

Dictamen nº: **354/22**
Consulta: **Alcaldesa de Collado Villalba**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **07.06.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 7 de junio de 2022, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Collado Villalba a través del consejero de Administración Local y Digitalización, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre la resolución del contrato de concesión de obra pública *“para la construcción de un aparcamiento y una paso subterráneo y reforma del entorno de la calle Honorio Lozano, entre c/ Real y c/ Virgen del Pilar y nuevo diseño urbano de la c/ Batalla de Bailén, entre Plaza de España y la Plaza de la Sierra, así como explotación del aparcamiento de la Biblioteca Municipal Miguel Hernández”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 28 de abril de 2022 tuvo entrada en este órgano consultivo solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Madrid formulada por la alcaldesa de Collado Villalba, a través del consejero de Administración Local y Digitalización relativa al expediente de resolución del contrato citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 271/22, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 7 de junio de 2022.

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

1. El día 23 de noviembre de 2005 el Pleno del Ayuntamiento de Collado Villalba aprobó el expediente de contratación *“84CON/2005 de concesión de obra pública para la construcción de un aparcamiento y una paso subterráneo y reforma del entorno de la calle Honorio Lozano, entre c/ Real y c/ Virgen del Pilar y nuevo diseño urbano de la c/ Batalla de Bailén, entre Plaza de España y la Plaza de la Sierra, así como explotación del aparcamiento de la Biblioteca Municipal Miguel Hernández”*.

El artículo 1 del PCAP determina el objeto del contrato, consistente en *“la construcción y posterior explotación mediante concesión, de un aparcamiento subterráneo bajo la calle Honorio Lozano y la realización de las obras necesarias para la reforma de las calles adyacentes y la construcción de un paso subterráneo en los términos que se contienen en el proyecto de ejecución aprobado por el Ayuntamiento, así como la explotación del aparcamiento existente de la Biblioteca Municipal de Miguel Hernández.*

Dicho objeto incluye concretamente:

a) La ejecución de las obras de construcción de un aparcamiento, y de un paso subterráneo y de reforma del entorno de la calle Honorio Lozano, entre la calle Real y la calle Virgen del Pilar y las correspondientes al nuevo diseño urbano de la calle Batalla de Bailén, entre la Plaza de España y la Plaza de la Sierra conforme al proyecto de ejecución aprobado por el Excmo. Ayuntamiento Pleno en sesión de 2 de diciembre de 2005, así como el tratamiento de superficie y reposición de servicios.

b) La explotación de los aparcamientos de Biblioteca Miguel Hernández y Honorio Lozano conforme a lo dispuesto en este Pliego y en las condiciones propuestas por el adjudicatario en su oferta. La explotación del aparcamiento de Biblioteca comenzará tras la firma del contrato de concesión y una vez cumplidas por el adjudicatario las obligaciones previas que le incumben según lo dispuesto en el pliego.

c) La conservación y mantenimiento de todas las obras, instalaciones y material objeto de concesión.

d) La adecuación, reforma y modernización de las obras de aparcamiento y paso subterráneo para adaptarlas a lo que en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medio ambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios.

e) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles para mantener las obras e instalaciones de los aparcamientos y paso subterráneo aptos para la prestación del servicio (...)."

La cláusula quinta del PCAP establece un plazo máximo de duración de la concesión de 40 años, a contar desde el día siguiente

al de la formalización del contrato, pudiendo los licitadores ofertar en sus proposiciones un plazo menor de vigencia de la concesión. Se establece un plazo máximo de ejecución de la obra de 17 meses a contar desde el día siguiente al levantamiento del acta de comprobación y del replanteo, con la posibilidad de que los licitadores propongan uno inferior.

La cláusula 26 indica las obligaciones del concesionario.

Las cláusulas 55 a 58 establecen el régimen de penalidades. Concretamente, la cláusula 58 especifica que, frente a los incumplimientos graves, el Ayuntamiento Pleno podrá declarar la caducidad de la concesión.

Finalmente, la cláusula 61 se refiere a la resolución del contrato en los siguientes términos:

“Son causas de resolución del contrato las recogidas en los artículos 111 y 264 del TRLCAP, y sin perjuicio de otras recogidas en el presente pliego, las siguientes:

a) La pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la administración.

b) La obstrucción de las facultades de dirección e inspección de la Administración.

c) El incumplimiento de las obligaciones del concesionario de guardar sigilo respecto de los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato y de los que tenga conocimiento con ocasión del mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 112 del RGCAP.

La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación de oficio o a instancia del concesionario, en su caso,

mediante el procedimiento tramitado en la forma reglamentariamente establecida por el artículo 109 del RGLCAP.

En los casos de resolución por incumplimiento culpable del concesionario, le será incautada la garantía y deberá además indemnizar a la administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. (...).

Para la aplicación de las causas de resolución y sus efectos, se estará a lo dispuesto en los artículos 265 y 266 del TRLCAP, respectivamente”.

2.- Tras la correspondiente licitación, el Pleno de 21 de marzo de 2006 acordó adjudicar el contrato a las mercantiles ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, S.A. Y COVER COLLADO VILLALBA INVERSIONES, S.L.U., posteriormente formalizado en documento administrativo de fecha 20 de abril de 2006 con la mercantil CONCESIONARIA COLLADO VILLALBA, S.A., de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 22 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

3.- El contrato fue modificado el día 17 de octubre de 2008, previo dictamen favorable del Consejo de Estado de fecha 18 de septiembre de 2008. El precio de la ejecución de la obra del proyecto modificado era de 12.980.952,17 €, IVA incluido. La modificación se justificó por causas técnicas imprevistas y no a necesidad nuevas, fundamentalmente por la densidad y características de la roca, con afección a las partidas de movimiento de tierras, demoliciones y de estructura.

4.- Con fecha 26 de septiembre de 2019 una empresa de auditoría, ETL SPAIN AUDIT SERVICES, S.L. elabora informes técnicos periciales de control financiero de la concesión y sobre la

cuantificación monetaria de los incumplimientos detectados en el servicio realizado por la CONCESIONARIA COLLADO VILLALBA, S.A. (concesionaria).

5.- A la vista de los anteriores informes, el concejal delegado del Área de Contratación del Ayuntamiento de Collado Villalba propuso al Pleno, con fecha 30 de abril de 2021, que acordara el inicio de un procedimiento de imposición de penalidades.

Con fecha 10 de mayo de 2021 el Pleno del Ayuntamiento de Collado Villalba acordó el inicio de un procedimiento para la imposición de penalidades por el incumplimiento de contrato de la explotación de los aparcamientos subterráneos de Honorio Lozano y Biblioteca Municipal Miguel Hernández realizada mediante concesión de obra pública (Exp.84CON/2005).

Tras la instrucción del procedimiento de imposición de penalidad, el Pleno del Ayuntamiento de Collado Villalba acordó el día 15 de julio de 2021:

“Imponer al concesionario del servicio CONCESIONARIA COLLADO VILLALBA, S.A. el contrato de gestión de servicios públicos, modalidad concesional, de CONCESIÓN DE OBRA PUBLICA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN APARCAMIENTO Y UN PASO SUBTERRÁNEO Y REFORMA DEL ENTORNO DE LA CALLE HONORIO LOZANO, ENTRE C/REAL Y LA VIRGEN DEL PILAR Y NUEVO DISEÑO URBANO DE LA C/BATALLA DE BAILEN, ENTRE LA PLAZA DE ESPAÑA Y LA PLAZA DE LA SIERRA, ASÍ COMO EXPLOTACIÓN DEL APARCAMIENTO DE LA BIBLIOTECA MUNICIPAL MIGUEL HERNÁNDEZ EN EL TERMINO MUNICIPAL DE COLLADO VILLALBA (84CON/2005) como penalización la DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN, clasificando la infracción como CUATRO INCUMPLIMIENTOS GRAVES QUE AFECTAN AL INCUMPLIMIENTO DE 8 CLAUSULAS

DEL PCAP, y atendiendo al criterio de penalización por incumplimiento, con base en la cláusula 58 del PCAP.

SEGUNDO. – Imponer como penalización del 1% DE LOS INGRESOS OBTENIDOS POR LA EXPLOTACIÓN DEL APARCAMIENTO DURANTE EL AÑO ANTERIOR A LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN, clasificando la infracción como UN INCUMPLIMIENTO LEVE QUE AFECTAN AL INCUMPLIMIENTO DE UNA CLAUSULA DEL PCAP, y atendiendo al criterio de penalización por incumplimiento, con base en la cláusula 58 del PCAP.

TERCERO. - Incoar el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, fundamentalmente, las cantidades abonadas en exceso que se desprenden del Informe Técnico pericial de fecha 23/04/2021, en concreto, de las siguientes cantidades por el periodo analizado comprendido entre el ejercicio 2016 a 2019:

- Las Inversiones en Reposición reales, comparadas con las obligadas según el Plan Económico Financiero, se han incumplido por importe de 742.030 euros o dicho de otro modo, se ha cumplido en un 1,94% el Plan Económico Financiero.*
- Los Gastos de Mantenimiento reales, comparados con las obligadas según el Plan Económico Financiero, se han incumplido por importe de 423.653 euros o dicho de otro modo, se ha cumplido en un 35,35% el Plan Económico Financiero.*
- Solo en estos últimos cinco años, periodo comprendido entre el ejercicio 2016 a 2019, la cantidad del canon que se ha solicitado al Ayuntamiento, ajustándolo a la inflación real, tiene un exceso cuantificado en 730.648 euros.*

- *Diferencias entre Canon según Plan Económico y Canon estimado, según porcentaje previsto en Plan Económico, la comparativa entre el Canon abonado por el Ayuntamiento y la realidad económica manifestada en las Cuentas Anuales de la Concesionaria arrojan un posible exceso abonado por el Ayuntamiento, durante el período analizado 2016 a 2019 de 3.792.943 €, teniendo en cuenta que han cubierto todos los gastos de explotación”.*

Contra la anterior resolución la sociedad concesionaria formuló recurso de reposición el día 20 de agosto de 2021.

Con fecha 8 de octubre de 2021 el Pleno del Ayuntamiento de Collado Villalba acordó, de conformidad con el informe jurídico de 24 de septiembre de 2021 del técnico de la Administración General del citado ayuntamiento, desestimar el recurso de reposición formulado por la empresa concesionaria.

Contra la desestimación del recurso de reposición la sociedad concesionaria ha interpuesto recurso contencioso-administrativo que se tramita por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 26 de Madrid (Procedimiento Ordinario 431/2021).

6.- Visto el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Collado Villalba de 15 de julio de 2021 finalizador del procedimiento de imposición de penalidades que concluía con la imposición de la penalización consistente en la caducidad de la concesión, como consecuencia de la concurrencia de varios incumplimientos calificados como infracciones graves que conllevaban la caducidad de la concesión, por Providencia del concejal delegado de Contratación del Ayuntamiento de Collado Villalba, de fecha 7 de julio de 2021, se dispuso la tramitación “*por si procediera*” de la resolución del contrato de concesión de obra pública “*a la vista del Informe-Propuesta del Instructor del expediente de imposición de penalidades al contratista*

por incumplimiento graves del contrato, siendo la primera penalidad DECLARAR LA CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN, clasificando la infracción como CUATRO INCUMPLIMIENTOS GRAVES QUE AFECTAN AL INCUMPLIMIENTO DE 8 CLAUSULAS DEL PCAP, y atendiendo al criterio de penalización por incumplimiento, con base en la cláusula 58 del PCAP, dando traslado al órgano de contratación para que decida lo que estime oportuno.

A tal efecto, se dará audiencia al contratista, por un plazo de diez días en el que alegará lo que estime oportuno en defensa de sus intereses, comunicándole el plazo que dispone este Ayuntamiento para dictar resolución expresa y el sentido del silencio en caso que se produjese.

Así mismo se incorporará informe de la Secretaría General, al objeto de determinar si dicha resolución es o no procedente, para que el órgano de contratación dicte la resolución que estime pertinente”.

El 15 de julio de 2021 se acordó por el Pleno del Ayuntamiento de Collado Villalba la incoación del procedimiento “*para acordar, si procede, la resolución del contrato de concesión de servicios referido*”.

Notificado el citado acuerdo a la sociedad concesionaria y al avalista y conferido trámite de audiencia, la empresa concesionaria se opuso a la resolución del contrato. Solicitado dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora con fecha 23 de noviembre de 2021 se emitió el dictamen 609/21 en el que se concluía que el procedimiento de resolución del contrato iniciado el día 15 de julio de 2021 estaba caducado, sin perjuicio de la posibilidad de incoar nuevo procedimiento de resolución del contrato si concurría causa para ello.

A la vista del anterior dictamen, con fecha 13 de enero de 2022 el concejal delegado de Contratación propuso iniciar nuevo expediente

por si procediera la resolución del contrato de concesión de obra pública *“para la construcción de un aparcamiento y una paso subterráneo y reforma del entorno de la calle Honorio Lozano, entre c/ Real y c/ Virgen del Pilar y nuevo diseño urbano de la c/ Batalla de Bailén, entre Plaza de España y la Plaza de la Sierra, así como explotación del aparcamiento de la Biblioteca Municipal Miguel Hernández”*.

Consta en el expediente un informe jurídico-propuesta de resolución de la Secretaría General, de 13 de enero de 2022 sobre la resolución del contrato que, tras examinar las causas de resolución del contrato de concesión de servicios, los efectos de la extinción del contrato, así como el procedimiento, añade:

“El presente acuerdo que adopte el Pleno de la Corporación como órgano de contratación de incoación del expediente de resolución del contrato, está condicionado a la resolución definitiva previa del expediente de imposición de penalidades al contratista por incumplimiento culpable del contrato cuyo punto primero determina la DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN, clasificando la infracción como CUATRO INCUMPLIMIENTOS GRAVES QUE AFECTAN AL INCUMPLIMIENTO DE 8 CLAUSULAS DEL PCAP, y atendiendo al criterio de penalización por incumplimiento, con base en la cláusula 58 del PCAP”.

Con fecha 27 de enero de 2022 el Pleno del Ayuntamiento de Collado Villalba acordó declarar caducado, de acuerdo con el dictamen 609/21, el procedimiento de resolución del contrato de concesión de obra pública, lo que se notificó a la sociedad concesionaria el día 2 de febrero de 2022.

TERCERO.- 1.- Por lo que se refiere al presente procedimiento, el día 27 de enero de 2022 el Pleno del Ayuntamiento de Collado

Villalba, a propuesta del concejal delegado de Contratación, acordó el inicio de nuevo procedimiento de resolución del contrato de concesión de obra pública para la *“Construcción de un aparcamiento y un paso subterráneo y reforma del entorno de la calle Honorio Lozano, entre la c/Real y la Virgen del Pilar y nuevo diseño urbano de la c/ Batalla de Bailen, entre la plaza de España y la plaza de la Sierra, así como la explotación del aparcamiento de la Biblioteca Municipal Miguel Hernández en el término municipal de Collado Villalba”* (84CON/2005).

2.- Notificado el acuerdo de inicio del procedimiento a la empresa concesionaria, con fecha 2 de febrero de 2022, el representante de la sociedad concesionaria presenta escrito el día 17 de febrero oponiéndose a la resolución del contrato en el que pone de manifiesto, en primer lugar, la incongruencia que supone que el Ayuntamiento de Collado Villalba haya declarado la caducidad de la concesión en el procedimiento de imposición de penalidades (impugnado ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) y, además, incoe un expediente para resolver dicha concesión por los mismos supuestos incumplimientos que llevaron a la declaración de caducidad.

En relación con el procedimiento de resolución del contrato propiamente dicho, la empresa concesionaria alega que el trámite de audiencia ha de darse una vez instruido el expediente y antes de dictarse la propuesta de resolución; que el acuerdo de incoación ha de contener hechos suficientemente precisos como para que la contratista pueda defenderse de ello, sin que resulte suficiente la mera mención de las cláusulas del PCAP supuestamente incumplidas.

En cuanto al fondo, la empresa concesionaria alega la existencia de una desviación de poder, al perseguir el Ayuntamiento de Collado Villalba con este procedimiento *“poner fin al contrato, y para ello utiliza los supuestos incumplimientos, no como motivo que justifica la*

incoación del expediente resolutorio, sino como disculpa para poder materializar una predecida resolución contractual”.

Invoca también que la resolución del contrato es un remedio excepcional; que los posibles incumplimientos han de ser probados por la Administración, a quien incumbe la carga de la prueba y analiza, a continuación, cada uno de los posibles incumplimientos alegados por el Ayuntamiento.

3.- El día 7 de marzo de 2022 se intentó la notificación del acuerdo de incoación del procedimiento de resolución del contrato a la entidad avalista mediante la puesta a disposición en la sede electrónica del Ayuntamiento de Collado Villalba, que caducó el día 18 de marzo de 2022. El día 31 de marzo de 2022 se remitió correo electrónico a la entidad avalista en el que se comunicaba que había finalizado el plazo concedido para el trámite de audiencia, habiéndosele considerado notificado una vez transcurrido *“el plazo de acceso a dicha notificación”*.

4.- Con fecha 25 de febrero de 2022 emite informe el técnico de la Administración General en el que da respuesta a las alegaciones formuladas por la empresa concesionaria.

5.- El día 4 de marzo de 2022 emite informe el Secretario General del Ayuntamiento de Collado Villalba que, tras enumerar las cláusulas del contrato incumplidas pone de manifiesto que las mismas han determinado la imposición de una penalización consistente en la declaración de la caducidad de la concesión. Considera que la resolución del contrato es imputable al contratista y que procede la incautación de la garantía, así como la reversión de las instalaciones al ayuntamiento.

6.- Con fecha 4 de abril de 2022 emite informe el interventor accidental del Ayuntamiento de Collado Villalba que examina las

repercusiones financieras para la Hacienda Local de la resolución del contrato y concluye que *“el acuerdo de resolución propuesto cumpliría con los requerimientos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”*.

7.- El día 12 de abril de 2022 el Pleno del Ayuntamiento de Collado Villalba acuerda solicitar informe a la Comisión Jurídica Asesora con suspensión del plazo para resolver el procedimiento de resolución del contrato y comunicar dicha suspensión a los interesados en el procedimiento.

No figura en el remitido a este órgano consultivo constancia documental de la comunicación de la suspensión del procedimiento acordada por el Pleno del Ayuntamiento el día 12 de abril de 2022.

A la vista de todo lo expuesto, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por las entidades locales en los supuestos de *“aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*.

La solicitud de dictamen se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora por el consejero de Administración Local y Digitalización, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3 b) del ROFCJA [*“3. Cuando por Ley resulte preceptiva la emisión de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, este será recabado:(...) c) Las solicitudes de dictamen de las Entidades Locales se efectuarán por los alcaldes-presidentes de las mismas, y se cursarán a través del consejero competente en relaciones con la Administración Local.”*].

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende, que figura en el anexo del expediente administrativo remitido, se adjudicó mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de fecha 21 de marzo de 2006. Teniendo en cuenta dicha fecha, resultaría de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio -TRLCAP- de acuerdo con lo dispuesto en la disposición transitoria 1ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP/17).

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio lo que supone la aplicación de la LCSP/17, en particular de sus artículos 191 y 212. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 RGLCAP, referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”*.

De forma subsidiaria se aplicará, conforme la disposición final 4ª de la LCSP/17, la legislación de procedimiento administrativo, en concreto la LPAC.

En primer lugar, de acuerdo con la normativa expuesta, resulta que la competencia para resolver los contratos corresponde al órgano de contratación. En este caso el contrato fue adjudicado por el Pleno del Ayuntamiento, que era el órgano de contratación a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional segunda apartado 2 de la LCSP/17, por lo que el Pleno es también el órgano competente para la resolución del mismo.

En particular, el artículo 109 del RGCAP exige que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Asimismo, se exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*, como es el caso.

En el caso sujeto a dictamen, se ha respetado el derecho de audiencia de la contratista, ex artículo 191.1 de la LCSP/17, que ha formulado las alegaciones que ha tenido por convenientes. Consta, igualmente, como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho, que se intentó notificar el trámite de audiencia a la entidad avalista por medios electrónicos, poniéndose a disposición en la sede electrónica del Ayuntamiento de Collado Villalba, resultando de aplicación lo dispuesto en el artículo 43.2 de la LPAC, que entiende rechazada esta *“cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido”*, así como lo previsto en el artículo 43.3, según el cual, *“se entenderá cumplida la obligación a que se refiere el artículo 40.4 con la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante o en la dirección electrónica habilitada única”*.

De conformidad con el apartado tercero del artículo 191.3 de la LCSP/17, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los

casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista, como es el caso.

Por lo que se refiere al ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL) aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación.

Figura en el procedimiento el informe del secretario general de fecha 21 de marzo de 2022 incorporado al expediente tras el trámite de audiencia lo que respeta la previsión del artículo 82.1 de la LPAC (*“la audiencia a los interesados será anterior a la solicitud del informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o a la solicitud del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento”*).

Consta, asimismo, informe de la Intervención, de fecha 4 de abril de 2022 que indica que el acuerdo de resolución propuesto cumpliría con los requerimientos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera exigidos por la Ley Orgánica, 2/2012, de 28 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en la redacción dada por la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público.

Además, se ha incorporado al expediente un informe de un técnico de la Administración General del Ayuntamiento de Collado Villalba, de fecha 25 de febrero de 2022, que da respuesta a las alegaciones planteadas por la concesionaria.

Hay que reseñar que estos informes son posteriores al trámite de audiencia y, a este respecto, debemos recordar que es doctrina

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

En el presente caso, tanto el informe de la Intervención como el emitido por el técnico de la Administración General no introducen hechos ni argumentan cuestiones nuevas para la resolución del procedimiento, en tanto que el primero de ellos se limita a examinar de forma escueta los efectos presupuestarios que tendrá el acuerdo de resolución del contrato para el ayuntamiento consultante y el segundo reitera los argumentos esgrimidos en el informe propuesta del instructor sobre penalidades de 11 de junio de 2021, así como a su propio informe jurídico, de 24 de septiembre de 2021, emitido a la vista del recurso de reposición formulado por la empresa contratista contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Collado Villalba de 15 de julio de 2021 de imposición de penalidades.

En cuanto al plazo para resolver, como concluyo nuestro anterior dictamen 609/21, al no existir norma propia de la Comunidad de Madrid que regule la duración del procedimiento, resulta de aplicación el plazo de tres meses, de acuerdo con el artículo 21.1 de la LPAC.

En el presente caso, habiéndose iniciado el procedimiento de resolución contractual el día 27 de enero de 2022, consta en el expediente remitido que, el Pleno del Ayuntamiento de Collado Villalba de 12 de abril de 2022 acordó la suspensión del procedimiento para recabar el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, así como comunicar la suspensión así acordada a los interesados en el procedimiento.

Ahora bien, no se ha remitido a esta Comisión Jurídica Asesora la documentación justificativa de dicha comunicación a los interesados, por lo que debe concluirse que, a la fecha del registro de entrada en este órgano, el 28 de abril de 2022, el expediente habría caducado, a menos que sí exista constancia documental de la comunicación así efectuada que debe incorporarse al expediente.

TERCERA.- Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre, o no, causa de resolución del contrato, como invoca el ayuntamiento consultante.

La propuesta de resolución considera como causa de resolución imputable al contratista que, una vez instruido un expediente de penalidades en el que se han acreditado cuatro incumplimientos graves que afectan al incumplimiento de ocho cláusulas del PCAP, se ha impuesto como penalización la declaración de la caducidad de la concesión.

Considera así acreditado que existe una causa de resolución del contrato imputable al contratista y que, por tanto, procede la resolución del contrato.

La empresa contratista, que ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Pleno de 15 de julio de 2021 que acordó declarar la caducidad de la concesión, alega que el presente procedimiento de resolución del contrato, al igual que el iniciado el

día 15 de julio de 2021 y posteriormente declarado caducado, no tiene sentido porque *“la caducidad de una concesión -por supuesto incumplimiento del contratista- es la resolución del contrato”*. Dice que *“no puede haber caducidad sin resolución y viceversa”* y que no entiende *“cómo si se ha declarado la caducidad de la concesión, se incoa después un expediente que tiene por objeto resolver dicha concesión, y además por los mismos supuestos incumplimientos que llevaron a la declaración de la caducidad”*.

Ciertamente, no se trata de una cuestión sencilla, entre otras razones, por los distintos significados que tiene el término caducidad en el Derecho, tanto en el Derecho Civil, como en el Derecho Administrativo. Así, además de la caducidad de los procedimientos administrativos iniciados de oficio, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, prevista en el artículo 25.1.b) de la LPAC, se utiliza el término caducidad en las concesiones demaniales o en las licencias urbanísticas. Así, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, regula en su artículo 10 la caducidad de las autorizaciones y concesiones demaniales por vencimiento del plazo.

Sin embargo, el Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, al regular la concesión de servicios prevé en su artículo 115 que las cláusulas fijarán los *“casos de resolución y caducidad”*, que desarrolla posteriormente y que resultan de aplicación al presente caso, al disponer su aplicación la cláusula 4 del PCAP.

En el presente caso, es la cláusula 58 del PCAP, dentro del capítulo IV relativo al *“Régimen de Penalidades”*, la que prevé, tras enumerar y clasificar los distintos incumplimientos susceptibles de imposición de penalidades en graves y leves, la posibilidad de declarar la caducidad de la concesión frente a los incumplimientos graves.

Por esta razón, la caducidad de la concesión acordada por el Pleno del Ayuntamiento de Collado Villalba el 15 de julio de 2021, se propuso por el instructor en el marco de un procedimiento de imposición de penalidades, procedimiento que es distinto del procedimiento de resolución del contrato, como el sometido a consulta.

En este sentido, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 21 de mayo de 2019 –rec. 1372/2017 que, en relación con el expediente de imposición de penalidades dice:

“1º. Es punto común y pacífico que en lo sustantivo tales penalidades no responden al ejercicio de una potestad sancionadora, luego para su imposición no se sigue un procedimiento específico de naturaleza sancionadora ni éste es aplicable supletoriamente. Al respecto es jurisprudencia de esta Sala que responden al ejercicio de una facultad de coerción sobre el contratista para la correcta ejecución del contrato, facultad que implica poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuye a la Administración (cf. sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 6 de marzo de 1997, recurso de apelación 4318/1991)”.

2º Su naturaleza ciertamente se acerca a la lógica de la multa coercitiva como instrumento cuyo fin es forzar, mediante su reiteración y hasta lograr el cumplimiento de determinada obligación contractual. Tal similitud se acentúa cuando con la penalidad se reacciona ante retrasos del contratista u otro cumplimiento defectuoso mantenido en el tiempo; ahora bien cuando se impone como consecuencia de un incumplimiento puntual o ejecutado del contrato, ya no implica coerción alguna y

su naturaleza se asemeja ciertamente a la sancionadora o cumple un fin resarcitorio.

3º Aun así como tal penalidad tiene una sola regulación y no puede ostentar diversa naturaleza dependiendo de su finalidad, hay que estar al criterio jurisprudencial según el cual carece de una vocación sancionadora en sentido estricto, y se configura como una suerte de cláusula penal contractual (cf. artículo 1152 del Código Civil) cuya razón radica en el interés público que se satisface con el contrato y que es necesario tutelar.

4º En lo procedimental la imposición de penalidades se ubica sistemáticamente en la LCSP 2007 en sede de ejecución contractual, sin que se prevea para su ejercicio un procedimiento específico y diferenciado, lo que no es el caso de esos otros supuestos del artículo 194 de la LCSP de 2007 en los que sí prevé que la Administración contratante ejerza ciertas potestades mediante concretos procedimientos: es el caso de los supuestos de interpretación, modificación, resolución, reclamación de deudas, cesión o subcontratación (cf. artículo 195.1 de la LCSP 2007).

5º Cobra así sentido la cita de la sentencia del Pleno de esta Sala, de 28 de febrero de 2007, recurso de casación 302/2004, que constituye la ratio decidendi de la sentencia impugnada. Pese a dictarse para un supuesto distinto, de ella cabría deducir que la imposición de penalidades no implica un procedimiento autónomo o diferenciado dentro del procedimiento contractual iniciado con la adjudicación, sino una decisión o trámite en particular de la fase de ejecución.

6º Esto no quita que para su adopción haya una regulación mínima en el artículo 196.8 de la LCSP 2007, lo que evita la idea de imposición de plano: se prevé así que haya propuesta y

decisión y que haya trámite de audiencia o alegaciones es una exigencia no expresamente prevista, sino que responde a un cabal entendimiento del principio de proscripción de la indefensión, exigencia común a todo acto mediante el cual el poder público imponga un gravamen.

7º Las previsiones del citado artículo 196.8 de las LCSP lleva a la idea cierta de que hay un expediente, pero no un procedimiento. En efecto, la idea de expediente supone la documentación de la sucesión de actuaciones que integran un procedimiento, pero puede implicar sólo la constancia documental de decisiones, lo que asemeja a las penalidades con las multas coercitivas que adoptadas para la ejecución de acto incumplido que sí pone fin a un procedimiento.

8º De esta manera como ya la denominó la sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 30 de octubre de 1995 (recurso de apelación 5203/1991) con la imposición de penalidades se está ante una "decisión ejecutiva", si bien acordada en el curso del procedimiento de ejecución de un contrato, prevista en los contratos a modo de estipulación accesoria cuya regulación mínima se agota, en este caso, en el artículo 196.8 de la LCSP 2007. No precisa, por tanto, la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 -hoy Ley 39/2015- para su regulación.

9º Quiebra de esta manera el presupuesto normativo del artículo 44.2 de la Ley 30/1992 pues la fase de ejecución contractual, dentro del procedimiento administrativo, no tiene por objeto ejercitar una potestad de "intervención" susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen: se está ante la regulación de dicha fase dentro del procedimiento contractual, cuya finalidad es la correcta ejecución de un contrato mediante el que se satisfacen intereses públicos".

En el presente caso, el PCAP, tras enumerar y clasificar las cláusulas 56 y 57 los incumplimientos graves y leves de este régimen de penalidades, la cláusula 58 regula los efectos de los incumplimientos que contempla, como primera medida que se puede adoptar ante los incumplimientos graves, la posibilidad de “*declarar la caducidad de la concesión*”.

Caducidad de la concesión que supone la extinción de la misma y, por tanto, del contrato. En este sentido, el artículo 252 del TRLCAP, relativo a las penalidades por incumplimiento del concesionario establecía en su apartado 3 que “*los incumplimientos graves darán lugar, además, a la resolución de la concesión en los casos previstos en el correspondientes pliego*”. Redacción que se mantiene en el artículo 264.3 de la LCSP/17.

Por tanto, si por caducidad de la concesión se entiende la resolución del contrato de concesión, que es la sanción más grave que se puede imponer al contratista, no parece posible que en su tramitación se siga el procedimiento de imposición de penalidades que, entre otras diferencias, no exige la intervención con carácter preceptivo “*del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*”, en caso de oposición del contratista (ex. artículo 191.3 LCSP/17).

Es por esta razón por la que el Pleno del Ayuntamiento de Collado Villalba el día 15 de julio de 2021, junto con el acuerdo que puso fin al procedimiento de imposición de penalidades, declarando la caducidad de la concesión, adoptó un segundo acuerdo de inicio de procedimiento de resolución del contrato, sobre la base de la propuesta del instructor del procedimiento de imposición de penalidades, invocando como causa del mismo la declaración de la caducidad de la concesión. El ayuntamiento consultante inició un procedimiento de resolución del contrato porque consideraba que la

declaración de caducidad de la concesión adoptada en el Acuerdo de 15 de julio de 2021, que ponía fin al procedimiento de imposición de penalidades, no había extinguido el contrato. No se puede iniciar un procedimiento de resolución de un contrato ya extinguido. Tampoco se habría podido declarar caducado el procedimiento de resolución del contrato y el inicio de otro nuevo procedimiento de resolución si el contrato se hubiera extinguido con la declaración de caducidad de la concesión en el procedimiento de imposición de penalidades.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el Acuerdo del Pleno de 15 de julio de 2021 que puso fin al procedimiento de imposición de penalidades -tras analizar los distintos incumplimientos calificados como infracciones graves- con la declaración de caducidad de la concesión, y en el que se fundamenta el procedimiento de resolución, fue recurrido en reposición por la sociedad concesionaria y, contra su desestimación, acordada por el Pleno el día 8 de octubre de 2021, que ponía fin a la vía administrativa, se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo por la sociedad concesionaria.

Ello significa que la eficacia del presente procedimiento de resolución del contrato pende del resultado del recurso interpuesto contra la resolución que puso fin al procedimiento de imposición de penalidades. Si se confirmara la resolución administrativa y se declarara conforme a Derecho, procedería su resolución sin necesidad de acreditar más incumplimiento y, por el contrario, en caso de estimación del recurso interpuesto y anulación de la resolución declarativa de la caducidad, no sería posible acordar la resolución del contrato.

En este sentido, el informe jurídico-propuesta de resolución de la Secretaría General, de 13 de enero de 2022 dice:

“El presente acuerdo que adopte el Pleno de la Corporación como órgano de contratación de incoación del expediente de resolución

del contrato, está condicionado a la resolución definitiva previa del expediente de imposición de penalidades al contratista por incumplimiento culpable del contrato cuyo punto primero determina la DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN, clasificando la infracción como CUATRO INCUMPLIMIENTOS GRAVES QUE AFECTAN AL INCUMPLIMIENTO DE 8 CLAUSULAS DEL PCAP, y atendiendo al criterio de penalización por incumplimiento, con base en la cláusula 58 del PCAP”.

Por todo lo expuesto, debemos concluir que no procede la resolución del contrato por la declaración de caducidad de la concesión hasta que recaiga sentencia firme sobre dicha caducidad acordada en el procedimiento de imposición de penalidades con fecha 15 de julio de 2021.

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

CONCLUSIÓN

No procede la resolución del contrato concesión de obra pública *“para la construcción de un aparcamiento y una paso subterráneo y reforma del entorno de la calle Honorio Lozano, entre c/ Real y c/ Virgen del Pilar y nuevo diseño urbano de la c/ Batalla de Bailén, entre Plaza de España y la Plaza de la Sierra, así como explotación del aparcamiento de la Biblioteca Municipal Miguel Hernández”* hasta que quede definitivamente resuelto ante la jurisdicción contencioso-administrativa el procedimiento de imposición de penalidades.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 7 de junio de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 354/22

Sra. Alcaldesa de Collado Villalba

Pza. de la Constitución, 1 – 28400 Collado Villalba