

En Logroño, a 25 de enero de 2019, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros, D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. José Luis Jiménez Losantos y D. Pedro Prusén de Blas, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. José Luis Jiménez Losantos, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**1/19**

Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Logroño, a través del Excmo. Sr. Consejero de Fomento y Política Territorial del Gobierno de La Rioja, sobre el *procedimiento administrativo de resolución (con oposición de la empresa contratista) del contrato de concesión, por el Ayuntamiento de Logroño, a la empresa D.D, de la Parcela x, del Sector S.I.L, de Logroño, para la construcción y posterior gestión de una Guardería (Centro de educación) infantil.*

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

El expresado Ayuntamiento, a través de la Consejería de Fomento y Política Territorial, ha remitido, a este Consejo Consultivo, el precitado expediente, que, si bien está correctamente ordenado “por documentos” (cfr. su índice, antes del fol. 1), ninguno de éstos lo relata cronológicamente “por hechos” y éstos, incluso en la Propuesta de resolución que lo concluye (obrante en los fols. 96 a 102), están recogidos de forma confusa; y, en ocasiones, sin la documentación que los advere o sin los datos que indiquen con precisión de dónde proceden las cantidades que se manifiestan; defectos éstos que son imputables por igual a la Administración actuante y a la empresa concesionaria y que señalaremos al exponer cada uno de los hechos que figuran en el expediente.

Por tanto, en este dictamen: i) hemos salvado los errores de cita que hemos detectado en la documentación; ii) damos por probados los hechos que estén admitidos por las partes o confesados por la parte a la que afectan; y iii) hemos comprobado las cantidades que figuran en el expediente, mediante cotejo de los diversos documentos y manifestaciones que se refieren a las mismas. Resultado de todo ello es la relación cronológica de

antecedentes de hecho que, referidos al asunto, incluimos en el numeral Segundo que sigue.

## Segundo

### 1. Programa y Pliego de condiciones (PC).

Por Acuerdo de **06-01-2003** (fols. 1-26), el Pleno del referido Ayuntamiento aprobó: i) el **Programa** para conceder, mediante concurso, varias Parcelas de suelo dotacional público, incluidas en el Patrimonio municipal del suelo, para la construcción y posterior gestión de instalaciones de interés social (fols 1 a 3), entre las que, como Parcela Y, se encontraba la antes referida, de 1800 m<sup>2</sup>, que es objeto de este expediente (fol. 2); y ii) el **Pliego de condiciones (PC)** para la concesión, por el procedimiento de concurso, de dichas Parcelas (fols. 2 a 27), relacionadas en su Anexo 2, donde se encuentra (fol. 27) la descripción, incluso gráfica, de la referida Parcela.

### 2. Condiciones impuestas en el PC

El citado PC establece, para concesión, las siguientes **condiciones** (en lo sucesivo, cd/s): i) el **plazo** concesional será de 99 años; ii) el **canon** anual pagadero por la empresa concesionaria será de 2.358,37 euros; iii) la **fianza** definitiva que debe prestar la concesionaria será de 9.433,48 euros; iv) el **destino** de la concesión será construir y gestionar una Guardería (Centro educativo) infantil; v) la concesionaria se obliga a solicitar las **licencias** de obra y actividad antes de 1 año desde la adjudicación de la concesión; vi) dicha concesionaria se obliga a observar el siguiente **calendario**: a iniciar las obras de construcción antes de que transcurran 6 meses y a concluir las antes de que transcurran 24 meses, contando ambos plazos desde la fecha de otorgamiento de la licencia de construcción; vii) la concesionaria se obliga a costear las **acometidas** a las redes de servicios municipales, pues las obras de primera urbanización ya están realizadas; viii) la concesionaria se obliga a completar o reparar a su costa la **urbanización** del frente de la Parcela, si procede, una vez terminada la edificación; y ix) la concesionaria debe liquidar el Impuesto municipal sobre construcciones, instalaciones y obras (**ICIO**), al presentar el Proyecto de ejecución, si bien deberá pagarlo según el coste efectivo de la construcción efectuada, el cual puede ser revisado tras la correspondiente comprobación administrativa.

### 3. Concurso.

Por Acuerdo de **06-02-2003** (aludido en el fol. 27, pero que no consta en el mismo, aunque es hecho admitido por las partes), el Pleno municipal **convocó** un procedimiento de **concurso** para adjudicar las Parcelas referidas, entre ellas las que ahora nos ocupa.

#### **4. Propositiones.**

Un Informe de **31-03-2003**, del Arquitecto-Jefe del Servicio municipal de Urbanismo y del Gestor de Patrimonio y Servicios Comunitarios (aludido en el fol. 27 vto. del expediente, pero que no consta en el mismo, aunque es hecho admitido por las partes), consideró **admisible**, entre otras **propuestas** presentadas sobre distintas Parcelas, la presentada, al expresado concurso, por la empresa antes referida, para construir y gestionar la concreta Parcela que nos ocupa.

#### **5. Adjudicación.**

Por Acta de **01-04-2003** (aludida en el fol. 27 del expediente, pero que no consta en el mismo, aunque es hecho admitido por las partes) la Mesa municipal de contratación **ratificó** el precitado Informe y propuso adjudicar la Parcela expresada a la también indicada empresa concesionaria.

Previo Informe de **02-04-2003**, de la Intervención municipal, y Dictamen de **03-04-2003**, de la Comisión informativa municipal de Economía y Hacienda (ambos aludidos en el fol. 28 vto del expediente, pero que no constan en el mismo, aunque son hechos admitidos por las partes), por Acuerdo de **03-04-2003**, el Pleno municipal **adjudicó** (fols. 27 y 29), con entera sujeción al expresado PC y a las condiciones antes expresadas, la Parcela de referencia, a la Sociedad mercantil indicada, para la construcción de una Guardería (Centro de educación) infantil. Los datos de identificación, domicilio, registro y representantes de la citada Sociedad se detallan en el expediente (fols. 43 vto a 44 vto).

#### **6. Licencia de obras y actividad.**

Por Resolución de Alcaldía, de **05-07-2004** (con núm URB20-2003/0389-2; aludida en los fols. 31 y 84 de expediente, pero que no consta en el mismo, aunque es hecho admitido por las partes), fue conferida, a la referida empresa concesionaria, la **licencia conjunta de obras y actividad**.

#### **7. Liquidación (provisional) del ICIO.**

La referida licencia de obras y actividad dio lugar a una **liquidación (provisional) del ICIO** (la núm. 2004/20372), que, en aplicación de su entonces vigente Ordenanza fiscal reguladora (aprobada por Acuerdo plenario de 16-10-1989, modificada por Acuerdo plenario de 04-02-1999 y publicada en el BOR de 18-03-1999), tomó como base un presupuesto de ejecución material (proyectado) de **486.934 euros**, sin que conste en el expediente la cantidad ingresada por la concesionaria en concepto de pago del referido ICIO. Los datos expuestos constan en un documento municipal obrante en el expediente (fol. 84). En todo caso, esta liquidación tenía el carácter de provisional, ya que, como se ha

expresado, podía ser (y, de hecho, fue posteriormente) objeto de comprobación administrativa por parte de los Servicios municipales de Inspección tributaria, cuando concluyera la obra.

#### **8. Inicio de las obras.**

Aunque en el contrato no consta con claridad la fecha de **inicio de las obras**, éstas debieron comenzar en los primeros meses de 2005, ya que la concesionaria encargó la construcción a la empresa C (según confiesa, sin contradicción, en el fol. 79 vto del expediente, aunque sin citar las datos de dicha empresa), mediante contrato de obras de fecha **17-02-2005** (no obrante en el expediente, pero citado, sin contradicción, en el fol. 84).

#### **9. Fin de las obras.**

Aunque no es objeto de discusión, no consta en el expediente con la fehaciencia precisa, la fecha de **finalización de obras**, ya que, en el fol. 84, sólo se afirma que una (**primera**) **certificación** final de las mismas (que no figura en el expediente, aunque es aludida en un documento municipal obrante en el fol. 84) es de fecha **17-10-2005**; si bien luego se citará otra (segunda) certificación de fecha 16-03-2006.

En cualquier caso, en un documento municipal (obrante en el fol. 84 del expediente), consta que la concesionaria efectuó **obras de construcción** de una Guardería (Centro de educación) infantil, en planta baja, con una superficie útil de 744,90 m<sup>2</sup> y construida de 869,40 m<sup>2</sup>, sobre un solar de 1801,50 m<sup>2</sup>, en el inmueble sito en c/R.I, bajo, de Logroño (la Rioja), con referencia catastral núm. XXXXXXXXXXXX.

#### **10. Licencia de primera ocupación.**

Por Resolución de Alcaldía, de **16-11-2005** (aludida en el fol. 31 de expediente, pero que no consta en el mismo, aunque es hecho admitido por las partes), fue conferida, a la concesionaria, la **licencia de primera ocupación**, sin que conste en el expediente con claridad la fecha exacta en que dicha concesionaria comenzó a gestionar la Guardería (Centro de educación) infantil construida, ya que: i) esta licencia de primera ocupación es de finales de 2005; ii) el (segundo) certificado de final de obra es, como veremos enseguida, de 2006; iii) en un documento fechado el 05-10-2018 (obrante en el fol. 80 del expediente), la empresa confiesa, sin más prueba, haber gestionado, con total normalidad, la Guardería -Centro de educación- infantil, durante “casi una década”, lo que situaría dicho comienzo en 2009; iv) el mismo documento señala que, sólo a partir de dicho año 2009, comenzó a sentir los efectos de la crisis económica, lo que sugiere que llevaba tiempo atrás gestionando el Centro. De todo, ello más bien parece deducirse que el inicio

de la gestión habría tenido lugar durante los tres primeros meses de **2006**, si bien este dato no ha sido fijado ni debatido en el expediente.

### **11. Certificado final de obra.**

En todo caso, la Dirección facultativa de las obras expidió, debidamente visada, el (**segundo** y antes anunciado) **certificado final de obra**, con fecha **16-03-2006**, del que resulta: i) que las **obras** inicialmente proyectadas no se correspondieron con exactitud con las **finalmente ejecutadas**; y ii) que éstas últimas son valoradas en **1.108.771,51 euros**, sin IVA, importe que la concesionaria confiesa (fols. 79-85) ser la cantidad que ha pagado, por la obra de construcción, a la precitada constructora C, y que resulta de la suma de las siguientes cantidades:

**A) 931.740,77 euros** (frente a los inicialmente previstos 486.934 euros), en concepto de **coste de la ejecución material** de la obra, según los 20 capítulos de obras ejecutadas que recoge la certificación y que se refieren a diversas actividades constructivas, como cimentación, carpintería, cubierta y electricidad.

**B) 121.126,30 euros**, en concepto del 13% en que se fijan los **gastos generales**.

**C) 55.904,45 euros**, en concepto de 6% en que se fija el **beneficio industrial**.

### **12. Liquidación del ICIO.**

El Ayuntamiento actuante sometió la liquidación provisional del ICIO (es decir, la inicialmente presentada por la empresa concesionaria y a la que antes nos hemos referido) a un procedimiento de comprobación, iniciado, el **26-07-2007**, por su propio Servicio de Inspección tributaria. Dicho procedimiento de inspección concluyó con un **Acta de conformidad**, de **05-02-2008** (fols. 84 y 85 del expediente), en cuya virtud:

**A)** Por un lado, la concesionaria reconoció (fols. 79-85) que el importe de ejecución material de la obra no fue el inicialmente proyectado y declarado en la liquidación provisional del ICIO (**486.934 euros**), sino el que recoge el (**segundo**) certificado final de la obra realizada (de 16-03-2006), es decir, **931.740,77 euros**.

**B)** Por otro lado, la Inspección tributaria municipal consideró que dicha cantidad (de 931.740,77 euros) no podía constituir la base imponible del ICIO, ya que debían ser excluidas (no se sabe si legal o sólo jurisprudencialmente, según expresa el fol. 93 del expediente, sin citar ninguna disposición ni sentencia al respecto) de la misma ciertas partidas (detalladas, aunque sin la precisión necesaria, en los fols. 83 y 93), que ascendían a un total de **60.447,61 euros**; por lo que, en suma, entendió que procedía rebajarla en dicha cantidad de 60.447,61 euros (fol.83), que no ha sido discutida por la concesionaria.

C) Resultó así: i) una base imponible (por el ICIO de la obra material ejecutada fiscalmente computable) de **871.293,16 euros** (931.740,77 – 60.447,61= 871.293,16 euros); y ii) una cuota tributaria complementaria (que no es discutida, aunque recordemos que en el expediente no consta la inicialmente pagada) de **11.453,91 euros**, la cual fue liquidada y pagada seguidamente por la concesionaria (fol. 82 vto).

### **13. Inicio y fin de la actividad.**

La concesionaria confiesa (en el precitado documento de 05-10-2018, obrante en el fol. 80 del expediente) que; i) como antes hemos expresado, **realizó su actividad** (de gestión de la Guardería -Centro de educación- infantil construida) con total normalidad **durante “casi una década”** (quizá entre 2005 y 2014); y ii) que, a consecuencia de la severa crisis económica española iniciada en 2009, comenzó a descender paulatinamente el número de alumnos matriculados, hasta que el escaso número de ellos provocó que la referida concesionaria adoptara la **decisión de no reiniciar las actividades** de la Guardería (Centro de educación) infantil cuando iba a comenzar **el curso académico 2014-2015** (fol. 80 vto). Esta confesión no ha sido discutida por el Ayuntamiento actuante, aunque la concesionaria no ha aportado ningún dato que ampare sus asertos.

### **14. Concurso de acreedores.**

La imposibilidad de continuar su actividad por la causa económica expuesta, llevó, a la concesionaria, a intentar una liquidación ordenada de la empresa, sometiéndose voluntariamente a **concurso de acreedores**; para lo cual instó (al amparo del art. 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal), ante el Juzgado de lo Mercantil de La Rioja, el inicio del *procedimiento de comunicación previa de concurso y homologación judicial núm 228/2014*, el cual fue incoado por Decreto de su Secretaria Judicial (Letrada de Administración de Justicia) de **12-04-2014** (fols. 86 vto a 88, del expediente).

Es de señalar que, si bien dicho procedimiento tiene por objeto el conceder al deudor un plazo de tres meses para negociar, con sus acreedores, un convenio que evite la declaración judicial de concurso, sin embargo la concesionaria: i) no ha señalado en el expediente las conversaciones y negociaciones llevadas a cabo en esa modalidad procesal y, de manera especial, las llevadas a cabo con la Corporación municipal, tendentes a la obtención de ese convenio; y ii) tampoco ha especificado cuál ha sido, transcurridos los tres expresados meses, el resultado final de ese procedimiento.

### **15. Intento de resolución del contrato por mutuo acuerdo.**

Sin haber sido contradicha en el expediente, la concesionaria expone (fol. 80 vto) que (sin señalar una fecha concreta y sin aclarar tampoco si fue dentro de los tres meses concedidos para efectuar negociaciones en el seno del procedimiento judicial antes citado)

comunicó verbalmente al Ayuntamiento la expresada imposibilidad económica de continuar con la actividad y se ofreció a **resolver el contrato de mutuo acuerdo**, al no ser deudora de dicho Ayuntamiento en aquel momento (aunque no indica fechas, probablemente se refiera a octubre del año **2014**); y añade que el Ayuntamiento actuante descartó tal posibilidad (fol. 80 vto), sin que consten en el expediente las razones que expliquen tal actitud municipal y tampoco por qué, existiendo impagados desde el año 2013 y habiéndose producido el cese de la actividad al inicio del referido curso escolar 2014-2015, no se llevó a cabo el requerimiento de reanudación de la actividad (requisito previo a la declaración de caducidad de la concesión) hasta, como enseguida exponemos, diciembre de 2015.

#### **16. Requerimiento municipal de reanudación, con advertencia de caducidad de la concesión.**

Por Acuerdo de **16-12-2015** (transcrito, en lo esencial, en los fols 31 vto, 35 y 39 vto del expediente, pero sin constar en el mismo, aunque es hecho admitido por las partes), la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento actuante decidió: i) **requerir**, a la concesionaria, para que, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales (cd. 18 PC, *sic*, en rigor, la cd. 17.1 PC), **reanudase la actividad**; ii) notificar, a la concesionaria, que el incumplimiento de tales obligaciones determinaría la incoación automática del procedimiento de declaración de **caducidad de la concesión**, con los efectos establecidos en el PC (que no se citan en el Acuerdo que nos ocupa, pero que, como expresan posteriormente los fols. 32 vto, 33, 35 vto y 36 del expediente, son los señalados en la cd. 22.3 PC, la cual se remite a los señalados, en la cd. 18.3 PC, para los casos de resolución de la concesión, a los que luego aludiremos); y iii) conferir, a dicha concesionaria, así como a los terceros interesados con derecho inscrito en el Registro de la Propiedad, un plazo de 15 días de audiencia para que formularan las alegaciones que estimasen convenientes en defensa de su derecho.

Es de señalar que este Acuerdo no determina el plazo conferido a la adjudicataria en ese requerimiento, pese a que la Condición 18ª PC lo exigía al establecer que *“la Administración requiera a la entidad adjudicataria su cumplimiento en el plazo que al efecto establezca, con apercibimiento de resolución”*. Precisamente, esa inconcreción del plazo otorgado para la reanudación, no permite conocer, con la necesaria exactitud, la razón de por qué, hasta la Propuesta de Acuerdo de 10-08-2018, a la que luego aludiremos, no se volviera a efectuar ninguna actuación, aunque las partes del expediente no extraen de ello consecuencia alguna.

#### **17. Constatación de cargas.**

A tal efecto, en el expediente (fols. 31, 39 y 56 vto), consta que Parcela de referencia estaba inscrita, a favor del Ayuntamiento, en el **Registro de la Propiedad** y presentaba

como **cargas**: i) la **concesión administrativa** que nos ocupa, efectuada a favor de la empresa concesionaria referida; y ii) dos **hipotecas**, sobre la concesión administrativa y a favor de la entidad bancaria *I*; la primera, por **721.300** euros, y, la **segunda**, por **110.000** euros; si bien con la advertencia de que esas cantidades se entienden sin perjuicio de las actualizaciones de las mismas que procedan.

### **18. Constatación de la inactividad.**

Transcurrido el referido plazo, el Ayuntamiento actuante constató, previo Informe de su Dirección General de Urbanismo de **21-03-2016** (citado en los fols. 31 y 31 vto, que no consta en el expediente, pero que no es discutido por las partes), que no se recibieron alegaciones y que no se atendió el requerimiento, pues el inmueble, construido y terminado, permaneció **cerrado y sin actividad**, situación que continuó dos años después, según constata el Acuerdo de 10-08-2018, de la Junta de Gobierno local del Ayuntamiento actuante, a que luego aludiremos (fols. 31 y 39 vto del expediente).

### **19. Primer procedimiento (fallido) para resolver la concesión.**

Al parecer (y sin que se conozca su fecha de inicio, ya que, en el expediente, sólo consta una alusión en el fol. 35), la Dirección General de Patrimonio y Asistencia Jurídica a los Servicios Técnicos, del Ayuntamiento actuante, **inició el procedimiento para la resolución de la concesión**; presumiblemente, por incumplimiento, por la concesionaria, de sus obligaciones contractuales según el PC. En tal procedimiento, llegó a recaer un Informe, favorable (sin más motivación), de la Asesoría Jurídica municipal, de **23-01-2018** (fol. 34 vto); pero dicho procedimiento **quedó sin terminar**, “*por no disponibilidad de crédito presupuestario*” (según revela un Informe, al que luego aludiremos, de la Intervención municipal, obrante en el citado fol. 35).

### **20. Propuesta de iniciación de un (segundo) procedimiento para resolver la concesión.**

El **10-08-2018**, la Jefe de Sección y la Directora General de Patrimonio del Ayuntamiento actuante **elevaron** conjuntamente, a la Junta de Gobierno Local del mismo Ayuntamiento, la **Propuesta** (obrante en los fols. 31 a 33 del expediente) **de iniciar el procedimiento para declarar la caducidad de la concesión**, por la causa señalada en las cds. 17.1.4º y 17.2 PC (*sic*, en rigor, las cds. 18.1.4º y 18.2 PC), consistente en haber incumplido la concesionaria el requerimiento que el Ayuntamiento actuante le había cursado al amparo de la cd. 17.3 PC, aunque, más bien o además, procedía aplicar (por ser más obvia y específica) la causa señalada en la cd. 22-2,c) PC (haber suspendido la actividad de la Guardería -Centro educativo- infantil durante más de un año), como sugiere la Junta de Gobierno de local en el documento obrante en el fol. 99 del expediente.



En cualquier caso, ambas causas de caducidad conllevan (según la cd. 22.3 PC) los mismos **efectos** señalados, en la cd. 18.3 PC, para los casos de resolución de la concesión; los cuales, como señala la referida Propuesta de resolución, son los siguientes, si bien los recogemos con la adición, a cada uno de ellos, de las precisiones efectuadas (cfr. fols. 32 vto, 33, 35 vto y 36 del expediente) por la Propuesta que nos ocupa y por el Informe de la Intervención que luego se dirá:

**A) La recuperación**, por la Administración municipal, **de la titularidad dominical** de la Parcela, con las construcciones realizadas en la misma, sin devolución del precio o de las cantidades abonadas, y con la precisión de que se recuperará libre de cargas y gravámenes (*ex cd. 18.3.2º PC, no 18.3.3º, como señala el fol. 35 vto del expediente*), lo que implica la extinción de las hipotecas antes expresadas y la cancelación de los asientos registrales de las mismas.

**B) La pérdida de la fianza definitiva** (*ex cd. 18.3.1 PC*), con la precisión de que ello, en este caso, **no es posible**, ya que la misma fue devuelta en su día, a la concesionaria, en cumplimiento del PC.

**C) La imposición**, a la concesionaria, de una **sanción** contractual (*ex cd. 18.3.4º PC*) por importe de **100.000 euros**, actualizada con arreglo al IPC, con la precisión de que dicho IPC será el **22,60%** (porcentaje que resulta de tomar, como referencia inicial, el último IPC que estaba publicado en 16-11-2005, fecha de la obtención de la licencia de ocupación; y, como referencia final, el IPC de junio de 2018, que era el último IPC que estaba publicado en 10-08-2018, fecha de la Propuesta de la Junta de Gobierno local); lo que supone un total por este concepto de **122.600,00 euros**.

**D) El cobro**, por la Administración municipal, de la **deuda pendiente** de pago por parte de la concesionaria (*ex cd. 18.1.2º PC*) y que se fija en **44.996,87 euros** (sin determinar claramente de dónde resulta esta cantidad, ya que, en los fols. 31 y 39 vto, sólo se indica, sin señalar cantidades, que procede de: i) canon concesional impagado; ii) otros gastos; u iii) tributos derivados de la titularidad concesional); pero que, unido a la cantidad de sanción antes citada supone un total de **167.596,87 euros** que el Ayuntamiento actuante entiende que son exigibles a la concesionaria (cfr. fol. 35 vto del expediente).

**E) El abono**, por la Administración municipal, **del 50% del valor de la construcción realizada** en la Parcela, **a los precios del presupuesto del Proyecto técnico, actualizado conforme al IPC** (*ex cd. 18.3.3º PC*) (con las precisiones de que: i) el referido IPC, según los cálculos antes expresados, se fija en el precitado **22,60%**; ii) el valor de la construcción, según un informe de valoración “*redactado por la Dirección General de Arquitectura*” (que no obra en el expediente, lo que impide conocer su contenido, dato relevante al constituir motivo de discrepancia) se

calcula en 829.399,85 euros, que, al actualizarlo con el citado IPC, se eleva a 1.016.844,21 euros, cuyo 50% (que debe abonarse a la concesionaria) es 508.422,10 euros; y iii) esta última cantidad debe ser incrementada en 21.326,93 euros, que es la cantidad en que el mismo informe estima el **valor del equipamiento** existente en el inmueble; lo que supone un total de **529.749,03 euros** (cfr. fol. 36 del expediente), para cuyo abono a la concesionaria se propone aprobar el gasto por ese mismo importe, para el que existe crédito (según expresa luego la Intervención en el fol. 36 del expediente).

**F)** El **pago**, a la concesionaria, de la cantidad líquida que, a la vista de los cálculos expresados, finalmente resulte tras realizar las **compensaciones** que procedan, para lo que se prevé una demora de 10 días desde la firmeza del Acuerdo que se firme tanto en vía administrativa como, en su caso, judicial (fols. 36 y 37 del expediente).

**G)** La apertura de un **plazo** de 15 días para que puedan formular **alegaciones** tanto la concesionaria como los demás interesados con derecho inscrito en el Registro de la Propiedad

## **21. Informe jurídico municipal.**

La Asesoría Jurídica del Ayuntamiento actuante, sin más motivación, se limitó a **informar favorablemente** dicha Propuesta, mediante un Informe de **10-08-2018** (fol. 34), por el que se ratifica su (antes citado y también inmotivado) Informe de 23-01-2018 (fol. 34, vto).

## **22. Informe de la Intervención municipal.**

El mismo día **10-08-2018**, la Intervención municipal también emitió un **Informe favorable** a la referida Propuesta (fols. 35 y 36 del expediente), en el que (tras revelar el antes referido procedimiento de resolución de la concesión, que no pudo tramitarse por falta de disponibilidad presupuestaria) estima: i) que procede declarar la caducidad de la concesión (cd. 19,c) PC), al amparo de la causa señalada en la cd. 22.2,c) PC (suspensión de la actividad por plazo superior a un año), con los efectos de la cd. 22.3 PC que se remite a los señalados en la cd. 18 PC para la resolución contractual; y ii) que ahora existe crédito suficiente para ello (partida 151.10.689.99, según fol. 37 del expediente), por lo que procede una fiscalización previa favorable del expediente a los efectos de los arts. 213 y ss LHL (Ley de Haciendas locales, Texto refundido aprobado por RD Leg. 2/2004, de 5 de marzo).

### **23. Acuerdo municipal de resolución de la concesión por caducidad.**

Completado el expediente, la Junta de Gobierno Local adoptó, el **22-08-2018**, un Acuerdo por el que: i) **ratificó la precitada Propuesta**; insistiendo, por tanto, en declarar la caducidad de la concesión al amparo de la cd. 17.3 PC, aunque, en rigor, procedía (más bien o además) aplicar la causa señalada en la cd. 22-2,c) PC (haber suspendido la actividad de la Guardería -Centro educativo- infantil durante más de un año); si bien ambas causas de caducidad conllevan (según la cd. 22.3 PC) los mismos efectos señalados, en la cd. 18.3 PC, para los casos de resolución de la concesión, que son los antes expresados y que el Acuerdo también recoge; ii) **aprobó el gasto** correspondiente; y iii) **ordenó notificar** este Acuerdo municipal, dando un plazo de 15 días para formular alegaciones, a dicha concesionaria (fols.39 a 42 del expediente) y a su representante legal (fols. 46 a 49 del expediente), como interesados directos; así como a *I*, como acreedor hipotecario (fols. 50 a 53 del expediente). Las dos primeras notificaciones se efectuaron el 13-09-2018 (fol. 49) y la tercera el 27-08-2018 (fol. 53).

### **24. Alegaciones de *I*.**

Mediante escrito de **10-09-2018**, la Procuradora representante de *I* evacuó el trámite de **audiencia** referido, precisando que la cantidad debida, por la empresa concesionaria, a *I*, en dicha fecha de 10-09-2019, una vez efectuadas las actualizaciones correspondientes, ascendía a **606.259,44 euros**, con el siguiente detalle (fols. 56 vto y 57 del expediente):

**A)** 463.592,55 euros, por la parte pendiente de pago de la **primera hipoteca** que había sido constituida, por la concesionaria, sobre la concesión administrativa, para garantizar un pago de 721.300 euros; confesando *I* (en el fol. 57 del expediente) haber reclamado judicialmente (ante el Juzgado de Primera Instancia núm 1 de Logroño, en autos núm 245/2016) la referida cantidad de 463.592,55, con el siguiente detalle: i) 375.471,05, en concepto de principal; ii) 80.736,37 euros, en concepto de intereses moratorios al 8%; y iii) 7.385,13 euros, en concepto de costas

**B)** 133.601,99 euros, por la parte pendiente de pago de la **segunda hipoteca** que había sido constituida, por la concesionaria, sobre la concesión administrativa, para garantizar un pago de 110.000 euros; confesando *I* (en el fol. 57 del expediente) no haber reclamado judicialmente la referida cantidad de 133.601,99 euros, que resulta del siguiente desglose: i) 128.367,73 euros, en concepto de principal; ii) 4.606,98 euros, en concepto de intereses moratorios hasta 06-09-2018; y iii) 627,28 euros, en concepto de gastos soportados.

**C)** 9.064,90 euros, en concepto de **descubierto** de la concesionaria en la cuenta corriente asociada para el pago de las dos hipotecas precitadas; confesando *I* (en el

fol. 57 del expediente) no haber reclamado judicialmente la referida cantidad de 9.064,90 euros

## **25. Informe del Servicio municipal de Recaudación.**

Con fecha **11-10-2018**, se incorporó al expediente (fols. 74 a 77) un documento, del Servicio municipal de Recaudación, expresivo de que la empresa concesionaria acumulaba, a dicha fecha de 11-10-2018, una **deuda pendiente** de pago de **45.485,88 euros**, resultante de diversos conceptos desde 2015, tales como canon concesional, IBI, y tasas sobre vados y por agua y basura.

## **26. Alegaciones de la empresa concesionaria.**

La adjudicataria presentó **alegaciones**, mediante un escrito de **05-10-2018**, manifestando, que acepta la resolución de la concesión y la valoración del equipamiento, pero entiende que proceden las dos siguientes modificaciones (fols. 79 y 80):

**A) Una de adición, consistente en que el 50% del valor de la construcción realizada que le debe abonar el Ayuntamiento no ascienda, como pretende dicho Ayuntamiento, a 508.422,10 euros, sino a 670.806,75 euros, por los siguientes cálculos:**

-El valor de la construcción realizada, según la concesionaria, es el realmente pagado, por ella, en su día, a la empresa constructora; es decir, los antes referidos 1.108.771,52 euros, que debidamente revalorizado conforme al IPC (y que la concesionaria fija en el 21,9 %, correspondiente a la variación del IPC entre el mes de noviembre de 2005, fecha de conclusión de la obra, y el de agosto de 2018, fecha del acuerdo de resolución-), comporta un “*valor de las construcciones realizadas de 1.341.613,53 euros*” [sic, aunque se trata de un error aritmético, ya que debe ser, en rigor, 1.351.592,48 euros]. En consecuencia, la concesionaria fija el 50 % (que se le ha de abonar por el Ayuntamiento actuante *ex la* cd. 18.3.3. PC) en la precitada cantidad de “*670.806,75 euros*” [sic; por lo antes indicado, en rigor, **675.796,24 euros**].

-Alega la concesionaria que el cálculo que expresa es correcto, ya que el mismo toma, como punto de partida, la expresada cifra de 1.108.771,52 euros; la cual fue: i) conocida por el Ayuntamiento en un primer momento, esto es, al recibir la liquidación provisional del ICIO; pues 1.108.771,52 euros es la cifra que la concesionaria declaró como resultante de sumar todas las cantidades pagadas por la concesionaria a la constructora; esto es: 931.740,77 euros, por coste de ejecución material, más 121.126,30 euros, por gastos generales; y 55.904,45 euros, por beneficio industrial; y ii) aceptada, en un segundo momento, por el mismo Ayuntamiento, cuando, tras comprobar la Inspección tributaria municipal dicha liquidación provisional y girar la liquidación final, firmó el Acta tributaria de conformidad de 05-02-2008; en la cual 1.108.771,52 euros es también la cifra de la que, deducida la cantidad de 60.447,61 euros (que la Inspección tributaria municipal estimó, en dicha Acta, que procedía minorar), dio lugar a la cantidad de 871.293,16 euros, que es la cifra que sirvió como base imponible definitiva del referido ICIO, generando así la antes citada cuota tributaria complementaria de 11.453,91 euros, la cual fue ingresada, en su día, por la concesionaria.

**B)** Otra de supresión, consistente en que no se le imponga la **sanción contractual de 122.600 euros**, por cuanto, mientras la concesionaria pudo, cumplió con sus obligaciones contractuales, siendo causas objetivas, sobrevenidas, ajenas a su voluntad y derivadas de la crisis económica iniciada en 2007, las que: i) le impidieron continuar abriendo en el curso 2014-2015; ii) le llevaron a intentar una resolución por mutuo acuerdo con el Ayuntamiento; y iii) le obligaron a instar la apertura de un procedimiento judicial de concurso de acreedores. Por todo lo cual, considera que no incurrió en ningún incumplimiento sancionable.

## **27. Informe de la DG de Patrimonio.**

La Dirección General de Patrimonio del Ayuntamiento actuante emitió informe, en fecha 22-10-2018 (fols. 91 a 94), en el sentido de que se desestimasen las alegaciones de la concesionaria y se ratificase íntegramente el contenido del Acuerdo de **22-08-2018**, de la Junta de Gobierno Local, sobre resolución de la concesión, en base a los siguientes razonamientos:

**A)** Que el **50% del valor de la construcción realizada** que se debe abonar a la concesionaria debe ser de **508.422,10 euros**, y no de 670.806,75 euros, como alega la concesionaria; porque es la cantidad que resulta de valorar la obra ejecutada a **los precios del presupuesto del Proyecto técnico, actualizado conforme al IPC** (*ex cd. 18.3.3º PC*), con las precisiones de que: i) el referido IPC, según los cálculos antes expresados, se fija en el precitado **22,60%**; ii) el valor de la construcción, según el informe de valoración antes expresado, se calcula en 829.399,85 euros, que, al actualizarlo con el citado IPC, se eleva a 1.016.844,21 euros, cuyo 50% (que debe abonarse a la concesionaria) es 508.422,10 euros.

**B)** Que dicha cantidad (de 508.422,10 euros) debe ser incrementada en 21.326,93 euros, que es la cantidad, consentida por la concesionaria, en que el mismo informe estima el **valor del equipamiento** existente en el inmueble; lo que supone un total de **529.749,03 euros** (cfr. fol. 36 y 93 vto del expediente), para cuyo abono a la concesionaria se propone aprobar el gasto por ese mismo importe, para el que existe crédito (según expresa la Intervención en el fol. 36 del expediente y reitera el informe que nos ocupa en el fol. 93 vto).

**C)** Que, de la citada cantidad de 529.749,03 euros, deben detraerse, mediante compensación: i) por un lado, **122.600 euros**, en concepto de la sanción contractual que, con arreglo al PC, procede imponer, a la concesionaria, por incumplimiento de la concesión; y ii) por otro, de **44.996,87 euros**, en concepto de la suma total de las deudas que la referida concesionaria tiene pendientes de pagar a la Administración municipal actuante; por lo que, en suma, las referidas compensaciones suponen

abonar, a la empresa concesionaria, un total de 362.152,16 euros (529.749,03 – 122.600 –44.996,87= 362.152,16).

## **28. Informe de la Asesoría Jurídica municipal.**

Solicitado informe a la Asesoría Jurídica, este es emitido, el **25-10-2018**, en sentido favorable al precitado Acuerdo de 22-08-2018, por entender (fols. 96 a 98) que el expediente revela un grave y reiterado incumplimiento, por parte de la concesionaria, de la prestación contractual esencial, por suspensión de la actividad e impago del canon concesional y otros tributos.

## **29. Acuerdo de la Junta de Gobierno local.**

Así completado el expediente, la Junta de Gobierno Local, mediante Acuerdo de **30-10-2018** (fols. 99 a 103 vto), acordó solicitar dictamen a este Consejo.

### **Antecedentes de la consulta**

#### **Primero**

Por escrito firmado electrónicamente el 14 de noviembre de 2018, registrado de entrada en este Consejo el siguiente día 15, el Excmo. Sr. Consejero de Fomento y Política Territorial, a petición del Ayuntamiento de Logroño, remite al Consejo Consultivo de La Rioja, concretamente a su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

#### **Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 16 de noviembre de 2018, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

#### **Tercero**

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero

#### Determinación de la legislación aplicable al caso

##### 1. Evolución de la normativa reguladora.

A) Tras la dispersa normativa del Antiguo régimen, la regulación de la contratación administrativa se remonta al decimonónico RD de 27-02-1852, auspiciado por B.M, sobre contratos de servicios públicos y a los Pliegos de condiciones generales aprobados el 03-03-1903, así como al Capítulo V, dedicado a la contratación pública, en la Ley de Administración y contabilidad de la Hacienda pública (**LAC**) de 01-07-1911 (reformada por la Leyes de 20-12-1952 y de 20-12-1960 y luego derogada por la, hoy también derogada, Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, que dejó de regular la contratación); de suerte que la primera regulación completa de la contratación administrativa se demoró hasta la preconstitucional Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la contratación del Estado de 1963 y su texto articulado, aprobado por Decreto (legislativo) 923/1965, de 8 de abril (**LCE'65**), el cual (modificado por la Ley 5/1973, de 17 de marzo; y adaptado al Derecho comunitario europeo, por el RDLeg 931/1986) había sido desarrollado, por Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, que aprobó el Reglamento General de Contratación del Estado (**RCE'67**), y luego por el aprobado mediante el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (**RCE'75**).

B) Con tales antecedentes, la primera regulación postconstitucional completa de esta materia tuvo lugar mediante la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas (**LCAP'95**), la cual fue desarrollada por el RD 1098/2001, de 12 de octubre, que aprobó su Reglamento general (**RCAP'01**); pero que fue sustituida sucesivamente: i) por el RDLeg 2/2000, que aprobó el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público (**LCSP'00**); ii) por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público (**LCSP'07**); iii) por el RDLeg 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público (**LCSP'11**); y iv) por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público (**LCSP'17**), que es la vigente en la actualidad (pues entró en vigor el 09-03-2018), junto, en lo que no se le oponga, al precitado **RCAP'01**.

##### 2. Normativa aplicable al caso.

A) Pues bien, expuesta la referida evolución normativa, es de señalar que, al igual que hicieron en su momento la DT 1ª LCSP'11 y la DT 1ª LCSP'07, la vigente LCSP'17, establece: i) en su DT 1ª.1, que *“los expedientes de contratación **iniciados** antes de la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa anterior”*, atendiendo al momento

de publicación de la convocatoria o, en su defecto, al de la aprobación de los pliegos de condiciones; en otras palabras, que la **fecha de inicio** del expediente de contratación determina el régimen aplicable al mismo en los aspectos **formales**, como son la competencia y el procedimiento; y ii) en su DT.1ª.2, que *“los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, por la normativa anterior”*; en otras palabras, que la **fecha de adjudicación** del contrato determina el régimen aplicable al mismo en los aspectos **sustantivos**, como son sus efectos, cumplimiento y extinción.

**B)** Aplicando estas reglas de la DT 1ª LCSP'17 al contrato que nos ocupa, resulta: i) que el expediente de contratación se **inició** mediante el Acuerdo de **06-01-2003**, por el que el Pleno municipal aprobó el PC; es decir, cuando estaba vigente la **LCSP'00** y el **RCAP'01**, textos legales ambos que, por tanto, han de regir los aspectos formales (competencia y procedimiento) de esta contratación; y ii) que la **adjudicación** del contrato, a la concesionaria, tuvo lugar mediante Acuerdo, del mismo Pleno municipal, de **03-04-2003**, cuando seguía vigente la precitada **LCSP'00** y el **RCAP'01**, textos legales ambos que, por tanto, han de regir también los aspectos sustantivos del contrato (sus efectos, cumplimiento y extinción); y, así el art. 1.2,c) LCSP'00 (al igual que las que las Leyes que sucesivamente han venido regulando esta materia) extiende su ámbito de aplicación a las Entidades que integran la Administración local; y el art. 59.1 LCSP'00 confiere, al órgano de contratación, la prerrogativa de acordar su resolución y determinar sus efectos.

## Segundo

### Preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo

**1.** En los casos de resolución de contratos administrativos en los que, como sucede en el que nos ocupa, el contratista ha mostrado su oposición, es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma (en La Rioja, el Consejo Consultivo de La Rioja), según establecen los arts. 59.3 LCSP'00, y 109.1 RCAP'01.

También el art. 11,i) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, reguladora de este Consejo Consultivo, establece la necesidad de nuestro dictamen, en los casos de *“nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos y concesiones cuando se formule oposición por parte del contratista”*, y, en iguales términos, se expresa el art. 12.i), de nuestro Reglamento orgánico y funcional, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero.

Por lo tanto y como quiera que la concesionaria se ha opuesto a los términos en que la Administración actuante propone la resolución, nuestro dictamen resulta, en este caso, preceptivo.



2. Además, en materias como la que nos atañe, las Corporaciones locales pueden y deben recabar el dictamen del Consejo Consultivo, en los casos en que sea preceptivo, observando los trámites y requisitos establecidos en los arts. 10.2, de la precitada Ley 3/2001, y 9 y 40, del también expresado Decreto 8/2002; los cuales se han cumplido adecuadamente en este caso.

### Tercero

#### **Análisis de los aspectos formales (competencia y procedimiento).**

1. La DA 9ª LCSP'00 establece normas específicas para los contratos celebrados por las Administraciones locales y confiere la **competencia** para acordar la extinción de los mismos al **órgano de contratación**, determinando que lo es el Pleno municipal; si bien, en la actualidad, al ser considerado Logroño, *municipio de gran población*, las DA 2ª y 3ª LCSP'17 (y, antes la DA 2ª LCSP'07 y la Base 30.3 de las *Bases de ejecución del presupuesto municipal para el ejercicio de 2018*, documento éste que se alude pero no se recoge en el expediente), han asignado las funciones del Pleno en esta materia a la **Junta de Gobierno Local**, la cual, por ello, ha sido, correctamente (por subrogación *ex lege*), el órgano de contratación que ha actuado en el presente caso: al iniciar el procedimiento de resolución de la concesión (mediante su Acuerdo de **10-08-2018**), ratificar la Propuesta de resolución del mismo (mediante su Acuerdo de **22-08-2018**) y elevarnos la presente consulta (mediante su Acuerdo de **30-10-2018**). Todo ello sin perjuicio de que, como admite la citada DA 9ª.1 LCSP'00, dicho órgano de contratación haya podido atribuir, a otros órganos municipales (como la Mesa de contratación, la Oficina de supervisión de proyectos o las Direcciones Generales competentes en materia de contratación y patrimonio, entre otros), ciertas funciones de preparación, tramitación, dirección, inspección de la ejecución de la contrata; como, efectivamente, así luce en el expediente que se nos ha remitido. Por tanto, nada que hay objetar en lo relativo a la competencia de los órganos que han intervenido en el procedimiento.

2. En cuanto al **procedimiento** para la resolución de los contratos aplicable a este caso, es el establecido en el art. 109 RCAP'01, que exige, como trámites principales: i) la audiencia, por plazo de 10 días, al contratista y a los terceros que puedan resultar interesados; como, efectivamente, se ha observado en este caso; ii) el informe del Servicio Jurídico de la Entidad local; que también ha recaído en este expediente; y iii) el dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva (como, desde su constitución en 1996, es el Consejo Consultivo de La Rioja), cuando se formule oposición por parte del contratista; cual es el caso, como antes hemos expuesto, que nos ocupa en este dictamen. Por otro lado, en el expediente lucen los distintos informes antes reseñados, por lo que, en suma, tampoco nada hay que objetar en lo referente a la observancia del procedimiento.

## Cuarto

### Análisis de los aspectos materiales o sustantivos del asunto

#### 1. Tipo de contrato.

El expediente califica, reiterada y acertadamente, al contrato cuya resolución se propone, como un contrato administrativo *especial*, de los previstos en el art. 5.2.4, LCSP'00 (actual art. 25.1,b LCSP'17), que se refiere a los “*vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer, de forma directa o inmediata, una finalidad pública de la específica competencia de aquella*”; ya que su objeto, no es el, típico y unitario (consistente en sólo construir una obra, efectuar un suministro o prestar un servicio), sino el, atípico y complejo, consistente en edificar un Centro educativo (lo que conlleva efectuar una obra) y luego gestionarlo en la forma y condiciones establecidas en el pliego correspondiente (lo que conlleva prestar un servicio de gestión y efectuar también los suministros necesarios para dicha gestión y para el mantenimiento del Centro construido y gestionado).

Ello supone que, al contrario que los restantes contratos de carácter administrativo, se rige, con carácter preferente, por sus propias normas (art. 7.1 *in fine*, LCSP'00, actual art. 25.2 *in fine* LCSP'17), en este caso, constituidas por el Pliego de condiciones (PC) antes expresado (aprobado por Acuerdo municipal de 06-01-2003).

La cd. 1.3 PC ratifica el carácter de contrato administrativo especial que tiene el que nos ocupa y añade que, en el mismo, la Administración municipal ostenta las prerrogativas de interpretarlo, modificarlo por razones de interés público y acordar su resolución; en línea con la LCSP'00 (que, al igual que las que las Leyes que sucesivamente han venido regulando esta materia) se aplica a las Entidades locales (art. 1.2,c) LCSP'00), a cuyos órganos de contratación reviste con las potestades de acordar su resolución y determinar sus efectos (art. 59.1 LCSP'00).

#### 2. Causas y efectos de la extinción contractual en el PC.

El Pliego de condiciones (cd/s) aplicable al caso (PC) emplea una muy confusa técnica normativa, consistente en: i) determinar las **causas de extinción (CE)** de las concesiones (fijadas en la cd.19 PC); ii) abrir dichas CE a todas las señaladas en el ordenamiento jurídico (cd. 18,d PC); iii) incluir, entre dichas CE, las **causas de resolución (CR)** contractual (fijadas en la cd. 18.1 PC); iii) incluir, igualmente entre las referidas CR, las **causas de caducidad (CC)** de la concesión (fijadas en la cd. 22); iv) fijar efectos especiales para ciertas causas de CE (en las cds. 21 y 21 PC); v) fijar los efectos propios de las CR (en la cd. 18.3 PC); vi) remitir los efectos de las CC a los de las CR (en la cd. 18 PC); y vii) construir de forma compleja algunas causas, como la CR por incumplimiento de

requerimiento municipal (cd. 18.1.4 PC), que es sometida a varios requisitos (en la cd. 18.2 PC y en la cd. 17.3 PC).

Esta confusa técnica normativa, que debe ser evitada en lo sucesivo, se ha traducido en constantes errores e imprecisiones en las citas que de la misma se efectúan en el expediente y que hemos tenido fatigosamente que restañar; de ahí que comencemos señalando y ordenando convencionalmente estas causas y efectos: i) empleando las siglas que hemos adelantado o indicaremos; ii) empleando números, cuando se trata de listas que requieren la concurrencia de todos los elementos que las componen; iii) utilizando letras, cuando se trata de listas que sólo requieren la concurrencia de alguno de los elementos que las componen; y iv) señalando los efectos de cada una de dichas causas, salvo cuando son comunes a varias (como sucede con los de las CR y CC), en cuyo caso los hemos señalado conjuntamente.

Por tanto, en cuanto a las **causas** contempladas en el PC, distinguiremos: i) las que llamaremos simplemente **causas de extinción (CE)**, porque en el PC no son de resolución (CR), ni de caducidad (CC); ii) las que denominaremos simplemente **causas de resolución (CR)**, porque en el PC son causas de extinción (CE), que (por la remisión que la cd.19 PC hace a la cd. 18 PC) son también de resolución (CR), pero no de caducidad (CC); y iii) las que aludiremos simplemente como **causas de caducidad (CC)**, porque en el PC son causas de extinción (CE, *ex cd. 19.c PC*), que son de caducidad (CC, *ex cds. 19,c y 22 PC*), pero no de resolución (CR *ex. 18.1 y 19 PC*). Y, en cuanto a los **efectos (E)**, siguiendo al PC, los incluiremos a continuación de las respectivas causas de extinción (CE), salvo los que señalaremos conjuntamente por ser comunes a las causas de resolución (CR, *ex cd. 18.3 PC*) y a las de caducidad (CC, *ex cd. 22.3 PC*, que se remite a la cd. 18.3 PC).

#### **A) Causas de extinción (CE).**

Como hemos adelantado, denominamos sólo **causas de extinción (CE)** a las que en el PC tienen tal denominación pero no son causas de resolución (CR), ni de caducidad (CC); de suerte que, una vez ordenadas convencionalmente por números (a pesar de que la CE3 es abierta), tales CE son las siguientes:

**-CE1.** El **vencimiento del plazo** contractual (cds. 19,a y 20 PC), que conlleva como efecto la **reversión** a la Administración municipal de lo construido, sin pago ni contraprestación alguna (cd. 20 PC)

**-CE2.** El advenimiento de **circunstancias sobrevenidas de interés público** (cds, 19,b y 21 PC), que conlleva como efecto (cd. 21 PC) la apertura de un expediente contradictorio para determinar: i) la **indemnización** que, en su caso, proceda conferir al concesionario; y ii) la fijación de plazo para el **desalojo** de la Parcela.

-**CE3.** Cualquier causa de resolución **establecida por el ordenamiento** jurídico (cd. 19,d PC), que conllevará, aunque el PC no lo establece claramente, los efectos que dicho ordenamiento señale para cada una de ellas.

## **B) Causas de resolución (CR).**

Como hemos anunciado, denominamos sólo **causas de resolución (CR)** a las CE que, según el PC (por la remisión que la cd.19 PC hace a la cd. 18 PC), son también de resolución (CR), pero no de caducidad (CC); de suerte que, ordenadas convencionalmente por números, dichas CR resultan ser las siguientes (sin aludir ahora a sus efectos, de los que, por ser comunes a todas ellas, trataremos luego):

-**CR1.** La no constitución de la **fianza** definitiva (cds 19 y 18.1.1 PC), previo requerimiento, a la concesionaria, para que la constituya en el plazo que se le señale, con apercibimiento de resolución en caso de no hacerlo (cd. 18.2 PC)

-**CR2.** La no concurrencia de la concesionaria a la **formalización** del contrato en escritura pública (cds 19 y 18.1.1 PC), previo requerimiento, a dicha concesionaria, para que concurra a formalizarlo en el plazo que se le señale, con apercibimiento de resolución en caso de no hacerlo (cd. 18.2 PC).

-**CR3.** El **impago**, total o parcial, del **canon** concesional en los plazos establecidos (cds. 19 y 18.1.2 PC), previo requerimiento, a la concesionaria, para que lo pague en el plazo que se le señale, con apercibimiento de resolución en caso de no hacerlo (cd. 18.2 PC).

-**CR4.** El **impago**, total o parcial, del **precio** de enajenación en los plazos establecidos (cds. 19 y 18.1.2 PC), previo requerimiento, a la concesionaria, para que lo pague en el plazo que se le señale, con apercibimiento de resolución en caso de no hacerlo (cd. 18.2 PC).

-**CR5.** La **reconversión** de la actividad objeto del contrato, sin autorización expresa de la Administración municipal (cds. 19 y 18.1.3 PC) y sin necesidad de efectuar un previo requerimiento a la concesionaria (cd. 18.2, en relación con la cd. 18.1.3 PC).

-**CR6.** El **cambio de titularidad** en la actividad objeto del contrato, sin autorización expresa de la Administración municipal (cds. 19 y 18.1.3 PC).

-**CR7.** El incumplimiento del **requerimiento contemplado en la cd.17.3 PC** (cd. 18.1.4 PC), teniendo en cuenta: i) que dicho requerimiento puede ser denominado *general*, en cuanto que se refiere a cualquiera de las obligaciones contractuales establecidas en el PC (cd. 17.1 PC), siempre que la obligación a la que se refieres sea

determinada en el requerimiento (cd. 17.3 PC); ii) que, por tanto, son manifestaciones de dicho requerimiento general los que podemos denominar *especiales*, aludidos al tratar de la CR1 (por no constitución de la fianza), la CR 2 (por no formalización del contrato) y la CR 3 (por impago del canon); y iii) que todos estos requerimientos requieren el cumplimiento previo de los tres siguientes **requisitos** (R), que ordenamos convencionalmente por números:

**-CR7.R1** Que, en los casos en que proceda imponer una sanción por el incumplimiento (por tanto, este requisito es eventual), dicha imposición de sanción sea previa al requerimiento (ya que la cd. 17.3 PC señala que se requerirá “*acordada la sanción*”), teniendo en cuenta que sólo procede imponer sanciones en las siguientes cuantías y por haber incurrido en alguno de los siguientes **supuestos** sancionables (**S**), señalados en la cd. 17.2. PC y que ordenamos convencionalmente por letras:

**-CR7.R1.S-A.** Imposición de una sanción de hasta 12.000 euros, por **retrasos** en la solicitud de la **licencia** precisa para el ejercicio de la **actividad** (cd. 17.2.1 PC)

**-CR7.R1.S-B.** Imposición de una sanción de hasta 12.000 euros, por **retrasos** en la solicitud de la licencia precisa para el ejercicio de la **construcción** (cd. 17.2.1 PC)

**-CR7.R1.S-C.** Imposición de una sanción de hasta 24.000 euros, por **suspensión** de la construcción de las **obras** por tiempo superior a tres meses (cod. 17.2.2 PC).

**-CR7.R1.S-D.** Imposición de una sanción de hasta 24.000 euros, por **retrasos** en la terminación de las **obras** por tiempo superior a tres meses (cod. 17.2.2 PC).

**-CR7.R1.S-E.** Imposición de una sanción de hasta 50.000 euros, por retrasos en el **inicio** de la **actividad** en la Parcela por tiempo superior a tres meses (cd. 17.2.3 PC).

**-CR7.R2.** Que el referido requerimiento reúna todas las siguientes exigencias (E) formales (cd. 17.3 PC), que ordenamos convencionalmente por números:

**-CR7.R2.E1.** Que sea **dirigido**, por la Administración municipal, a la empresa concesionaria (cd. 17.3 PC).

**-CR7.R2.E2.** Que, en el mismo, se requiera el cumplimiento de una **condición** incumplida, la cual debe ser determinada en el propio requerimiento (cd. 17.3 PC).

**-CR7.R2.E3.** Que, en el mismo, se fije el **plazo** que se señala, a la concesionaria, para que proceda a cumplir dicha condición incumplida (cd. 17.3 PC).

**-CR7.R2.E4.** Que contenga el **apercibimiento** de que, si la concesionaria no cumple dicha condición en el referido plazo, se procederá a la resolución del contrato (cd. 17.3 PC).

**-CR7.R3.** Que el incumplimiento del referido requerimiento es único, ya que no se requiere efectuar un nuevo requerimiento para urgir que el anterior sea cumplido (cd. 18.2 PC, por relación a la cd. 18.1.4 PC).

### **C) Causas de caducidad (CC).**

Como también hemos adelantado, denominamos sólo **causas de caducidad (CC)**, a las de extinción (CE) que son denominadas de caducidad por el PC (en cds. 19,c y 22 PC), pero que no son de resolución (CR) *ex.* 18.1 y 19 PC, aunque producen los mismos efectos que las CR (*ex.* cd 22.3 PC, en relación con la cd. 18.3 PC). Estas CC se producen en cualquiera de los siguientes **supuestos (S)**, que ordenamos convencionalmente por letras:

**-CC1.S-A.** Por la realización por la concesionaria de **actos u omisiones**: i) que sean jurídicamente **incorrectos**; ii) que sean **imputables** a la concesionaria; y iii) que **impidan o perturben** la actividad para la que se otorgó la concesión (cd. 22.1 PC).

**-CC1.S-B.** Por **extinción de la entidad** concesionaria, excepto los casos de cesión, fusión o absorción autorizados (cd. 22.2,a PC).

**-CC1.S-C.** Por la **no realización de la construcción** en el plazo establecido en la cd. 8 PC que, a su vez, se remite a los **plazos** determinados: i) en el Anexo PC, referido a cada Parcela adjudicada; y ii) en la oferta formulada por la concesionaria (cd. 22.2,b PC).

**-CC1.S-D.** Por la **suspensión o abandono de las obras**, por plazo superior a tres meses (cd. 22.2,b, *in fine* PC).

**-CC1.S-E.** Por la **suspensión de la actividad** objeto de la concesión, por plazo superior a un año (cd. 22.2,c PC).

-**CC1.S-F.** Por la producción de **daños graves** a la Parcela (cd. 22.2.d PC).

#### **D) Efectos.**

Ya hemos expuesto los efectos propios de cada una de las CE, por lo que sólo queda, como hemos adelantado, referirnos ahora a los efectos que el PC señala que son **comunes** a las **causas de resolución (CR, ex cd. 18.3 PC)** y a las **de caducidad (CC, ex cd. 22.3 PC)** que se remite a cd. 18.3 PC). Tales **efectos (E)**, numerados convencionalmente, son todos los siguientes:

**-E1. La pérdida de la fianza definitiva** (cds. 18.3.1 y 22.3 PC).

**-E2. La recuperación**, por la Administración municipal, de la titularidad dominical de la Parcela: i) con las construcciones realizadas en la misma; y ii) sin devolución del precio o de las cantidades abonadas (cd. 18.3.2 y 22.3 PC).

**-E3. El abono, por la Administración, del 50% del valor de la construcción** realizada de la Parcela: i) a los precios del Presupuesto del Proyecto técnico; y ii) actualizado conforme al IPC (cds. 18.3.3 y 22.3 PC).

**-E4. La imposición de una sanción contractual:** i) por importe de 100.000 euros; y ii) actualizable con arreglo al IPC (cds. 18.3.4 y 22.3 PC)

### **3. Causas invocadas por el Ayuntamiento actuante.**

#### **A) En el Acuerdo de 16-12-2015.**

Como hemos recogido en el Antecedente del Asunto 2.16, por Acuerdo de **16-12-2015**, el Ayuntamiento actuante decidió: i) **requerir**, a la concesionaria, para que, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales (cd. 18 PC, *sic*), **reanudase la actividad**; ii) notificar, a la concesionaria, que el incumplimiento de tales obligaciones determinaría la incoación automática del procedimiento de declaración de **caducidad de la concesión**, con los efectos establecidos en el PC; y iii) conferir, a dicha concesionaria, así como a los terceros interesados con derecho inscrito en el Registro de la Propiedad, un plazo de 15 días para que formularsen las alegaciones que estimasen convenientes en defensa de su derecho.

Por tanto, en este Acuerdo municipal, no queda claro, a la vista del PC, cuál es la causa de extinción (CE), resolución (CR) o caducidad (CC) que se invoca, ya que:

-El requerimiento acordado no se refiere, desde luego, a la CR1 (no prestar fianza, ya que la misma se prestó en su día), ni a la CR2 (no formalizar el contrato, ya que el

mismo se formalizó en su día); podría referirse a la CR3 (impago del canon), aunque más bien parece aludir a la CR7 (incumplimiento de cualquier otra obligación contractual *ex cd.* 17.1 PC), pues el expediente alude concretamente a la suspensión de la gestión, de la Guardería (Centro educativo) infantil construida, por más de un año (fol. 31 vto), lo que apunta a la causa de caducidad que hemos denominado CC1-S-E, contemplada en la cd. 22.2.c PC.

-El requerimiento, por consiguiente: i) no observa la exigencia que hemos denominado CR.R2.E2 y que resulta de la cd. 17.3 PC, es decir, la de concretar la obligación contractual incumplida por la concesionaria, pues el requerimiento (fol. 31 vto del expediente) sólo alude a la cd. 18 PC, la cual sólo se refiere genéricamente a las CR y, aunque el expediente (fol. 31 vto citado) apunta al incumplimiento de la cd. 22.2 PC (en nuestra nomenclatura CC1.S-E), dicha cd no conforma una CR sino una CC; y ii) tampoco observa la exigencia que hemos denominado CR7.R2.E3 y que también resulta de la cd. 17.3 PC, es decir, la de fijar un plazo para cumplir la obligación de que se trate, ya que el requerimiento se limita a dar a los interesados un plazo de 15 días, pero no para cumplir una obligación contractual, sino para poder formular alegaciones. Estos defectos del requerimiento no han sido alegados por los interesados en el expediente.

#### **B) En el Acuerdo de 22-08-2018.**

Como hemos recogido en el Antecedente del Asunto 2.23, por Acuerdo de **22-08-2018**, el Ayuntamiento actuante decidió iniciar el procedimiento de resolución de la concesión, por incumplimiento, por parte de la concesionaria, de sus obligaciones contractuales; remitiéndose, como motivación, a la previa Propuesta de resolución de 10-08-2018 (a la que nos hemos referido en el Antecedente del Asunto 2.20), en la que se cita como causa de resolución (CR), la contenida en la cd. 17.1.4 y 17.2 PC, esto es, la que, en nuestra convencional nomenclatura, hemos denominado CR7.R2 (por desatención del requerimiento municipal para la reanudación de la actividad).

Ahora bien (como hemos señalado en los referidos Antecedentes del Asunto 2.20 y 2.22): i) no existe la aludida cd. 17.1.4 PC (porque la cd. 17.1 PC no tiene subapartados numerados); y ii) la cd. 17.2 PC se refiere a las eventuales sanciones por incumplimiento y no a causas de resolución (CR). Por ello, en los citados Antecedentes del Asunto aventurábamos que quizá se trate de un error material y que el Acuerdo quiera, en rigor, referirse a las cds. 18.1.4 y 18.2 PC, que consideran causa de resolución (CR) la desatención del previo requerimiento dirigido, por la Administración local actuante, a la contratista, para que, en un determinado plazo, cumpliera una determinada obligación (que se le señalase como incumplida en el propio requerimiento), es decir, lo que antes hemos denominado, en nuestra convencional terminología, la CR7.R2.



Ahora bien, ya hemos expuesto cómo el aludido requerimiento adolece de importantes defectos y, sobre todo, no concreta suficientemente el incumplimiento que puede causar la extinción, resolución o caducidad de la concesión; por más que insistamos en que tales defectos no han sido alegados por los interesados en el expediente.

#### **4. Determinación del incumplimiento contractual producido.**

**A)** Dicho lo anterior, este Consejo Consultivo entiende que la Administración actuante no ha fijado con la precisión jurídica necesaria el incumplimiento contractual producido y, por tanto, tampoco la causa de extinción, resolución o caducidad de la concesión que corresponde al mismo, siendo éste un defecto más de los que adolece este expediente.

Ahora bien, esto no significa que proceda declarar la nulidad de las actuaciones y retrotraer el procedimiento al momento anterior a la Propuesta de resolución de 10-08-2018, para que se fije con claridad el incumplimiento contractual y la calificación jurídica que el mismo merezca; ya que, en ningún momento, la empresa concesionaria, ni los demás interesados, como tampoco la Administración local actuante, ni los funcionarios de la misma que han intervenido en el procedimiento, han negado que la Guardería -Centro educativo- infantil haya sido construida y adecuadamente gestionada por la empresa concesionaria hasta que, por motivo de la crisis económica, ésta dejó de atender su gestión al comienzo del curso 2014-2015.

Es más, la concesionaria, en su escrito de alegaciones de 05-10-2018 (que hemos recogido en el Antecedente del Asunto 2.26), acepta expresamente (fols. 79 y 80 del expediente) la resolución de la concesión y se limita a discutir las cuantías de los abonos resultantes de la misma.

En estas condiciones, este Consejo entiende que el interés público subyacente exige concluir este procedimiento y que, para ello, sólo procede determinar con claridad el incumplimiento contractual que lo motiva, su calificación jurídica y el alcance de las consecuencias económicas que son objeto de debate.

**B)** A tal fin, y comenzando por la determinación del incumplimiento contractual, este Consejo entiende que es un hecho probado en el procedimiento y aceptado por las partes interesadas en el mismo, que la Guardería -Centro educativo- infantil que nos ocupa lleva sin actividad, al menos desde que así lo constató el informe municipal de 21-03-2016 (citado en los fols. 31 y 31 vto del expediente; al que hemos aludido también en el Antecedente del Asunto 2.18 de este dictamen); lo que supone una situación de paralización y suspensión de la gestión de más de dos años.

Es más, aunque no está claramente acreditada en el expediente la fecha exacta en la que puede tenerse por iniciada la paralización de la actividad de gestión de la Guardería - Centro educativo- infantil, podemos fijarla a comienzos del curso académico 2014-2015, en que la concesionaria confiesa haber tomado la decisión de no reanudar las actividades (fol. 80 vto del expediente), lo que nos situaría en la fecha de 01-09-2014.

Esta paralización o suspensión de la actividad gestora constituye una infracción de la prestación contractual esencial de gestión de la Guardería -Centro educativo- infantil, que justifica la **conurrencia** de la que hemos convencionalmente denominado CC1.S-E, esto es, de la **causa de caducidad** señalada en la cd. 22.2,c PC y consistente en la **suspensión de la actividad objeto de la concesión por plazo superior a un año**.

C) El Ayuntamiento actuante, si bien cita (fol. 31 vto citado) como motivación de su requerimiento municipal, la causa de caducidad (CC) señalada en la cd. 22.2,c PC (en nuestra nomenclatura, la indicada CC1.S-E), es decir, la de suspensión de la actividad por plazo superior a un año; sin embargo, como hemos expuesto, en rigor, aduce la concurrencia de la que hemos convencionalmente denominado CR7.R2, esto es, **la causa de resolución (CR)** contenida en las cds. 18.1.4 y 17.3 PC y consistente en la **inatención del requerimiento municipal para proseguir la actividad**.

## 5. Determinación de la causa extintiva aplicable

A) Ante tal concurso ideal de causas extintivas, este Consejo entiende que debemos aplicar la doctrina consultiva de la prioridad cronológica (principio *prior tempore, potior iure*) por la que, cuando, en un mismo procedimiento contractual, concurren dos o más causas de extinción, debe aplicarse la primera aparecida en el tiempo, prescindiendo de las manifestadas posteriormente.

Esta doctrina ha sido reiterada: i) por el Consejo de Estado (cfr. sus dictámenes núms. 37.688, 34.387, 54.205, 55.262, 55.563, 55.564, 717/91, 718/91, 719/91, 1656/92, 712/94, 740/95, 1377/2012 y 408/2013); ii) por distintos Consejos Consultivos (CC) y Comisiones Jurídicas Asesoras (CJA) de las Comunidades Autónomas en sus dictámenes (DD), como p.e: el CC de Canarias, DD. núms. 142, 369, 391 y 516/12; el CC de Aragón, D.16 y 98/12; el CC de Andalucía DD. núms. 53/12 y 8, 310, 503 y 580/13; el CC de Castilla y León, DD. núms. 1561/11, 371 y 412/13; el CJC de la Comunidad Valenciana, DD. núms. 318, 380 y 941/2012, y 72 y 144/13; el CC de Castilla-La Mancha, DD. núms. 88/10 y 200/13; el CC de la Comunidad de Madrid, DD. núms. 403/13; el CC de la Región de Murcia, DD. núms. 45, 66 y 187, 198 y 261/12 y 62 y 344/13; el CC de Galicia DD. 192/11, 402 y 957/12; el CC de Extremadura, D.145/13; el CC del Principado de Asturias, DD. núms. 266 y 279/13; y la CJA de Euskadi, D.175/09; y iii) por este Consejo Consultivo de La Rioja, en nuestro dictamen D.20/16, cuya doctrina a este respecto ahora ratificamos.

Pues bien, según esta doctrina de la prioridad temporal, **es aplicable** al presente caso la causa que hemos denominado convencionalmente CC1.S-E, esto es, **la causa de caducidad (CC)** contenida en la cd. 22.2.c PC y consistente en la **suspensión de la actividad por más de un año**; en vez de la causa que hemos denominado convencionalmente CR7.R2, esto es, la causa de resolución (CR) contenida en la cd. 18.1.4 y 17.3 PC.

**B)** Coadyuva a esta conclusión la idea sistémica de que lo sustantivamente relevante al extinguir un contrato de gestión es más la inactividad material en sí, consistente en no gestionar el centro educativo, que la inactividad formal, consistente en no atender a un requerimiento oficial para reanudar dicha gestión, máxime cuando dicho requerimiento adolece de los defectos formales antes expuestos.

## **Quinto**

### **Efectos jurídicos de la caducidad de la concesión**

#### **1. Recapitulación sobre tales efectos.**

Aunque, como acabamos de exponer, estimamos que la causa extintiva aplicable al presente caso es la que convencionalmente hemos denominado CC1.S-E, contemplada en la cd. 22.2,c PC y consistente en la suspensión de la actividad objeto de la concesión durante más de un año; los efectos de esta y otras causas de caducidad (CC) son, por disposición de la cd. 22.3 PC, los mismos que los de las causas de resolución (CR); esto es, los asignados a las referidas CR en la cd. 18 PC, los cuales, por tanto, también hubieran sido los mismos que hubiera habido que aplicar en el caso de haberse estimado concurrente, en el presente caso, la causa que convencionalmente hemos denominado CR7.R2, contemplada en la cd. 18.1.4 PC y consistente en la desatención del requerimiento municipal formulado al amparo de la cd. 17.3 PC.

Esto dicho, tales efectos, comunes a las causas de caducidad (CC) y resolución (CR), son los antes expresados con la nomenclatura convencional que hemos propuesto, esto es: i) el efecto E1 (pérdida de la fianza; cds 18.3.1 y 22.3 PC); ii) el efecto E2 (recuperación de la Parcela; cds. 18.3.2 y 22.3 PC); iii) el efecto E3 (abono del 50% del valor construido; cds. 18.3.3 y 22.3 PC); y iv) el efecto E4 (sanción contractual; cds. 18.3.4 y 22.3 PC); si bien nos limitaremos a exponer los aspectos de su aplicación que son debatidos en el expediente.

## **2. Pérdida de la fianza.**

En el presente caso, este efecto de la caducidad concesional, que hemos denominado convencionalmente E1, previsto en la cd. 18.3.1 PC y consistente en la **pérdida** de la fianza definitiva prestada en su día por la concesionaria, no se ha debatido en el expediente, ya que no cabe realizarlo ahora, porque dicha fianza definitiva fue devuelta, en su momento, a dicha empresa, en cumplimiento del PC, como reconoce la Propuesta de resolución de 10-08-2018, a la que hemos aludido en el Antecedente del Asunto 2.20 B) de este dictamen.

## **3. Recuperación de la Parcela.**

No se discute en el expediente tampoco la procedencia, en este caso, del efecto que hemos denominado convencionalmente E2, esto es, la **recuperación**, por la Administración municipal, **de la titularidad dominical** de la Parcela, con las construcciones realizadas en la misma, sin devolución del precio o de las cantidades abonadas, y con la precisión de que se recuperará **libre de cargas y gravámenes** (*ex cd. 22.3 y 18.3.2 PC, no 18.3.3*, como señala el fol. 35 vto del expediente), lo que implica la **extinción de las hipotecas** antes expresadas y la cancelación de los asientos registrales de las mismas, sin perjuicio de que la entidad bancaria titular de los mismos **conserv**e el derecho a cobrarse, aunque ya sin garantía hipotecaria, los créditos pendientes de pago y que hemos expresado en el Antecedente del Asunto 2.24 de este dictamen.

## **4. Abono del 50% del valor de la construcción.**

### **A) Normativa al respecto.**

El que hemos convencionalmente denominado efecto E3 está recogido en las cds. 18.3.3 y 22.3 PC y consiste en la obligación de abonar a la concesionaria el 50% del valor de la construcción realizada en la Parcela, a los precios del Presupuesto del Proyecto técnico, actualizado conforme al IPC.

La aplicación de este efecto requiere, por tanto, las siguientes operaciones: i) determinar qué se ha construido; ii) valorar lo que se ha construido, pero no a precios actuales, sino a los precios contenidos en el Proyecto técnico que estaba oficialmente aprobado y debió aplicarse cuando se efectuó la construcción; iii) actualizar dicho valor económico, aplicándole la variación experimentada por el IPC, desde la finalización de las obras, hasta la actualidad; y iv) abonar, a la concesionaria, el 50% de dicho valor actualizado, incrementándolo con el valor del equipamiento. Estas operaciones han sido objeto de debate en el expediente, por lo que procedemos a su análisis:

## **B) La valoración de lo construido a precios del Proyecto de construcción.**

-El Ayuntamiento actuante (como hemos recogido en los Antecedentes del Asunto 2.20, E y 2.27 de este dictamen) valora lo construido (según un informe de valoración “redactado por la Dirección General de Arquitectura” que no obra en el expediente) en **829.399,85 euros**; argumentando la DG de Patrimonio del mismo Ayuntamiento, que dicha cantidad ha sido calculada por aplicación de los precios contenidos en el Proyecto técnico de la obra, tal y como exige la cd. 18.3.3 PC.

-La concesionaria (como hemos recogido en el Antecedentes del Asunto 2.11, 2.12 y 2.26 de este dictamen) valora, por el contrario, lo construido en **1.108.771,52 euros**, que es el importe pagado, por la misma, a la empresa constructora de la obra, y que, según el certificado final de obra, resulta de sumar: i) 931.740,77 euros, por coste de ejecución material; ii) 121.126,30 euros, por gastos generales; y iii) 55.904,45 euros, por beneficio industrial; argumentando, además, que dicha cantidad de 1.108.771,52 euros fue aceptada, por la Inspección tributaria municipal, cuando, al firmar el acta de conformidad sobre la liquidación final del ICIO, se limitó a deducir de la misma 60.447,61 euros (en concepto de diversas partidas que, como el beneficio industrial, debían ser excluidas del cómputo), resultando así la cantidad de 871.293,16 euros, como base imponible del referido ICIO, que fue aceptada por ambas partes.

-Ante esta discrepancia de interpretaciones, este Consejo señala lo siguiente:

1/ Que la cantidad de 829.399,85 euros alegada por el Ayuntamiento no ha podido ser comprobada, ya que el informe arquitectónico de tasación, a precios del Proyecto de construcción, en que dice basarse no ha sido incluido, por el Ayuntamiento actuante, en el expediente, por lo que dicho Ayuntamiento, en aplicación del criterio general de carga de la prueba, debe soportar las consecuencias de su negligencia al no probar lo que le incumbía.

2/ Que la cantidad de 1.108.771,52 euros alegada por la concesionaria resulta del certificado final de obras obrante en el expediente, que sirve de prueba del hecho que acredita, aunque sólo en los **931.740,77 euros** que, de la misma, corresponden al coste de ejecución material.

3/ Que, no obstante, existe en el expediente un único documento de valoración en que existe consenso entre ambas partes, cual es el acta tributaria de conformidad sobre la liquidación final del ICIO; en la cual se fijó, en **871.293,16 euros**, la base imponible del referido ICIO; siendo de destacar que el vigente art. 102 LHL (Ley de Haciendas Locales, Texto refundido, aprobado por RDLeg 2/2004, de 5 de marzo) establece que la base imponible del ICIO:

*“Está constituida por el coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra, y se entiende por tal, a estos efectos, el **coste de ejecución material** de aquélla”, añadiendo que: “no forman parte de la base imponible el IVA y demás impuestos análogos propios de regímenes especiales, las tasas, precios públicos y demás prestaciones patrimoniales de carácter público local relacionadas, en su caso, con la construcción, instalación u obra, ni tampoco los honorarios de profesionales, el beneficio empresarial del contratista, ni cualquier otro concepto que no integre, estrictamente, el **coste de ejecución material**”.*

4/ Que, por tanto, el coste, de ejecución material a precios del proyecto, que entendemos debe ser tenido en cuenta en este dictamen, no es el de 829.399,85 euros (alegado unilateralmente por el Ayuntamiento), ni el de 1.1108.771,52 euros o el de 931.740,77 euros (alegados unilateralmente por la concesionaria), sino el de **871.293,16 euros**, aceptado por ambas partes, como coste de ejecución material de la obra, en el acta de conformidad sobre la liquidación final del ICIO, obrante en el expediente

### **C) La actualización de dicha valoración por aplicación del IPC.**

-El Ayuntamiento actuante (como hemos recogido en los Antecedentes del Asunto 2.20,C y 2.27 A, de este dictamen) propone actualizar el valor de construcción aplicando, al mismo, un tipo del **22,60%**, resultante de tomar, como referencia inicial, el último IPC que estaba publicado en 16-11-2005 (fecha de obtención de la licencia de primera ocupación) y, como referencia final, el IPC de junio de 2018, que era el último IPC que estaba publicado en 10-08-2018 (fecha de la Propuesta de resolución contractual de la Junta de Gobierno local).

-La concesionaria (como hemos recogido en el Antecedente del Asunto 2.26, de este dictamen) propone actualizar el valor de construcción aplicando, al mismo, un tipo del **21,90%**, resultante de tomar, como referencia inicial, el último IPC que estaba publicado en noviembre de 2005 (fecha de conclusión de la obra), y, como referencia final, el IPC de agosto de 2018 (fecha del Acuerdo municipal de resolución contractual).

-La cd. 18.3.3 PC exige actualizar conforme al IPC, pero no señala qué IPC debe tomarse como referencia inicial o final. Ambas partes coinciden en tomar como referencia inicial el IPC del mes de noviembre de 2005, en que concluyó la obra y se confirió la licencia de ocupación; pero discrepan en el que debe tomarse como referencia final que, para el Ayuntamiento, es el vigente en junio de 2018 (fecha de la Propuesta de resolución) y, para la concesionaria, el de agosto de 2018 (fecha del Acuerdo de resolución); por lo que este Consejo entiende que ha de optarse por el porcentaje del **22,60%**, ya que el Acuerdo de resolución se limitó a ratificar, sin matices a este respecto, la expresada Propuesta de resolución, que es la que efectuó el expresado cálculo y sobre la que se aprueba el gasto

correspondiente; y éste ha de entenderse aceptado por la concesionaria porque le es más favorable.

#### **D) Valoración del equipamiento.**

Las partes no discuten en el expediente sobre la valoración del equipamiento que aceptan en la cantidad tasada por el Ayuntamiento, que asciende a **21.326,93** euros.

#### **E) Determinación del 50% abonable a la concesionaria.**

-El Ayuntamiento actuante (como hemos señalado en el Antecedente del Asunto 2.20 E de este dictamen), partiendo: i) de que, según su propia tasación, el coste material de la obra ascendía a los expresados 829.399,85 euros; y ii) de que la actualización de dicha cantidad debe efectuarse incrementando la misma en el 22,60 %, en el que fija la variación del IPC; obtiene una cantidad de 1.016.844,21 euros, cuyo 50%, que debe abonarse a la concesionaria *ex la cd. 18.3.3 PC*, es de 508.422,10 euros, importe al que, añadiéndole los 21.326,93 euros, en que se acepta la valoración del equipamiento, supone un total de 529.749,03 euros, que deberían, según el Ayuntamiento referido, abonarse a la concesionaria (fol. 36 del expediente).

-La concesionaria (como hemos recogido en el Antecedente del Asunto 2.26 de este dictamen), partiendo: i) de que, según su propia tasación, el coste material de la obra ascendía a los 1.108.771,52 euros, que pagó a la constructora; y ii) de que la actualización de dicha cantidad debe efectuarse incrementando la misma en el 21,90 %, en que fija la variación del IPC; obtiene una cantidad de 1.341.613,53 euros (que es errónea, ya que, según tales cálculos, debería ser de 1.351.592,48 euros); cuyo 50%, que debería abonarse a la concesionaria *ex la cd. 18.3.3 PC*, ascendería a 670.806,75 euros (en rigor, por el error precitado, a 675.796,24 euros); a los que deberían añadirse los 21.326,93 euros, en que se acepta la valoración del equipamiento; para dar, así, un total 692.133,68 euros (en rigor, salvado nuevamente el error comentado, 697.123,17 euros), que deberían abonarse a la concesionaria.

-Como quiera que los cálculos anteriores parten de las distintas cifras fijadas por cada una de las partes, este Consejo no puede aceptarlos, sino que ha de partir de las cifras que antes hemos señalado como procedentes, de suerte que: i) el valor de la construcción efectuada, calculado a los precios del Proyecto de obras, debe ser de **871.293,16 euros** (que es el importe aceptado por ambas partes en el acta de conformidad para la liquidación definitiva del ICIO); ii) la actualización de dicha cantidad por el IPC ha de hacerse al **22,60 %** (por las razones antes expuestas); lo que supone un incremento de 196.912,25 euros, el cual origina una cantidad de 1.068.205,41 euros, cuyo 50% es 534.102,70 euros; a los que deben añadirse los 21.326,93 euros, en que se acepta la valoración del equipamiento, para dar, así, un total de **555.429,63 euros**, que deberían abonarse a la concesionaria.

## 5. Sanción contractual imponible

**A)** El último efecto de la caducidad (que hemos denominado convencionalmente E4) es la imposición de una sanción contractual de 100.000 euros, actualizada con arreglo al IPC, a que se refiere la cd. 18.3.4 PC.

**B)** El Ayuntamiento actuante (como hemos expuesto en el Antecedente del Asunto 2.20 E de este dictamen) aplica el precitado incremento del IPC al 22,60%, fijando, así, la sanción imponible a la concesionaria en la cantidad de **122.600 euros**.

**C)** La concesionaria (como hemos expuesto en el Antecedente del Asunto 2.26.B de este dictamen) entiende, por el contrario, que no procede que le impongan sanción alguna, pues alega que la suspensión de la actividad de gestión de la Guardería –Centro educativo-infantil no se debió a ninguna culpa por su parte, sino a la circunstancia, objetiva y ajena, de la crisis económica, como lo prueba su correcto funcionamiento, hasta el curso 2014-2015, y la buena fe que demostró luego al tratar de resolver el contrato por mutuo acuerdo, incluso en el seno de un procedimiento pre-concursal negociado.

**D)** Este Consejo, al respecto, entiende lo siguiente:

-En primer lugar, que, antes de que se produzca un incumplimiento contractual, la sanción prevista en la cd. 18.3.4 PC cumple una función preventiva, en cuanto que trata de disuadir, a la concesionaria, frente a eventuales incumplimientos, estimulando, así, un adecuado cumplimiento contractual, sin embargo, cuando se ha producido el referido incumplimiento, dicha sanción opera como una penalidad convencional.

-En segundo lugar, que, si se ha producido, como efectivamente ha sucedido en este caso, un incumplimiento contractual, ante la ausencia de una regulación específica en el PC que nos ocupa, hay que entender aplicable, supletoriamente, a las penalidades contractuales, lo dispuesto en el art. 1154 del Código civil, sobre las obligaciones con cláusula penal, que habilita al juzgador a modificar equitativamente la pena cuando la obligación haya sido, en parte o irregularmente, cumplida por el deudor. Esta *doctrina de la moderación equitativa* ha sido aplicada, a la incautación de la fianza (por el Consejo de Estado en su dictamen 1270/1993, y por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, actual Comisión Jurídica Asesora, en sus dictámenes de 22-11-1990 y 14-02-2001) y a la responsabilidad contractual (por la STS, 3ª, de 09-12-1980).

-Por ello, este Consejo, como juzgador consultivo del presente caso, entiende que debe tenerse en cuenta: i) la buena fe que la concesionaria ha demostrado en la gestión del servicio concedido hasta el advenimiento de la crisis económica (que, en modo alguno, puede imputarse a la misma), así como durante la tramitación del procedimiento de extinción de la concesión; ii) la tardanza del Ayuntamiento actuante, que bien pudo instar



la resolución del contrato (*ex art. 112.1 LCAP'00*), al menos desde abril de 2014, cuando se inició el procedimiento pre-concursal; y iii) las diversas deficiencias del expediente que hemos reseñado oportunamente y que son imputables a ambas partes. En consecuencia, entendemos que procede, no eliminar completamente la sanción prevista en el PC; pero sí moderarla equitativamente y reducirla, en el mismo porcentaje que el PC dispone para la devolución del coste de la construcción, es decir, en un 50%; con lo que dicha sanción contractual entendemos que debe ser fijada en la mitad de la propuesta por el Ayuntamiento actuante (que, con su actualización por IPC incluida, era de 122.600 euros), es decir, en **61.300 euros**.

## CONCLUSIONES

### Primera

Concurre, en el contrato examinado, y así debe ser declarado por el Ayuntamiento actuante, la causa de caducidad, de la concesión, señalada en la condición 22.2,c) del Pliego de Condiciones aplicable, consistente en la suspensión de la actividad objeto de la concesión por plazo superior a un año.

### Segunda

Como efectos de la referida caducidad, proceden, en virtud de la condición 22.3, que se remite a la 18, ambas del Pliego de Condiciones aplicable al caso, los siguientes:

1º.- La **recuperación**, por la Administración municipal, **de la titularidad dominical** de la Parcela adjudicada en su día, con las construcciones realizadas en la misma, sin devolución del precio o de las cantidades abonadas, y con la precisión de que se recuperará **libre de cargas y gravámenes** (*ex cd. 22.3 y 18.3.2 PC*), lo que implica la **extinción de las hipotecas** existentes y la cancelación de los asientos registrales de las mismas, sin perjuicio de que la entidad bancaria titular de los mismos **consERVE** el derecho a cobrarse, de la concesionaria, aunque ya sin garantía hipotecaria, los créditos pendientes de pago que la misma tuviese contra dicha concesionaria.

2º.- El **abono**, por el Ayuntamiento actuante, **a la concesionaria**, de **555.429,63 euros**, correspondiente a los conceptos y resultante de los cálculos expuestos en el Fundamento de Derecho Quinto, punto 4, apartados C (párrafo tercero) y E (párrafo tercero), de este dictamen.

3º.- La **imposición**, por el Ayuntamiento actuante, **a la concesionaria**, de una **sanción contractual** de 61.300 euros, por los motivos y cálculos expuestos en el Fundamento de Derecho Quinto, punto 5, apartado D, de este dictamen.

4º.- El **cobro**, por el Ayuntamiento actuante, de la deuda pendiente de pago por parte de la concesionaria, fijada y aceptada en el expediente en la cantidad de **44.996,87 euros**.

5º.- La realización de la **compensación** que proceda entre las expresadas cantidades que el Ayuntamiento actuante debe pagar (555.429,63 euros) y cobrar (61.300 euros, más 44.996,87, es decir, 106.296,87) a la concesionaria; de suerte que sólo se abone a ésta el saldo resultante a favor de la misma (es decir, **449.132,76 euros**), previa la aprobación del gasto y pago correspondiente y con cargo a la partida presupuestara que proceda.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero