

Dictamen nº: **174/21**
Consulta: **Alcaldesa de Aranjuez**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **13.04.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión del día 13 de abril de 2021, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Aranjuez, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre extinción de la concesión demanial del quiosco nº 2, sito en Calle Infantas s/n de Aranjuez, de titularidad municipal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 19 de febrero 2021 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen preceptivo formulada por la alcaldesa de Aranjuez el día 16 de febrero de 2021, sobre el expediente de extinción de la concesión demanial para la utilización privativa del dominio público local con el quiosco nº 2, sito en Calle Infantas s/n, de Aranjuez, de titularidad municipal, por vencimiento del plazo de duración de la misma.

Admitida a trámite, con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 78/21, 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).

Con fecha 8 de marzo de 2021 esta Comisión solicitó que se completara el expediente, suspendiéndose entre tanto el plazo establecido para emitir dictamen, con el Pliego de Cláusulas regulador del otorgamiento de la concesión y el contrato en el que se formalizó la concesión del quiosco nº 2, sito en calle Infantas a favor de la madre del concesionario, en aplicación de lo establecido en el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 21 de noviembre de 2000.

En cumplimiento de esta solicitud, el 18 de marzo siguiente se remitió un escrito a esta Comisión al que se acompaña diversa documentación distinta de la requerida y se indica que no consta en el expediente administrativo título que habilite o contrato relativo a la concesión demanial del quiosco nº 2, sito en la calle Infantas s/n, de Aranjuez, de titularidad municipal, con posterioridad al acuerdo de fecha de 21 de noviembre de 2021 (sic) y que tampoco consta el Pliego de Cláusulas regulador de la concesión demanial distinto al acuerdo de la Comisión de Gobierno de fecha 21 de noviembre de 2000, en el que se aprobó el modelo de contrato para la concesión administrativa de los quioscos.

La ponencia ha correspondido a la letrada vocal Dña. Elena Hernáez Salguero, 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 13 de abril de 2021.

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

1.-Consta en el expediente que el 25 de marzo de 1969 se otorgó autorización a favor de la madre de doña MDS (abuela del interesado,

por tanto), para la venta de espárragos y fresas, como en los años anteriores, en un puesto situado en la actual zona de “El Brillante” *“aprobándose también el cambio de nombre por enfermedad de la titular al de su hija”* MDS.

En un informe del Servicio de Consumo del Ayuntamiento fechado el 26 de enero de 1994, respecto de los antecedentes de la actividad se indica que *“de las averiguaciones hechas se desprende que en principio se trataba de autorizaciones temporales para la venta de espárragos y fresón, siendo retirado el puesto al terminar la temporada”*.

La cesión de la titularidad de la madre a la hija se formalizó, el 15 de junio de 1987, indicándose en el documento de cesión que la autorización lo sería en precario, y supeditada en todo caso a la prevista actuación urbanística del Ayuntamiento sobre toda la zona de “El Brillante”.

2.-La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Aranjuez acordó el día 21 de noviembre de 2000, tal y como resulta del certificado del secretario general accidental de dicha corporación que consta en el expediente administrativo, adjudicar siete quioscos en la calle Infantas en la zona de “El Brillante” de la localidad a los titulares de antiguos quioscos ubicados en la misma situación, pero que habían sido demolidos por iniciativa municipal. Entre ellos se encuentra el quiosco nº2 adjudicado a Dña. (...), a cambio del pago del canon correspondiente.

Así mismo acordó aprobar el modelo de contrato a firmar por los adjudicatarios en el que, según el certificado de dicho acuerdo emitido por el secretario accidental de la corporación, se indica que *“la duración de la concesión será de 20 años improrrogables a partir del 1 de enero de 2001. Al extinguirse independientemente de la causa por la*

que se produzca, el concesionario está obligado a entregar las llaves al Ayuntamiento dentro de los 15 días siguientes, sin necesidad de acuerdo o requerimiento expreso.

No obstante, el Ayuntamiento se reserva la facultad de dejar sin efecto la concesión antes de cumplirse el plazo en los siguientes supuestos previstos en las cláusulas del contrato”.

Al jubilarse la indicada señora, su hijo (en adelante el interesado) solicitó como descendiente directo de la misma “*la subrogación en la titularidad de la explotación (...)*”, con fecha 18 de febrero de 2003, *haciéndose* dicha subrogación mediante un documento de cesión de la concesión firmado por Dña. (...) en comparecencia ante la entonces secretaria general accidental, el 23 de mayo de 2003. En esa misma fecha se firmó un contrato por el interesado y la secretaria accidental del Ayuntamiento con el objeto de regular la concesión, según se expone en el mismo, del que interesa destacar que únicamente recoge el plazo general de 99 años establecido para la duración de las concesiones demaniales en el artículo 79 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio,(RBEL) indicando que “*la duración total de la concesión, será como máximo 99 años*”, dejando sin concretar cuál fuera el plazo concreto dentro del margen máximo de 99 años que permite la LPCA.

3.- El día 10 de diciembre de 2019 el jefe de los Servicios Técnicos del ayuntamiento emitió informe en el que estima que la demolición de los quioscos prefabricados constituirá una actuación de interés público para mejorar la percepción de los bienes protegidos del conjunto histórico y para favorecer los valores que han hecho de Aranjuez merecedor de reconocimiento internacional mediante su inclusión en la lista de Patrimonio Mundial en la categoría de Paisaje Cultural.

El 20 de enero de 2020 el reclamante fue convocado a una reunión en relación con su concesión en el Ayuntamiento de Aranjuez, de cuyo contenido no se da cuenta en el expediente administrativo.

TERCERO.- En relación con los hechos del expediente de declaración de la caducidad de la concesión:

1.- El 19 de noviembre de 2020 la Junta de Gobierno Local acordó la “*caducidad de la concesión administrativo del uso privativo de dominio público nº2, sito en la calle Infantas, s/n*” y conceder trámite de audiencia al interesado por el plazo de 10 días hábiles.

2.-Con fecha 14 de diciembre de 2020 se presentó el correspondiente escrito de alegaciones en las que el interesado manifiesta que “*el auténtico título habilitante de la concesión administrativa de la que es titular, consistente en el contrato de fecha 23 de mayo de 2003 y que en el escrito que se contesta se limita, única y exclusivamente a aludir a su existencia, consignando erróneamente la fecha de 19 de mayo de 2003 y despojándolo de su auténtica importancia y validez en beneficio del acuerdo de la Comisión de Gobierno de fecha 21 de noviembre de 2000, con vigencia de 1 de Enero de 2001, que es considerado por la administración actuante como el documento determinante*”. Continúa señalando que en la propuesta que le ha sido trasladada se cita también como posible causa de extinción de la concesión junto con la caducidad de la concesión, la prevista en el art. 100.d) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) que establece la posibilidad de la extinción de la concesión mediante el rescate de la misma, previa indemnización o revocación unilateral de la concesión, lo que a su juicio implica la duda sobre cuál de las dos causas de extinción es aplicable. “*Pues bien, a pesar de eso, en el escrito rector, la administración actuante se decanta, incomprensible y arbitrariamente, por el sistema de caducidad de la concesión por vencimiento del plazo.*

Cuando es público, notorio y manifiesto que, dada la fecha en que el compareciente adquiere la condición de concesionario y dado el plazo de duración de estas concesiones, que la administración considera de 20 años, es inaplicable el criterio del vencimiento del plazo para declarar la caducidad”.

Cuestiona asimismo la naturaleza del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 21 de noviembre de 2000 en el que se establece una duración de 20 años para la concesión administrativa que nos ocupa, señalando que se trata de “*un modelo de contrato pero no ante el contrato que constituye el título habilitante de la concesión de la que el compareciente es el titular y que le fue otorgada el 23 de mayo de 2003*”, sin que según afirma le conste la existencia de ese acuerdo que “*nunca fue notificado*”, ni publicado. Aporta el contrato para la concesión administrativa del quiosco otorgado el 23 de mayo de 2003 que no coincide con el modelo aprobado y en el que respecto de la duración de la concesión se indica “*la duración total de la concesión, será como máximo 99 años*”.

3.- El 22 de diciembre de 2020 se emite informe por el letrado jefe de contratación y patrimonio, en respuesta a las alegaciones efectuadas en el que insiste que se ha producido la caducidad de la concesión, no siendo aplicable el supuesto de rescate anticipado de la misma que llevaría aparejada el pago de una indemnización, considerando acreditado que el 31 de diciembre de 2020 caducó la meritada concesión.

4.- El mismo día 22 de diciembre, la primera teniente de alcalde elevó a la Junta de Gobierno Local propuesta de resolución acordando la caducidad definitiva de la concesión, desestimando las alegaciones del interesado que estará obligado a la entrega de las llaves, procediendo en caso contrario su desahucio de acuerdo con lo establecido en el artículo 58 y siguientes de la LPAP y 44, 120 y

siguientes del Reglamento de bienes de las entidades locales aprobado por aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBEL).

5.- Por último, el 23 de diciembre de 2020 la Junta de Gobierno Local aprobó por unanimidad la propuesta, lo que se notificó al interesado el 8 de enero de 2021. En la notificación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 23 de diciembre de 2020 que declaraba la caducidad definitiva de la concesión demanial se incluía un pie de recurso en el que se advertía que el acuerdo ponía fin a la vía administrativa y que contra el mismo podía interponer recurso de reposición o, en su caso, recurso contencioso-administrativo.

6.- Posteriormente el plazo para la entrega de las llaves se amplió el día 15 de enero por el Ayuntamiento por la existencia de nieve y de placas de hielo, hasta el día 27 de enero, recibiendo el interesado esta comunicación el día 26 de enero.

Con posterioridad a dicha notificación se ha incorporado:

-Informe de la Intervención municipal de fecha 10 de febrero de 2021, favorable a la propuesta de resolución por vencimiento de la concesión demanial.

- Informe Jurídico de fecha 11 de febrero de 2021 del secretario general del Ayuntamiento, en el que conforme al artículo 114.3 del TRRL propone la desestimación de las alegaciones del interesado y la extinción de la concesión. Así mismo se plantea que habiéndose producido oposición por parte del adjudicatario de la concesión, se remita el expediente a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen y que consiguientemente el Ayuntamiento retrotraiga las actuaciones al momento previo a la adopción del acuerdo por la Junta de Gobierno Local el 23 de diciembre de 2020, y

suspender el plazo para resolver según lo previsto en el artículo 22.d) de la LPACP.

El 16 de febrero de 2021 la Junta de Gobierno Local acuerda retrotraer las actuaciones al momento previo a la adopción del acuerdo de 23 de diciembre de 2020, suspender el plazo para resolver según lo previsto en el artículo 22.d) de la LPACP, proponer la desestimación de las alegaciones y la extinción de la concesión demanial, remitir el expediente a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen y comunicar este acuerdo al interesado, si bien no se ha remitido a esta Comisión acreditación de que dicha comunicación se hubiera efectuado en los términos planteados.

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, Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá 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 del concesionario, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión.

SEGUNDA.- 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) 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 efectúa esa normativa (artículo 78.2 del, RBEL) 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.

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 este sentido el contrato concesional incorporado al expediente se remite a la normativa local y patrimonial de las Administraciones Públicas, y a la normativa de contratos, estableciendo como procedimiento para adjudicar los contratos el procedimiento negociado sin publicidad, al tratarse del derecho de retorno de los titulares iniciales de la primitiva concesión, que no exige concurrencia competitiva.

En cuanto a la competencia para acordar la extinción de la concesión corresponde a la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento.

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 iniciado el 23 de diciembre de 2020 por Junta de Gobierno Local no está caducado.

Por lo que respecta al procedimiento, se ha concedido audiencia al concesionario conforme establecen los artículos 191.1 de la LCSP/17 y el artículo 109.1 a) del RGLCAP. Así mismo se ha emitido informe por la Intervención General y por la Secretaría del ayuntamiento.

TERCERA.- De acuerdo con el citado artículo 191.1 de la LCSP/17 resulta 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.

En el presente procedimiento la Junta de Gobierno Local declaró caducado el contrato el día 23 de diciembre de 2020, sin haber solicitado el preceptivo dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, lo que verificó únicamente, tras el Informe Propuesta de Acuerdo de fecha 11 de febrero de 2021 del secretario general del Ayuntamiento, en el que pone de manifiesto esta circunstancia y propone la retroacción del procedimiento.

Por otro lado, tanto el informe de la Intervención municipal como el de la Secretaría son posteriores al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 23 de diciembre de 2020, estando fechados los días 10 de febrero de 2021, y 11 de febrero de 2021 respectivamente.

El 16 de febrero de 2021 la Junta de Gobierno Local acuerda retrotraer las actuaciones al momento previo a la adopción del acuerdo el 23 de diciembre de 2020 y dar traslado del expediente a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

Como ya tuvo ocasión de señalar el Consejo Consultivo en su dictamen 574/13, de 27 de noviembre, que a su vez trae a colación el dictamen 342/10, de 13 de octubre, “*los acuerdos de resolución de contratos tienen ejecutividad inmediata ex artículo 195.4 de la LCSP* (referencia que debe entenderse al actual artículo 191.4 del LCSP /17), *y ponen fin al procedimiento en cuestión. Por ello, la petición de dictamen al presente Consejo, con carácter ulterior a la adopción del acuerdo de resolución del contrato, no tiene acomodo en ninguna de las causas que el artículo 13 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del presente Organismo, contempla para la emisión de dictamen*”.

En el citado Dictamen 342/10 se concluía que el procedimiento de resolución contractual adolecía de un vicio de nulidad radical al haberse solicitado el dictamen al Consejo Consultivo con posterioridad a la adopción del acuerdo de caducidad notificado al interesado.

En efecto, el artículo 47.1 de la LPAC, establece entre las causas de nulidad de los actos administrativos en su letra e) los “*dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados*”. En relación con esta causa de nulidad, es doctrina de esta Comisión, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, limitar su aplicación a aquellos casos en que se ha omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido o en los que se han omitido trámites esenciales.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2012 (recurso núm.1966/2011) recuerda que “*(...) Nuestra jurisprudencia ha señalado que para apreciar esta causa de nulidad de pleno derecho no basta con la infracción de alguno de los trámites del procedimiento, sino que es necesario la ausencia total de*

éste o de alguno de los trámites esenciales o fundamentales, de modo que el defecto sea de tal naturaleza que sea equiparable su ausencia a la del propio procedimiento, como ha entendido esta Sala en sentencias, entre otras, de 5 de mayo de 2008 (recurso de casación núm. 9900/2003) y de 9 de junio de 2011 (recurso de casación núm. 5481/2008)".

Por lo que se refiere al dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992, de 26 de noviembre destacó la esencialidad de la intervención preceptiva de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado en cuanto supone en determinados casos “*una importante garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo*”.

Como tuvo ocasión de señalar el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en el referido Dictamen 342/10, haciendo eco de la jurisprudencia y de la doctrina del Consejo de Estado “*la consulta al Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente y la posterior emisión del correspondiente dictamen son trámites esenciales en aquellos procedimientos en los que la consulta es preceptiva. Esa esencialidad no deriva del eventual carácter vinculante del dictamen, sino de la posición relevante del órgano consultivo en la arquitectura institucional diseñada por la Constitución. En los casos en los que el dictamen no es vinculante, el parecer del Consejo no es determinante del contenido de la decisión que acabe tomándose, pero procesalmente es determinante para la adopción de la pertinente resolución administrativa. Es decir, cuando la consulta es preceptiva, el correspondiente dictamen es un trámite procesalmente esencial, por lo que su sola omisión equivale a prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*

Lo mismo sucede cuando, siendo preceptiva la consulta al Consejo Consultivo, se dicta un acto sin recabarla y después se intenta subsanar el vicio solicitando tardíamente el correspondiente dictamen. Este es un informe determinante para la adopción del acuerdo municipal de resolución de un contrato, es un trámite esencial para dictar ese acto administrativo y, en consecuencia, su omisión equivale a dictarlo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (...)".

El Consejo de Estado expresa con claridad por qué razón no puede convalidarse la omisión de la preceptiva consulta: “*el sentido de la consulta es ilustrar al órgano que debe adoptar la decisión, ilustración que sólo tiene sentido antes de que la resolución se adopte, y por ello, la omisión de la consulta no puede subsanarse mediante una consulta tardía, una consulta evacuada cuando ya se ha adoptado una decisión. Así lo ha entendido la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1980, en la que se declara que la omisión de la consulta al Consejo de Estado no puede subsanarse debido a que “el informe omitido debe preceder las resoluciones administrativas que deben tener en cuenta su contenido antes de decidir”.*

Conforme a lo expuesto, no cabe sino concluir que el acuerdo de resolución contractual de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Aranjuez de 23 de diciembre de 2020 adolece de un vicio de nulidad radical, al haberse adoptado prescindiendo de un trámite esencial cual es el preceptivo dictamen de este Comisión Jurídica Asesora y en consecuencia no es susceptible de convalidación al amparo de lo establecido en el artículo 52 de la LPAC, ya que como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008, esta posibilidad queda limitada a los actos anulables.

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

CONCLUSIÓN

El procedimiento de extinción de la concesión demanial del quiosco nº 2, sito en Calle Infantas s/n de Aranjuez, de titularidad municipal adolece de un vicio de nulidad radical, al haberse acordado la resolución contractual sin el previo dictamen de este órgano consultivo.

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 13 de abril de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 174/21

Sra. Alcaldesa de Aranjuez

Pza. de la Constitución, s/n – 28300 Aranjuez