



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **90/2017**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 19 de abril de 2017, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Cartagena, mediante oficio registrado el día 17 de marzo de 2017, sobre extinción de la concesión administrativa para la instalación de contenedores para depósito y recogida de pilas usadas en la vía pública (expte. 81/17), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Consejo Jurídico ya tuvo ocasión de conocer de los hechos que dan lugar al actual expediente, evacuando el Dictamen 117/2016, a cuyos Antecedentes de Hecho procede remitirse, sin perjuicio de recordar ahora, de forma sintética, sus principales hitos:

I. Por Decreto de 11 de mayo de 2001, de la Delegación del Área de Hacienda del Ayuntamiento de Cartagena, se adjudica a la mercantil "--" una concesión del uso privativo de bienes de dominio público (vía pública) para la instalación de contenedores de pilas usadas.

De conformidad con el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP), el concesionario venía obligado a colocar un total de 40 postes-contenedores, retirando periódicamente las pilas allí depositadas.

La Cláusula Tercera PCAP señala que el plazo de la concesión será de 4 años, a contar desde el día en que se encuentren instalados los 40 contenedores, prorrogables.

El Pliego no prevé canon ni subvención alguna.

II. El 6 de junio de 2001 se formaliza la concesión.

III. Con fecha 28 de febrero de 2003, la Comisión Municipal de Gobierno acuerda modificar la concesión en los

siguientes términos:

"1. Extender por razones de interés público el servicio de recogida de pilas a la mayor parte del término municipal, modificando la concesión privativa de dominio público para la instalación de contenedores de pilas usadas en la vía pública, debiendo la empresa -- instalar 20 contenedores más de los ya instalados en las zonas señaladas en el cuerpo de este escrito, que deberán instalarse previa obtención de licencia municipal.

2. Ampliar el plazo de la concesión de 4 a 6 años.

3. En garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas, el adjudicatario deberá constituir una garantía correspondiente a 180,30 euros.

4. El resto de obligaciones y facultades del Excmo. Ayuntamiento y del concesionario se rigen por el contrato suscrito entre ambas partes con fecha 6 de junio de 2001 y por las demás disposiciones aplicables".

IV. El 10 de diciembre de 2014 y previa la oportuna licitación a la que concurrió la mercantil "--", se formaliza documento administrativo contractual de autorización a otra empresa, "--" para el uso privativo de la vía pública (aceras, viales y espacios libres) en orden a la reposición, mantenimiento y conservación de diferente mobiliario urbano como marquesinas, mupis, señales o postes direccionales, paneles informativos, depósito de pilas usadas, puntos limpios, etc. y la explotación de los mismos con publicidad.

V. Con fecha 23 de octubre de 2015, la Junta de Gobierno Local acuerda iniciar "expediente de declaración de extinción de la concesión de dominio público constituido por el uso privativo de vías urbanas para la instalación de contenedores para depósito y recogida de pilas usadas cuyo documento contractual administrativo fue suscrito el 6 de junio de 2001 con la mercantil '--", y cuyo plazo máximo era de seis años, transcurridos en exceso".

VI. El 26 de noviembre, la concesionaria formula alegaciones, señalando que, en la medida en que la concesión era prorrogable, que no se establecían criterios para prorrogarla y que, tras la modificación operada en el año 2003, el plazo pasó a ser de seis años también prorrogables, en el momento en que el Ayuntamiento pretende extinguir la concesión ésta se encuentra en su tercer período de prórroga, la cual no expirará hasta el año 2019.

Afirma, asimismo, que si bien no se llegaron a instalar los 60 postes contenedores (lo fueron 58), ello se debió a la decisión del Ayuntamiento y que la extinción de la concesión en este momento, cuando la Corporación Local ya ha adjudicado a otra empresa un contrato de reposición, mantenimiento y conservación de diferentes elementos del mobiliario urbano -entre los que se encuentran contenedores para la recogida de pilas usadas-, a cambio de un canon, se encuentra incursa en desviación de poder.

VII. La Asesoría Jurídica Municipal rebate los argumentos del concesionario, afirmando en síntesis que tras la modificación del contrato operada en el año 2003, el plazo pasó a ser de seis años, si bien, ya no se preveía expresamente su carácter prorrogable, por lo que una vez expirado aquel plazo, la concesión ha de extinguirse por

caducidad, por transcurso del plazo para el que se otorgó, siendo así que el concesionario estaría disfrutando del uso privativo del dominio público en precario desde que aquel plazo terminó, negando la aplicación en este ámbito de la tácita reconducción.

Considera el informe que, en la medida en que el concesionario ha formulado oposición a la declaración de caducidad de la concesión por extinción del plazo, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), se propone a este Órgano Consultivo que emita dictamen favorable al acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 23 de octubre de 2015, por el que se acuerda iniciar el procedimiento de extinción de la concesión por vencimiento del plazo.

SEGUNDO.- Remitido en su día el expediente en solicitud de Dictamen, se evacua con el número 117/2016, para concluir que el procedimiento de extinción de la concesión demanial a que se refiere la consulta había de considerarse caducado a la fecha de su formulación.

Además, se indicaban al Ayuntamiento consultante diversas omisiones e irregularidades procedimentales que habrían de subsanarse si optaba por incoar un nuevo procedimiento de extinción de la concesión.

TERCERO.- El 3 de junio de 2016, la Junta de Gobierno Local acuerda declarar la caducidad del procedimiento de extinción de la concesión de dominio público e iniciar uno nuevo.

Conferido trámite de audiencia a la mercantil interesada, no consta que presentara alegaciones.

CUARTO.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 4 de noviembre de 2016 se acuerda declarar la caducidad del procedimiento incoado el 3 de junio e iniciar uno nuevo.

Dicho Acuerdo se comunica al Coordinador de Contratas Externas-Infraestructuras y a la Asesoría Jurídica Municipal, a los que se solicita informe acerca de "*si la mercantil continúa explotando la publicidad en los mupis, depósito de pilas y del número total de elementos que tienen instalados en la ciudad*" y "*sobre el procedimiento del acuerdo de caducidad*", respectivamente.

Del mismo modo, el acuerdo se notifica a la mercantil "--", otorgándole un plazo de quince días para formular alegaciones frente al Acuerdo de iniciación del expediente, indicándole asimismo la posibilidad de interponer recurso potestativo de reposición o directamente el recurso contencioso-administrativo contra dicho Acuerdo de incoación.

QUINTO.- El 28 de diciembre de 2016, la mercantil presenta recurso de reposición frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 4 de noviembre, por el que se incoa el procedimiento de extinción de la concesión.

Como fundamento del recurso reitera las alegaciones vertidas en el primer expediente (Antecedente Primero, apartado VI, de este Dictamen), para oponerse a la finalización de la concesión, en la medida en que considera que ésta se encuentra prorrogada por un período que no acaba hasta el año 2019.

SEXTO.- El 18 de enero de 2017, la Dirección General de la Asesoría Jurídica evaca nuevo informe rebatiendo las alegaciones formuladas por la interesada, reiterando los argumentos ya expuestos en el informe cuyo contenido se recoge, en apretada síntesis, en el Antecedente Primero, apartado VII de este Dictamen.

SÉPTIMO.- El 19 de enero, un técnico de la Dirección General de Infraestructuras informa que "*en fechas 2008 y 2009 todos los elementos Mupis/pila se encontraban instalados, como la mercantil confirma en sus escritos de 2008 y 2009. Que la comunicación entre la mercantil y estos Servicios Técnicos siempre ha sido correcta y fluida, solucionando cualquier circunstancia técnica que se diera en la concesión (...) Por ello, si en la actualidad no están todos instalados todos los Mupis/pila de la autorización no es imputable al Excmo. Ayuntamiento de Cartagena*".

En relación con la alegación del concesionario relativa a que en la nueva licitación de 2014 no se incluían los Mupis con contenedores de pila como objeto o elementos del mobiliario urbano objeto de la concesión, se informa que "*la autorización administrativa licitada por procedimiento abierto en 2014 se limita a los elementos de titularidad municipal (marquesinas, mupis, señales o postes direccionales, paneles de información). Los depósitos de pilas usadas referidos en el objeto de la citada autorización no son nuevos elementos añadidos al mobiliario municipal de la citada autorización administrativa, son complementos de fácil instalación en los Mupis de titularidad municipal, los cuales serían recogidos por la nueva mercantil adjudicataria, una vez acoplados dichos contenedores en los elementos de titularidad municipal*".

OCTAVO.- Con fecha 27 de enero de 2017, la Junta de Gobierno Local aprueba la siguiente propuesta formulada por el Concejal Delegado del Área de Hacienda e Interior:

"PRIMERO.- Que inicialmente se desestimen las alegaciones de la mercantil "-- y por tanto el recurso de reposición interpuesto el día 28 de diciembre de 2016, contra el acuerdo de 4 de noviembre de 2016 y que se declare la caducidad (o extinción) por vencimiento del plazo de la concesión administrativa de dominio público constituido por el uso privativo de vías urbanas para la instalación de contenedores para depósito y recogida de pilas usadas, adjudicado en su día y cuyo documento administrativo se firmó el día 6 de junio de 2011 y posterior modificación de 28 de febrero de 2003, por un total de seis años, transcurridos en exceso.

SEGUNDO.- Que se notifique el presente acuerdo a la mercantil afectada y al Consejo Jurídico de la Región de Murcia para emisión de Dictamen pertinente.

TERCERO.- Que durante el tiempo que medie entre la petición del Dictamen al Órgano indicado, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del mismo, que igualmente deberá ser comunicada, sobre el contenido de la presente resolución y de las alegaciones presentadas el 28/12/2016, se apruebe la suspensión del transcurso del plazo máximo legal de tres meses para resolver definitivamente el procedimiento y notificar la resolución definitiva, sin que el plazo de suspensión pueda exceder en ningún caso de tres meses".

NOVENO.- Consta en el expediente que se dirigió oficio de notificación a la mercantil adjudicataria, con salida el 10 de febrero de 2017, pero no que dicha notificación se llegara a practicar de forma efectiva.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito de 9 de febrero (registro de salida del 10 de febrero), recibido en el Consejo Jurídico el pasado 17 de marzo de 2017.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen, normativa aplicable y procedimiento.

Cabe remitirse a las extensas consideraciones que sobre ambos extremos se contienen en el Dictamen 117/2016, evacuado por este Consejo Jurídico en relación con la extinción de la misma concesión demanial a que se refiere la consulta ahora sometida.

Baste recordar ahora que alcanzamos como conclusión que la consulta resultaba preceptiva y que la normativa aplicable venía constituida, en cuanto al régimen sustutivo de la concesión demanial, otorgada en el año 1999, por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL), aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, y supletoriamente por la normativa de contratos administrativos. Dada la indicada fecha de adjudicación, la regulación supletoria vendría constituida por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Del mismo modo, también señalábamos que, en ausencia de disposiciones reguladoras del procedimiento específico para la resolución de la concesión, resulta acertado seguir el procedimiento que para la resolución de los contratos establece la normativa de contratación administrativa. Como tiene dicho este Consejo Jurídico en diversos Dictámenes (por todos el núm. 66/12), de acuerdo con reiterada doctrina del Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes números 1767/2005, 2315/2004, 2314/2004, 2382/2003, 142/2003, 8/2003, 1598/2002, 527/2000 y 3437/99), la determinación de la Ley aplicable al procedimiento de resolución del contrato y la competencia del órgano que debe accordarla distingue a efectos de régimen transitorio entre aspectos materiales y procedimentales, aplicando a estos últimos la norma bajo cuya vigencia se inicia el procedimiento en cuestión. En el supuesto ahora sometido a consulta esta norma es el TRLCSP, toda vez que el procedimiento de resolución se inicia el 4 de noviembre de 2016. Asimismo se aplicará el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en lo que no se oponga a dicho Texto Refundido.

En relación con el procedimiento seguido, han de efectuarse las siguientes observaciones:

1. Frente al Acuerdo de incoación del procedimiento tendente a la extinción de la concesión, no procedía ofrecer al

concesionario recurso alguno pues se trata aquél de un mero acto de trámite no cualificado, es decir, que ni decide directa o indirectamente el fondo del asunto, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos y, en consecuencia, no es un acto en sí mismo recurrible, sin perjuicio de que la oposición al mismo pueda alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento (art. 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, LPACAP).

No obstante, cabe considerar que las alegaciones vertidas en el recurso potestativo de reposición son claramente expresivas de la voluntad del concesionario de oponerse a la extinción de la concesión, por lo que a efectos del procedimiento de resolución contractual, que como señalamos en el Dictamen 117/2016 sería el aplicable al supuesto sometido a consulta, entenderemos tal recurso como la plasmación efectiva del trámite de audiencia conferido y, en consecuencia, habrán de ser tenidas en cuenta en la resolución que ponga fin al procedimiento.

No obstante, ha de recordarse que de conformidad con el artículo 82.1 LPACAP, el trámite de audiencia ha de llevarse a efecto una vez instruidos los procedimientos e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, lo que aquí no se habría respetado, pues se confirió el trámite cuando todavía no se había instruido el procedimiento y sin esperar a la evacuación de los informes solicitados por la unidad instructora.

2. El Acuerdo de 27 de enero de 2017, de la Junta de Gobierno Local, aprueba sin matización o salvaguarda alguna la propuesta formulada por el Concejal Delegado del Área de Hacienda e Interior.

El contenido del acuerdo adoptado tiene diverso alcance, pues si en el punto segundo se aprueba interesar este Dictamen y en el tercero se acuerda suspender el transcurso del plazo máximo para resolver hasta que aquél se emita, lo cierto es que en su punto primero acuerda que "*inicialmente*" se declare la caducidad o extinción de la concesión.

La aprobación por la Junta de Gobierno Local de la propuesta formulada por el Concejal, incluido por tanto el apartado primero de la misma, en tanto que adoptada por el órgano de contratación, parece constituir un acto administrativo que, lejos de limitarse a proponer la extinción de la concesión, procede ya a declarar dicha extinción. De ser así, la decisión municipal de poner fin a la concesión se habría adoptado ya, lo que convertiría en innecesario este Dictamen. Ahora bien, ello supondría también la adopción de un acuerdo prescindiendo del procedimiento legalmente establecido para ello, pues el acto resolutorio de la concesión se habría dictado con anterioridad a la emisión de este Dictamen preceptivo, determinando su invalidez. No obstante, la propuesta alude a que "*inicialmente*" se declare la caducidad de la concesión por expiración del plazo, expresión ésta que interpretada en el contexto de los otros apartados de la propuesta, puede entenderse en el sentido de que el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local no pretende resolver aún y de manera definitiva el procedimiento de caducidad de la concesión, sino anticipar la postura desestimatoria de la oposición del concesionario de cara a la resolución que en orden a la finalización del procedimiento habrá de adoptarse una vez se reciba el presente Dictamen, operando a modo de una impropia propuesta de resolución que el órgano de gobierno municipal se efectuaría a sí mismo. Contribuye también a esta interpretación el hecho de que en la notificación que se remite al interesado del indicado Acuerdo de 27 de enero de 2017 no se contiene expresión alguna de los recursos que cabrían contra la resolución definitiva del procedimiento de extinción de la concesión.

De no aceptarse esta interpretación, la Corporación debería proceder a la revocación del referido acto administrativo (artículo 109.1 LPACAP). En similares términos se pronunció este Consejo Jurídico en Dictámenes 18/2000 y 13/2007, entre otros.

SEGUNDA.- De la caducidad del procedimiento de extinción de la concesión.

El Dictamen 117/2016, con fundamento en la doctrina jurisprudencial que aboga por la caducidad como consecuencia de sobrepasar los plazos máximos establecidos para la tramitación de los procedimientos de resolución contractual, concluyó señalando que el procedimiento de extinción de la concesión se encontraba inciso en caducidad, por lo que procedía dictar una resolución que así lo declarara, sin perjuicio de la posibilidad de la Corporación Local de incoar un nuevo procedimiento.

Así lo hizo el 3 de junio de 2016, si bien dicho procedimiento tampoco pudo instruirse y resolverse en plazo, por lo que el Ayuntamiento consultante optó, con buen criterio, por declararlo caducado e iniciar uno nuevo, mediante Acuerdo de 4 de noviembre de 2016.

Iniciado el procedimiento de extinción de la concesión por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de dicha fecha, se advierte que en su tramitación se han invertido ya más de los tres meses que, como plazo máximo para su resolución y notificación establece el artículo 21.3 LPACAP, supletoriamente aplicable en defecto de previsión expresa en la normativa de patrimonio y de contratos de las Administraciones Públicas. Conforme a la doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (por todas, STS de 28 de junio de 2011), asumida por este Consejo Jurídico (entre otros muchos, Dictámenes 213/2009 y 161/2011), la expiración de dicho plazo determina la procedencia de declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual (art. 25.1, letra b, LPACAP), sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo.

Es de destacar que, si bien esta doctrina se ha fijado en sede de resolución de contratos administrativos, no se encuentran obstáculos para su aplicación a un procedimiento de extinción de concesión demanial, toda vez que éste comparte con el previsto en la normativa contractual las características que fundamentan la indicada doctrina jurisprudencial, esto es, ser instrumento para el ejercicio de potestades administrativas de intervención susceptibles de generar un perjuicio en la situación jurídica del particular (contratista o concesionario) y carecer de un plazo máximo de duración establecido por su normativa específica, lo que lleva a aplicar la norma prevista en el artículo 21.3 LPAC.

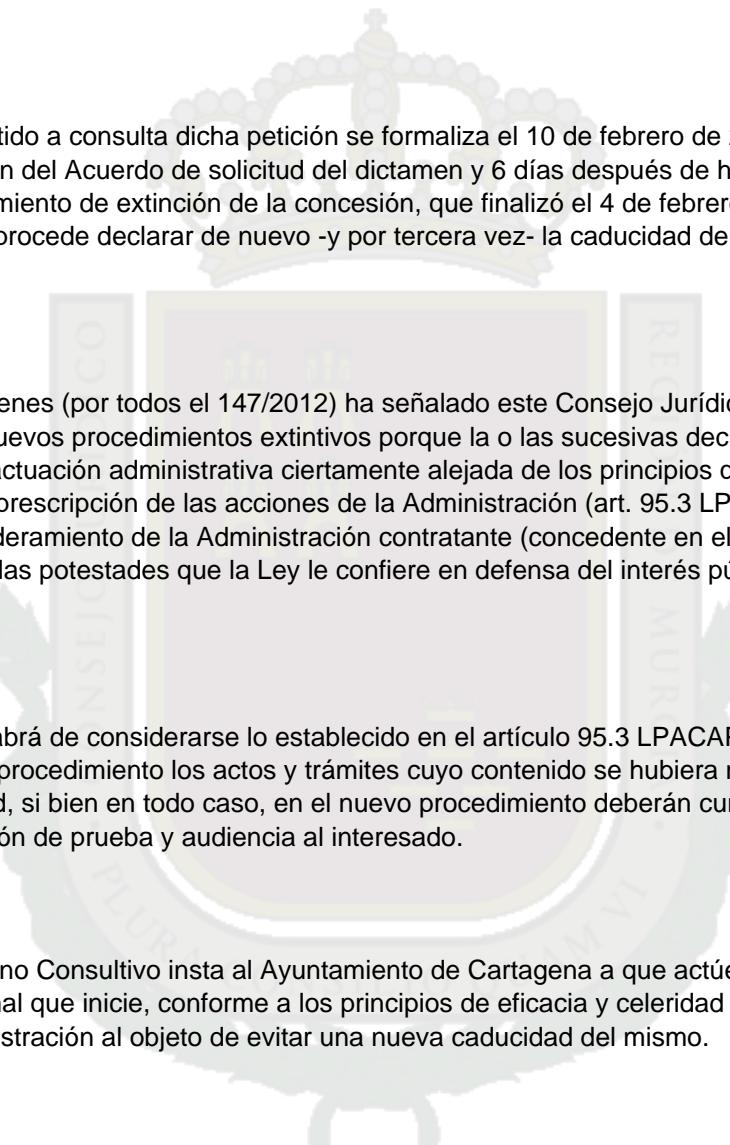
Es cierto que el 27 de enero de 2017 la Junta de Gobierno Local acuerda suspender el transcurso del plazo máximo legal para resolver y notificar con ocasión de la petición de este Dictamen, con base, aunque no lo señale así el referido Acuerdo, en el artículo 22.1, letra d) LPACAP. Dicha suspensión se prolongará desde la petición del Dictamen hasta su recepción, debiendo ser comunicadas a los interesados tanto la petición como la evacuación del mismo.

Ha de advertirse que no consta que el Acuerdo de solicitud del informe se notificara al concesionario, pues si bien al folio 268 obra el oficio que se le dirige el 10 de febrero de 2017, remitiéndole el indicado Acuerdo, no está acreditado que tal notificación llegara a realizarse de forma efectiva.

Asimismo, en la fecha en que el Acuerdo se remite al concesionario y se solicita el Dictamen a este Consejo Jurídico (registro de salida del Ayuntamiento del 10 de febrero de 2017), ya había expirado el plazo de tres meses con que contaba la Corporación Local para resolver el procedimiento de extinción concesional iniciado el 4 de

noviembre anterior. Debe recordarse a tal efecto que la suspensión se produce desde la petición del Dictamen (no desde que tal petición sea comunicada a los interesados, aunque tal comunicación sea necesaria a los efectos informativos de éstos y para que puedan, si lo desean, presentar alegaciones al respecto) y hasta la recepción del Dictamen por el órgano consultante.

Tal petición ha de entenderse efectuada y, en consecuencia, suspendido el plazo para resolver, cuando la voluntad de solicitar el informe se hace efectiva, y ello no acontece con la mera adopción del acuerdo que decide realizar la consulta, sino cuando ésta se materializa saliendo del ámbito de disposición de la entidad consultante, y ello se manifiesta en el expediente mediante el registro de salida del Ayuntamiento consignado en el escrito en el que se solicita el Dictamen. En este sentido, la STSJ Madrid, núm. 317/2013, de 6 de septiembre, sostiene el criterio de que la eficacia interruptiva del plazo se inicia cuando el órgano consultante remite al Consultivo la solicitud de Dictamen.



En el supuesto sometido a consulta dicha petición se formaliza el 10 de febrero de 2017, es decir, 14 días después de la adopción del Acuerdo de solicitud del dictamen y 6 días después de haber fallecido el plazo de resolución del procedimiento de extinción de la concesión, que finalizó el 4 de febrero. Como no cabe suspender un plazo ya expirado, procede declarar de nuevo -y por tercera vez- la caducidad del procedimiento de extinción de la concesión.

En anteriores Dictámenes (por todos el 147/2012) ha señalado este Consejo Jurídico que no existe obstáculo para la incoación de nuevos procedimientos extintivos porque la o las sucesivas declaraciones de caducidad, aun siendo reflejo de una actuación administrativa ciertamente alejada de los principios que deben regir aquélla, no produce por sí sola la prescripción de las acciones de la Administración (art. 95.3 LPACAP), es decir, la caducidad no conlleva el desapoderamiento de la Administración contratante (concedente en el supuesto sometido a consulta) para ejercer las potestades que la Ley le confiere en defensa del interés público, a cuya satisfacción se dirige el contrato.

En cualquier caso, habrá de considerarse lo establecido en el artículo 95.3 LPACAP, en cuya virtud, podrán incorporarse al nuevo procedimiento los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad, si bien en todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado.

Por último, este Órgano Consultivo insta al Ayuntamiento de Cartagena a que actúe, respecto al procedimiento de extinción concesional que inicie, conforme a los principios de eficacia y celeridad que han de inspirar la actuación de la Administración al objeto de evitar una nueva caducidad del mismo.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- El procedimiento de extinción de la concesión demanial a que se refiere la consulta ha de considerarse caducado a la fecha de formulación de la consulta, conforme se razona en la Consideración Segunda de este

Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

