

Dictamen nº: **456/19**
Consulta: **Alcalde de Parla**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **07.11.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión del día 7 de noviembre de 2019, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Parla, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre extinción de la concesión demanial para la utilización privativa del dominio público local con la explotación de parcelas para huertos ecológicos urbanos en el municipio de Parla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 15 de octubre de 2019 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen preceptivo formulada por el alcalde de Parla el día 9 de octubre de 2019, sobre expediente de extinción de la concesión demanial para la utilización privativa del dominio público local con la explotación de parcelas para huertos ecológicos urbanos en el municipio suscrita con la mercantil Ocio Sano S.L. (en adelante, “*la concesionaria*”). La solicitud de dictamen fue acompañada de la documentación que, numerada y foliada, obra en el expediente.

Admitida a trámite, con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 487/19, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 23 del Reglamento Orgánico de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

La ponencia ha correspondido al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en sesión celebrada el día 7 de noviembre de 2019.

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

1.- La Junta de Gobierno Local (JGL) aprobó, mediante acuerdo de 4 de julio de 2013 (documento nº 2), los pliegos de cláusulas administrativas (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT) que habían de regir la citada concesión que se regiría por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas y por la legislación de contratación pública en cuanto a la aplicación de sus principios para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse y supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y derecho privado.

La utilización privativa del bien demanial se concedía con la finalidad de desarrollar la explotación de pequeñas actividades agrícolas mediante pequeños huertos de alquiler, la difusión de conocimientos agrícolas y medioambientales, la venta de productos hortícolas y el disfrute de las instalaciones por los usuarios. Se establecía un canon mínimo de 1.000 euros al año y un plazo de duración de treinta años.

Tras la oportuna licitación, la JGL adjudicó la concesión el 19 de septiembre de 2013 a la concesionaria (documento nº 3) y se formalizó por documento de 11 de octubre de 2013 (documento nº 4), siendo el canon anual de 1.501 euros. La garantía definitiva por importe de 18.377,34 euros se depositó en la Tesorería Municipal.

2.- Se incorporó al expediente la siguiente documentación:

2.1.- Informe de 26 de marzo de 2015 de la unidad administrativa de la concejalía de actividades que recoge que la concesionaria presentó una declaración responsable de inicio de actividad pero, al constar de una cafetería-tienda, precisaba de una tramitación diferente.

A raíz de ello, la concesionaria presentó un proyecto modificado respecto del cual el Ayuntamiento solicitó documentación complementaria. La documentación presentada a tal efecto fue considerada insuficiente por el Ayuntamiento que declaró la caducidad del expediente.

Aun cuando se hicieron determinadas actuaciones de naturaleza fiscal y del ingeniero técnico municipal, se dio traslado a la Policía Local y al Servicio de Vigilancia y Control que informaron que la actividad estaba en funcionamiento por lo que el 24 de marzo de 2015 se dio audiencia a la concesionaria previa al cierre de las instalaciones.

2.2.- Informe del Departamento de Urbanismo de 25 de marzo de 2015 en el que consta que la concesionaria no ha obtenido licencias de primera ocupación, de actividad y funcionamiento pese a lo establecido en las cláusulas 1^a y 3^a del pliego de técnicas que establecen la obligación de obtener todas las licencias necesarias en el plazo de 12

meses. Asimismo, tampoco se habría obtenido la autorización para el uso de agua de pozos por parte de la Confederación Hidrográfica.

2.3.- Requerimiento de 6 de mayo de 2015 notificado el 25 de mayo del Departamento de Urbanismo a la concesionaria para que subsane determinadas deficiencias en el plazo de un mes.

Consta respuesta de la concesionaria con fecha 17 de junio de 2015.

2.4.- Informe de 25 de junio de 2015 del Departamento de Urbanismo en el que se indica que no procede conceder licencia de primera ocupación puesto que las obras no están finalizadas y se ha modificado sustancialmente el proyecto de obra.

2.5.- Informe de 26 de junio de 2015 del Técnico de Urbanismo en el que se indica la necesidad de advertir a la concesionaria de la posibilidad de rescisión de la concesión.

2.6.- Requerimiento de 1 de julio de 2015 en los términos del informe anterior.

2.7.- Solicitudes de la concesionaria de 24 y 29 de julio de 2015 aportando un proyecto de modificación y ampliación del proyecto de obra.

2.8.- Requerimiento del Ayuntamiento de 17 de agosto de 2015 para subsanar dichas solicitudes.

2.9.- Contestaciones de 28 de agosto de 2015 y 18 de noviembre de 2015 de la concesionaria a ese requerimiento.

3.- Con fecha 5 de noviembre de 2015 la JGL del Ayuntamiento acordó el inicio del expediente de rescate con extinción del contrato de concesión. De dicho Acuerdo se dio traslado a la concesionaria que presentó escrito de alegaciones el 2 de diciembre de 2015 en el que mostraba su oposición a la rescisión de la concesión y argumentaba una supuesta vulneración por parte del Ayuntamiento de Parla de los principios de buena fe y confianza legítima puesto que inició el procedimiento de extinción antes del vencimiento del plazo para presentar la documentación requerida.

Considera, igualmente, que no ha existido ningún incumplimiento contractual esencial, siendo desproporcionada la decisión de resolver la concesión e incurriendo en causa de nulidad de pleno derecho al causarle indefensión puesto que no se le ha dado traslado del expediente de forma íntegra.

4.- En sesión ordinaria celebrada por la JGL, de fecha 3 de marzo de 2016, se acordó aprobar la propuesta del concejal delegado del Área de Hacienda, Patrimonio, Educación y Cultura desestimando las alegaciones del contratista.

5.- El 18 de marzo de 2016 el alcalde de Parla remitió la solicitud de dictamen a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid donde tuvo entrada el 21 de marzo de 2016.

6.- Remitido el expediente por la Abogacía a esta Comisión Jurídica Asesora fue reenviado a la entonces Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio en cumplimiento del artículo 18.3.c) del ROFCJA.

7. Con fecha 11 de abril de 2016 tuvo entrada en la Comisión la solicitud de dictamen dando lugar al Dictamen 34/16, de 21 de abril que consideró que el procedimiento había caducado. El citado dictamen tuvo entrada en el Ayuntamiento de Parla el 27 de abril de 2016.

8.- El 21 de febrero de 2019, la JGL acuerda el inicio de un nuevo procedimiento de rescate de la concesión. El citado acuerdo se basa en un informe de 28 de enero de 2019 del arquitecto municipal en el que, ratificándose en otros anteriores, hace constar que no se está ejerciendo la actividad de huertos urbanos y las parcelas se encuentran en un estado de abandono con las obras sin finalizar.

Asimismo, por informe de un técnico de administración general, se relatan los antecedentes fácticos de la concesión y se recogen como incumplimientos:

- No haber solicitado licencias y autorizaciones necesarias.
- No haber concluido las obras e instalaciones en el plazo de 12 meses (12 de octubre de 2014).
- No haber efectuado una inversión de 250.000 euros en el plazo de 18 meses (12 de abril de 2015).
- No haber solicitado licencias de obras, primera ocupación, instalación de actividad (clausurada el 14 de abril de 2015) ni las autorizaciones preceptivas del Canal de Isabel II, Confederación Hidrográfica del Tajo y Dirección General de Industria, Energía y Minas.
- No haber pagado el canon concesional.
- No mantener en buen estado el dominio público.
- No ejecutar actuaciones de conservación y mantenimiento de las instalaciones.
- No haber abonado impuestos ni tasas.
- No haber aportado el estudio de seguridad y salud.

- No haber dado de alta el suministro de energía eléctrica.
- No haber contratado las pólizas de seguro.
- No mantener en condiciones de seguridad y ornato las instalaciones.
- Implantar un cartel publicitario no autorizado.

Entiende que se trata de infracciones graves que no solo darían lugar a la imposición de penalidades sino a la extinción de la concesión conforme la cláusula 28 del pliego de cláusulas administrativas que permitiría, asimismo, la incautación de la garantía.

9.- Se acordó dar traslado para alegaciones a la concesionaria (8 de marzo de 2019).

10.- El 22 de marzo de 2019 la concesionaria presenta escrito de alegaciones oponiéndose a la resolución.

En las mismas destaca que, en el anterior procedimiento, el Ayuntamiento no dictó resolución por lo que tuvo que presentar demanda contencioso-administrativa. Poco antes de la vista, el Ayuntamiento declaró caducado el procedimiento por lo que el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 18 de Madrid dictó sentencia el 19 de marzo de 2019 declarando la pérdida de objeto del recurso y, entendiendo que había existido una actuación dilatoria, condenó en costas al Ayuntamiento.

Afirma que el acuerdo de inicio del rescate está falso de motivación y le ocasiona indefensión.

Recuerda que no se les concedió licencia porque se consideró por el Ayuntamiento que se habían introducido modificaciones sustanciales

en el proyecto por lo que se les requirió la presentación de un modificado. Una vez presentado este, se les requirió de nuevo documentación a aportar en el plazo de un mes pero antes de la finalización de ese plazo el Ayuntamiento decidió iniciar el procedimiento de extinción de la concesión.

Destaca que se publicó en diversos medios de comunicación que el Ayuntamiento había acordado la extinción de la concesión sin que el alcalde les contestase la carta que le remitieron solicitando explicaciones.

Considera que, en el presente expediente, los técnicos se han limitado a ratificarse en los informes evacuados con anterioridad en el año 2015 lo que le ocasiona indefensión ya que no se han incorporado al expediente.

Afirma que han solicitado en tres ocasiones el acceso a las instalaciones para cumplimentar los requerimientos efectuados sin que se les haya contestado por el Ayuntamiento.

Consideran que en el pliego no “*existe nada que pueda ser considerado como esencial para el contrato*” sin que se recojan faltas muy graves sino solo graves.

Entienden que es especialmente grave que no se haya contestado al escrito presentado el 20 de noviembre de 2015 a efectos de subsanar las deficiencias observadas por el Ayuntamiento de Parla.

Por todo ello consideran que no procede la extinción de la concesión.

Aportan diversa documentación (folios 27-556) del documento nº 35 del expediente).

11.- El 1 de abril de 2019 emite informe el arquitecto municipal. Según el citado informe no consta en el Departamento de Urbanismo, ninguna solicitud presentada de la concesionaria posterior a la del 20 de noviembre de 2015 que respondía al requerimiento realizado el 30 de septiembre siendo posterior al inicio del procedimiento de extinción (5 de noviembre).

En cualquier caso, en la desestimación de las alegaciones realizadas por la JGL el 3 de marzo de 2016 constaba un informe técnico desfavorable en el que se enumeran las deficiencias de la documentación el 20 de noviembre por lo que esa documentación no subsanaba las deficiencias del proyecto modificado.

Afirma que, a lo largo de los años 2017, 2018 y 2019, se han visitado en seis ocasiones las instalaciones sin que exista precinto municipal alguno y se ha constatado que no se han realizado nuevos trabajos con posterioridad a 2017, por lo que las instalaciones se encuentran en un estado de abandono.

Los incumplimientos han sido acreditados en informes anteriores que constan en el expediente sin que hayan sido subsanados. Destaca especialmente que se desarrollaron actividades sin licencia de primera ocupación lo cual es una infracción grave conforme la prescripción 9º del pliego de prescripciones técnicas.

Las obras deberían haber estado listas para su funcionamiento el 12 de octubre de 2014 pero las obras siguen sin finalizarse ni se han obtenido las licencias necesarias.

Destaca que no consta que se haya obtenido licencia de acometida del Canal de Isabel II ni autorización del uso de agua de pozo para riego de la Confederación Hidrográfica del Tajo y para la extracción de agua de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Comunidad de Madrid. La concesión de estas autorizaciones, esenciales para poder ejercer la actividad, no depende del Ayuntamiento.

Aporta informes de 7 de febrero, 6 de julio, 17 de octubre de 2017, 24 de octubre de 2018 y 28 de enero de 2019.

12.- El 28 de marzo de 2019 emite informe el Departamento de Actividades en el que se señala que, el 2 de junio de 2015, se realizó una visita a las instalaciones para proceder a su precinto lo cual no se llevó a cabo puesto que se comprobó que las instalaciones estaban cerradas figurando un cartel en el que se afirmaba que el cierre era temporal y se debía a la mejora de las instalaciones. Afirma que en ningún momento se ha impedido a la concesionaria el acceso a las instalaciones para lo cual no precisaba autorización alguna.

13.- Consta como “*expediente policía*” un documento en el que se recogen diversas actuaciones de la Policía Local de Parla en sentido análogo a lo indicado por el Departamento de Actividades.

14.- El 3 de abril de 2019 emite informe un técnico del Departamento de Patrimonio en contestación a las alegaciones del concesionario.

Entiende que no hay falta de motivación puesto que los informes del año 2015 permiten establecer que el concesionario había incumplido las obligaciones de la concesión y este ha tenido acceso a

todos ellos. En cuanto al escrito presentado por el concesionario el 20 de noviembre de 2015, la JGL, por acuerdo de 3 de marzo de 2016, lo tuvo en cuenta para rechazar sus alegaciones. Además, el nuevo informe del arquitecto municipal de 1 de abril de 2019 pone de relieve que las deficiencias siguen sin subsanarse.

Rechaza que las publicaciones en medios de comunicación tengan efecto alguno sobre el procedimiento de extinción. Asimismo, ha quedado acreditado que no se impidió el acceso al concesionario a las instalaciones sino tan solo que se dedicasen a huertos urbanos lo que procedió a cumplir voluntariamente sin necesidad de precinto.

Pone de relieve que existen además incumplimientos cuya subsanación no requería de acceso alguno a las instalaciones y que no han sido cumplimentados.

Rechaza que el concesionario haya presentado escritos de subsanación sin que hayan sido contestados.

En punto a la tramitación del procedimiento, destaca la necesidad de obtener el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y la conveniencia de proceder a la suspensión del plazo para resolver.

15.- El 4 de abril de 2019, la JGL acuerda desestimar las alegaciones presentadas por el concesionario reproduciendo el contenido del anterior informe y solicitar el informe de la Comisión Jurídica Asesora con suspensión del plazo para resolver.

16.- El 5 de abril de 2019 el alcalde de Parla remite la solicitud de dictamen a la Dirección General de Cooperación con la Administración Local.

17.- El 22 de abril de 2019 tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora la petición de dictamen formulada por el alcalde de Parla.

18.- Esta Comisión emitió el Dictamen 229/19, de 30 de mayo, en el que consideró necesaria la retroacción para dar audiencia al concesionario, toda vez que se habían incorporado informes con hechos nuevos con posterioridad al trámite de audiencia. El citado Dictamen tuvo entrada en el Ayuntamiento de Parla el 31 de mayo de 2019.

19.- El 1 de julio de 2019, el concejal delegado del Área de Nuevas Tecnologías, Recursos Humanos, Economía y Hacienda acordó la retroacción del procedimiento para dar audiencia al concesionario.

20.- Por escrito firmado el 10 de julio de 2019 sin registro de entrada, el concesionario formula alegaciones.

En las mismas reitera lo recogido en sus anteriores escritos destacando que padece un “*calvario*” administrativo puesto que cada vez que cumple un requerimiento de la Administración aparecen nuevos requerimientos, llegando a acordar el inicio del procedimiento de extinción sin contestar los escritos presentados por la concesionaria.

Por ello considera que la actuación del Ayuntamiento es arbitraria y carente de motivación al llevar casi cuatro años pretendiendo rescatar la concesión.

Destaca que el 20 de octubre de 2015 se le notificó un plazo de un mes para subsanar una serie de requisitos en relación al proyecto

modificado presentado el 24 de julio de 2015 en contestación a un requerimiento del Ayuntamiento de 22 de junio de 2015 relativo a la imposibilidad de conceder licencia de primera ocupación. Sin embargo el 5 de noviembre la JGL acordó el inicio del rescate.

Reitera lo indicado sobre las noticias de prensa y las ratificaciones de informes por los funcionarios municipales.

Considera que las infracciones están prescritas con arreglo al artículo 30 de la LPAC y critica el que se pretenda resolver el contrato basándose en informes de cuatro años atrás.

Pone de relieve que el Ayuntamiento no contestó sus peticiones de acceso a las instalaciones (que habían sido precintadas) para poder cumplir los requerimientos que se le hacían.

Rechaza que una supuesta “*falta grave*” permita resolver el contrato concesional. Afirma que el 20 de noviembre de 2015 presentaron un documento que acreditaba la subsanación de deficiencias y que nunca fue contestado.

Ese documento se presentó antes de que expirase el plazo para la subsanación y, antes de que el plazo expirase, el Ayuntamiento ya decidió iniciar el procedimiento de extinción.

Por todo ello rechaza la procedencia de la extinción de la concesión.

21.- El 6 de agosto de 2019 el técnico de Patrimonio del ayuntamiento de Parla emite informe contestando las alegaciones del concesionario.

Rechaza que haya ninguna arbitrariedad en la actuación municipal toda vez que la extinción procede por cuanto no se ha obtenido la preceptiva licencia de funcionamiento y apertura. Muchos de los incumplimientos del procedimiento de rescate del año 2015 se produjeron entonces pero, a día de hoy, persisten.

En cuanto al escrito de subsanación presentado por el concesionario el 20 de noviembre de 2015, fue tenido en cuenta por el Acuerdo de la JGL de 3 de marzo de 2016 por el que se desestimaban las alegaciones presentadas por la concesionaria el 2 de diciembre de 2015 (recurrido en reposición y desestimado) y como tal obra tanto en el expediente actual como en el de 2015 que caducó. Además, el informe del arquitecto municipal de 1 de abril de 2019 vuelve a poner de manifiesto que los requerimientos no han sido cumplidos.

Tras poner de relieve que no estamos ante un procedimiento sancionador destaca que el incumplimiento más grave ha sido no obtener la licencia de funcionamiento pese a lo cual el concesionario inició la actividad lo que motivó el Decreto de cierre.

Otras deficiencias eran subsanables pero los informes ponen de manifiesto su sistemático incumplimiento a lo que se suma el que se iniciase la actividad sin licencia y que no contase con autorización de la Confederación Hidrográfica del Tajo.

Rechaza la afirmación del concesionario en cuanto a que al no poder acceder a las instalaciones no pudo cumplir los requerimientos.

En primer lugar porque nunca se ha precintado la actividad. Tan solo se ordenó su cese y en caso de incumplimiento que la Policía Local procediese al precinto. Por tanto no se impidió el acceso a las

instalaciones que, por otra parte, no era necesario para subsanar algunas deficiencias como la autorización de la Confederación Hidrográfica del Tajo.

En cuanto a que no se contestase su escrito de subsanación afirma que hay constancia de la contestación en los folios 165 y 166-172 del expediente.

22.- El 25 de septiembre de 2019 emite informe la Asesoría Jurídica/Secretaría en el que se considera que el informe del técnico de Patrimonio permite continuar el procedimiento de resolución.

23.- El 26 de septiembre de 2019 el viceinterventor emite informe favorable.

24.- El 26 de septiembre de 2019 la JGL, en sesión extraordinaria urgente, aprueba la propuesta del concejal delegado del Área de Nuevas Tecnologías, Recursos Humanos, Economía y Hacienda en cuanto:

1º Desestimar las alegaciones del concesionario y acordar el rescate de la concesión con incautación de la garantía.

2º Solicitar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora.

3º Suspender el plazo para resolver al amparo del artículo 22.1 d9 de la LPAC con notificación al concesionario.

25.- La solicitud de dictamen tuvo entrada en la Comisión el 15 de octubre de 2019. Con fecha 24 de octubre el secretario de la Comisión solicitó que se completará el expediente remitiendo la acreditación de la garantía definitiva constituida y las liquidaciones del canon concesional efectuadas por el Ayuntamiento de Parla.

26.- El 28 de octubre de 2019 se remitió a esta Comisión un talón de cargo de una fianza en metálico por importe de 18.377, 34 euros y un informe tributario de la viceteresorera firmado el 24 de octubre en el que se indica que no consta ninguna liquidación del canon concesional desde el año 2013 a nombre del concesionario ni de la Comunidad de Madrid (sic).

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 5.3.f).e. de la Ley 7/2015, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora debe ser consultada en los expedientes tramitados por las entidades locales en los supuestos de “*Interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario*”.

Al formularse oposición a la extinción de la concesión por parte de la concesionaria, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDA.- La concesión se adjudicó por la JGL el 19 de septiembre de 2013 por lo que resulta de aplicación, en cuanto normativa de contratos públicos, el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

Debemos reiterar lo señalado en nuestro Dictamen 229/19 en cuanto a que debe tenerse presente que el pliego de cláusulas administrativas de la concesión se remite a la normativa local y patrimonial de las Administraciones Públicas, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de la Administraciones Públicas (LPAP), la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), el Texto Refundido de la disposiciones vigentes en materia de régimen local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL) y el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBEL), el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (RGLPAP). A su vez, el PCAP se remite a la normativa de contratos en cuanto a las dudas y lagunas que pudieran surgir, conforme establece el artículo 4.2 del TRLCSP.

Es criterio de esta Comisión (Dictamen 33/17, de 26 de enero) basado en precedentes del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (Dictamen 307/14, de 9 de julio) el considerar que, ante el silencio de la normativa patrimonial sobre los procedimientos de extinción de las concesiones demaniales y las remisiones que a la normativa de contratos públicos efectúan tanto esa normativa (artículo 78.2 del RBEL) como los pliegos de cláusulas administrativas, a lo que se suma la importante corriente doctrinal y jurisprudencial que defiende la naturaleza contractual de las concesiones, resulta aplicable el procedimiento para la resolución de contratos administrativos. A ello se suma, además, el carácter garantista de este procedimiento para los derechos de los interesados.

Es cierto que el PCAP establece en su cláusula 29^a que la aplicación de las cláusulas de extinción de la concesión requerirá la aplicación del procedimiento previsto en la cláusula 27^a, la cual se

remite al Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto. No obstante, es dudoso que los pliegos puedan recoger esa remisión puesto que el artículo 196 de la LPAP, al remitirse al procedimiento sancionador, se refiere a la imposición de las sanciones previstas en el Título IX de la LPAP en tanto que la extinción de las concesiones aparece prevista en el artículo 100 (Título IV) ya que, como indica el informe del Área del Patrimonio, la resolución de una concesión o de un contrato carecen de carácter sancionador. El carácter no sancionador de la caducidad de las concesiones demaniales se recoge en sentencias del Tribunal Supremo como las de 6 de octubre de 2009 (rec. 1221/2007) y 27 de junio de 2011 (rec. 6210/2008).

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio (en este caso, el 21 de febrero de 2019), lo que supone la aplicación en el caso analizado de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP/17).

Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”. Con carácter subsidiario se ha de aplicar la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

En cuanto a la competencia para acordar la extinción de la concesión corresponde a la JGL conforme la cláusula 3^a del PCAP.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio bajo la vigencia de la LCSP/17 es de ocho meses conforme su artículo 212.8.

Por tanto, ha de entenderse que el procedimiento no está caducado, a lo que se suma que el plazo para resolver se ha suspendido al amparo del artículo 22.1 d) de la LPAC tanto en la remisión anterior a esta Comisión como en la que da lugar al presente dictamen.

Por lo que respecta al procedimiento se ha concedido audiencia a la contratista conforme establecen los artículos 191.1 de la LCSP/17 y el artículo 109.1 a) del RGLCAP. Pese a que en algunos escritos del Ayuntamiento (documento 10) se indica la necesidad de conceder audiencia al avalista, puesto que la fianza se constituyó en metálico (como resulta del documento requerido por esta Comisión) no existe tal avalista y por tanto, obviamente, no es necesaria su audiencia.

TERCERA.- El artículo 100 de la LPAP establece como causas de extinción de las concesiones demaniales en su apartado f) 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*” y en su apartado i) “*cualquier otra causa prevista en las condiciones generales o particulares por las que se rijan*”.

En el PCAP que rige la concesión constan como causas de extinción de la concesión (clausula 28^a) diversos supuestos entre los que destacan:

“*apartado 1 g) Falta de pago del canon o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular de la concesión,*

declarados por el órgano competente. A estos efectos se consideran incumplimientos graves, los previstos en la cláusula 25^a (sic) apartado 2 de este Pliego”.

“apartado 2 g) Cualquier otro incumplimiento por parte del concesionario no previsto en los apartados anteriores, calificable como infracción grave o muy grave de acuerdo con lo establecido en este Pliego”.

La cláusula 26 relativa a las infracciones recoge las siguientes:

“1.- Se considera infracción toda acción u omisión en la que incurra el concesionario, calificada como tal en la legislación del Estado, de la Comunidad de Madrid y en las Ordenanzas del Ayuntamiento de Parla, que resulten de aplicación por razón de la materia.

En particular, son infracciones, las previstas en la vigente Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

La calificación de la infracción como leve, grave o muy grave, se efectuará atendiendo a la citada normativa.

2.- De conformidad con lo previsto en el artículo 192.2 e) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, se consideran infracciones graves por incumplimiento del contenido y fines de esta concesión, los siguientes:

a) La realización por el concesionario de actos que, de acuerdo con estos Pliegos, la legislación de patrimonio de las Administraciones públicas, y demás normativa aplicable, requieran de la previa autorización del órgano otorgante de la concesión, siempre y cuando

dichos actos no estén tipificados como infracción dentro de la normativa a la que se refiere el apartado 1 de esta cláusula.

b) La dedicación del dominio público a un uso distinto del específicamente señalado en este Pliego.

c) La discriminación en el acceso al uso del dominio público cedido.

d) La falta de consideración a los funcionarios o agentes de la autoridad, cuando intervengan por razón de su cargo, o la negativa u obstaculización a su labor inspectora.

e) La no ejecución al término de la concesión, de cuantas reparaciones, correcciones o sustituciones sean requeridas por el Ayuntamiento de acuerdo con lo previsto en este Pliego y en la normativa que resulte de aplicación.

f) La falta de desalojo del concesionario dentro del plazo de treinta días naturales a contar desde la fecha de terminación de la concesión.

3. La comisión de cualquier otro incumplimiento previsto en la legislación del Estado, de la Comunidad de Madrid y en las Ordenanzas del Ayuntamiento de Parla llevará aparejada la imposición de la sanción que en dicha normativa se establezca.

Con independencia de las sanciones que puedan imponérsele, el concesionario estará obligado a la restitución y reposición de los bienes a su estado anterior, con la indemnización de los daños irreparables y perjuicios causados, en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente. El importe de estas indemnizaciones se fijará ejecutoriamente por el órgano competente para imponer la sanción”.

A su vez, ha de destacarse que el PPT establecía (prescripción 3.2) que las obras e instalaciones deberían estar concluidas y listas para su funcionamiento en el plazo de 12 meses desde el día siguiente a la formalización del contrato (11 de octubre de 2013).

Igualmente la prescripción 9^a recogía una larga lista de obligaciones del concesionario entre las que cabe destacar:

- Obtener las licencias y autorizaciones pertinentes para el ejercicio de la actividad quedando exonerado el Ayuntamiento para el supuesto de que la entidad adjudicataria no obtuviera tales permisos, autorizaciones y licencias.

En este sentido, el Ayuntamiento basa la resolución de la concesión (conforme el acuerdo de inicio de la JGL) en los siguientes incumplimientos:

-No obtención de las licencias de obras, primera actividad y funcionamiento. Falta de obtención de licencia de acometida del Canal de Isabel II, justificante de solicitud ante la Confederación Hidrográfica del Tajo y de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Comunidad de Madrid.

-Incumplimiento de la obligación de pagar el canon.

-Obligación de mantener en buen estado el dominio público y las obras e instalaciones que construyere.

-Obligación de realizar trabajos de mantenimiento.

-Obligación de cumplir las disposiciones en materia laboral, de Seguridad Social, Prevención de Riesgos Laborales y de Seguridad y Salud.

- Obligación de dar de alta el suministro eléctrico.
- Obligación de suscribir pólizas de seguros.
- Obligación de mantener en condiciones de seguridad y ornato público las instalaciones.
- Instalación de un cartel publicitario sin autorización.
- Incumplimiento del plazo en el que las instalaciones deberían estar concluidas (12 de octubre de 2014).

Por tanto la cuestión a determinar es si los incumplimientos recogidos en el acuerdo de inicio, que en parte el propio concesionario no niega puesto que reconoce que carece de licencia de funcionamiento, permiten declarar la extinción de la concesión.

Debemos partir de la premisa en cuanto a que, como señala el Dictamen 893/2014, de 16 de octubre, del Consejo de Estado:

“(...) 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)”.

En términos similares se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2009 (rec. 5141/2006) al indicar que:

“(...) consideramos que la Sala de instancia ha realizado una interpretación aplicativa infundada, contraria al canon hermenéutico

pro civem del régimen jurídico de la caducidad, establecido en los artículos 83 a 88 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas y en los artículos 106 a 112 del Reglamento General para el Régimen de la Minería, y disconforme con la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, que (...) refiere que la caducidad no constituye una manifestación del ejercicio de potestades de policía, que se limita a constatar que el ejercicio de un derecho preexistente se desarrolla conforme al ordenamiento jurídico, sino que se engarza en una autorización de carácter constitutivo del derecho de investigación o explotación mineras, que se pierde por incumplimiento de las condiciones impuestas en el acto de otorgamiento o en la Ley, por lo que no reviste naturaleza sancionadora, sino que, congruente con el principio de proporcionalidad, principio general del derecho, que está reconocido implícitamente en el artículo 103 de la Constitución, en la cláusula de "servir con objetividad los intereses generales", vincula a la Administración a ejercer sus potestades de ordenación minera conforme a cánones de racionalidad, en cuanto que debió ponderar las específicas circunstancias concurrentes en este litigio, derivadas de la existencia de un supuesto de transmisión mortis causa de derechos mineros, en que la falta de diligencia de la Comunidad hereditaria en notificar a la Administración de minas el fallecimiento del titular de la concesión, atemperada por el pago del canon minero, que evidencia que no existe voluntad de renunciar voluntariamente a las concesiones, coincide con la inactividad de la Administración en ejercer las funciones de inspección y vigilancia de la regularidad y continuidad de los trabajos de aprovechamiento y explotación de las concesiones mineras "San Antonio", sancionando la falta de presentación de los planes de labores anuales. (...) La autoridad administrativa ha aplicado de forma desproporcionada la causa de caducidad tipificada en el artículo 109 f) del Reglamento General

para el Régimen de la Minería, en contradicción con la doctrina jurisprudencial formulada en la sentencia de 31 de enero de 2006 (RC 3756/2003).

Además, en este caso, la genérica referencia del artículo 100 f) de la LPAP a “*cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular de la concesión*” es concretada por el Ayuntamiento concedente al remitirse en la cláusula 28^a a los previstos en el propio pliego.

CUARTA.- En primer lugar a la hora de analizar el rescate de esta concesión ha de destacarse la defectuosa redacción de los pliegos.

Como es sabido, los pliegos de cláusulas administrativas deben recoger las cláusulas de naturaleza jurídica definidoras de los derechos y obligaciones del contrato (artículo 115.2 del TRLCSP) en tanto que en los pliegos de prescripciones técnicas se recogen las prescripciones técnicas particulares que rigen la realización de la prestación y definen sus calidades (artículo 116.1 del TRLCSP).

La obtención de las licencias necesarias para el desarrollo de la concesión demanial, en cuanto presupuesto esencial para la ejecución de la concesión, debería figurar en el pliego de cláusulas administrativas o, cuando menos, que este recogiese la falta de obtención como una causa de resolución o como una infracción grave.

Sin embargo, no se recogió así y la referencia a la obligación (cláusula 21^a j) de cumplir la normativa vigente resulta en exceso genérica.

Comenzando por el análisis de las autorizaciones exigidas, es un hecho admitido, tanto por el concesionario como por el Ayuntamiento, que varias de esas licencias (singularmente la de actividad) no se han concedido. El concesionario lo achaca a una actitud obstrucciónista por

parte del Ayuntamiento (no consta que haya acudido a los tribunales solicitando su concesión) en tanto que el Ayuntamiento afirma que la documentación presentada adolece de deficiencias que impiden su concesión.

Es evidente que se trata de una disputa en la que esta Comisión no puede entrar puesto que no forma parte de sus competencias, ahora bien, la falta de obtención de la licencia, aun siendo un incumplimiento del concesionario, no puede considerarse como causa de resolución.

Como tal no está previsto en la cláusula 28^a y tan solo podría ser incluido si considerase como una infracción grave o muy grave (apartados 1 y 2 letras g). La interpretación de la cláusula debe hacerse de manera estricta y no cabe incluir otros incumplimientos distintos de la falta de pago del canon o los previstos como infracciones en la cláusula 26^a.

Las infracciones aparecen previstas en la cláusula 26^a que se remite a las recogidas en la LPAP sin que la falta de obtención de licencias encaje en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 192 de la LPAP. Tampoco encaja en los restantes supuestos previstos en la citada cláusula.

Por todo ello ha de entenderse que la no obtención de la licencia de funcionamiento o de otras autorizaciones no puede considerarse causa de resolución teniendo en cuenta el evidente carácter restrictivo que ha de presidir la interpretación de las causas de resolución, máxime siendo el propio Ayuntamiento quien redactó los pliegos (artículo 1288 del Código Civil).

Cuestión distinta es el ejercicio de la actividad sin licencia. En este sentido la cláusula 26^a en su apartado 2º letra a) recoge como

infracción grave la realización de actos por el concesionario que, de conformidad con la normativa aplicable, requieran autorización previa del órgano otorgante de la concesión.

Tal y como hemos expuesto, no se discute la necesidad de la licencia de funcionamiento y, según consta en la documentación integrante del expediente, el 14 de abril de 2015 se decretó el cierre de las instalaciones por carecer de los permisos y licencias municipales necesarias, quedando acreditado por el informe de la Policía Local (documento 22) que tal actividad se había desarrollado.

Sin embargo, paradójicamente, esa causa de extinción no se recoge en el acuerdo de la JGL de 21 de febrero de 2019 (documento 11) y aunque sí se cita en el acuerdo de desestimación de las alegaciones del concesionario (documento nº 34) que hace las veces de propuesta de resolución, no puede ser tenida en cuenta, puesto que ello ocasionaría una clara indefensión al concesionario que vería extinguida la concesión por una causa sobre la que no pudo hacer alegaciones.

Tampoco pueden considerarse causas de extinción incumplimientos tales como los de abonar impuestos, tasas etc. (que la propuesta ni siquiera llega a identificar y concretar), dar de alta el suministro de energía eléctrica, suscribir pólizas de seguros o instalar publicidad. Tales incumplimientos no aparecen recogidos claramente en el pliego ni como causas de caducidad ni como infracciones.

Lo mismo ha de decirse en cuanto a que en el proyecto modificado no conste un estudio de seguridad y salud, lo cual es tan solo una deficiencia del proyecto que, por otra parte, no ha sido aprobado por el Ayuntamiento puesto que no ha concedido la licencia.

El Ayuntamiento considera también causas de caducidad la obligación de mantener en buen estado el dominio público así como las obras e instalaciones, ejecutar las instalaciones y trabajos de conservación, mantenimiento y reparación, mantener en condiciones de seguridad y ornato público las instalaciones y haber instalado un cartel publicitario sin autorización del Ayuntamiento.

La cláusula 28^a, como se ha indicado, considera causa de extinción la comisión de infracciones graves o muy graves y se remite en especial a la cláusula 25º apartado 2 (debiendo entenderse la cláusula 26^a apartado 2).

La citada cláusula 26^a, después de una mención genérica a que se considera infracción cualquier incumplimiento de la legislación del Estado, de la Comunidad de Madrid y de las Ordenanzas municipales, se remite expresamente a las infracciones previstas en la LPAP (artículo 192) que se calificaran como leves, graves o muy graves según dicha norma.

A su vez el apartado 2^a de la cláusula y al amparo del artículo 192.2 e) de la LPAP tipifica una serie de actos como infracciones graves.

Pues bien, el no mantener en buen estado de conservación las instalaciones no puede considerarse como una infracción grave o muy grave ya que no aparece como tal ni en la LPAP ni en el apartado 2º de la cláusula 26^a.

Según el acuerdo de inicio, los huertos están sin rellenar de tierra y se han realizado obras sin terminar. El artículo 192.2 b) de la LPAP considera infracción grave “*la realización de obras, trabajos u otras actuaciones no autorizadas en bienes de dominio público, cuando produzcan alteraciones irreversibles en ellos*”. No obstante en ningún

momento el Ayuntamiento indica que tales obras inacabadas sean irreversibles, luego no puede considerarse ni infracción grave ni causa de extinción de la concesión.

La instalación de un cartel publicitario sin autorización del Ayuntamiento podría encajar en la infracción grave del apartado 2 a) de la cláusula 26^a (realización actos sin autorización cuando venga exigida en los pliegos) en relación con la prescripción 9^a obligaciones 19 y 20 del PPT.

Ahora bien, el propio pliego se remite a la legislación de contratos para resolver las dudas que pudieran presentarse. En este sentido es reiterada la jurisprudencia que exige que la resolución de los contratos proceda por incumplimientos graves de obligaciones esenciales que afecten a la propia existencia y razón de ser del vínculo contractual. Es por ello que La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas recogió (frente a la normativa anterior) esta exigencia de que se tratase de obligaciones esenciales por influencia de la jurisprudencia civil que consideraba que solo procedía la resolución contractual cuando los incumplimientos determinasen que el contrato no alcanzase el fin económico perseguido.

No parece que la mera instalación de un cartel publicitario sin autorización, que puede ser retirado a instancias del propio Ayuntamiento si no considera oportuna su existencia, tenga la entidad suficiente como para permitir declarar la extinción de la concesión tal y como resulta de la interpretación restrictiva establecida por el Tribunal Supremo.

Resta por analizar el incumplimiento que, a juicio de esta Comisión, sí permite declarar la extinción de la concesión como es la falta de pago del canon concesional.

El artículo 93.4 de la LPAP establece que las concesiones podrán ser gratuitas, otorgarse con contraprestación o condición o estar sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes del dominio público estatal regulada en el capítulo VIII del título I de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de Modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, o a las tasas previstas en sus normas especiales. A su vez, el artículo 80 del RBEL establece como una de las cláusulas necesarias en toda concesión el “*canon que hubiere de satisfacer a la Entidad local, que tendrá el carácter de tasa, y comportará el deber del concesionario o autorizado de abonar el importe de los daños y perjuicios que se causaren a los mismos bienes o al uso general o servicio al que estuvieren destinados*”.

Tal previsión se recoge en la cláusula 21 g) del PCAP y el documento de concesión demanial recoge en su cláusula 2^a que dicho canon será de 1.501 euros al año. A su vez, el PPT establece en su prescripción 4^a que el canon se abonará en periodo voluntario en función de la fecha de la notificación de la liquidación. Tal y como se ha indicado, el Ayuntamiento de Parla, a solicitud de esta Comisión, ha certificado que no se efectuó ninguna liquidación a la concesionaria desde el año 2013.

El acuerdo de inicio del procedimiento de resolución contractual recoge que no consta que a su fecha (21 de febrero de 2019) el concesionario haya abonado cantidad alguna en concepto de canon. Frente a ese incumplimiento, la concesionaria no efectúa alegación alguna.

Por ello es un hecho incontrovertido que, desde el otorgamiento de la concesión en el año 2013, el concesionario no ha abonado cantidad

alguna como canon concesional que, por otra parte, tampoco ha sido liquidado por el Ayuntamiento.

Como se ha indicado, tanto el artículo 100 f) de la LPAP como la cláusula 28^a del PCAP establecen que la falta de pago del canon es causa de extinción de la concesión.

Ante todo llama la atención que el concesionario no haya abonado el canon concesional desde el mismo momento del otorgamiento de la concesión ni el Ayuntamiento haya practicado las liquidaciones de la tasa conforme establece el PPT y exige la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local del Ayuntamiento de Parla que entró en vigor el 1 de enero de 2014.

El artículo 26 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL) establece que las tasas se devengan el 1 de enero de cada año cuando tienen un devengo periódico, criterio que reproduce el artículo 5 de la citada Ordenanza.

El devengo es el momento en el que se realiza el hecho imponible de tal forma que nace la obligación tributaria conforme el artículo 21 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) que establece en su apartado 3º que la ley propia de cada tributo podrá establecer la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar, o de parte de la misma, en un momento distinto al del devengo del tributo.

En este caso ni el TRLHL ni la Ordenanza establecen un régimen distinto. El pliego establece claramente que se liquidará anualmente y en todo caso el artículo 23 de la Ordenanza alude igualmente a la liquidación por años naturales.

Por ello, la obligación de pago del canon surgió con cada año natural transcurrido desde 2013 sin que el concesionario haya abonado cantidad alguna que, por otra parte, tampoco ha liquidado el Ayuntamiento.

Debe, además, ponerse esta falta de pago en relación con el incumplimiento de los fines sociales que motivaron el otorgamiento de la concesión.

Tal y como recoge el PPT en su prescripción 1^a:

“Los huertos urbanos tienen una finalidad pública ya que estos tienen como objetivo el fomento de actividades que faciliten un conocimiento responsable y suficiente del medio rural, que proporcionen alimentos sanos y sabrosos a muy bajo coste, que procuren un ocio gratificante y saludable, que faciliten el encuentro social y el intercambio de ideas y experiencias que contribuyan a la mejora del paisaje urbano y la cohesión social”.

Pues bien, esta finalidad pública ha sido incumplida ya que, desde el otorgamiento de la concesión hace más de seis años, no han llegado a estar en funcionamiento de tal forma que nos hallamos ante unos terrenos de dominio público que son objeto de utilización privativa por la concesionaria que ni paga el canon ni cumple la causa que motivó la concesión.

En el Dictamen 890/2018, de 22 de noviembre, el Consejo de Estado destacó que la falta de pago del canon era causa de extinción de la concesión tal y como establecían en aquel supuesto (al igual que en este) tanto la LPAP como el pliego de cláusulas administrativas.

Si a este incumplimiento añadimos el que, a fecha del presente procedimiento, el fin concesional resulta manifiestamente incumplido y

en materia de contratación pública (a la que se remite el pliego de la concesión) el incumplimiento total del objeto contractual constituye una causa de resolución (vid. artículo 211.1 f) de la LCSP/17) debemos entender que procede declarar la extinción de la concesión.

QUINTA.- Establecida la procedencia de la extinción de la concesión deben analizarse sus efectos.

De un lado ha de recordarse que, como pone de relieve el citado Dictamen 890/2018 del Consejo de Estado:

“(...) El Tribunal Supremo ha declarado en reiteradas ocasiones que, en caso de extinción de la concesión por incumplimiento imputable al concesionario, la Administración adquiere las instalaciones gratuitamente y libres de cargas, sin abonar indemnización alguna, pues así resulta del artículo 101 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de abril de 2017 y 1 de julio de 2015)”.

De otro ha de analizarse la incautación de la garantía propuesta por el Ayuntamiento de Parla.

La cláusula 30^a del PCAP establece la incautación automática de la garantía definitiva en los casos de extinción de la concesión por causa imputable al concesionario sin perjuicio de que, además, se indemnicen los daños y perjuicios causados a la Administración en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

Ahora bien, sobre el régimen jurídico de las garantías existe una consolidada doctrina jurisprudencial que admite la moderación en cuanto a su incautación en los casos de incumplimientos recíprocos apoyándose en lo dispuesto en el artículo 1154 del Código Civil.

Así, tanto el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (Dictamen 339/11, de 22 de junio) como esta Comisión (Dictamen 277/19, de 27 de junio) han admitido la no incautación de la garantía cuando han existido actuaciones de la Administración que han condicionado el incumplimiento del contratista.

En esta línea, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de abril de 2016 (rec. 303/2015), tras aludir a la incautación de la garantía por incumplimiento del contratista recuerda que:

«Sin embargo, como afirma la STS de 25 de enero de 2005 , además que es ciertamente difícil que la Ley resuelva directa y acabadamente, toda la amplia gama de posibilidades de la actuación de la Administración y el contratista en las resolución del contrato, por lo que debemos resolver dicha cuestión, en primer lugar con las normas que regulan la resolución de los contratos y después con el resto del ordenamiento (art. 4 del Código Civil), así de forma analógica podemos citar los artículos 1103 y 1154 del CC sobre la moderación que deben hacer los tribunales en cuanto a las indemnizaciones a pagar inter partes cuando exista concurrencia de culpas.»

Por tanto, la regla general de indemnización de daños y perjuicios que se imputan al incumplidor, en determinados casos de concurrencia de culpas no se produce y así en el dictamen del Consejo de Estado número 1641/1992, de 27 de enero de 1993, ya se dijo que "procede la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, pero apreciándose concurrencia de culpas que debe exonerar a aquel de las consecuencias previstas en el artículo 53 de la Ley de Contratos : pérdida de la fianza e indemnización de daños y perjuicios a la Administración ".

(...) *Este Tribunal no aprecia que exista culpa exclusiva de la contratista en la demora en la ejecución de la obra por los motivos anteriormente expuestos. Por tanto, apreciando la existencia de culpa conjunta de la actuación de la Administración y la contratista, que se puede y debe compensar aplicando los principios de la compensación y concurrencia de culpas vigente en nuestro ordenamiento, y también, incluso, las propias previsiones del art. 223 del Texto Refundido de la LCSP que, tras mencionar las causas de resolución imputables al contratista o a la Administración, también se refiere genéricamente al «incumplimiento de las resta conlleva la inexistencia de indemnización de los daños y perjuicios causados, tanto a la Administración como al contratista, al tratarse de un incumplimiento bilateral del contrato, sin que pueda imputarse únicamente al contratista las consecuencias del incumplimiento al no deberse este, únicamente, a la culpa relevante en la actuación de la empresa».*

Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, puede comprobarse que, si bien el contratista no ha abonado el canon concesional y ha incurrido en múltiples incumplimientos contractuales, lo cierto es que tampoco el Ayuntamiento ha cumplido sus obligaciones, no ya por la negativa a la concesión de la licencia que es cuestión discutible, sino por el incumplimiento de su obligación de liquidar el canon concesional desde el mismo otorgamiento de la concesión sin que haya ofrecido ninguna explicación al respecto.

De otro lado, no puede olvidarse que, declarada la caducidad del anterior procedimiento de extinción por el Dictamen 34/16, de 1 de abril, no fue sino hasta el 21 de febrero de 2019 cuando la JGL procedió a acordar la caducidad y archivar el procedimiento caducado, procediendo a iniciar el presente procedimiento, actitud que llevó al Juzgado de lo Contencioso nº 18 de Madrid a imponer en su sentencia

de 18 de marzo de 2019 (rec. 382/2018) las costas procesales al Ayuntamiento puesto que:

“(...) procede hacer especial imposición de las costas causadas a la Administración demandada, sin perjuicio de que pueda presumirse la existencia de un propósito meramente dilatorio en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que denotaría un injustificado y temerario ánimo de litigiosidad en la misma, pues con su modo de proceder ha propiciado un procedimiento judicial que en puridad no debiera haber existido, tal como pone de relieve la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid”.

Trasladando esa premisa al presente procedimiento ello supone que desde el año 2016 al 2019 la concesión estuvo paralizada sin que se abonase el canon ni se cumpliese el fin concesional a la vista, ciencia y paciencia del Ayuntamiento, por lo que debe asumir su parte de responsabilidad en el incumplimiento del concesionario.

Por todo lo expuesto, esta Comisión considera que procede acordar la extinción de la concesión pero sin incautación de la garantía.

En mérito de cuanto antecede, esta Comisión Jurídica adopta la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede acordar la extinción de la concesión demanial para la utilización privativa del dominio público local con la explotación de

parcelas para huertos ecológicos urbanos en el municipio de Parla sin incautación de la garantía definitiva.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 7 de noviembre de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 456/19

Sr. Alcalde de Parla

Pza. de la Constitución, 1 – 28982 Parla