica, y que establece como causa de resolución de las concesiones *“la falta de pago del canon o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular de la concesión”*.

De este modo, dicho impago se configura en causa de caducidad o resolución del contrato y se equipara a un incumplimiento grave.

Tampoco puede albergar duda el hecho mismo del impago, pues así se recoge en el informe de la Unidad de Recaudación de 17 de septiembre de 2013, que certifica las cantidades que se encuentran pendientes de pago, y que suponen un importe de 128.186,26 € de principal, aspecto que además no ha resultado negado por el concesionario.

Por otra parte, tal y como se ha relatado en los antecedentes del presente dictamen, ya en el mes de diciembre de 2009 se requirió al concesionario el pago del canon no satisfecho, al rechazar su solicitud de reequilibrio económico de la concesión; posteriormente en julio de 2010 se le concedió un fraccionamiento del pago del canon, que fue incumplido, y se giraron las liquidaciones correspondientes a los siguientes períodos.

Traemos a colación tales circunstancias, habida cuenta que las mismas suponen una voluntad deliberadamente rebelde por parte del concesionario para el cumplimiento de su obligación de pago, obligación principal que como parte de lo que en definitiva es un contrato, la concesión, le corresponde.

Tanto la doctrina del Consejo de Estado como la jurisprudencia vienen exigiendo para la resolución de las concesiones y los contratos administrativos que los incumplimientos del concesionario o contratista sean graves, de tal manera que la concesión o el contrato no puedan alcanzar el fin público por el que fueron establecidos (artículo 6 LPAP y artículo 4 del TRLCAP).

Así, el Consejo de Estado, en su Dictamen nº 1465, de 6 de octubre de 2011 señaló que:

“En lo tocante al fondo del asunto, es criterio consolidado del Consejo de Estado que, al constituir la caducidad la sanción máxima que puede afectar a la relación concesional, solo los incumplimientos de carácter esencial que perjudican gravemente el interés público inmanente en las concesiones demaniales pueden motivar la declaración de caducidad (entre otros, dictamen número 446/2004, de 25 de marzo)”.

La jurisprudencia confirma este planteamiento, resaltando no solo el carácter esencial de la obligación incumplida sino el carácter rebelde del incumplimiento (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1997). El incumplimiento defectuoso, según recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1996, puede justificar la resolución del

contrato siempre que afecte a obligaciones principales, si bien la resolución del contrato exige una ponderación idónea de las circunstancias concurrentes. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1997, la *—ponderación (que) debe tener su máxima expresión cuando tales desviaciones devienen reales incumplimientos, generadores de una acción resolutoria contractual—*.

Conforme lo expuesto, el concesionario no ha procedido al pago del canon, a pesar del fraccionamiento otorgado, lo que constituye un incumplimiento esencial y deliberado de una condición contractual esencial.

A ello no obsta la discrepancia que mantienen el Ayuntamiento y el concesionario sobre el sujeto obligado al pago del canon, pues el primero sostiene que la concesión se otorgó a los socios de la sociedad como personas físicas y éstos sin embargo, que el adjudicatario de la concesión es la sociedad civil. Tal divergencia dio lugar a la anulación de las liquidaciones de diversos períodos del canon girados en un primer momento a la sociedad civil (y comprensivos de 55.167,79 €) y a girar nuevas liquidaciones a los socios por dicho importe, que resultaron (junto con el resto de los importes de canon) impagadas. Igualmente las alegaciones del concesionario en este sentido resultaron desestimadas y fueron objeto de sendos recursos de reposición igualmente desestimados.

Decimos, por tanto, que nada de ello impide considerar, pues es lo que nos atañe, la existencia de una causa de resolución contractual, pues no cabe discusión sobre el hecho del impago, no solo de las liquidaciones nuevamente giradas, sino igualmente respecto del resto, que supone un importe aproximado de más de la mitad del canon debido hasta la fecha.

CUARTA.- El concesionario se opone a la resolución de la concesión con diversos argumentos que, aunque ya adelantamos, no impiden considerar existente la causa de resolución examinada, sí deben ser objeto de análisis. Dichas alegaciones son las referidas a su solicitud de derecho al equilibrio

económico de la concesión, la prescripción del derecho al cobro del canon por parte del Ayuntamiento y la solicitud de suspensión de la resolución contractual habida cuenta que contra la misma queda expedita la vía contencioso administrativa.

En primer lugar, la alegación referida a que el impago del canon se produce por el desequilibrio económico de la concesión ocasionado por la situación económica general y que ha generado serios perjuicios al negocio de explotación del quiosco debe rechazarse.

El concesionario pretende una revisión a la baja del canon en virtud de la consideración como riesgo imprevisible de la situación económica que ha desembocado en la falta de viabilidad económica del negocio (aspecto que por otra parte no acredita). De este modo trata de aplicar la doctrina del riesgo imprevisible como fundamento del reequilibrio económico concesional y que constituye una posible causa del mismo (junto con los supuestos del ejercicio por la Administración de su *ius variandi* y del denominado *factum principis*).

La doctrina del riesgo imprevisible constituye una excepción a la regla de la inalterabilidad del contrato, de la que se deriva, en el ámbito de la contratación administrativa, el principio de riesgo y ventura del contratista. Como excepción que es a este principio general, debe fundamentarse en sólidas razones, tanto de orden cualitativo, razones insólitas o inesperadas, como de orden cuantitativo, siendo preciso que la alteración del equilibrio del contrato rebase los límites razonables de aleatoriedad que todo contrato de tracto sucesivo lleva consigo.

La evolución jurisprudencial de la materia ha devenido en que el Tribunal Supremo considera que “*no puede entenderse que al amparo de la teoría del riesgo imprevisible, los entes locales deban paliar o subsanar todas las situaciones de crisis económica en que puedan encontrarse las empresas concesionarias*” (STS de 2 de marzo de 1999), y declara la necesidad de comprobar el caso concreto partiendo de la incidencia de una circunstancia

imprevista e independiente de la buena gestión de la empresa. Tal doctrina se recoge igualmente en sentencias de los tribunales superiores de justicia (STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2004, o STSJ de Castilla y León de 15 de mayo de 1998).

A ello se añade que la doctrina y la jurisprudencia son unánimes en considerar que *“el equilibrio económico de la relación contractual administrativa, fundada en el principio de igualdad proporcional entre las ventajas y cargas del contrato y aplicada en los supuestos de la llamada doctrina de la imprevisión, o del hecho imprevisible ha de relacionarse con el principio de "riesgo y ventura" (artículo 98 TRLCAP) ya que el equilibrio financiero es una fórmula excepcional, que no puede aplicarse de forma indiscriminada de modo que sea una garantía ordinaria de los intereses del contratista, como si se tratase de un seguro gratuito que cubre todos los riesgos de la empresa”* (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de julio de 2011, recurso 193/2011).

De este modo el Ayuntamiento rechaza adecuadamente la solicitud de reequilibrio de la concesión, solicitud que podría haberse admitido o no pero que en ningún caso justifica o ampara un incumplimiento del concesionario de su obligación de pago del canon, ya que en el ámbito de la contratación administrativa no puede admitirse la *exceptio non adimpleti contractus*, como de forma constante viene señalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de la Sala 3a, de 11 de octubre de 1982; 19 de junio de 1984 y 20 de diciembre de 1989), y el Consejo de Estado (de la que nos hicimos eco entre otros en nuestro Dictamen 373/12).

QUINTA.- Por último, como mencionábamos, ni las alegaciones sobre prescripción del derecho del Ayuntamiento a la liquidación del canon ni las relativas al plazo para interponer recurso contencioso contra las desestimaciones de los recursos de reposición presentados deben admitirse.

Así, el concesionario alega que el derecho del Ayuntamiento a la liquidación del canon concesional ha prescrito. No realiza el interesado en este sentido algún razonamiento o interpretación de plazos que apoye su pretensión, limitándose a solicitarla.

En primer lugar, el posible transcurso del plazo de cuatro años para la liquidación del canon concesional (por aplicación del art. 2 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 –TRLRHL-, y art. 15 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria –LGP-) no impediría constatar y aplicar la causa de resolución contractual que nos ocupa – el impago -. La prescripción o no del derecho del Ayuntamiento a la liquidación del ingreso de derecho público que constituye el canon concesional, es independiente del incumplimiento mismo de la obligación contractual de pago que constituye la causa de la resolución del contrato. El Ayuntamiento deberá dilucidar esta cuestión (sobre la que además no realiza ningún pronunciamiento en su propuesta de resolución contractual), en orden a liquidar económicamente el contrato, sin perjuicio de proceder ahora a la resolución del mismo.

Por otra parte, el concesionario invoca que la resolución del contrato debe suspenderse al haber presentado recurso en vía contencioso administrativa contra las desestimaciones de los recursos de reposición presentados en su día (recursos ambos de 11 de marzo de 2013 y desestimados mediante resoluciones de 11 de abril y 24 de mayo de 2013).

La propuesta de resolución desestima adecuadamente tal pretensión, pues no concurren los requisitos necesarios para acordarla (artículo 111 LRJ-PAC), y su ejecutividad se encuentra amparada por la ejecutoriedad de los actos administrativos (artículo 94 de la misma Ley).

SEXTA.- Una vez apreciada la concurrencia de causas imputables al concesionario para la resolución del contrato, procede determinar los efectos de la misma.

En cuanto a los efectos de la resolución el artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente:

“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.

En diversas ocasiones (dictámenes 656/12 ó 11/13) ya nos hemos pronunciado en el sentido que del precepto transcrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, y ello a diferencia de la normativa anterior que determinaba para los casos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, la incautación automática de la garantía debiendo además indemnizarse los daños y perjuicios producidos a la Administración en lo que excedieran de su importe (artículos 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y artículo 113.4 del TRLCAP).

Con ello nos hemos hecho eco de la interpretación mayoritaria del resto de órganos consultivos de la Nación (Dictamen del Consejo de Estado de 19 de abril de 2012, Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, Dictamen 54/2012, de 28 de marzo, Consejo Consultivo de Asturias, Dictamen 138/2012, de 3 de mayo, o el Consejo Consultivo de Andalucía, Dictamen 894/2012), de modo que en la actualidad el artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP), no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía, sino

que circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.

La Administración no ha llevado a cabo ninguna valoración de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento imputable al contratista, por lo que dicho procedimiento deberá tramitarse, con audiencia del contratista para valorar económicamente los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento.

Ahora bien no podemos olvidar que el artículo 215.4 del TRLCSP establece que *“en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”*, previsión que conjuga mal con la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada.

En función de ello, con carácter general, lo procedente es que el acuerdo de resolución disponga la no incautación de la garantía sin perjuicio de su retención a resultas de la liquidación de los perjuicios en procedimiento contradictorio (lo que hemos estimado en otras ocasiones Dictamen 1/13 de acuerdo con el Consejo de Estado - Dictamen 646/12 -). Sin embargo en el presente caso se da la circunstancia que el incumplimiento consiste en el impago del canon concesional y que el importe de la garantía no cubre más que una pequeña parte de lo adeudado, por lo que *prima facie*, la incautación propuesta resulta procedente, sin perjuicio de continuar con la liquidación de los daños y perjuicios.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución de la concesión de dominio público de las instalaciones de *“quiosco bar ubicado en el Parque A de Alcorcón”*, por incumplimiento culpable del contratista, con incautación automática de la garantía constituida.

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, 26 de febrero de 2014

