

Dictamen n.º: **644/23**
Consulta: **Alcalde de Leganés**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **05.12.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 5 de diciembre de 2023, 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, n.º 4, adjudicada a la empresa TAMAR LAS ARENAS, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 6 de noviembre de 2023 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 620/23 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 el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 5 de diciembre de 2023.

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

1. 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 n.º 4, así como los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) que rigen la concesión.

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 alternatively 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 n.º 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, y, por la Policía Local, mediante informe de 22 de agosto de 2020.

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.

2. 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) 2 h) 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 a la Comisión Jurídica Asesora, que tuvo entrada en este órgano consultivo el 11 de julio de 2022. Posteriormente, 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 n.º 4, de 10 de septiembre de 2021, a la que aludimos en líneas anteriores, con expresa condena en costas a la mercantil apelante.

3. Remitido el expediente a esta Comisión Jurídica Asesora, la Sección constituida el 26 de julio de 2022 emitió el dictamen 497/22, de la indicada fecha, en el que se concluyó que el procedimiento de resolución contractual había caducado, y se recordó la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento de resolución de la concesión, en el que deberían tenerse en cuenta los defectos procedimentales puestos de manifiesto en el dictamen, como fue la falta de audiencia a la compañía aseguradora al proponerse la incautación de la garantía.

TERCERO.- Tras el dictamen 497/22, de 26 de julio, de esta Comisión Jurídica Asesora, se han sustanciado los siguientes trámites:

1. El 12 de septiembre de 2023, el concejal delegado de Obras, Mantenimiento, Infraestructuras y Patrimonio, propuso iniciar todas las actuaciones que fueran precisas conforme a derecho para la declaración de caducidad del expediente y para el inicio de expediente de extinción/ resolución de dicha concesión, por incumplimientos de obligaciones esenciales imputables al concesionario al proceder al cierre del local objeto de concesión desde el día 14 de marzo, por plazo superior a un mes, sin previa autorización municipal, todo ello previo acuerdo del órgano de gobierno competente. Además, en aplicación del art. 95.3 LPAC, incorporar al nuevo procedimiento los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad.

Se incorporó al procedimiento una memoria justificativa firmada el 12 de septiembre de 2023 por la jefa del Servicio de Gestión Administrativa en el que se da cuenta de los antecedentes que sirven de base a la declaración de caducidad del procedimiento y al inicio de un nuevo procedimiento de resolución de la concesión.

2. Según resulta del expediente, el 26 de septiembre de 2023, la Junta de Gobierno Local acordó declarar la caducidad del expediente de resolución de la concesión de dominio público iniciado por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 8 de abril de 2022.

De igual modo, la Junta de Gobierno Local acordó iniciar expediente de resolución de la concesión de dominio público por incumplimiento culpable del contratista de obligaciones esenciales, tipificadas en el artículo 100 de la LPAP y en las cláusulas 27^a 1 g) 2 f) 2 h) en relación con la cláusula 25^a, y 20^a del PCAP, con propuesta de incautación de garantía:

A.- Incumplimiento reiterado del deber de mantenimiento y conservación del local objeto de la concesión. En el informe de los servicios técnicos municipales de fecha 10 de marzo de 2020 consta

que: *“No obstante, se observa la falta de mantenimiento de las cubiertas tanto inclinada como plana, siendo éste obligación del adjudicatario conforme al pliego que recoge las condiciones contractuales”*.

B.- El concesionario cerró la concesión sin autorización el 14 de marzo de 2020 sin volver a reanudar la actividad. El cierre de la actividad sin autorización municipal previa por plazo superior a diez días salvo causa justificada verificada por decisión municipal. El cierre por periodo superior a un mes sin causa justificada podrá constituir causa suficiente para la resolución de la concesión por el ayuntamiento.

C.- El concesionario incumple las obligaciones exigidas de realizar la actividad asumiendo el riesgo de la explotación de manera regular y continuada y mantener el establecimiento abierto todo el año salvo autorización del órgano competente.

3. El acuerdo de 26 de septiembre de 2023 fue notificado a la compañía aseguradora y a la empresa contratista.

4. El 11 de octubre de 2023, la adjudicataria formuló alegaciones en las que, tras dar cuenta de todas las incidencias acaecidas en la ejecución del contrato, con referencia a las peticiones de la empresa de resolución del contrato, a los dos expedientes de resolución contractual tramitados y a las sentencias recaídas, aduce que, existían, y subsisten incrementadas por supuesto, condiciones objetivas que no sólo justifican la extinción de la concesión, sino que la hacen necesaria si, como debe ser, la actuación del ayuntamiento debe dirigirse a la satisfacción del interés general, ahora bien se opone a sea imputable a la empresa concesionaria y además solicita que se considere el incorrecto, por indebido, ingreso de las cuotas concesionales el tiempo en que la concesión ha estado suspendida *ex lege* y/o por causa de

imposibilidad de la prestación por la falta de adecuación del local en que la prestación hubo de tener lugar, y acuerde su devolución.

5. La jefa del Servicio de Gestión Económico Administrativa, el 24 de octubre de 2023, informó las alegaciones indicando, respecto a la existencia de vicios ocultos y deficiencias en el local, que las resoluciones judiciales que la concesionaria invoca le han denegado la razón. Así, la Sentencia de 10 de septiembre de 2021, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4, de Madrid, que consideró no acreditada la existencia de vicios ocultos, y, ajustada a derecho el acto administrativo impugnado. Por lo tanto, no se prueba que el deterioro que denuncian haga inhábil el local para el normal desarrollo de la ejecución del contrato, ni que sea la causa de desaparición de la clientela.

Respecto a su segunda alegación sobre la suspensión de actividades y los perjuicios que afirma les causó la situación del estado de alarma, recuerda que el concesionario al participar en la licitación, y al suscribir el contrato y los pliegos, asumió la ejecución del contrato a riesgo y ventura derivado de la explotación a su beneficio, aunque aleguen que afecta estrictamente a la actividad (riesgo operacional). En cuanto al cierre definitivo del local, fue reconocido por la concesionaria en su escrito de fecha 24 de marzo de 2020. Afirma que la concesionaria ni solicitó al órgano de contratación la suspensión, ni el restablecimiento del equilibrio económico para paliar las consecuencias del COVID-19, por lo que no puede haber resolución expresa, ni notificación de la misma, y en consecuencia no podían esperar que el órgano de contratación notificara el fin de la suspensión. Señala que la concesionaria tampoco solicitó al ayuntamiento la suspensión de la concesión por causa de fuerza mayor que interrumpe el plazo concesional, tal como viene recogido en la cláusula 9ª del PCAP.

Respecto a su insistencia en la resolución por mutuo acuerdo de la concesión, advierte que ha quedado constatado en el expediente que la concesión no puede resolverse por mutuo acuerdo, ya que concurren diversos incumplimientos de obligaciones esenciales imputables a la concesionaria.

Además, el informe aduce que el malestar que en la relación con el ayuntamiento pueda sentir la concesionaria, no puede conducirle al incumplimiento de sus obligaciones e incluso a no proceder al abono del correspondiente canon. Recuerda que presentado recurso contencioso administrativo ante la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición formulado por liquidación del canon correspondiente al ejercicio 2020, se ha dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5, de Madrid, Sentencia de 9 de febrero de 2023 por la que se desestima la demanda, entendiendo que estaba obligado a su abono al seguir estando vigente la concesión sin que sea posible su extinción por decisión unilateral del concesionario o renuncia del mismo. Además, señala que se afirma en la sentencia que no ha impugnado en vía jurisdiccional el acuerdo municipal de 8 de abril de 2022 en el que se desestima su pretensión de resolución por mutuo acuerdo, por lo que concluye que la concesión sigue vigente (y no suspendida ni resuelta).

6. El 24 de octubre de 2023, el Servicio Jurídico del Ayuntamiento de Leganés emite informe favorable a la resolución de la concesión por incumplimiento de las obligaciones esenciales reguladoras de la concesión, imputables al concesionario.

7. El 25 de octubre de 2023, el concejal delegado de Obras, Mantenimiento, Infraestructuras y Patrimonio, formula propuesta de resolución para 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, previo dictamen de la Comisión Jurídica Asesora; incautar la garantía definitiva constituida, debiendo además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada; solicitar informe a la Intervención Municipal; recabar el correspondiente dictamen preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora y proceder a la suspensión del plazo máximo para resolver y notificar la resolución, para la solicitud del dictamen preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora referido en el punto anterior.

8. Solicitado informe a la Intervención Municipal, la solicitud fue contestada el 27 de octubre de 2023, en el sentido no emitir informe de fiscalización al no resultar procedente, ni en esa fase del procedimiento ni en ninguna otra posterior, a salvo de las actuaciones de control financiero que puedan desarrollarse conforme a lo señalado. Todo ello sin perjuicio de que el expediente se ajuste en todo momento al procedimiento aplicable, incorporando los informes técnicos y jurídicos que con arreglo a la misma procedan.

9. El 10 de noviembre de 2023, tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora un oficio del Ayuntamiento de Leganés con remisión del Decreto de la concejal delegada en materia de Contratación y Compras, por delegación de competencias de la Junta de Gobierno Local de fecha 28 de junio de 2023, de 2 de noviembre de 2023, por el que se acuerda la suspensión del procedimiento por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del dictamen preceptivo a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid. No se ha remitido la notificación a la concesionaria y a la compañía aseguradora.

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 Presidencia, Justicia y Administración Local, 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.- Por lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, esta Comisión Jurídica Asesora viene distinguiendo entre la norma

sustantiva que rige el asunto de fondo y la norma aplicable al procedimiento (en el mismo sentido, el Consejo de Estado, así su dictamen 167/2021, de 25 de marzo). En cuanto a lo primero, la concesión cuya resolución se pretende se adjudicó el 2 de noviembre de 2016 por lo que, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera. 2 de la LCSP/17: *“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*, 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 (TRLCSPP).

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 26 de septiembre de 2023), lo que supone la aplicación en el caso analizado de la 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 las 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).

No obstante, en cuanto al régimen jurídico aplicable, esta Comisión no desconoce que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en diversas sentencias, considera que la normativa aplicable tanto desde el punto de vista sustantivo como de procedimiento es la vigente a la fecha de formalización del contrato. En este punto resulta significativa la Sentencia de 14 de abril de 2021, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (procedimiento 988/2019), contra la que se ha interpuesto recurso de casación por la Comunidad de Madrid, admitido a trámite por Auto de 6 julio de 2022 (recurso 4289/2021).

Sin perjuicio de lo que resulte del recurso de casación planteado por la Comunidad de Madrid, siguiendo el criterio de esta Comisión Jurídica Asesora, en este caso, en materia de procedimiento habrá que estar a la LCSP/17, cuyo artículo 190, señala que “*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 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. De igual modo, al proponerse la incautación de la garantía se ha dado audiencia a la compañía aseguradora, si bien no consta que haya formulado alegaciones.

Figura en el expediente 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, aunque se ha solicitado el informe de la Intervención municipal, esta ha contestado en el procedimiento denegando su emisión, al no considerarlo preceptivo, lo que no es conforme con lo dispuesto en el citado artículo 114.3 del TRLRL: *“3. Los acuerdos que, previo informe de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, dicte el órgano competente, en cuanto a la interpretación, modificación y resolución de los contratos serán inmediatamente ejecutivos”*.

A este respecto es de señalar, que los efectos de la existencia de vicios formales en el procedimiento han de ponderarse porque una automática declaración de nulidad no se compadece bien con la consideración de la nulidad del procedimiento como consecuencia extrema derivada de los defectos padecidos en el mismo, de forma acorde con la doctrina que aconseja administrar con moderación las nulidades de pleno derecho estimando su existencia en aquellos casos límite en que exista ausencia total del procedimiento. El Tribunal Supremo ha considerado en su doctrina sobre la causa de nulidad derivada de la falta de informes preceptivos que la misma lleva aparejada la anulabilidad, que no la nulidad, del procedimiento en que se ha omitido, entre otras en Sentencia de 7 de febrero de 2000 (rec. 3170/1994) puesto que tal omisión no implica haber prescindido total y absolutamente del procedimiento administrativo como establece el artículo 47.c) de la LPAC, para la declaración de nulidad de pleno derecho de un acto administrativo. En este mismo sentido, en relación con la omisión del informe de la Intervención municipal en un expediente de resolución contractual el dictamen 341/15, de 8 de julio, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, recogido en nuestro dictamen 312/21, de 29 de junio. En este último dictamen señalamos que *“contando el órgano competente con suficientes elementos de juicio, jurídicos y técnicos, respecto de la decisión a adoptar, la omisión del trámite constituye una mera irregularidad no invalidante, determinante de anulabilidad (artículo 48.2 LPAC)”*, lo que

es trasladable al caso que nos ocupa, sin perjuicio, de recordar al órgano competente, como también hicimos en el dictamen 312/21, la necesidad de que el informe de la Intervención municipal -que en este caso es el que falta en el expediente- se incorpore al procedimiento y se otorgue nueva audiencia a la empresa interesada, en la circunstancia poco probable de que recogiera nuevos elementos cuyo desconocimiento pudiera causarle indefensión.

Además, se ha incorporado al expediente un informe de la jefa del Servicio de Gestión Económico Administrativa de 24 de octubre de 2023 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, como ya hicimos en el dictamen 497/22 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, como es el caso, 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.

En cuanto al plazo para resolver el procedimiento, cuyo incumplimiento determina la caducidad conforme a lo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP/17, 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.

Por ello, esta Comisión Jurídica Asesora ha venido considerando aplicable el plazo de tres meses previsto en el artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Pues bien, no obstante lo anterior, la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad

Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid (Ley 11/2022), ha establecido un plazo específico para el procedimiento de resolución contractual, pues su artículo 31, bajo la rúbrica, *“Modificación de la Ley 1/2001, de 29 de marzo, por la que se establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos”*, establece que: *“La Ley 1/2001, de 29 de marzo, por la que se establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos, queda modificada como sigue... Tres. Se introduce un nuevo epígrafe en el apartado 3 del Anexo, que será el apartado 3.9. con la siguiente redacción: «3.9. Expedientes de resolución contractual que se rijan por la legislación sobre contratos públicos. Ocho meses. Caducidad (iniciados de oficio). Desestimatorio (iniciados a instancia del contratista)”*.

Dicha previsión resulta de aplicación a los procedimientos iniciados tras su entrada en vigor, como es el caso, por lo que le resulta de aplicación el plazo de ocho meses conforme a lo anteriormente expuesto.

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”.

En este caso, consta que se acordó la suspensión del procedimiento para la petición de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora, el día 2 de noviembre de 2023, si bien no figura en el expediente examinado la comunicación de dicho acuerdo a la empresa concesionaria y a la compañía aseguradora, necesario para que dicha suspensión surta efecto, aunque iniciado el procedimiento el 26 de septiembre de 2023, a la fecha de emisión del presente dictamen no ha transcurrido el plazo de ocho meses previsto por la normativa de la Comunidad de Madrid, tras la modificación operada por la Ley 11/2002, anteriormente citada.

TERCERA.- Como señalamos, entre otros, en nuestro Dictamen 153/18, de 27 de marzo, la resolución es una de las prerrogativas de las que dispone la Administración en la fase de ejecución de los contratos administrativos ligada a la obligación de la Administración de velar por la satisfacción del interés público que motivó la celebración del contrato.

Por ello, la Administración puede, al igual que recoge el artículo 1124 del Código Civil, optar por exigir el cumplimiento del contrato (por ejemplo, mediante la imposición de penalidades) o bien proceder a su resolución, posibilidad a la que debería acudir tan solo en casos de incumplimientos graves, como ya declaró el Tribunal Supremo en las sentencias de 16 de mayo de 1997 (r. 12.105/1991) y 29 de mayo de 2000 (r. 5639/1994).

Esa opción depende de la Administración que, con ella, ha de buscar que el incumplimiento contractual origine el menor daño posible al interés público [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de septiembre de 2003 (r. 1892/1995)].

Las sentencias de 30 de marzo de 2017 (r. 1053/2016) y 8 de marzo de 2018 (r. 921/2015) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recuerdan la doctrina fijada en la del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004 en cuanto a que:

“(...) la resolución implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado, que constituye un modo anormal de terminación de la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal. De acuerdo con dicha naturaleza el incumplimiento que justifica la resolución ha de ser sustancial, no basta con cualquier apartamiento de las obligaciones asumidas en el contrato, sino que ha de afectar a la obligación esencial de una de las partes en el caso de obligaciones bilaterales o recíprocas. Esto es, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto de la Sala Tercera como de la Primera del Tribunal Supremo, ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato o haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista. O, dicho en otros términos, también en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones, que no impidan por su entidad alcanzar el fin del contrato”.

En este caso, como hemos visto en los antecedentes, resulta del expediente examinado que la empresa concesionaria ha procedido al abandono de la actividad con cierre del establecimiento, lo que se comunicó al Ayuntamiento de Leganés el 16 de marzo de 2020, sin que posteriormente se haya reanudado la actividad concesional. Así se constata con claridad en la Sentencia de 9 de febrero de 2023, del

Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 5, de Madrid, recaída en relación con el recurso interpuesto por la concesionaria contra la resolución por la que se gira la liquidación al canon correspondiente al año 2021. En dicha sentencia resulta acreditado que durante el año 2020 se giraron varias visitas de inspección (24 de junio, 22 de agosto, 19 y 20 de diciembre de 2020) en las que se constató que el local estaba cerrado y no se ejercía actividad alguna y el 8 de abril de 2022, la empresa concesionaria presentó un escrito reconociendo dicho cierre e indicando que *“al no haber existido actividad desde marzo de 2020 y no haber reiniciado el servicio, la empresa a la que represento, solicita autorización del Departamento de Contratación del Ayuntamiento de Leganés para poder acceder al local y proceder a la retirada de maquinaria, mobiliario, vajilla y utensilios que en este momento están presentes en el local”*.

La empresa concesionaria ha alegado en su descargo que tuvo que suspender la actividad por una serie de deficiencias estructurales del edificio que impedían el normal desarrollo en la ejecución del contrato con desaparición paulatina de la clientela, sumado a la declaración del estado de alarma. Como hemos visto en los antecedentes de este dictamen, por las citadas deficiencias estructurales, la mercantil concesionaria presentó el 18 de enero de 2019 una solicitud de incoación de procedimiento para la resolución de incidencias que impedía el normal desarrollo de la ejecución del contrato. La concesionaria interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de su solicitud que, por Sentencia de 10 de septiembre de 2021 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4, de Madrid, fue desestimado al entender que no se había acreditado por la concesionaria los vicios ocultos alegados, 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”, pues según consta en la sentencia, la anterior concesionaria desarrolló la actividad de hostelería durante quince años hasta llegar al término de la concesión, sin que constase que durante ese tiempo se pusieran de manifiesto las deficiencias que aduce la actual concesionaria. La sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid [Sentencia de 30 de junio de 2022 (recurso 597/2021)].

De otro lado, aunque las circunstancias que aduce la empresa se hubiera producido, la concesionaria dispone de cauces para exigir el cumplimiento de las obligaciones de la Administración, sin dejar de cumplir con las que a ella le corresponden.

En este punto, cabe recordar, como ha señalado esta Comisión Jurídica Asesora (así el dictamen 210/17, de 29 de junio y el dictamen 19/23, de 19 de enero, entre otros), con carácter general, en el ámbito de la contratación administrativa no puede admitirse la *exceptio non adimpleti contractus*, como de forma constante viene señalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, en la Sentencia de 2 de noviembre de 1983, señala que “*el fin del contrato privilegia a quien en principio protege el fin público que con la obra pretende conseguirse, de tal modo que el incumplimiento de la Administración no habilita al contratista para incumplir él sus obligaciones [...]*”.

Como hemos visto en los antecedentes de este dictamen, el 16 de marzo de 2020, la concesionaria solicitó el inicio de procedimiento para la resolución contractual de mutuo acuerdo con la liquidación de la concesión “*para que previa la ejecución por el Ayuntamiento de las obras necesarias de salubridad y ornato de las que son conocedores se pueda convocar un nuevo concurso más realista y adaptado a las circunstancias existentes que permitan el desarrollo real de la actividad hostelera en unas condiciones mínimas de equilibrio*”. De igual forma y en ese momento se comunica al ayuntamiento el cierre definitivo de la

actividad por deterioro de las instalaciones de tipo estructural que ha provocado la desaparición de la clientela y el estado de alarma. Como dice la referida Sentencia de 9 de febrero de 2023, *“la comunicación realizada por el interesado referida al abandono de la actividad sólo podría ser un supuesto de extinción de la concesión cuando mediara acuerdo de la administración concedente, que debió intervenir en todo caso para garantizar la conservación y uso del dominio público sobre el que se ejercía la actividad, circunstancia no concurrente en el presente caso”*. Consta en el presente caso, que la Administración no dictó resolución expresa desestimando la pretensión de resolución de concesión administrativa por mutuo acuerdo hasta el 8 de abril de 2022, si bien, de conformidad con el artículo 24.1 de la LPAC, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla desestimada por silencio administrativo, en el presente caso al tratarse de procedimiento cuya resolución positiva significa transferir al solicitante o a terceros, facultades sobre el dominio o servicio público. En consecuencia, como dice la sentencia, *“transcurrido dicho plazo pudo impugnar la desestimación de su pretensión en vía jurisdiccional, lo que no aconteció, sin que, de conformidad a los argumentos señalados, pueda resolver unilateralmente el concesionario o dejar en suspenso las obligaciones derivadas de la misma”*.

Así las cosas, resulta claro que la empresa concesionaria ha procedido de manera unilateral al abandono de la actividad lo que, por sí solo y sin necesidad de entrar en el análisis de otros posibles incumplimientos que se invocan en la propuesta, constituye causa suficiente de extinción de la concesión al amparo de lo establecido en la cláusula 27.2 f) del PCAP que contempla como tal *“el abandono o*

renuncia unilateral del concesionario”, y que conforme a la cláusula 28 del PCAP “faculta al órgano competente a extinguir la concesión”.

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

Así, ha de recordarse que, como pone de relieve el 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)”.*

En el presente supuesto, estando acreditado el incumplimiento del concesionario, ninguna duda ofrece que procede incautar la garantía constituida, como contempla la cláusula 29 del PCAP y propone la Administración consultante.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución de la concesión demanial de explotación de local de hostelería en el Centro Cultural Las Dehesillas, sito en la Avenida del Museo, n.º 4, adjudicada a la empresa TAMAR LAS ARENAS, S.A., por abandono o renuncia unilateral del concesionario, con incautación de la garantía.

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 5 de diciembre de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 644/23

Sr. Alcalde de Leganés

Pza. Mayor, 1 - 28911- Leganés