

Dictamen nº: **497/22**
Consulta: **Alcalde de Leganés**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **26.07.22**

DICTAMEN de la Sección de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 26 de julio de 2022, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Leganés, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución de la concesión demanial de explotación de local de hostelería en el Centro Cultural Las Dehesillas, sito en la Avenida del Museo, nº4, adjudicada a la empresa TAMAR LAS ARENAS, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El día 11 de julio de 2022 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Leganés.

A dicho expediente se le asignó el número 478/22 comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por la Sección de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 26 de julio de 2022.

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

La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Leganés aprobó el 19 de abril de 2016 el expediente de contratación de la concesión de dominio público para la explotación, mantenimiento y conservación de local de hostelería en el Centro Cultural Las Dehesillas, sito en la Avenida del Museo nº4, así como los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) que rigen la concesión (folios 1 a 56 del expediente).

El 2 de noviembre de 2016 se adjudicó la concesión de dominio público a la empresa mencionada en el encabezamiento, por un canon anual de 122.000 euros, exento de IVA. El plazo máximo de ejecución se estableció en diez años, pudiéndose prorrogar por cinco años más, siendo el máximo total incluida la prórroga de quince años. Para responder de la ejecución, la empresa adjudicataria constituyó una fianza definitiva por un importe de 12.797,66 euros mediante seguro.

La concesión de dominio público se formalizó el 17 de enero de 2017, y, al día siguiente, se hizo entrega efectiva de la concesión y de las llaves del inmueble, declarando la adjudicataria la recepción de la concesión en el estado en que se encontraba y con los muebles y enseres que constaban el inventario realizado por los servicios técnicos municipales.

El 18 de enero de 2019, la mercantil adjudicataria presentó una solicitud de incoación de procedimiento para la resolución de incidencias que impedían el normal desarrollo de la ejecución del contrato. En concreto, solicitaba al Ayuntamiento de Leganés que acometiera ciertas

obras de reparación que se detallaban en un informe técnico que se adjuntaba o alternativamente que las realizara la propia adjudicataria con cargo al canon anual.

Consta en el expediente el informe emitido por el arquitecto municipal, relativo a la visita de inspección realizada el 28 de febrero de 2020, en el que se describen una serie de deficiencias observadas en el local objeto de la concesión y defectos de mantenimiento de las cubiertas, así como la inadecuación del revestimiento de los paramentos verticales interiores colocado sobre el elemento estructural existente.

La concesionaria interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución desestimatoria por silencio administrativo de la solicitud presentada, tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4, de Madrid. Mediante Sentencia de 10 de septiembre de 2021, se desestimó el recurso contencioso administrativo al considerarse ajustado a Derecho el acto administrativo impugnado. En la citada sentencia se señala expresamente que *“no se acredita convenientemente por la parte que venía obligada procesalmente a efectuarlo (art 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la existencia de los vicios ocultos alegados por la recurrente, en los que trata de fundamentar su pretensión, que, de haber existido, es seguro que hubieran aparecido antes de que le fuera adjudicada la concesión, si se tiene en cuenta el largo período de tiempo precedente en el que se venía desarrollando la actividad en el mismo local”*.

Paralelamente a lo anterior, el 16 de marzo de 2020, la empresa concesionaria solicita que se acuerde el inicio del procedimiento para la resolución contractual de la concesión de mutuo acuerdo, con liquidación de la concesión, basándose en las incidencias surgidas que impedían el normal desarrollo en la ejecución del contrato con desaparición paulatina de la clientela, lo que le había obligado a cesar la actividad sumado a la declaración del estado de alarma.

Consta en el expediente la acreditación del cierre de local mediante visitas giradas por la vigilante de obras de Patrimonio según informe de fecha 14 de julio de 2020 (folio 251), y por la Policía Local, mediante informe de 22 de agosto de 2020 (folio 255).

El 2 de marzo de 2021, la Junta de Gobierno Local aprueba el inicio del expediente para la extinción de la concesión por causa imputable a la mercantil adjudicataria en base al incumplimiento de la obligación esencial por cierre de la actividad objeto de la concesión, desde el mes de marzo de 2020, sin autorización municipal, tipificada en el art. 100 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas en relación con las cláusulas 20.1 a), 25.2 y 27 del PCAP.

El mencionado acuerdo fue notificado a la empresa concesionaria el 17 de marzo de 2021. La adjudicataria presentó el 29 de marzo de 2021 escrito de alegaciones por el que se opone expresamente a la extinción de la concesión por causa imputable al concesionario. Se adjunta acta notarial de presencia y reportaje fotográfico, así como un dictamen de valoración de daños por humedades.

El 18 de noviembre de 2021, la empresa concesionaria presenta un escrito manifestando su deseo de llegar a un consenso que le permita resolver la concesión al ser exageradamente oneroso continuar prestando el servicio.

TERCERO.- La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 8 de abril de 2022, adoptó el siguiente acuerdo:

“PRIMERO.- Declarar la caducidad del expediente de resolución de la concesión de dominio público por la explotación, mantenimiento y conservación del local sito en la Avda. del Museo nº 4, iniciado por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 2 de marzo de 2021, y en aplicación del artículo 95.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas,

incorporar la presentación de alegaciones efectuada por TAMAR LAS ARENAS con fecha 29 de marzo de 2021.

SEGUNDO.- Desestimar la solicitud de resolución de mutuo acuerdo con liquidación de la concesión solicitada por TAMAR LAS ARENAS SA con fecha 16 de marzo de 2020.

TERCERO.- Iniciar expediente de extinción/resolución de la concesión de dominio público para la explotación, mantenimiento y conservación del local de hostelería sito en la Avda. del Museo nº 4, por incumplimiento de obligaciones esenciales imputables al concesionario tipificadas en el art. 100 de la LPAP y en las cláusulas 27 1 g) 2 f) 2 h) en relación con la cláusula 25ª, y 20ª (...)

CUARTO.- Desestimar las solicitudes de carácter económico presentadas por TAMAR LAS ARENAS SA con fechas 25/07/2019, 27/04/2021 y 17/05/2021, (...)

QUINTO.- Notificar el acuerdo de inicio de resolución/extinción de la concesión al concesionario TAMAR LAS ARENAS S.A., (...), dándole trámite de audiencia para que, previo el acuerdo de resolución/extinción de la concesión, durante el plazo de diez días hábiles contados a partir de la puesta a disposición de la notificación del presente acuerdo, pueda alegar cuanto estime conveniente en su defensa”.

Conferido trámite de audiencia a la concesionaria, el 5 de mayo de 2022, su representante presenta escrito de alegaciones en el que refiere la situación de inhabilitación del local para el objeto de la concesión - explotación hotelera-; las reiteradas reclamaciones que culminaron inicialmente en escrito solicitando la resolución de incidencias; inexistencia de culpa de la concesionaria; la situación de inhabilitación del local agravada por la declaración gubernamental del “estado de

alarma” que provocó el cierre de la actividad por un plazo de dos semanas prorrogable y la existencia de un error material grave al vulnerarse las previsiones del artículo 34.1 del Real Decreto 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

El 1 de junio de 2022 emite informe el técnico de Administración General de Patrimonio en el sentido que deben ser desestimadas las alegaciones presentadas y continuar con el procedimiento de extinción/resolución de la concesión de dominio público por incumplimientos de obligaciones esenciales imputables al concesionario, y solicitar el correspondiente dictamen preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora al haber sido formulada oposición por parte del concesionario.

El jefe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Leganés, el 8 de junio de 2022, emite informe favorable a la resolución de la concesión, por incumplimiento de las obligaciones esenciales reguladoras de la concesión, imputable a la empresa adjudicataria.

El 13 de junio de 2022, el técnico de Administración General formula propuesta de resolución, en el sentido de desestimar las alegaciones presentadas por la concesionaria; aprobar la resolución/extinción de la concesión de dominio público por incumplimientos de obligaciones esenciales imputables al concesionario al proceder al cierre desde el día 14 de marzo de 2020 de la actividad sin autorización municipal, tipificadas en el artículo 100 de la LPAP y en las cláusulas 27^a 1 g) 2 f) 2h) en relación con la cláusula 25^a, y 20^a; incautar la garantía definitiva, de conformidad con la cláusula 29.1 del PCAP al ser causa imputable al concesionario, debiendo además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada y solicitar el dictamen preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora.

El 15 de junio de 2022, el alcalde de Leganés firma la petición de dictamen, que como hemos dicho, tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora el día 11 de julio de 2022.

El día 14 de julio de 2022, el Ayuntamiento de Leganés remitió a este órgano consultivo documentación complementaria consistente en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de junio de 2022 desestimatoria del recurso de apelación interpuesto por la concesionaria contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº4, de 10 de septiembre de 2021, a la que aludimos en líneas anteriores, con expresa condena en costas a la mercantil apelante.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “3. *En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público*”.

La solicitud de dictamen se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora por el consejero de Administración Local y Digitalización, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.b) del ROFCJA (“3. *Cuando por Ley resulte preceptiva la emisión de dictamen de la Comisión Jurídica*

Asesora, este será recabado:(...) c) Las solicitudes de dictamen de las Entidades Locales se efectuarán por los alcaldes-presidentes de las mismas, y se cursarán a través del consejero competente en relaciones con la Administración Local”).

La concesionaria ha formulado su oposición de forma expresa y por ello, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión ex artículo 191.3 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 (en adelante, LCSP/17).

SEGUNDA.- La concesión se adjudicó por la Junta de Gobierno Local el 2 de noviembre de 2016 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).

Es criterio de esta Comisión (así, entre otros el Dictamen 33/17, de 26 de enero y el Dictamen 456/19, de 7 de noviembre) 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 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.

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 8 de abril de 2022), lo que supone la aplicación en el caso analizado de la LCSP/17.

De esta forma, el artículo 212.1 de la LCSP/17 establece que: “[l]a 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”. Ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio, debe considerarse, asimismo, lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas – RGLCAP-, referido específicamente al “procedimiento para la resolución de los contratos” en lo que no se oponga a la ley. 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 materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 190 LCSP/17, a cuyo tenor “dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”.

El artículo 191.1 LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además, debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGLCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador “si se propone la incautación de la garantía”. Por otro lado, el apartado tercero del artículo 191 dispone que sea 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 lo que se refiere al ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia

de Régimen Local (en adelante, TRRL) aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la corporación.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que la competencia para resolver los contratos corresponde al órgano de contratación. En este caso el contrato fue adjudicado por la Junta de Gobierno Local, que era el órgano de contratación a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional segunda apartado 4 de la LCSP/17, al tratarse de un municipio de gran población, por lo que la Junta de Gobierno Local es también el órgano competente para la resolución.

En materia de procedimiento en nuestro caso, se ha dado audiencia a la concesionaria, la cual formuló alegaciones oponiéndose a la resolución de la concesión por causa imputable a la empresa adjudicataria planteada por la Administración. Ahora bien, del expediente examinado resulta que proponiéndose la incautación de la garantía no se ha dado audiencia a la compañía aseguradora, lo que implicaría la necesidad de retrotraer el procedimiento para evitar causarle indefensión (así nuestro Dictamen 297/17, de 13 de julio, entre otros muchos), si bien como a continuación analizaremos no resulta posible dicha retroacción en este procedimiento dada su caducidad.

Figura en el procedimiento el informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Leganés, que se ha incorporado al expediente tras el trámite de audiencia lo que respeta la previsión del artículo 82.1 de la LPAC (*“la audiencia a los interesados será anterior a la solicitud del informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o a la solicitud del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento”*). Sin embargo, no se ha formulado informe por la Intervención Municipal, que es exigible conforme a lo establecido en el ya citado artículo 114.3 del TRRL.

Además, se ha incorporado al expediente un informe de un técnico de la Administración General del Ayuntamiento de Leganés, de 1 de junio de 2022, que da respuesta a las alegaciones planteadas por la concesionaria.

Hay que reseñar que este informe es posterior al trámite de audiencia y, a este respecto, debemos recordar que es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora (así el dictamen 294/19, de 11 de julio; dictamen 155/18, de 5 de abril y el dictamen 516/16, de 17 de noviembre, entre otros muchos) que la audiencia a los interesados debe practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución sin que puedan incorporarse con posterioridad informes que introduzcan hechos nuevos, de manera que si los informes citados añaden hechos nuevos o argumentan cuestiones nuevas para la resolución, generan indefensión y lo procedente es la retroacción del procedimiento. Sin embargo, cuando los informes no introducen cuestiones o hechos nuevos, aunque se hayan emitido con posterioridad al trámite de audiencia, no generan indefensión y, en consecuencia, no procede la retroacción del procedimiento.

Finalmente, se ha formulado una propuesta de resolución en la que se da contestación a las alegaciones de la empresa concesionaria y se propone su desestimación, así como la resolución de la concesión por incumplimiento de sus obligaciones por la mercantil adjudicataria, con incautación de la garantía.

TERCERA.- Debemos hacer particular referencia al plazo para resolver el procedimiento, pues, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo máximo de duración para resolver determina la caducidad conforme a lo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP/17.

Sobre la determinación de cuál sea el plazo de aplicación en el ámbito autonómico madrileño, el criterio mantenido por esta Comisión ha resultado esencialmente modificado a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo, recaída a raíz de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón, que ha procedido a declarar la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LCSP/17 y ha afectado señaladamente a esta cuestión. En concreto, el artículo 212.8, fue impugnado al considerar que vulneraba la doctrina constitucional sobre la legislación básica, puesto que contendría una regulación de detalle o de procedimiento, que cercenaría la posibilidad de desarrollo legislativo por la Comunidad Autónoma de Aragón.

Como es sabido, la citada Sentencia 68/2021, al analizar la impugnación del artículo 212.8, considera (FJ 5º) que tal precepto recoge una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica, por lo que el Tribunal Constitucional no anula el precepto en cuanto es de aplicación a los procedimientos de resolución de la Administración General del Estado, pero considera que infringe las competencias de las comunidades autónomas y por tanto no es de aplicación a estas, ni a las entidades locales.

La normativa de la Comunidad de Madrid en materia de contratación es muy escasa y no aborda esa cuestión, por lo que en opinión de esta Comisión no resulta aplicable el artículo 212.8 de la LCSP/17 como derecho supletorio al amparo del artículo 149.3 de la Constitución Española, sino que debe prevalecer el artículo 21 de la LPAC, como normativa básica (disposición final 1ª de la LPAC), considerando por tanto la aplicación de un plazo de caducidad de 3 meses. El criterio expuesto se recoge, in extenso, por primera vez en el Dictamen 576/21, de 10 de noviembre y ha sido mantenida en otros muchos como el 602/21, de 16 de noviembre; 609/21, de 23 de noviembre; 626/21, de 30 de noviembre; 651/21, de 21 de diciembre y el 215/22, de 19 de abril.

No obstante, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece el artículo 22.1 d) de la LPAC, que en dicho sentido sigue la pauta ya establecida en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse, entre otras circunstancias, en la siguiente: *“...Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”*.

Como se indicó, en el presente caso, el inicio del expediente de resolución contractual tuvo lugar el 8 de abril de 2022 y no consta que se haya acordado la suspensión del procedimiento, por lo que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en esta Comisión Jurídica Asesora el procedimiento de resolución de la concesión habría caducado.

La caducidad de este procedimiento no impide que el Ayuntamiento de Leganés inicie un nuevo procedimiento de resolución de la concesión, en el que deberán tenerse en cuenta los defectos procedimentales puestos de manifiesto en este dictamen.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

El procedimiento de resolución de la concesión demanial de explotación de local de hostelería en el Centro Cultural Las Dehesillas ha caducado.

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 26 de julio de 2022

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 497/22

Sr. Alcalde de Leganés

Pza. Mayor, 1 – 28911 Leganés