

## ADMINISTRACIÓN LOCAL. URBANISMO, PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

**Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma**

*Magistrado*

---

### EXTRACTO

Aborda el presente supuesto práctico diversas cuestiones, la mayoría de ellas relacionadas con el urbanismo, derivadas de que el Ayuntamiento de Madrid construye, en suelo no urbanizable de protección, un edificio para albergar eventos deportivos, culturales y feriales, fundando una sociedad mercantil para su gestión. La misma, a través de un contrato de arrendamiento, cede la explotación a un empresario particular, el cual, sin la licencia de actividad precisa, organiza un espectáculo público. Por otra parte, con ocasión de una inspección de los servicios municipales, constatan la existencia de diversas irregularidades en el local por lo que levantan la oportuna acta, que, posteriormente, origina la instrucción de un procedimiento sancionador por presuntas diversas infracciones administrativas. En este procedimiento se producen varias irregularidades (se cita a un menor de edad para que preste declaración, no se notifica la propuesta de resolución, no se notificó el nombramiento del instructor al interesado, etc.), finalizando mediante resolución sancionadora. Finalmente, se plantean cuestiones referentes a la tramitación anticipada de un contrato de suministro y a la resistencia por parte de varios propietarios de acceso a su vivienda para ejecutar una orden de ejecución dictada por el ayuntamiento.

**Palabras claves:** licencia de actividad, espectáculos públicos, contrato de suministro y órdenes de ejecución.

---

*Fecha de entrada: 08-05-2014 / Fecha de aceptación: 13-05-2014*

## **ENUNCIADO**

El Ayuntamiento de Madrid pretende construir por sus propios servicios, puesto que pretende una mayor celeridad en la ejecución del contrato para la pronta satisfacción del interés general, en suelo no urbanizable susceptible de protección un edificio multifuncional con un total de 30.000 metros cuadrados para albergar, exclusivamente, eventos deportivos, y actividades culturales y feriales, comprendiendo la existencia de cafetería y restaurante.

La Junta de Gobierno ignora qué autorizaciones o licencias serían precisas para tal construcción, por lo que se dirige a los servicios jurídicos de la Corporación para que le informen sobre ello, solicitando que se le fundamente en forma pormenorizada la razón de las autorizaciones o licencias exigidas como de las que no.

Es de significar que, iniciada la ejecución y ejecutado el 50%, ante los múltiples problemas que surgieron en la realización de las obras, el ayuntamiento decide la contratación de una empresa del ramo a través de procedimiento abierto y con varios criterios de adjudicación. En los pliegos se estableció una cláusula que obliga a la adjudicataria a pagar los gastos de dirección de las obras.

Finalizadas las mismas, para su gestión y explotación, se constituye una sociedad mercantil de capital totalmente público que, a su vez, decide arrendar aquella a una sociedad de responsabilidad limitada que ya había contratado con el ayuntamiento en otras ocasiones con idéntica o similar finalidad. Esta sociedad mantenía deudas con la Seguridad Social por un importe de 200.000 euros.

El contrato tendría una duración de cinco años renovándose año a año si no existiera preaviso de renuncia por cualquiera de las partes con un mes de antelación.

Al cabo de los tres años, el ayuntamiento, sorprendido por los elevados ingresos que el empresario está obteniendo por la explotación del recinto, exige modificar el contrato al objeto de que aquel abone una mayor cantidad en concepto de renta.

En un momento dado, el empresario consigue la contratación de un cantante de fama mundial que impuso como condición para actuar en Madrid hacerlo en el recinto que aquel explotaba. Ante ello, fija día y hora para la actuación y vende todas las localidades del recinto para el concierto. Ante el éxito del concierto decide seguir celebrando eventos de ese tipo.

Cierto día se personan en el local los servicios municipales de inspección, constatando:

1. La ausencia de autorización y licencia alguna para el evento.
2. La venta de alcohol a menores de 16 años.
3. La no existencia a disposición del público del libro de reclamaciones.
4. La carencia del oportuno seguro de responsabilidad.

Por todas estas razones, se procedió a levantar la oportuna acta que fue entregada al órgano competente y copia de la misma se entregó al titular del recinto.

El ayuntamiento decidió incoar el oportuno expediente sancionador el día 20 de mayo. Posteriormente, se trasladó el expediente a la Comunidad de Madrid, cuyo órgano competente des-concentró la titularidad y el ejercicio de la competencia en favor de un director general.

El recinto siguió funcionando con normalidad hasta que cierto día se produce un deficiente funcionamiento eléctrico que provocó un cortocircuito produciéndose un incendio en el que se produjo el fallecimiento de dos personas y heridas de diversa consideración en otras.

En el procedimiento sancionador incoado por los otros hechos descritos, la Administración se entendió con el que había sido representante, en actuaciones anteriores, del empresario.

En el curso de la instrucción, un menor de 15 años fue citado como testigo para que declarara puesto que era uno de los que había sido encontrado consumiendo alcohol.

En el procedimiento sancionador se presentó escrito por parte de los padres de uno de los fallecidos solicitando indemnización de daños y perjuicios, que es desestimado por el ayuntamiento alegando, en primer lugar, la falta de legitimación del solicitante y, en segundo lugar, que la culpa de lo ocurrido era del empresario.

Por otra parte, las notificaciones del instructor y del secretario del procedimiento no se hicieron al empresario expedientado.

Notificado el acuerdo de iniciación del procedimiento, el instructor adopta como medida provisional la prestación de fianza para responder de las presuntas responsabilidades civiles que se deriven del procedimiento. Las mismas fueron adoptadas sin previa audiencia del expedientado.

Por otra parte, el empresario solicitó, como medio de prueba, un informe de la Administración autonómica.

Además, no se notificó la propuesta de resolución porque en el acuerdo de iniciación se notificó el hecho imputado, el precepto en el que se tipifica la infracción, su calificación jurídica, el presunto responsable, la referencia a las medidas provisionales adoptadas y las sanciones mínima y máxima que podrían imponerse.

Finalmente, el órgano dictó resolución sancionadora el día 8 de noviembre. El día 15 de noviembre se intentó notificar al sancionado en su domicilio, resultando infructuosa tal diligencia. El día 17 de igual mes, en hora distinta, se intenta notificar personalmente, pero tampoco se tiene éxito. Finalmente, el día 30 de noviembre se acude a la notificación edictal.

El día 6 de diciembre se presentó recurso contra resolución sancionadora alegando la caducidad del procedimiento, pues la notificación por edictos se realizó más allá de los seis meses de duración del procedimiento sancionador.

Por otra parte, finalizado el plazo de duración del contrato, y disuelta la sociedad mercantil creada para su gestión, el ayuntamiento pretende celebrar un convenio para ceder el uso de las instalaciones a una asociación, para que continúe con la gestión del servicio, a la que además se le entrega una subvención para la realización de sus fines.

Además, como consecuencia de la dureza de la estación invernal con numerosos días de nieve que dificultan el acceso al edificio, se pretende la adquisición de una máquina quitanieves con cargo a una subvención. El ayuntamiento se cuestiona si es posible la tramitación anticipada del contrato condicionada la existencia de crédito; y si no se recibiese la subvención, si se tendría alguna responsabilidad para con el adjudicatario.

Finalmente, colindante con el local existe un edificio de viviendas afectado por aluminosis, respecto del cual se había ordenado la reparación. La comunidad de propietarios inició las obras, pero algunos de aquellos se niegan a facilitar el acceso a las viviendas, preguntándose el ayuntamiento qué medidas podría adoptar ante esta situación.

### *Cuestiones planteadas:*

1. ¿Resulta ajustado a derecho que en los pliegos se establezca una cláusula que obligue al adjudicatario a los gastos de dirección de la obra?
2. ¿Resulta ajustada a derecho la forma en que el ayuntamiento ha decidido realizar la obra?
3. Informe a la Junta de Gobierno sobre las incidencias y autorizaciones que precisaría o no y las razones para ello.
4. Ajuste a derecho del contrato realizado con el arrendatario.
5. Ajuste a derecho de la modificación del contrato pretendida por el órgano de contratación.
6. Comente la inspección y el acta levantada por los servicios municipales.
7. Ajuste a derecho del procedimiento sancionador incoado.
8. ¿Era competente el ayuntamiento para iniciarlo?

9. Ajuste a derecho de la desconcentración producida en la Comunidad de Madrid.
10. ¿Qué opinión le merece el entendimiento en las actuaciones con el representante del empresario que lo había sido en otras ocasiones?
11. ¿Es ajustada a derecho la situación del menor para que comparezca a declarar?
12. ¿Obra con arreglo a derecho la Administración desestimando la solicitud de los padres de un fallecido por el que pedía una indemnización de daños y perjuicios?
13. Consecuencias de la falta de notificación del instructor y del secretario.
14. Opinión que le merece la exigencia de medida provisional de prestación de fianza.
15. ¿Consecuencias jurídicas que se pueden producir como consecuencia de la solicitud, como prueba, de un informe de la Administración autonómica?
16. ¿Qué le parece la falta de notificación de la propuesta de resolución?
17. ¿Tiene razón de sancionado cuando aduce que se había producido la caducidad del procedimiento?
18. ¿Será ajustado el convenio que pretende el ayuntamiento con la asociación para que continúe con la gestión del servicio, concediéndole, además, una subvención?
19. ¿Es posible la tramitación anticipada del contrato de adquisición de la máquina quitanieves condicionada a la existencia de crédito?
20. ¿Qué opciones jurídicas puede ejercitar el ayuntamiento ante sus propietarios que impiden las obras en el edificio?

## **SOLUCIÓN**

1. Con respecto a si en los pliegos de cláusulas administrativas que rigen el contrato se puede establecer una cláusula por la que los gastos de dirección de obra corran a cargo del adjudicatario de la misma, la respuesta ha de ser negativa.

Esta cláusula debe considerarse nula porque estos gastos tiene que asumirlos la Administración, bien a través de sus propios técnicos, bien mediante el correspondiente contrato de servicios, sin que los mismos puedan, en consecuencia, considerarse incluidos en el concepto de gastos generales del presupuesto de la obra.

El artículo 25 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) establece la libertad de pactos siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración. En este caso sería contrario al ordenamiento jurídico.

El artículo 131 del Reglamento general de la Ley de Contrato, al establecer los conceptos que se incorporan al presupuesto de ejecución material para fijar el presupuesto base de licitación, que dará lugar al importe del contrato, no contempla los gastos de dirección de obra, por cuanto detalla con precisión, en la letra a) del concepto 1, gastos generales de estructura que incidan sobre el costo de las obras y demás derivados de las obligaciones del contrato, entre los que no se encuentran los de dirección de obra, que no son gastos propios del contrato, sino que, en su caso, son propios de un contrato de servicios del artículo 10 del TRLCSP aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

La dirección de la obra defiende los intereses de la Administración, para que se proceda una ejecución correcta del proyecto aprobado; por lo que es incompatible con el hecho de que el empresario pague a la dirección de obra.

2. En relación con que el ayuntamiento decida realizar la obra por sus propios servicios, es el artículo 24 del TRLCSP el que establece los supuestos en que la ejecución de las obras podrán realizarse por los servicios de la Administración, ya sea empleando exclusivamente medios propios o con la colaboración de empresarios particulares.

En el apartado 1, letra b), del citado artículo, se prevé cuándo la ejecución del contrato supone una mayor celeridad, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma. Parece ser este presupuesto en el que se ha fundamentado el ayuntamiento para realizar las obras por sus propios servicios. De cualquier forma, habría que analizar de forma detallada para ver si está justificado o no, porque la expresión «pronta satisfacción del interés general» que utiliza el relato de hechos es una fórmula demasiado amplia que, si no va acompañada de circunstancias objetivas que la fundamenten, no estaría justificada esta forma de obrar de la Administración constituyendo una desviación de poder.

Por otro lado, el que, posteriormente, decida realizar el oportuno expediente de contratación para contratar el 50 % de las obras que faltaban, acudiendo un procedimiento abierto y con varios criterios de adjudicación, resulta ajustado a derecho y viene a constituir un indicio de que no parece muy justificado el criterio de realizar las obras por sus propios servicios.

3. En relación con las distintas autorizaciones o licencias que precisaría el Ayuntamiento para la edificación del edificio y la actividad que en el mismo se va a desarrollar, haremos una relación de la legislación aplicable sobre el caso e iremos señalando lo que sería o no preciso en el caso que analizamos.

#### **a) Ley 9/2001 a), de 17 de julio, de Suelo de la Comunidad de Madrid.**

El artículo 29 permite, a través del procedimiento de calificación urbanística previsto en la ley, la realización de obras en suelo no urbanizable de protección, respecto a obras previstas en la legislación sectorial y permitidas por el planeamiento territorial o urbanístico. Igualmente permite estas obras para infraestructuras y servicios públicos de las Administraciones públicas. Al

tratarse el edificio en cuestión de un bien demanial, destinado al servicio público, pudiera encuadrarse esta edificación en la finalidad antes señalada.

De cualquier forma, la calificación urbanística es competencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 148, del consejero competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo en el caso del artículo 29.1, o de la Comisión de Urbanismo en el resto de los casos. Por tanto, el ayuntamiento precisaría esta calificación urbanística aprobada por la Comunidad de Madrid, porque el hecho de que se trate de una Administración pública con competencia, como ahora veremos, para otorgar el resto de licencias no puede suponer un tratamiento diferenciado respecto a cualquier ciudadano en cuanto a los requisitos exigibles para la realización de obras.

Por su parte, el artículo 151.4 señala que cuando los actos de uso del suelo, construcción y edificación sean promovidos por los ayuntamientos en su propio término municipal, el acuerdo municipal que los autorice o apruebe estará sujeto a los mismos requisitos y producirá los mismos efectos que la licencia urbanística a los efectos de la presente ley, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de régimen local.

El artículo 152, referido al contenido y alcance de la intervención municipal, señala que, cuando en el procedimiento de concesión de licencias sea necesario solicitar informe de distintos departamentos del ayuntamiento o de otros organismos públicos, estos se solicitarán simultáneamente en un solo acto y por una sola vez. Su emisión estará sujeta a la legislación sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

El artículo 157, referente a la competencia y procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas, señala que en todo caso, en la ordenación del procedimiento, deberá respetarse que la ordenación deberá prever los siguientes actos de instrucción:

- Los informes de cualquier otra Administración pública que sean legalmente preceptivos.
- Los informes técnico y jurídico sobre la conformidad del acto o el uso pretendidos con la ordenación urbanística aplicable, emitidos por los correspondientes servicios municipales o, en su caso, los de la autorización pública establecida a efectos de cooperación conforme a esta ley.

#### **b) Real Decreto 2816/1982, de 27 agosto, por el que se aprueba el Reglamento general de policía de espectáculos públicos y actividades recreativas.**

En el artículo 40 se señala que, para la apertura de todo local o recinto de nueva planta o reformado, destinado exclusiva y preferentemente a la presentación de espectáculos o a la realización de actividades recreativas, será preciso que se solicite y obtenga del ayuntamiento del municipio de que se trate la licencia correspondiente sin perjuicio de los demás requisitos y condiciones impuestos por la reglamentación específica del espectáculo de que se trate.

### **c) Ordenanza de actividades.**

Hace competente al ayuntamiento para la concesión de la licencia de actividades incluidas en la ordenanza.

### **d) Ley 17/1997, de 4 de julio, de espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad de Madrid.**

El ámbito de aplicación, según el artículo 1, es los espectáculos públicos y actividades recreativas que se desarrollen en el territorio de la Comunidad de Madrid, tengan o no finalidad lucrativa, se realicen de forma habitual o esporádica y con independencia de que sus titulares u organizadores sean entidades públicas o personas físicas o jurídicas privadas.

En el artículo 18 se determina que los espectáculos públicos y actividades recreativas que tengan lugar de modo habitual en establecimientos o locales que cuenten con las correspondientes licencias municipales, y que figuren expresamente consignados en las mismas, no necesitan de ninguna autorización para su celebración.

Finalmente, en el artículo 19 señala que los espectáculos y actividades recreativas de carácter extraordinario, entendiéndose por tales aquellos que sean distintos de los que se realizan habitualmente en los locales o establecimientos y que no figuren expresamente autorizados en la correspondiente licencia, necesitarán autorización expresa de la Comunidad de Madrid.

### **d) Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.**

En su artículo 42.3 señala que, no obstante, los ayuntamientos, sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones públicas, tendrán las siguientes responsabilidades mínimas en relación con el obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios:

- Control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones.
- Control sanitario de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos, directa o indirectamente relacionados con el uso y consumo humanos, así como los medios de su transporte.

Para el desarrollo de las funciones relacionadas en el apartado anterior, los ayuntamientos deberán recabar el apoyo técnico del personal y medio en las áreas de salud en cuya demarcación estén comprendidos.

### **e) Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid.**

Se establece el objeto señalado, que es establecer el régimen jurídico de los procedimientos ambientales aplicables a los planes, programas, proyectos y actividades, tanto públicos como



privados, que se pretenden llevar a cabo en el territorio de la Comunidad de Madrid, con el fin de garantizar una adecuada protección del medioambiente.

En el «Anexo IV. Proyectos y Actividades», a estudiar caso por caso por el órgano ambiental de la Comunidad de Madrid, que decidirá si debe someterse o no a un procedimiento y a cuál, en su caso (arts. 5 y 6), y en el artículo 69 habla de instalaciones deportivas, recreativas, de ocio y educativas situadas fuera de las zonas urbanas que conlleven la construcción de edificaciones permanentes.

**f) Orden 10.494/2002, de 18 de noviembre, de la Consejería de Economía, por la que se regula la celebración de actividades recreativas extraordinarias durante las fiestas de Navidad, fin de año, Reyes, así como los espectáculos extraordinarios.**

En el artículo 3, respecto a los locales aptos, señala que son aquellos que dispongan de las correspondientes licencias municipales de funcionamiento concedidas expresamente para la realización de alguna de las actividades enumeradas en el catálogo del artículo anterior.

En el artículo cuatro se establece la necesidad de autorización expresa para la celebración de los espectáculos y actividades recreativas extraordinarias, se requiere la previa autorización expresa de la Dirección General de Turismo, que dará cuenta de las autorizaciones que conceda a la delegación de Gobierno y al ayuntamiento respectivos.

En conclusión, y tras analizar la legislación anterior, debemos significar que el Ayuntamiento de Madrid necesitaba, en primer lugar, la calificación urbanística aprobada por el órgano competente de la Comunidad Madrid, y, en segundo lugar, comunicar al órgano autonómico competente en materia de medioambiente la obra a realizar para que decidiera si debe someterse o no con procedimiento ambiental. Respecto al resto de licencias, eran competencias del propio ayuntamiento.

Para finalizar esta cuestión, señalemos lo que la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre 1980 estableció al respecto:

«Si bien es cierto que el requisito de la previa obtención de licencia para el ejercicio de actividades solo afecta a los administrados, únicos sujetos sometidos a la acción de intervención de cada Administración actuante, también lo es, sin embargo, que ello no puede suponer en absoluto que dicha Administración quede relevada del cumplimiento de los requisitos que los demás sujetos deben cumplir para obtener la licencia, lo que supone que, a falta de procedimiento más específico, las normas de trámite previstas para el otorgamiento de licencias particulares o a otra administración pública deben ser observados por el propio Ayuntamiento, no solamente para garantizar la efectividad de las competencias concurrentes en la materia, sino también para hacer posible que, en aras de un inexcusable principio de igualdad ante la ley, la legalidad de las obras municipales, desde el punto de vista del cumplimiento de los requisitos acep-

tantes a la actividad, sea examinada por los organismos competentes y especialmente por el propio Ayuntamiento, con idéntico rigor en presencia de idénticos antecedentes técnicos y jurídicos que cuando se trata de fiscalizar la actividad de los administrados, lo que sí con idéntica sustanciación del procedimiento, aún cuando el mismo no se resuelva con el otorgamiento de una licencia».

Por tanto, se defiende la innecesaria de las licencias (tanto urbanística como de actividad), pues el control se produce por un proceso interno del propio ayuntamiento en el cual se comprueba la justa legalidad del proyecto sin necesidad de utilizar la tramitación *ad extra* de la actuación. Pero esta necesidad no exime al ente local de seguir toda la tramitación del procedimiento oportuno, en el cual pueden intervenir otros organismos competentes.

#### 4. Respecto al contrato realizado con el arrendatario debemos destacar dos cuestiones:

- A) En primer lugar, el procedimiento utilizado para la adjudicación. En este sentido, debemos señalar que es perfectamente posible la creación de una sociedad mercantil que se encargue de la gestión y explotación del local construido para la finalidad ya conocida y que, a su vez, es viable jurídicamente la realización de un contrato de arrendamiento en favor de un tercero para que lo lleve a cabo, porque lo que se está arrendando no es el local en sí, lo que no es posible por su carácter de dominio público, sino la explotación y la gestión del mismo.

La naturaleza jurídica de este contrato de arrendamiento es de contrato privado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 20.1 del TRLCSP, que señala que tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones públicas (el art. 3.1 del citado texto legal considera a las sociedades mercantiles con participación pública de más del 50% parte del sector público, pero el citado artículo, en sus apartados 2 y 3, no las considera ni Administraciones públicas ni poderes adjudicadores).

El régimen jurídico de estos contratos será, a tenor de lo dispuesto en el 20.2, que se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se registrarán por el derecho privado.

Por lo tanto, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, vendrá constituida por la normativa local –normalmente suele ser la legislación patrimonial, lo que ocurre es que, en este caso, no se arrienda el local en sí, sino su gestión o explotación– y, en su defecto, por la legislación de contratación administrativa.

Tanto en uno (legislación patrimonial) como en otro caso (legislación de contratos) se prevén como regla general de adjudicación los procedimientos de competitividad,

puesto que así se garantizan mucho mejor los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación. Ahora bien, tanto una como otra legislación prevén los supuestos de adjudicación directa si concurren los requisitos previstos en la normativa.

En el ámbito de los contratos, el artículo 170 del TRLCSP prevé los supuestos de procedimiento negociado en los que la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. A tenor del relato de hechos, no parece que el presente supuesto pueda encajar en ninguno de los casos contemplados en dicho artículo.

Si tenemos en cuenta la legislación patrimonial –entiendo que no es el caso porque lo que se arrienda, repetimos una vez más, no es el inmueble en sí–, la Ley 38/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en el artículo 24 –aplicable supletoriamente–, contempla el concurso como forma normal de adjudicación de arrendamiento de inmuebles. Por su parte, el Real Decreto 1372/1986, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, igualmente prevé la licitación como forma de adjudicación

Por todo ello, creemos que la legislación aplicable al caso debe ser la legislación de contrato, en cuanto su preparación y adjudicación, toda vez que la propia legislación patrimonial establece que, cuando, con ocasión de la celebración de un contrato administrativo, implique el uso del dominio público, la adjudicación de aquel al contratista supondrá título habilitante suficiente para ocupar el dominio público.

En conclusión, analizado el supuesto de hecho no se justifica la adjudicación directa al empresario elegido, por lo que podríamos estar en presencia de un vicio de nulidad absoluta, por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido [art. 62.1 e) de la LRJPAC].

- B) En segundo lugar, si el empresario estaba incurso en causa legal de prohibición para ser contratista, toda vez que se nos indica el relato de hechos que no se hallaba al corriente en el cumplimiento de obligaciones con la Seguridad Social. Esta causa viene contemplada en el artículo 60.1 d) del TRLCSP como causa de prohibición para ser contratista. Por otra parte, el artículo 61.1 señala, respecto a esta causa, que se apreciará directamente por el órgano de contratación, subsistiendo mientras concurren las circunstancias que en cada caso la determinan.

Luego, también, por esta circunstancia y a tenor de lo establecido en el artículo 32 b) del TRLCSP, el contrato es nulo de pleno derecho.

Para combatir ambas causas de nulidad en la adjudicación del contrato debería revisarse de oficio por el órgano de contratación, a tenor de lo previsto en el artículo 34 del TRLCSP (se remite al procedimiento del art. 102.1 de la LRJPAC).

Con respecto a la jurisdicción competente para resolver las controversias que surjan en la preparación, adjudicación, cumplimiento, efectos y extinción de este contrato pri-

vado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 21.2 del TRLCSP, será la civil, al tratarse de un contrato privado celebrado por un ente que no tiene el carácter de Administración pública, no estando, por otra parte, el contrato sujeto a regulación armonizada.

5. En relación con la modificación pretendida por parte del órgano de contratación argumentando que el empresario está obteniendo unos ingresos económicos muy elevados, debemos señalar que no parece procedente.

Es cierto que el artículo 20.2 del TRLCSP señala que serán de aplicación a los contratos privados las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos. Los artículos 105 a 108 del TRLCSP regulan esta modificación distinguiendo dos supuestos:

- En primer lugar, que se traten de modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación (art. 106); en este caso, si en los pliegos o en el anuncio de licitación se advirtió de esta posibilidad y el secretario, de forma clara, precisa e inequívoca, informó acerca de las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como del alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueden afectar y el procedimiento que debe seguirse para ello, se podría llevar a cabo la modificación.
- Si la modificación no estaba prevista en la documentación, el artículo 107 señala las causas por las que se puede modificar el contrato y no parece que en ninguna de ellas pueda incluirse la que pretende la Administración. Esto debió pensarlo con anterioridad y haberlo previsto en su momento oportuno. Al no hacerlo así, por este motivo, no resulta ajustado a derecho proceder a la modificación del contrato.

6. En relación con la inspección de los servicios municipales y el acta levantada, el artículo 30.1 de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de la Comunidad de Madrid, posibilitaba dicha inspección.

Respecto al contenido del acta:

- Es cierto que, para dedicarlo a espectáculos públicos en el sentido que determina la ley señalada, no bastaba con las licencias otorgadas (aunque en este caso no fueron precisas porque era un edificio del propio ayuntamiento) porque el objeto del local era para otro tipo de actividades. Por tanto, se necesitaba la licencia de actividad y funcionamiento (art. 8 de la Ley 17/1997). Por ello, no podía realizar concierto musical alguno. Salvo que, en su inicio, se tuviera también en cuenta la posibilidad de celebración de eventos de este tipo (conciertos), en cuyo caso, al haberlo realizado el propio ayuntamiento, no hubiera sido necesaria licencia alguna. Pero no parece el caso.
- Respecto a la dispensación de bebidas alcohólicas a menores de 16 años, está prohibido por el artículo 25.1 de la ley.

- La existencia del seguro de responsabilidad civil será obligatoria a tenor de lo dispuesto en el artículo 6.3 de la ley.
- La existencia de libros de reclamaciones también era obligatoria en cada puerta de entrada, a tenor de lo expuesto en el artículo 24.1 de la ley.

7. Por todo ello, el procedimiento sancionador puesto en marcha resulta ajustado a derecho.

Por otra parte, sorprende que, con todas estas infracciones y, especialmente, la ausencia de licencia para celebrar espectáculos públicos, el ayuntamiento no haya adoptado la medida cautelar de clausura del local, a tenor del artículo 36 de la Ley de Espectáculos Públicos (LEP), con el riesgo y peligro que ello conllevaba para la vida e integridad física de las personas. Esta actuación municipal puede ser calificada de muy negligente y que, sin duda alguna, tendría consecuencias en cuanto a su responsabilidad si se produjeran accidentes en el local con resultados lesivos y dañosos para terceros.

El artículo 26.1 de la citada ley permite al Ayuntamiento o a la Comunidad de Madrid prohibir o, en el caso de haber comenzado, suspender la celebración de espectáculos cuando [apdo. d)] carezcan de las autorizaciones preceptivas o que se celebren en locales o establecimientos que carezcan de las licencias necesarias. Por todo ello, debió adoptar como medida provisional la clausura del local.

En cuanto a las presuntas infracciones cometidas:

- La ausencia de licencia oportuna supone la comisión de una infracción muy grave del artículo 37.3.
- La dispensación de alcohol a menores supone otra falta muy grave del artículo 37.10.
- La falta de seguro de responsabilidad civil supone la falta grave del artículo 38.1.
- El no disponer del libro de reclamaciones, que el artículo 24.1 exige, supone una infracción leve del artículo 39.

El órgano competente para la tramitación y resolución del procedimiento sancionador sería el Ayuntamiento de Madrid.

8. Con relación a si era competente el ayuntamiento para iniciar el procedimiento sancionador, la respuesta es positiva, a tenor del artículo 43.3 de la LEP, y no solo para ello, sino para instruir y resolver.

9. Respecto a la desconcentración operada por el órgano competente de la Comunidad de Madrid, no existe problema alguno, pues en materia sancionadora lo que está prohibido en la Ley 30/1992 es la delegación de firma exclusivamente. Tanto la legislación general, artículo 12.2 de la LRJPAC, como la específica de la Comunidad de Madrid, normas reglamentarias, permiten esta desconcentración.

**10.** Con relación a si resulta ajustado a derecho el entendimiento de la Administración, durante la instrucción del procedimiento, con un representante del empresario que lo había sido en otros procedimientos, no por esta circunstancia era legal su intervención en este otro procedimiento. De acuerdo con el artículo 32, debería acreditarse la representación si su actuación implicaba la realización de actos que no eran de mera tramitación. Ante la ausencia de acreditación, de acuerdo con el artículo 71 de la LRJPAC, el instructor debería haber requerido de subsanación. En caso contrario, las actuaciones entenderían directamente con el empresario expedientado.

**11.** Respecto a la citación del menor de edad para tomarle declaración, a tenor de lo dispuesto en el artículo 30, el mismo carece de capacidad de obrar y no se trata de un acto para el que el ordenamiento jurídico administrativo le conceda aquella, por lo que debió hacerse constar que debería acudir asistido por quien ejerza la patria potestad o la tutela.

**12.** En cuanto al escrito del padre de un fallecido solicitando reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial al ayuntamiento, debemos señalar que la Administración no obra con arreglo a derecho cuando le deniega esta posibilidad pues, a tenor del artículo 31, es interesado, derivado de una relación jurídica transmisible, lo que le hace poder concurrir como perjudicado; y, en segundo lugar, no cabe duda, lo señalamos con anterioridad, de que se ha producido un funcionamiento anormal de los servicios públicos consistente en que, pese a la situación en que se encontraba el local, falto de licencia para realizar la actividad de espectáculos con todo lo que ello significaba (no haberse concedido licencia de funcionamiento, no haber podido con carácter previo examinar si el local reunía las condiciones o no, etc.), no se procedió a la clausura inmediata del mismo, como medida provisional, siendo competente para ello el ayuntamiento. De cualquier forma, habría que analizar las circunstancias concurrentes en el caso concreto para concretar la relación de causalidad entre la inactividad administrativa, no clausurando el local, y el resultado dañoso producido.

**13.** Respecto a la falta de notificación del nombramiento del instructor y del secretario, es un derecho del expedientado a que se le notifique el nombramiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13.1 c) del Real Decreto 1398/1993. Esta notificación es importante a los efectos, sobre todo, de una posible recusación del instructor del procedimiento. Pero la falta de notificación es una irregularidad no invalidante puesto que, en cualquier momento del procedimiento, pudo conocer la identidad si así lo hubiere solicitado y plantear, en su caso, recusación contra el mismo.

**14.** En relación con la medida provisional de prestación de fianza, el artículo 72.1 de la LRJPAC indica que corresponde, de modo ordinario, al órgano competente para resolver el procedimiento y no al instructor la adopción de las medidas provisionales. Solo en caso de urgencia inaplazable, se pueden dictar medidas provisionales por el instructor, no siendo este el caso que analizamos.

Respecto a la falta de audiencia de los imputados en la adopción de estas medidas, ni la Ley 30/1992, ni el Real Decreto 1398/1993, ni el Decreto de la Comunidad de Madrid 245/2000, por el que se regula el ejercicio de la protesta sancionadora, establecen nada al respecto. En favor de la tesis positiva, se prevé el plazo general de 10 días que establece el artículo 76 de la Ley 30/1992.

Pero lo cierto es que los imputados pueden hacer alegaciones en cualquier momento del procedimiento con anterioridad al trámite de audiencia y pueden recurrir si consideran que se les ha causado indefensión por este motivo.

Por otra parte, no parece que la Administración tenga competencia para requerir fianza respecto a posibles responsabilidades civiles surgidas con terceras personas. Para ello, es competente la jurisdicción civil o penal, pero no la Administración. Para lo que sí es competente es para una posible sanción económica.

**15.** En cuanto a la solicitud, como prueba, del informe de la Administración autonómica, si se admite, a tenor de lo dispuesto en el artículo 17.4 del Real Decreto 13 98/1993, tendrá el carácter de preceptivo, en cuyo caso puede interrumpirse la práctica de los trámites sucesivos en caso de no ser emitido informe en plazo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.3 de la Ley 30/1992.

**16.** El hecho de que la propuesta de resolución no fuera notificada al interesado porque en el acuerdo de iniciación se hizo referencia a todo el contenido de lo que viene a ser con posterioridad la propuesta de resolución no es ajustado a derecho, pues la propuesta de resolución debe contener la sanción concreta que se propone para ser impuesta, a tenor del artículo 18 del real decreto antes citado. Si comprobamos el relato de hechos, veremos cómo en la notificación del acuerdo de iniciación, respecto a la sanción, se determinan el mínimo y el máximo, pero no se concreta la que se propone. Por ello, debería haberse notificado esta propuesta.

El derecho a ser informado de la acusación del artículo 24.2 de la Constitución no se satisface si no hay un pronunciamiento preciso de la responsabilidad concreta que proceda. La ausencia de esta concreción produce indefensión para el expedientado, que, en el trámite posterior de alegaciones, ignora la sanción concreta que se propone y, por tanto, se le está sustrayendo un elemento esencial para la defensa de su pretensión.

La propuesta de resolución debió notificarse con todo el contenido expuesto en el relato de hechos y la determinación concreta de la sanción que se proponía, teniendo, posteriormente, el interesado 15 días para alegaciones y presentación de documentos e informes pertinentes.

**17.** En cuanto a los intentos de notificación personal de la resolución que resultaron infructuosos y la posterior publicación edictal de la misma fuera ya del plazo de los seis meses desde el acuerdo de iniciación (se inicia el día 20 de mayo y se produce la publicación por edictos el 30 de noviembre) y, por tanto, de la duración normal del procedimiento, debemos señalar que el artículo 58.4 señala que el intento de notificación de la resolución debidamente acreditada permite dar por cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración del procedimiento.

**18.** Con respecto a la legalidad del convenio por el que se pretende ceder el uso de las instalaciones a una asociación otorgándosele, además una subvención, con independencia de la legalidad de esta subvención (habría que analizar la Ley 38/2003, General de Subvenciones), que es nominativa y que solo será posible si se determina en norma con rango de ley, si está prevista en

los presupuestos o si concurren circunstancias excepcionales, debemos resaltar, en primer lugar, para aclarar qué es lo que pretende hacer el ayuntamiento, que no se trata de ceder el inmueble a la asociación para que esta la destine a sus fines, sino que se la cede para que continúe con la prestación del servicio público.

En segundo lugar, se debe analizar cuál es el régimen jurídico de los bienes objeto de cesión, ya que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RB), aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 junio, se trata de bienes de servicio público puesto que están destinados directamente al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las entidades locales; entre otros fines, en el edificio construido se incluía el deportivo y el cultural. Siendo, además, las instalaciones deportivas un servicio público obligatorio para los municipios de más de 20.000 habitantes [art. 26.1 c) de la LRBRL].

Al tratarse de bien demanial, el régimen jurídico del uso privativo será establecido en los artículos 78 y 80 del RB. Por tanto, hay que concluir que es necesaria una concesión administrativa, si se tratare de ceder el inmueble para el uso de la asociación, sin que se pueda articular por convenio si este no tiene el contenido del artículo 80 del RB (cláusulas de la concesión de bienes de dominio público). Pero no es esto lo que se pretende.

Hay que señalar que, como el mismo RB se encarga de recordar (art. 74.2), esta normativa es subsidiaria del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 junio 1955. Y, aún más preciso, el apartado 3 del mismo artículo considera que «las normas del reglamento de servicios serán asimismo de preferente aplicación cuando la utilización de bienes de uso público fuere solo la base necesaria para la prestación de un servicio público municipal». Esta normativa distingue entre la gestión indirecta y directa del servicio público; y, en el caso de la indirecta, que sería este supuesto, se deben aplicar las normas que rigen los contratos públicos.

Por tanto, lo que realmente se produce es que el ayuntamiento pretende contratar con terceros la prestación de un servicio público municipal; en este caso con una asociación. La subvención que pretende regularse por el convenio no sería tal, sino el pago de un precio por la prestación de dicho servicio.

Por tanto, el régimen jurídico del negocio viene determinado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el TRLCSP y su normativa de desarrollo. Debe articularse al efecto un contrato inspirado en los principios del artículo 1 de dicho texto legal, los cuales son la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos y la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. No cabe, por tanto, la adjudicación directa sin expediente de contratación previa y sin justificarse la utilización del procedimiento negociado, con o sin publicidad.

En conclusión, el convenio que se pretende no se ajustaría a la legalidad vigente, viniendo a constituir un auténtico fraude de ley, pues se acude a él para evitar la aplicación de la normativa que debería aplicarse al caso concreto, y una actuación en desviación de poder por parte del ayuntamiento.



Cuestión más complicada es determinar si el contrato que se proyecta es un contrato de servicios (art. 10 del TRLCSP) o un contrato de gestión de servicios públicos (art. 8 del TRLCSP). A este respecto, se considera que en aquellos casos en que se encomiende al contratista el desempeño de las actividades precisas para la prestación del servicio sin asumir la organización ni el riesgo derivado de ello, estaremos en presencia de un contrato de servicios, por lo que, a contrario sensu, cuando se encomiende la organización del servicio, con el riesgo que se deriva de ello, estaremos ante un contrato de gestión de servicios públicos.

**19.** En relación con la adquisición de la máquina quitanieves, se trata de un contrato de suministro del artículo 9 del TRLCSP.

Respecto a si es posible la tramitación anticipada del contrato condicionada a la existencia de crédito, la respuesta es afirmativa, y se puede proceder a la tramitación anticipada del gasto. En este sentido el artículo 110.2 del TRLCSP dispone que «los expedientes de contratación podrán ultimarse incluso con la adjudicación y formalización del correspondiente contrato, aun cuando su ejecución, ya se realice en una o en varias anualidades, deba iniciarse en el ejercicio siguiente». A estos efectos, podrán comprometerse créditos con las limitaciones que se determinen en las normas presupuestarias de las distintas Administraciones públicas sujetas al TRLCSP.

Se condiciona directamente a la existencia de crédito adecuado y suficiente para el gasto en el ejercicio siguiente, como establece el artículo 174 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 marzo. Por lo tanto, es independiente de cómo esté financiado el crédito. Obviamente, si se encuentra financiado con una subvención, será de aplicación lo establecido en el artículo 173.6 a) del citado TRLRHL, cuando señala que la disponibilidad de los créditos presupuestarios quedará condicionada, en todo caso, a la existencia de documentos fehacientes que acrediten compromisos firmes de aportación, en casos de ayudas, subvenciones, donaciones u otras formas de cesión de recursos por terceros tenidos en cuenta en las previsiones iniciales del presupuesto.

Por todo ello, si no se recibiese la subvención, no existiría ninguna responsabilidad respecto al adjudicatario puesto que se trató de un contrato condicionado a la existencia de crédito y así lo aceptó el contratista. Todo ello suponiendo, naturalmente, que la máquina todavía no se hubiera entregado y, por tanto, no se ejecutó el objeto del contrato, o este ya estaba realizado.

Si la máquina se entregó, por supuesto, existiría responsabilidad del ayuntamiento frente al contratista, pues, en caso contrario, se produciría un enriquecimiento ilícito por parte de la Administración, que se beneficiaría de algo por lo que no ha pagado. Por tanto, en este caso, debería procederse al pago del precio del contrato.

**20.** Finalmente, en cuanto a la resistencia de varios propietarios del inmueble afectado por aluminosis, por lo que el Ayuntamiento ordenó las obras precisas, que niegan el acceso a su vivienda para la realización de las obras, aquel tiene varias opciones para actuar:

- a) De acuerdo con el artículo 60 de la Ordenanza Municipal de Conservación, Rehabilitación y Estado Ruinoso de las Edificaciones de 30 de noviembre de 2011, podría acudir al procedimiento de expropiación por incumplimiento del deber de conservación. El inconveniente de esta opción es que se trata de un procedimiento largo, incompatible con estados de deterioro que requieran una actuación rápida. Con independencia de ello, la Corporación debe destinar recursos económicos para proceder a la expropiación.
- b) De acuerdo con la anterior ordenanza podría incoar procedimiento sancionador. Sin embargo, el inconveniente es que no soluciona los problemas del inmueble.
- c) De acuerdo con el artículo 45 de la referida ordenanza podría también imponer multas coercitivas de 1.000, 2.000 y 3.000 euros, de forma sucesiva, para lograr vencer la resistencia de los obligados.
- d) El procedimiento más adecuado en este caso, consistente en la negativa de permitir el acceso a la vivienda para la realización de las obras precisas, sería la aplicación del artículo 96.3 de la LRJPAC, que regula los medios ejecución forzosa de los actos administrativos indicando que «si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las administraciones públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o en su defecto, la oportuna autorización judicial».

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), atribuye a los juzgados de lo contencioso-administrativo la competencia para otorgar la autorización judicial de entrada en domicilios y restantes lugares, cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular para la ejecución forzosa de los actos de las Administraciones públicas (art. 8.5). La autorización adopta la forma de auto debiendo ser, por lo tanto, motivada, con la exposición de los hechos y de los preceptos jurídicos en los que el órgano jurisdiccional fundamenta su decisión, y es apelable un solo efecto, según se establece en el artículo 80.1 d) de la LJCA.

#### *Sentencias, autos y disposiciones consultadas:*

- Constitución, art. 24.
- RDLeg. 3/2011, TRLCSP, arts. 8, 10, 20, 21, 24, 25, 32, 60, 105, 106, 107, 108, 110 y 170.
- Ley 30/1992, LRJPAC, arts. 12, 30, 31, 62, 58, 62 y 102.
- RDLeg. 2/2004, texto refundido de Régimen Local, arts. 174 y 176.
- Ley 29/1998, LJCA, art. 8.
- Ley 9/2001, de Suelo de la Comunidad de Madrid, arts. 151, 152 y 157.
- Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos de la Comunidad de Madrid, arts. 8, 18, 19, 25, 26, 30 y 43.

- Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid, Anexo IV.
- Ordenanza de Madrid de Conservación, Rehabilitación y Estado Ruinoso de los Edificios de 30 de noviembre de 2011, art. 60.
- STS de la Sala 3.<sup>a</sup> de 27 de octubre de 1980.