

Dictamen nº: **700/22**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **08.11.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 8 de noviembre de 2022, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Madrid, cursada a través del consejero de Administración Local y Digitalización, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre extinción de la concesión demanial para la construcción, explotación y conservación de un quiosco permanente de bebidas, situado en la Plaza Castilla Nº 9, de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 17 de octubre de 2022 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Madrid formulada por la coordinadora general de la Alcaldía de Madrid, por delegación del alcalde, a través del consejero de Administración Local y Digitalización, relativa al expediente de extinción de la concesión demanial citada en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 653/22, 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. Carmen Cabañas Poveda, 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 8 de noviembre de 2022.

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

1.- Previa licitación al efecto, por Decreto de 28 de mayo de 2012, del concejal presidente del Distrito Municipal de Chamartín, se adjudicó a un particular la concesión administrativa para la construcción, explotación y conservación de un quiosco permanente de bebidas situados en Plaza de Castilla núm. 9, con un plazo de vigencia de veinticinco años, con una prórroga posible de otros cinco, a contar desde el día siguiente al de su formalización, que tuvo lugar el 31 de mayo de 2012.

El concesionario explotaría el negocio a su riesgo y ventura, con sujeción a la normativa aplicable a la actividad y a las ordenanzas municipales del sector, quedando obligado a satisfacer un canon anual de 50.566€, en concepto de tasa por el uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público, a pagar en dos plazos semestrales, que sería revisable anualmente de conformidad con las variaciones del IPC.

Por su parte, los pliegos rectores de la concesión preveían que el servicio se debería prestar de manera regular y continuada, durante el horario habitual en ese tipo de establecimientos.

El mismo pliego, en el apartado 5 relativo a la ejecución de la obra, obligaba al concesionario a presentar en el plazo de un mes desde el día siguiente a la notificación del acuerdo de adjudicación, un “proyecto de ejecución de obras”, visado por los colegios oficiales de arquitectos y aparejadores/arquitectos técnicos de Madrid, en el que se desarrollara el programa de necesidades del PPT y el anteproyecto presentado a concurso, incluyendo los datos precisos para un correcto replanteo del proyecto en el emplazamiento del quiosco.

Además, se indicaba que, tanto el proyecto, como la ejecución de la obra e instalaciones, deberían atenerse a lo dispuesto en la Ley 2/1999 de 17 de marzo de Medidas para la Calidad de la Edificación y a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; en especial en lo relativo a la completitud del estudio geotécnico del terreno, del “Libro de órdenes de la obra”, de los planos de obra y su documentación complementaria, debiendo ajustarse todos estos documentos a su significado y contenido técnico preciso. También se exigía rigor en el cumplimiento de las previsiones legales sobre el replanteo previo, las instrucciones de uso, conservación y mantenimiento del edificio y las normas de actuación en caso de siniestro o de emergencia,

En cuanto a los suministros y las redes generales se imponía: *“el adjudicatario, antes de dar comienzo a las obras, deberá obtener información suficiente de las Entidades públicas o privadas suministradoras de servicios, debiendo proceder a su costa al retranqueo de las redes de suministro que puedan verse afectadas por las obras; el adjudicatario será el único responsable de los daños y perjuicios que puedan sufrir las mencionadas Entidades y sus usuarios”*.

Una vez formalizado el acuerdo concesional y previa suscripción del “acta de replanteo”, del día 10 de agosto de 2012; las obras para la construcción de dicho quiosco fueron iniciadas el día siguiente, previéndose en la Disposición General 1ª de los Pliegos de Cláusulas Administrativas que la construcción contaría con una planta baja, con una superficie máxima de 51,03 m², incluido vuelos y una planta sótano de iguales metros construidos “*de acuerdo con la localización concreta reflejada en el plano de situación incorporado al Anteproyecto básico elaborado por los servicios municipales*”.

Los Pliegos preveían un plazo de ejecución de 4 meses, desde el “acta de replanteo”, por lo que las obras deberían haber finalizado el 11 de diciembre de 2012.

Desde el momento de la adjudicación de la concesión se produjeron una serie de dificultades técnico-arquitectónicas, relativas a la ejecución de la obra para la instalación del quiosco, destacando las siguientes:

El concesionario alegó inicialmente dificultades técnicas surgidas durante la ejecución de la obra, solicitando con fecha 3 de diciembre de 2012 una ampliación del plazo para completarla de 60 días, y con ello una moratoria para el pago del canon correspondiente, a iniciar cuando finalizasen las obras de instalación del quiosco.

Los Pliegos rectores de la concesión disponían, en cuanto a la ejecución de la obra que, si por fuerza mayor o causa justificada no se pudieran realizar las obras dentro del plazo fijado, el concesionario podría solicitar antes de su vencimiento la ampliación y que la misma procedería, previo informe de los servicios técnicos municipales, por un período que no excediera de la mitad del plazo inicial,

En su virtud, se emitió informe técnico favorable a la prórroga el día 5 de diciembre de 2012.

El 28 de febrero de 2013 se giró visita de inspección sin que se observara la obra acabada, requiriéndose al interesado la aportación de la documentación relativa al cronograma de esta.

El concesionario manifestó con fecha de 5 de abril de 2013 que había enviado por correo electrónico dicho cronograma, según el cual la obra debía estar finalizada a mitad del mes de abril de 2013.

En fecha de 19 de abril de 2013 se giró visita de inspección y se observó que, si bien la obra estaba prácticamente acabada salvo elementos de mobiliario y electrodomésticos, no contaba con suministro de luz eléctrica, por lo que no se pudo realizar la recepción definitiva.

El 23 de mayo de 2013 el concesionario manifestó por escrito que no contaba con suministro de luz eléctrica por la complejidad de la obra, estando en fase de cumplimentar los requerimientos que la empresa suministradora de electricidad le había dirigido.

El 7 de junio de 2013 el concesionario solicitó la exención del canon de explotación, dado que se habían disparado los gastos y habían existido dificultades en la ejecución de la obra, siendo en esta ocasión denegada la petición por Decreto de 8 de julio de 2013, pues según se indicó, los pliegos preveían que antes de dar comienzo a las obras el adjudicatario debería obtener información suficiente de las suministradoras de servicios y proceder a su costa al retranqueo de las redes de suministro que puedan verse afectadas; siendo el único responsable de los daños y perjuicios que pudieran sufrir las mencionadas entidades y sus usuarios.

2.- El 23 de septiembre de 2013 se informó por los servicios técnicos del Distrito de Chamartín que, girada visita de inspección el

29 de agosto de 2013 se observaba la obra finalizada y la conexión de Iberdrola aparentemente realizada también.

Se firmó el acta de recepción de las obras el 14 de enero de 2014, habiendo aportado el concesionario toda la documentación que exigía el Pliego de prescripciones técnicas, especialmente el “certificado final de obra”, así como el certificado de técnico competente, en el que se hizo constar que todas las instalaciones se habían realizado bajo su dirección, ajustándose al proyecto de la actividad calificada como quiosco bar y a las ordenanzas y reglamentos que le eran de aplicación

A partir de ese momento no se tuvo conocimiento por la administración municipal de más incidencias, desarrollándose la concesión con normalidad durante algún tiempo.

3.- Con fecha 21 de enero de 2015, la entidad Metro de Madrid S.A. solicitó la documentación relativa al proyecto de construcción del quiosco de la Plaza Castilla número 9, al objeto de realizar una valoración sobre la posible afección a las instalaciones del ferrocarril metropolitano de Madrid, de tal forma que, le fue entregada la documentación, según consta en el expediente 105/2015/210 y se conoció más tarde por el Ayuntamiento de Madrid.

Posteriormente, con fecha de 4 de abril de 2016 tuvo entrada en el Distrito de Chamartín, en cuanto encargado del seguimiento de la concesión, un escrito de Metro de Madrid S.A. señalando que el quiosco se había ejecutado en zona de afección ferroviaria e indicando además que, no se habían atendido por el concesionario y promotor de la obra los requerimientos efectuados por Metro de Madrid S.A. a fin de observar la incidencia real de la actuación.

Dado que Metro de Madrid, S.A. manifestaba que tenía dificultades para ponerse en contacto con el concesionario; fue

requerido por el área municipal competente el 20 de mayo de 2016, indicándole que aportase la documentación interesada. Los servicios técnicos del Distrito de Chamartín reiteraron la petición el día 13 de diciembre de 2017, enviando copia de la misma por correo electrónico a Metro de Madrid S.A.

En fecha 30 de enero de 2018 Metro de Madrid S.A. manifestó que su relación debía entablarse únicamente con el promotor de la obra, es decir con el concesionario, indicándose a la autoridad municipal los datos de contacto para su traslado al concesionario, así como un esquema de las actuaciones a realizar por el mismo.

En fecha 1 de marzo de 2018 el concesionario expuso una serie de problemas con Metro de Madrid S.A. para dar cumplimiento a sus requerimientos, solicitando una modificación del pliego de condiciones y, con fecha de 7 de mayo de 2018, remitió al Ayuntamiento de Madrid un estudio topográfico que, según indicó, también había remitido a Metro de Madrid S.A.

Posteriormente, un escrito presentado por el concesionario con fecha de 11 de septiembre de 2018 pone de manifiesto que Metro de Madrid S.A. le había ordenado que desalojara el espacio ocupado.

El 19 de septiembre de 2018 se informó por los servicios técnicos municipales que el quiosco de bebidas y su terraza de la Plaza de Castilla número 9 se encontraba cerrado y con muestras de no haber sido abierto durante tiempo.

En fecha 11 de enero de 2019 el concesionario solicitó la resolución de la concesión o su extinción, con las consecuencias indemnizatorias derivadas para la Administración, por no haberse garantizado el uso pacífico de la misma al adjudicatario, una vez que Metro de Madrid S.A. había establecido que el sótano del quiosco de

bebidas se encontraba interfiriendo en las instalaciones subterráneas de la estación de metro de Plaza de Castilla. Concretamente se indicaba que la losa de cubierta del recinto de un ascensor inclinado interfería en el bajo cubierta del quiosco y la citada entidad ferroviaria obligaba al desalojo y a la restitución del espacio a su estado inicial, previo a la obra.

A instancias de Metro de Madrid S.A. y con el quiosco ya en servicio, se acreditó que la losa antes citada, que forma parte de la estructura de cubrición de un ascensor inclinado de acceso a la estación de metro, fue modificada con la construcción del quiosco, aunque ello no menoscabara de la estabilidad estructural del conjunto.

La documentación presentada por el concesionario en cuanto a la existencia de una losa armada y otra a 30 cms, que aparecieron al efectuar la excavación del sótano del quiosco, no acreditó la posición relativa de esas losas con relación al sótano del quiosco.

Llegados a este punto conviene tener en cuenta los informes de los servicios técnicos municipales, de fechas 7 de noviembre de 2019 y 20 de octubre de 2020, – folios 12 a 14 del expediente-.

El primero de ellos indica: “El estudio geotécnico presentado era suficiente para toda la edificación, incluido el sótano previsto, porque las acciones de carga previstas eran limitadas y admisibles para cualquier clase de terreno dado que, en general, este tipo de informes se refieren a la capacidad portante del terreno sobre el que se asienta la cimentación de una edificación, que en este caso no planteaba ninguna complicación al tratarse de una reducida superficie en planta de carga, sin ningún tipo de esfuerzo puntual.

Fue al iniciar la excavación del sótano del quiosco, cuando la dirección facultativa de las obras comunicó la existencia de una losa de

hormigón armado que serviría de base a la estructura del quiosco, acreditando la estabilidad del conjunto.

A instancia de Metro de Madrid y con el quiosco ya en servicio, se acreditó que la losa antes citada, que forma parte de la estructura de cubrición de un ascensor inclinado de acceso a la estación, fue modificada en la construcción del sótano del quiosco, sin menoscabo de la estabilidad estructural del conjunto” y concluye: “nosotros no podemos tener responsabilidad en la falta de detección previa de un servicio subterráneo, y menos en la ocupación de una estructura de Metro de Madrid”.

Por su parte, el informe de 20 de octubre de 2020, incide en la explicación de la secuencia de generación de la problemática planteada, que se inició en el mes de diciembre de 2012, en el inicio de la ejecución de las obras del quiosco, pues el concesionario comunicó la existencia de una losa armada y otra a 30 cms, que aparecieron al efectuar la excavación del sótano del quiosco, pero no acreditó la posición relativa de esas losas con relación al sótano del quiosco, ni volvió a determinar la concreta solución técnica que había adoptado al respecto.

En esa misma fecha, según se indica, los servicios técnicos municipales informaron de la existencia de una bóveda de hormigón de protección de la caja de escaleras mecánicas de la estación de Metro de Madrid, previéndose la yuxtaposición del quiosco sobre dicha bóveda en condiciones de estabilidad estructural, y desconociendo en todo caso que se habilitara algún espacio para el quiosco en el interior de la bóveda de Metro. Añade que fue mucho después cuando se conoció el uso de la instalación interior, en un espacio de afección ferroviaria, vinculado a Metro de Madrid, S.A para una explotación comercial privativa: “...con posterioridad a la apertura de la instalación del quiosco y a instancia de Metro de Madrid, en el

mes de abril de 2016, se requiere al concesionario la acreditación de la posición relativa entre la estructura del quiosco y la instalación de Metro, que después confirmaría el uso de la instalación de Metro para una explotación comercial privativa, que es rechazado por Metro de Madrid (exp. 105/2016/1069)”.

Por tanto, en cuanto a posibles incumplimientos de sus obligaciones y a efectos de responsabilidades, dispone: *“la falta de detección previa de esta afección es imputable al concesionario, en aplicación del párrafo 5° del apartado de “Ejecución de Obra” del Pliego de Condiciones Técnicas de la Concesión.*

La ocupación con el sótano del quiosco de una instalación de Metro de Madrid, no fue comunicada en su momento por la Dirección Facultativa de la ejecución de obra de instalación del quiosco, y por supuesto no ha sido en ningún caso admitida por estos Servicios Técnicos”.

Igualmente se deben tener en cuenta los informes de fecha de 11 de junio de 2021 del Departamento de Limpieza de Espacios Públicos y de la Policía Municipal de fechas 30 de marzo y 5 de abril de 2022, con reportaje fotográfico adjunto- folios 15 al 20 y 252 al 263-, que forman parte del expediente. En ellos se pone de manifiesto el estado de total abandono de la instalación y la falta de mantenimiento, seguridad y limpieza, que no solo afecta al ornato y limpieza de la ciudad, sino que también supone un peligro para los viandantes y personas que pudieran acceder al interior del quiosco (*：“...falta de mantenimiento, suciedad, pintadas, cables desconectados, etc.; que no solo afecta al ornato y limpieza de la ciudad, sino que también supone un peligro para el viandante”.* “...A la vista de la nota de servicio interior del Departamento de Limpieza de Espacios Publicas de 11 de junio de 2021 que se adjunta, se informa que se efectúa visita de inspección con fecha 8 de julio de 2021, que confirma la situación de

abandono, falta de conservación y acumulación de pintadas en todas las fachadas del quiosco, tal y como se refleja en las fotos del Departamento de Limpieza.

A esta fecha no se aprecia presencia de cableado, con peligrosidad para los viandantes. En la parte de la terraza se asienta un indigente con enseres”).

Por Decreto de fecha 12 de abril de 2022, se ordenó al concesionario la adopción de medidas inmediatas para el mantenimiento de las condiciones de seguridad del quiosco asegurando el cierre de la instalación, así como la cancelación de los servicios contratados y de la acometida eléctrica, debiendo responder de la vigilancia del recinto y de los bienes que se hallaran en la instalación. Asimismo se le ordenó por razones de seguridad y dada la existencia de huecos en el interior, la restitución al estado inicial constructivo y estructural de la losa de la infraestructura del metro y el sistema de impermeabilización afectados por la construcción del sótano del quiosco; para cuyo cumplimiento le podría ser incautada la fianza constitutiva, con la advertencia que de no proceder a su demolición podría esta ser efectuada por la Administración a costa del concesionario de acuerdo con los artículos 99 y 100 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

TERCERO.- Mediante Decreto de la concejala presidenta del Distrito Municipal de Chamartín, de fecha 22 de marzo de 2022 se acordó incoar un procedimiento de extinción de la concesión administrativa referida a la construcción, explotación y conservación del quiosco permanente de bebidas en Pza. Castilla, nº 9, que había sido adjudicada por Decreto de 28 de mayo de 2012; de conformidad con lo dispuesto en el art.100 de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas -en adelante LPAP-,

el 223 h) del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, por el que se aprobó el Texto refundido de la ley de Contratos del Sector Público- TRLCSP- de la concesión administrativa y artículo 9 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares rector de la concesión – el expediente 105/2011/3448-.

Se plantea en dicha resolución iniciadora la concurrencia de motivos de interés general, consistentes en la circunstancia de que la instalación subterránea del quiosco interfiere en la infraestructura de Metro de Madrid, correspondiente a la estación de Plaza Castilla.

Este procedimiento estuvo precedido de otro –documentado en el expediente número 105/2022/0682-, con el mismo objeto, iniciado por Decreto de 16 de julio de 2021, que resultó caducado.

La resolución iniciadora de 22 de marzo de 2022 propone la extinción de la concesión sin indemnización alguna por parte de la Administración, apelando al incumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones, establecidas en los pliegos rectores de la concesión, tanto en fase de proyecto, como de construcción. Además, se indica que, una vez extinguida la concesión, las obras, construcciones e instalaciones fijas existentes sobre el bien demanial deberían ser demolidas por el titular de la concesión o, subsidiariamente, se procedería a la ejecución de dicha obligación por la Administración, a su costa, debiéndose restituir al estado inicial constructivo y estructural la losa de la infraestructura de Metro de Madrid S.A. y el sistema de impermeabilización, afectados por la construcción del sótano del quiosco; además de reponer la vía pública a su estado originario anterior a la construcción incluida la cancelación de los servicios contratados y de la acometida eléctrica, a cuyo cumplimiento le podría ser incautada la fianza constituida.

La citada resolución fue debidamente notificada al interesado, concediéndose el trámite de audiencia al concesionario.

Con fecha de 30 de marzo de 2022, el concesionario tomó vista íntegra del expediente y presentó su escrito de alegaciones, dando en esencia por reproducidas las que ya formulara mediante otro escrito de 30 de julio de 2021 y en el complementario presentado el 7 de septiembre de 2021, con ocasión del procedimiento anteriormente caducado. En esencia manifestaba:

- Que no se oponía a la extinción de la concesión, aunque sí a la causa que pretende hacer valer el ayuntamiento, al igual que a sus efectos y a la responsabilidad que se le aúna.

- Que el ayuntamiento ya era conocedor de los problemas para desarrollar la concesión y de su incompatibilidad con las infraestructuras de la estación del metro, desde que firmó el acta de conformidad para la recepción de las obras, el 14 de enero de 2014.

De esa forma, se oponía a los antecedentes de hecho contenidos en la propuesta, afirmando que la extinción de la concesión debida a la interferencia de la planta bajo rasante del quiosco con la infraestructura del metro estuvo motivada, directa y necesariamente, por la elección de del concreto emplazamiento del quiosco, que fue determinado por el Ayuntamiento de Madrid, ante la ausencia de un correcto estudio geotécnico. Además, se oponía a su obligación de retranquear las redes de suministro y consideraba irrelevante el deber de conservación del quiosco, cuyo incumplimiento se le imputaba; destacando por contra los deberes municipales incumplidos y, en general, responsabilizando al ayuntamiento de la extinción de la concesión, al considerar aplicable las previsiones del art. 100 d) de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Publicas -el rescate anticipado de la concesión-, que le daría derecho a exigir una indemnización.

Mediante posterior escrito de fecha de 7 de septiembre de 2021, la concesionaria aportó un informe pericial de valoración de daños, cifrándolos en un total de 1.826.681,48€, resultantes de adicionar el daño emergente -el total de las inversiones, menos la amortización acumulada hasta el 2018- y el lucro cesante, calculado a partir del rendimiento de los otros tres quioscos que regenta el concesionario, bajo el mismo régimen de explotación, en tres zonas del parque de El Retiro, durante el total de los años de duración de la concesión restantes – folios 191 al 209-.

El Servicio de Medio Ambiente y Escena Urbana del Distrito de Chamartín informó con fecha 17 de septiembre de 2021 en el expediente lo siguiente: *“En relación al escrito del concesionario de 30 de julio de 2021 sobre alegaciones al procedimiento del expediente, se hace mención de las vicisitudes de este contrato con relevancia sobre el asunto que se produjeron, desde la adjudicación de la concesión hasta que el concesionario comunicó a estos servicios técnicos que la instalación del sótano del quiosco ocupaba parte de la instalación del Metro Madrid.*

Según el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de concesión (PPT), en su apartado dedicado a la ejecución de obra, se obligaba al concesionario a presentar en el plazo de un mes desde el acuerdo de adjudicación un proyecto de ejecución de obras, que entre otras prescripciones indica textualmente: ‘El adjudicatario antes de dar comienzo a las obras, deberá obtener información suficiente de las entidades públicas o privadas suministradoras de servicios. El adjudicatario será el único responsable de los daños y perjuicios que puedan sufrir las mencionadas entidades y sus usuarios’

En el proyecto de ejecución que se presentó firmado por técnico cualificado contratado por el concesionario no se hacía mención alguna a la instalación ya existente de metro de Madrid. Entiendo que es

evidente, que, si se hubiera determinado que la ejecución del sótano previsto interfería con la red de metro, no se hubiera formalizado el acta de replanteo que permitía el inicio de las obras, y como se ha realizado en otras ocasiones se hubiera tramitado un cambio de ubicación exacta del quiosco, que evitara la afección. En ningún caso, como es evidente, se hubiera requerido a nadie un retranqueo del metro.

Iniciada la excavación del quiosco, la dirección facultativa del concesionario comunica la existencia de una losa de hormigón armado que forma parte de la instalación de Metro, que sustentaba en condiciones de estabilidad estructural un tramo de la acera pública y que por informe de la dirección de obra contratada por el concesionario podía sustentar sobre ella la instalación del quiosco, manteniendo las condiciones de estabilidad estructural del conjunto. Tampoco en ese momento se planteó por el concesionario la necesidad constructiva de modificar dicha losa.

Fue en el año 2018, a instancia de Metro de Madrid, tras diversos requerimientos de este Servicio al concesionario de acreditar la posición relativa entre la instalación del sótano y la de Metro de Madrid, cuando este Servicio tiene conocimiento, y no en la fecha alegada por el concesionario, a través de la dirección facultativa del concesionario, de la ocupación parcial de la estructura de cubrición de una instalación de un ascensor de Metro de Madrid por el sótano del quiosco. En la situación descrita la dirección facultativa del concesionario acreditó en informe técnico firmado la estabilidad estructural tanto del quiosco como de la instalación del metro bajo ella.

Entiendo que no hubo información equivocada del ayuntamiento como alega el concesionario, sino ausencia de la detección previa ya razonada".

Consta un acuerdo de suspensión del procedimiento, de fecha 28 de abril de 2022, al amparo de las previsiones del artículo 22.1, letra d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en adelante LPAC, notificado a la Asesoría Jurídica Municipal y al concesionario, el día 29 de abril de 2022- folios 284 al 286-.

Con fecha 20 junio 2022, tras el examen del expediente por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, se procedió a la devolución del expediente al apreciarse la necesidad de que se concretara la causa de resolución y que se ajustara a los hechos que se describían en el expediente como causantes de la misma, considerándose por el referido informe jurídico que *“al analizar los hechos, así como los efectos o consecuencias que se derivan de la resolución, y la causa que se invoca, la propuesta remitida resulta confusa”*.

Igualmente se indicaba que, una vez se formulara la nueva propuesta de resolución, se debería dar audiencia al interesado y someterse de nuevo a informe de esa asesoría jurídica.

Conforme a lo informado, con fecha 4 de julio de 2022 se notificó al concesionario una nueva propuesta de resolución de fecha 1 de julio de 2022, desestimando las alegaciones por él formuladas, con sustento en el informe técnico de fecha 17 de septiembre de 2021 del Servicio de Medio Ambiente y Escena Urbana del Distrito y otorgándole nuevo trámite de audiencia por plazo de 10 días – folio 301-.

La propuesta formulada dispone: *“Declarar la extinción de la concesión administrativa..., conforme a lo previsto en el art. 100 f) de la Ley 33/2003 de 3 de Noviembre del Patrimonio de las Administraciones Publicas, debido a un incumplimiento grave del*

concesionario de sus obligaciones previsto en los Pliegos que rigen la concesión demanial, tanto en la fase de constructiva del quiosco y en particular la instalación subterránea del mismo que interfiere la infraestructura del metro en Plaza Castilla, como al abandono de sus instalaciones y el deterioro grave del mismo que afecta a la limpieza del espacio público y a la seguridad de las personas y viandantes que pudieran acceder al interior del mismo.

Dicha extinción se acuerda sin indemnización alguna por parte de la Administración, a la vista del incumplimiento del concesionario de sus obligaciones, tanto en fase de proyecto como de construcción, así como al abandono y deterioro de las instalaciones, establecidas en los pliegos que rigen la concesión.

Conforme establece el artículo 101 de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas, una vez extinguida la concesión, las obras, construcciones e instalaciones fijas existentes sobre el bien demanial deberán ser demolidas por el titular de la concesión o, por ejecución subsidiaria por la Administración a costa del concesionario. Debiendo reponer la vía Pública a su estado originario anterior a la construcción incluida la cancelación de los servicios contratados y de la acometida eléctrica.

Deberá asimismo el concesionario restituir al estado inicial constructivo y estructural la losa de la infraestructura del Metro y el sistema de impermeabilización afectados por la construcción del sótano del quiosco, a cuyo cumplimiento le será incautada la fianza constituida conforme lo establecido en el art. 9 del Pliego de Condiciones Administrativas que rigen la concesión".

Con fecha 14 de julio de 2022 el concesionario formuló alegaciones insistiendo en las precedentes, según las cuales manifestaba su oposición frontal a la existencia de incumplimientos

que le fueran imputables, a la calificación jurídica propuesta, así como de los efectos previstos en la resolución; por reputarlos contrarios a los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima- folios 305 al 322-.

Estas nuevas alegaciones fueron nuevamente analizadas por el Servicio de Medio Ambiente y Escena Urbana del distrito, mediante informe de 2 de agosto de 2022- folios 323 y 324- que indica: *“...se entiende que se reiteran las mismas consideraciones del escrito anterior, que básicamente descargan la responsabilidad del fracaso de la concesión en sus aspectos técnicos constructivos, en la actuación descrita como inoperante y ajena a sus obligaciones de estos servicios técnicos. Se plantea la consideración de reducción al absurdo como que el concesionario solo podría localizar la bóveda de la instalación de Metro de Madrid por excavación total de la zona hasta su descubrimiento, cuando para cualquier técnico en construcción es evidente que la localización exacta de esa bóveda se podría haber determinado en la fase de redacción del proyecto de ejecución, competencia de la dirección facultativa contratada por el concesionario, simplemente consultándola en los servicios técnicos de Metro de Madrid. En esa fase de redacción del proyecto constructivo hubiera sido muy sencillo desplazar ligeramente la ubicación del quiosco dentro de la plaza para evitar afectar a la instalación puntual de una caja vertical de ascensores de Metro de Madrid.*

Se entiende que en la mayoría de las consideraciones técnicas constructivas alegadas en el escrito del concesionario se quiere ignorar que la responsabilidad técnica constructiva de la instalación no radica en estos servicios técnicos, sino en el técnico contratado por el concesionario como dirección a pie de obra, con arreglo al Pliego de Condiciones Técnicas de la concesión, y el resto de toda la normativa aplicable. Así sucede también con la fecha en la que se pone de manifiesto la ocupación por el quiosco de la instalación de Metro de

Madrid, que se efectúa precisamente por la dirección técnica del concesionario en el año 2018, por cierto, después de que se trasladaran al interesado por diversos medios los comunicados de Metro de Madrid desde el año 2015.

Por último, a partir del cese de la apertura al público del quiosco decidida por el concesionario, se alega que la instalación del quiosco no se conservaba porque se iba de demoler, pretendiendo ignorar que una instalación en vía pública cerrada es objeto habitualmente de vandalismos, que pueden suponer un peligro de accidente para los usuarios de una vía de mucho tráfico peatonal”.

A través de resolución de 2 de agosto de 2022 se desestimaron las alegaciones del concesionario, confirmando la propuesta de resolución inicialmente formulada y sus consecuencias, indicando como trámites subsiguientes, la necesidad de recabar informe a la Asesoría Jurídica Municipal y a la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid, con suspensión de los plazos para resolver en los términos del artículo 22.1 d) de la LPAC, debiendo comunicarse al interesado tales extremos- folios 323 al 337-. Consta su oportuna notificación al concesionario, el día 8 de agosto de 2022 – folio 339 al 343-.

Mediante oficio de 3 de agosto de 2022, el coordinador del Distrito de Chamartín requirió el informe preceptivo de la Asesoría Jurídica Municipal, según lo establecido en el art. 57.1.h) del Reglamento Orgánico del Gobierno y la Administración del Ayuntamiento de Madrid, de 31 de mayo de 2004, en relación con el artículo 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administración aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), y el artículo 6.5.c) del Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de 5 de septiembre de 2019, de

Organización y Competencias de la Coordinación General de la Alcaldía.

Se intentó una primera notificación personal del acuerdo de suspensión el día 4 de agosto de 2022, constando finalmente recibido por el concesionario, mediante correo certificado con acuse de recibo, el día 8 de agosto.

Consta el correspondiente informe favorable de la Asesoría Jurídica Municipal, de fecha 19 de septiembre de 2022- folios 343 al 349-.

También ha emitido informe de fiscalización previa la Intervención Delegada de la Junta de Distrito de Chamartín.

El 22 de septiembre de 2022, consta diligencia de comunicación al concesionario de una nueva resolución de suspensión del procedimiento, ex. artículo 22.1 d) de la LPAC, en relación con la solicitud del dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f), letras d y e, de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “3. *En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales,*

interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público. e. Interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario.”.

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”).

El concesionario ha formulado su oposición de forma expresa y por ello, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión, ex artículo 191.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17).

SEGUNDA.- La concesión a que se refiere este procedimiento se adjudicó por la Administración municipal mediante Decreto de 28 de mayo de 2012, previa licitación al efecto, formalizándose el 31 de mayo de 2012, y según determinan sus pliegos rectores, tiene carácter administrativa, rigiéndose en sus aspectos sustantivos por la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 3 de noviembre de 2003, lo establecido en los pliegos de Condiciones Administrativas Particulares de la concesión y, subsidiariamente, por normativa contractual, citándose la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007.

Efectivamente, es criterio de esta Comisión (así, entre otros el Dictamen 33/17, de 26 de enero y el Dictamen 456/19, de 7 de noviembre) basado en precedentes del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (Dictamen 307/14, de 9 de julio) el considerar que, ante el silencio de la normativa patrimonial sobre los procedimientos de extinción de las concesiones demaniales y las remisiones que a la normativa de contratos públicos efectúan tanto esa normativa como los pliegos de cláusulas administrativas, a lo que se suma la importante corriente doctrinal y jurisprudencial que defiende la naturaleza contractual de las concesiones, resulta aplicable el procedimiento para la resolución de contratos administrativos. A ello se suma, además, el carácter garantista de este procedimiento para los derechos de los interesados.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio (en este caso, el 22 de marzo de 2022), lo que supone la aplicación en el caso analizado de la LCSP/17. De esta forma, el artículo 212.1 de la LCSP/17 establece que: *“[l]a resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”*.

Ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio, debe considerarse, asimismo, lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas – RGLCAP-, referido específicamente al “procedimiento para la resolución de los contratos” en lo que no se oponga a la ley. Con carácter subsidiario se ha de aplicar la LPAC.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 190 LCSP/17, a cuyo tenor *“dentro de los límites y con sujeción a los*

requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”.

El artículo 191.1 LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además, debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGLCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”. Por otro lado, el apartado tercero del artículo 191 dispone que sea preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por lo que se refiere al ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia 10/14 de Régimen Local (en adelante, TRRL) aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la corporación.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que la competencia para resolver los contratos corresponde al órgano de contratación. En este caso el contrato fue adjudicado por Decreto de 28 de mayo de 2012, del concejal presidente del Distrito Municipal de Chamartín, obrando por delegación de la Junta de Gobierno- Acuerdo de fecha de 26 de enero de 2012- que era el órgano de contratación competente, por lo que ese mismo órgano es también el órgano competente para la resolución, pudiendo hacer uso de la misma delegación en favor del representante del Distrito de Chamartín.

En cuanto al procedimiento, en nuestro caso se ha dado audiencia al concesionario, el cual formuló alegaciones oponiéndose a la resolución de la concesión por causa imputable a incumplimientos de su parte, tal como se planteada por la Administración. Dado que la garantía se constituyó por el propio adjudicatario, según se refleja en el documento de formalización de la concesión –folio 152 y 153-, no ha resultado preciso dar audiencia al avalista.

Figura en el procedimiento el informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, que se ha incorporado al expediente tras el trámite de audiencia lo que respeta la previsión del artículo 82.1 de la LPAC (*“la audiencia a los interesados será anterior a la solicitud del informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o a la solicitud del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento”*). Asimismo, ha emitido informe de fiscalización previa la Intervención Delegada de la Junta de Distrito de Chamartín.

Además, se ha incorporado al expediente un informe del Servicio de Medio Ambiente y Escena Urbana del Distrito, de fecha 2 de agosto de 2022, que da respuesta a las alegaciones planteadas por la concesionaria. Hay que reseñar que este informe es posterior al trámite de audiencia y, a este respecto, debemos recordar 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 este caso, el informe no introduce novedades fácticas que hayan causado indefensión al concesionario, por lo que no hay nada que objetar sobre este punto. Únicamente indicar que, con posterioridad a dichos informes debería haberse redactado una nueva propuesta de resolución que recogiese su contenido, si se considera que sirven para mantener la resolución del contrato, en este caso consta una resolución de desestimación de las alegaciones y de confirmación de la inicial propuesta de resolución, por lo que resulta evidente que se acepta el contenido de tales informes, proponiendo la resolución de la concesión por incumplimiento de las obligaciones del concesionario, con incautación de la garantía.

Finalmente, de conformidad con el apartado tercero del artículo 191.3 de la LCSP/17 (anteriormente artículo 211.3 del TRLCSP), 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 ocurre en este caso, en que hay discrepancia en cuanto a la aplicación de la causa de resolución y sus efectos.

En cuanto al plazo para resolver el procedimiento, cuyo incumplimiento determina la caducidad conforme a lo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP/17, el criterio mantenido por esta Comisión ha resultado esencialmente modificado a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo, recaída a raíz de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón, que ha procedido a declarar la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LCSP/17 y ha

afectado señaladamente a esta cuestión. En concreto, el artículo 212.8, fue impugnado al considerar que vulneraba la doctrina constitucional sobre la legislación básica, puesto que contendría una regulación de detalle o de procedimiento, que cercenaría la posibilidad de desarrollo legislativo por la Comunidad Autónoma de Aragón.

Como es sabido, la citada Sentencia 68/2021, al analizar la impugnación del artículo 212.8, considera (FJ 5º) que tal precepto recoge una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica, por lo que el Tribunal Constitucional no anula el precepto en cuanto es de aplicación a los procedimientos de resolución de la Administración General del Estado, pero considera que infringe las competencias de las comunidades autónomas y por tanto no es de aplicación a estas, ni a las entidades locales.

La normativa de la Comunidad de Madrid en materia de contratación es muy escasa y no aborda esa cuestión, por lo que en opinión de esta Comisión no resulta aplicable el artículo 212.8 de la LCSP/17 como derecho supletorio al amparo del artículo 149.3 de la Constitución Española, sino que debe prevalecer el artículo 21 de la LPAC, como normativa básica (disposición final 1ª de la LPAC), considerando por tanto la aplicación de un plazo de caducidad de 3 meses. El criterio expuesto se recoge, in extenso, por primera vez en el dictamen 576/21, de 10 de noviembre y ha sido mantenida en otros muchos como el 602/21, de 16 de noviembre; 609/21, de 23 de noviembre; 626/21, de 30 de noviembre; 651/21, de 21 de diciembre y el 215/22, de 19 de abril.

No obstante, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece el artículo 22.1 d) de la LPAC, que en dicho

sentido sigue la pauta ya establecida en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse, entre otras circunstancias, en la siguiente: “... *Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento*”.

Como ya se indicó, en el presente caso el inicio del expediente de resolución contractual tuvo lugar por Decreto de 22 de marzo de 2022, suspendiéndose el procedimiento en una primera ocasión el día 29 de abril de 2022, cuando se remitió por primera vez la propuesta a la Asesoría Jurídica Municipal.

El plazo se reanudó el 20 de junio del 2022 -momento de la emisión del informe preceptivo solicitado- hasta el 4 de agosto, cuando volvió a quedar suspendido, para solicitar un segundo informe a la Asesoría Jurídica Municipal, una vez solventadas las carencias inicialmente detectadas en el precedente informe de 20 de junio- en los folios 339 y 340 del expediente consta un oficio firmado el 2 de agosto, acordando la comunicación de la decisión suspensiva al concesionario y un primer intento de notificación personal mediante agente notificador, el día 4 de agosto-.

Por último, hay un tercer periodo a considerar, desde el 19 de septiembre de 2022 -fecha del segundo informe de la Asesoría Jurídica Municipal- hasta el 22 de septiembre de 2022, cuando se ha vuelto a suspender para la emisión del presente Dictamen.

Computados los tres periodos, resulta que a la fecha de emisión del presente dictamen no se han consumido los tres meses que determinarían la caducidad del procedimiento, pese a encontrarse muy próximo el cumplimiento del indicado plazo perentorio.

TERCERA.- Corresponde analizar en este punto los motivos de resolución que plantea la propuesta objeto de análisis.

La causa de resolución de la concesión invocada es la relativa al incumplimiento grave de las obligaciones del titular de la concesión, recogida en el artículo 100 f) de la LPAP, así como en el punto 9.1.f) del pliego de condiciones administrativas rectoras de esta concesión.

De ese modo, se propone la extinción de la concesión sin indemnización alguna por parte de la administración municipal, reputando incumplidas obligaciones esenciales del concesionario, tanto en la fase constructiva del quiosco, en particular referencia a la detección de la instalación subterránea del mismo que interfiere en la infraestructura de la estación de metro en Plaza de Castilla; como también por el posterior abandono de sus instalaciones, con el subsiguiente deterioro grave de lo construido, que afecta a la limpieza del espacio público y a la seguridad de las personas y viandantes, que pudieran acceder al interior del mismo.

Contrastando lo expuesto con los datos que resultan del expediente, podemos concluir que, según resulta del informe de 20 de octubre de 2020, como afirma el concesionario, desde las primeras fases de la ejecución de la obra, la dirección facultativa comunicó la existencia de dificultades sobrevenidas por la presencia de una losa de hormigón armado que se encontraba bajo la superficie que debía ocupar la obra y que formaba parte de la instalación de Metro de Madrid S.A, sustentando en condiciones de estabilidad estructural un tramo de la acera pública. No obstante, consideraba esa dirección facultativa que podía desarrollar sobre ella la instalación de quiosco,

manteniendo las condiciones de estabilidad estructural del conjunto y no se planteó que con ello estuviera excediéndose de su derecho, poniéndose en conocimiento del Ayuntamiento de Madrid, a los solos efectos de intentar una suspensión del pago del canon, por las mayores complicaciones que la obra implicaba, según consta en sus comunicaciones de 3 de diciembre de 2012 y 7 de junio de 2013.

De esa forma, las obras continuaron y el concesionario, sin comunicarlo directamente al Ayuntamiento de Madrid, no sólo construyó el quiosco, sino que se introdujo en las instalaciones del metro, ocupando parcialmente la parte del bajo rasante del mismo, que coincidía con una estructura de cubrición de la instalación de un ascensor del metro, en la estación de Plaza de Castilla, sin contar con la autorización del titular de ese espacio.

Este hecho, según afirman los informes integrados en el expediente, no se pudo conocer por la administración municipal con la sola inspección del quiosco, en el momento de la recepción de la obra -el 14 de enero de 2014-, conociéndose mucho después, concretamente cuando Metro de Madrid S.A. requirió al concesionario que le proporcionara información técnica sobre esa parte de la construcción e hizo partícipe al ayuntamiento de sus dificultades para contactar con el concesionario (expediente 105/2016/1069 de reclamación de Metro de Madrid S.A.), el día 4 de abril de 2016.

Por tanto, sería en ese momento cuando el Ayuntamiento de Madrid tuvo conocimiento formalmente de que la construcción del mencionado quiosco se había realizado en zona de afección ferroviaria, contrariamente a lo debido, evidenciándose las carencias del proyecto y del desarrollo de la obra, que deberían haber analizado tanto la seguridad del ferrocarril, como los derechos económicos de Metro de Madrid S.A. que pudieran resultar afectados.

Por tanto, se puede establecer que se ha producido un incumplimiento, tanto en fase de elaboración del proyecto técnico que el concesionario presentó firmado por un facultativo competente en la materia, sin hacer mención alguna a la afección subterránea de las instalaciones del metro; como en la fase de ejecución de la obra, pues su dirección facultativa no comunicó la ocupación parcial de la estructura ferroviaria, ni la necesidad de modificar la losa de hormigón que era parte de la infraestructura del metro, ni la ocupación del ese espacio por el concesionario.

En relación con lo expuesto, debe recordarse que los pliegos rectores de la concesión determinaban que el concesionario tenía la obligación de asegurarse previamente a la construcción, de la viabilidad de la obra proyectada con el apoyo de informes de naturaleza geotécnica y del completo estudio de las estructuras subterráneas, antes de acometer a construcción del quiosco, en particular, el sótano del mismo, lo cual se considera una infracción muy grave prevista en el punto 11.5.b) del PCAP.

Debemos apuntar sobre esta cuestión que, el artículo 223, g) del TRLCSP, aplicable supletoriamente a esta concesión, según ya se indicó, sale al paso de situaciones sobrevenidas que imposibiliten la ejecución de las prestaciones estipuladas en sus términos iniciales, indicando como causa de resolución: *“la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I”*.

Esta causa de resolución de la relación concesional, que hubiera resultado procedente en caso de que el concesionario hubiera procedido tempranamente a comunicar el impedimento técnico sobrevenido a lo inicialmente proyectado, conlleva, como regla

general, el derecho del afectado a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa de resolución le sea imputable (apartado 5 del artículo 208 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, añadido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible), solución que hubiera sido mucho más propicia a los intereses del concesionario y que, - como se ha indicado - pudiera haberse adoptado de haber procedido con diligencia y transparencia.

Como segundo motivo de resolución, la propuesta invoca el abandono de las instalaciones por parte del concesionario. Esta situación fáctica se reconoce por el propio afectado, al indicar en su escrito de alegaciones de 11 de enero de 2019, que optó por cerrar el quiosco y cesar en la explotación, hasta que se aclarase la situación controvertida con Metro de Madrid S.A. Se observa que con ello se contraviene el punto 7 e) del Pliego de condiciones, que recoge la obligación del concesionario de mantener en buen estado la porción de dominio público utilizado, las obras que construyere y sus instalaciones *“asegurando, a su costa su limpieza, higiene, seguridad y ornato, durante todo el periodo de la concesión. Tanto si los trabajos se realizan por propia iniciativa como sí lo son a requerimiento municipal”*.

La trascendencia de esta situación en materia de seguridad y salubridad pública, también consta documentada en el expediente, según ya se indicó.

Por todo lo expuesto debemos concluir que se considera que concurren en este caso las causas de resolución invocadas en la propuesta analizada.

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

El punto 9.2 de los pliegos establece que cuando la concesión se resuelva por culpa del concesionario, como es el caso, según ya se ha indicado, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios causados, así como mantener en perfecto estado de conservación los bienes objeto de concesión, hasta el momento de la reversión del bien.

Por su parte, el artículo 101 de la LPAP, en relación al destino de las obras a la extinción del título indica: *“Cuando se extinga la concesión, las obras, construcciones e instalaciones fijas existentes sobre el bien demanial deberán ser demolidas por el titular de la concesión o, por ejecución subsidiaria, por la Administración a costa del concesionario, a menos que su mantenimiento hubiera sido previsto expresamente en el título concesional o que la autoridad competente para otorgar la concesión así lo decida”*.

No parece que quepa el mantenimiento de la estructura en este caso, por entrar en colisión con el dominio público ferroviario, por lo que procederá la demolición por el titular de la concesión o, por ejecución subsidiaria, por la propia Administración a su costa. Debiendo reponer la vía pública a su estado originario anterior a la construcción, incluida la cancelación de los servicios contratados y de la acometida eléctrica, así como las infraestructuras del Metro de Madrid S.A. que se han visto afectadas.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución de la concesión, por incumplimiento culpable del concesionario, decretando la incautación de la garantía y ordenando la reposición de la vía pública a su estado originario, así como la de las infraestructuras del Metro de Madrid S.A afectadas, en los términos recogidos en este Dictamen.

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 8 de noviembre de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 700/22

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid