

Dictamen nº: **366/23**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **06.07.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 6 de julio de 2023, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Madrid, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de concesión de obra pública del “Complejo Deportivo Los Prunos”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de junio de 2023 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Madrid.

A dicho expediente se le asignó el número 335/23, correspondiendo la ponencia, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Silvia Pérez Blanco, quien formuló la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en la sesión celebrada el día indicado en el encabezamiento de este dictamen.

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

1.- Mediante Decreto de la concejala presidenta del distrito de Hortaleza de fecha 29 de mayo de 2006, se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que habían de regir en el contrato de concesión de obra pública para la elaboración del proyecto de ejecución de obras de ampliación de instalaciones del complejo deportivo municipal de la avenida de los Prunos, así como la gestión y explotación de esas instalaciones y de las ya existentes.

La cláusula vigésimo tercera de los PCAP establece que *“el incumplimiento por el contratista de cualquier cláusula del presente pliego, autoriza a la Administración para exigir su cumplimiento o bien acordar la resolución del contrato. Son causas de resolución del contrato las recogidas en los artículos 111 y 264 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), así como el impago del canon concesional que debe abonar anualmente el adjudicatario”*.

Tras la oportuna licitación, el contrato se adjudicó a la empresa AQA WELLNESS, S.L. y fue formalizado el día 5 de diciembre de 2006, estableciéndose su duración por un plazo de 40 años (folios 3.893 y ss. del expediente administrativo).

La obligatoriedad del pago del canon anual por la adjudicataria, según lo dispuesto en la cláusula décima del contrato es de:

- 209.584,03 euros durante el plazo de ejecución del proyecto de construcción, aplicándose este gravamen por la explotación de las instalaciones ya existentes y objeto de gestión por el adjudicatario desde el momento de la formalización de este contrato.

- 314.053 euros, que se abonarán una vez finalizadas las obras y estar en disposición de ser explotadas, incrementándose según el IPC anual el resto de las anualidades del plazo de la concesión.

2.- Del estudio del expediente remitido se deduce la existencia de diversos procedimientos judiciales tramitados en los juzgados de lo Contencioso Administrativo de Madrid entre la concesionaria y el ayuntamiento, relativos al restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato.

El procedimiento ordinario 200/2017 tuvo por objeto el reequilibrio económico financiero del contrato relativo a los años 2011 a 2016 (ambos inclusive) y el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº15 de Madrid dictó sentencia que ya es firme. En cumplimiento de la misma, en el procedimiento de Ejecución de Títulos Judiciales 130/2021 consta pagada por el ayuntamiento la cantidad de 2.309.978,08 € correspondientes al principal adeudado a la contratista, y 288.509,03 € de intereses. Estas cantidades fueron aceptadas por el juzgado que dictó auto de 23 de diciembre de 2022, habiendo concluido el procedimiento.

Los otros procedimientos judiciales son:

- En el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 26 de Madrid (P. Ordinario 200/2017), que dictó sentencia de 1 de septiembre de 2022, relativa al equilibrio económico-financiero del contrato de 2017, y la cuantía indemnizatoria está pendiente de fijarse en la fase de ejecución. Se ha presentado un recurso de apelación 254/2023 ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Tercera.

- El procedimiento ordinario 368/2021 tramitado en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Madrid, cuyo objeto es el restablecimiento del equilibrio económico del contrato correspondiente a los ejercicios 2018 a 2020, en el que se dictó la sentencia (no firme) de 29 de marzo de 2023, por la que se declaró el derecho al reequilibrio de la concesionaria por importe de 6.420.247,61 €.

3.- El 3 de octubre de 2022 se incoa procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento de la cláusula vigesimotercera de los PCAP, al haberse producido de manera reiterada, el impago del canon que debe abonar anualmente la empresa adjudicataria. Y se propone la resolución del contrato de concesión de obra del “Complejo Deportivo Los Prunos”, por causa imputable a la contratista con la incautación de la garantía definitiva; además del abono, en su caso, al Ayuntamiento de Madrid de la cantidad que pudiera resultar como consecuencia de la liquidación final de la concesión. Y otorgar trámite de audiencia al concesionario y al avalista.

El día 27 de octubre de 2022, se presentó escrito de alegaciones por la contratista en las que manifiesta expresamente su oposición a la resolución del contrato. Señala que el ayuntamiento no está legitimado para reclamar el canon no abonado por ella, ni para instar la resolución del contrato, ya que concurre un incumplimiento previo por su parte. Alega que dicha excepción está admitida en los artículos 1124, 1100, 1154 y 1157 del Código Civil.

4.- Por el secretario del distrito de Hortaleza se informan las alegaciones presentadas, el 22 de noviembre de 2023, y por el concejal del Distrito de Hortaleza se firma ese mismo día, el decreto por el que se acuerda suspender el plazo para resolver el procedimiento del presente expediente de resolución contrato administrativo de concesión de obra pública del “Complejo Deportivo Los Prunos”, por el tiempo que medie entre la petición del dictamen *de la Comisión Consultiva de la Comunidad de Madrid* (sic) y la recepción del mismo, sin que pueda exceder de tres meses, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) en relación con el 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Consta aceptada la notificación a la contratista el mismo 22 de noviembre de 2022.

5.- El 22 de noviembre de 2022, el concejal delegado del distrito de Hortaleza solicita a la Asesoría Jurídica el oportuno informe, que se emite el 23 de febrero de 2023, con el Vº Bº de la subdirectora general de lo Consultivo, favorable a la propuesta de resolución.

El 24 de febrero de 2023 se emite la propuesta de resolución señalando que *«a la vista de los hechos y los fundamentos de derecho que anteceden, desestimar las alegaciones presentadas por AQA WELLNESS S.L. contra el acuerdo de inicio de resolución contrato administrativo de concesión de obra pública del “Complejo Deportivo Los Prunos” y solicitar al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid el dictamen preceptivo de acuerdo con lo establecido por el artículo 109.1, d) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, previa suspensión del plazo máximo para la resolución del procedimiento en los términos del artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas»*.

6.- En ese estado del procedimiento, el 13 de marzo de 2023, se solicitó dictamen a este órgano consultivo, que fue emitido por el pleno en sesión de 13 de abril de 2023 (Dictamen 187/23). En él se concluía que el procedimiento de resolución del contrato de concesión de obra pública del “Complejo Deportivo Los Prunos” estaba caducado.

TERCERO.- Con posterioridad a la emisión de este dictamen, se han llevado a cabo las siguientes actuaciones procedimentales.

1.- Por el coordinador del distrito de Hortaleza se dicta resolución de 19 de abril de 2023 en la que acuerda el archivo por caducidad del procedimiento de resolución del contrato de concesión de obra pública del “Complejo Deportivo Los Prunos”, de acuerdo con el Dictamen 187/23, de 13 de abril, de la Comisión Jurídica Asesora de la

Comunidad de Madrid. Todo ello sin perjuicio de iniciar un nuevo procedimiento si procediera. De dicha resolución, consta aceptada la notificación por la contratista, al día siguiente. Y también por la entidad bancaria avalista.

Por el concejal de distrito de Hortaleza el 21 de abril de 2023, se pone de manifiesto que las circunstancias de incumplimiento por parte del concesionario *“no han cambiado, antes al contrario, empeoran día a día”* por lo que se interesa informe de la Asesoría Jurídica acerca de la posibilidad de iniciar un nuevo expediente de resolución.

Por la Asesoría Jurídica se contesta el 24 de abril que, dado que sigue el incumplimiento del concesionario, el órgano consultante puede iniciar un nuevo procedimiento de resolución del contrato.

2.- Tras la emisión de la oportuna propuesta, se dicta el decreto de 26 de abril de 2023, en el que se acuerda:

- Incoar expediente para la resolución del contrato de concesión de obra del “Complejo Deportivo Los Prunos” entre la mercantil AQA WELLNESS, S.L. y el Ayuntamiento de Madrid, de acuerdo con lo establecido en la cláusula vigesimotercera del PCAP, en la que se señala *que “son causas de resolución del contrato las recogidas en los artículos 111 y 264 de la TRLCAP, así como el impago del canon concesional que debe abonar anualmente el concesionario”*, al haberse producido el impago, de manera reiterada, del canon concesional que debe abonar anualmente el adjudicatario.

- Proponer la resolución del contrato administrativo de concesión de obra del “Complejo Deportivo Los Prunos”, por causa imputable al contratista, con la incautación de la garantía definitiva, además del abono, en su caso, a favor del Ayuntamiento de Madrid de la cantidad que pudiera resultar como consecuencia del cálculo de la liquidación final de la concesión.

- Con relación a las inversiones realizadas por el concesionario que son necesarias para la explotación de la obra, el importe a abonar al mismo por este concepto será el que resulte de la valoración de la concesión, que se determinará y liquidará conforme lo dispuesto en el artículo 266 de la Ley 13/2003.

- Otorgar trámite de audiencia.

Se señala como fundamento del acuerdo de inicio de la resolución que *“analizada la ejecución del contrato administrativo, se constata el incumplimiento reiterado del pago del canon anualmente por el concesionario impuesto en la Cláusula 23ª del PCAP. Según los datos que obran en el expediente, hay constancia de que el concesionario tiene pendiente de pago, todo o parte del canon concesional desde el ejercicio 2014, tal y como se desglosa en el cuadro que se incluye en el que se recoge el principal de cada uno de ellos, debiendo añadir a esa cantidad los recargos e intereses legales a que hubiera lugar como consecuencia del cálculo final y definitivo”*. En el cuadro de impagos referido, se indica el importe de cada anualidad del canon desde el año 2014 al 2022 (ambos inclusive) con una cantidad total de deuda pendiente de 2.982.427,37 € (folio 3.816).

Consta aceptada la notificación telemática por la entidad bancaria avalista el 28 de abril de 2023 y por la concesionaria.

3.- La contratista -tras solicitar al ayuntamiento y obtener el Dictamen 187/23 de esta Comisión Jurídica Asesora- presenta el 8 de mayo de 2023 escrito de alegaciones en el que se opone a la resolución contractual pretendida; reconoce que en el procedimiento judicial ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 15, el ayuntamiento le abonó ya el principal, 2.309.978,08 €, y los intereses 288.509,03 €. Pero que existen todavía otros dos procedimientos judiciales (que

identifica) relativos al restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato de los años 2017 a 2020.

Por ello, señala que resulta evidente que el contrato se mantiene en desequilibrio imputable al ayuntamiento “*y que dicha situación de desequilibrio le ha impedido abonar el canon de la concesión*”. Que, por tanto, concurre un incumplimiento previo y culpable del ayuntamiento, que se mantiene en la actualidad al seguir la situación de desequilibrio, por lo que resulta de aplicación la figura de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, admitida en los artículos 1124, 1100, 1154 y 1157 del Código Civil y por la jurisprudencia que considera aplicable. Y que no puede exigírsele el cumplimiento de su obligación contractual del abono del canon anual hasta que el ayuntamiento no cumpla con su obligación de “*reequilibrar el contrato*”.

Que existe mala fe y desviación de poder por parte del ayuntamiento, y que ello es causa de anulabilidad del decreto de inicio del procedimiento de resolución del contrato, por cuanto que se pretende en realidad, impedir que se pueda ver resarcida por el desequilibrio económico-financiero del contrato que ya ha sido declarado como tal por una sentencia firme; y que por el ayuntamiento se pretende eludir el cumplimiento de las sentencias judiciales.

Finalmente, alega que la causa de resolución del contrato imputable al ayuntamiento sería –en todo caso- previa a la alegada en el decreto de inicio del procedimiento de resolución contractual, y consiste en “*el incumplimiento de no reequilibrar un contrato que está desequilibrado desde el año 2010*”. Y que, por ello, ha presentado el 10 de marzo de 2023 una solicitud de resolución contractual por causa imputable al ayuntamiento.

4.- Se emite informe favorable de la Asesoría Jurídica el 30 de mayo de 2023, en el que se indica que las alegaciones formuladas por la concesionaria no desvirtúan el incumplimiento de su obligación de

abono del canon concesional y más bien revelan su voluntad incumplidora deliberada; que el ayuntamiento sí ha cumplido la única sentencia firme hasta ahora, pagando la cantidad debida y, sin embargo, el concesionario sigue sin abonar el canon.

5.- Se dicta la propuesta de resolución el mismo 30 de mayo de 2023, emitida por el jefe del servicio jurídico del distrito de Hortaleza, en la que se refieren los antecedentes de hecho y se exponen los fundamentos de derecho que se consideran aplicables. En particular, se señala que estamos en presencia de un contrato administrativo por lo que la excepción invocada por la concesionaria no es de aplicación al estar basada en normativa y jurisprudencia civil.

Que, en todo caso, el ayuntamiento sí ha cumplido sus obligaciones y ha consignado judicialmente todas las cantidades que estaba obligado a pagar en virtud de las resoluciones judiciales firmes dictadas hasta la fecha. Que, pese a ello, la contratista sigue incumpliendo su obligación de pagar el canon anual y que se trata de una obligación esencial del contrato.

Que la cláusula 11ª del PCAP establece la obligación de pagar el canon anual correspondiente al ayuntamiento, obligación que es incumplida por la mercantil AQA WELLNESS, S.L. desde el año 2014, y que, por tanto, es de aplicación la cláusula 23ª del PCAP que señala que este incumplimiento es causa de resolución contractual.

Que no existe ninguna mala fe por parte del ayuntamiento, pues no hay una actitud fraudulenta; ni desviación de poder, puesto que a la fecha de la propuesta no hay ninguna sentencia firme que condene a la Administración a pagar cantidad alguna. Que la concesionaria sigue prestando el servicio y solicitando modificaciones del contrato ante la “*alta demanda existente*”. Y respecto de que es el ayuntamiento el que ha incurrido primero en causa de resolución, responde que lo que

pretende la contratista es la aplicación al procedimiento administrativo de la reconvención, lo que no es posible jurídicamente.

Por todo ello, de acuerdo con la cláusula vigesimotercera del PCAP que señala que *“son causas de resolución del contrato las recogidas en los artículos 111 y 264 de la TRLCAP, así como el impago del canon concesional que debe abonar anualmente el concesionario”*, concretamente, los apartados h) del artículo 111, y el apartado k) del artículo 264, al haberse producido el impago de manera reiterada, del canon concesional que debe abonar anualmente el adjudicatario. Acuerda *«proponer la resolución del contrato administrativo de concesión de obra del “Complejo Deportivo Los Prunos”, por causa imputable al contratista, proponiendo la incautación de la garantía definitiva, además del abono, en su caso, a favor del Ayuntamiento de Madrid de la cantidad que pudiera resultar como consecuencia del cálculo de la liquidación final de la concesión. Con relación a las inversiones realizadas por el concesionario que son necesarias para la explotación de la obra, el importe a abonar al mismo por este concepto será el que resulte de la valoración de la concesión, que se determinará y liquidará conforme lo dispuesto en el artículo 266 del TRLCAP»*.

6.- Por el concejal de distrito de Hortaleza se dicta el decreto de 31 de mayo de 2023 en el que se acuerda suspender el plazo máximo para resolver el procedimiento de resolución del contrato administrativo de concesión de obra pública del “Complejo Deportivo Los Prunos”, por el tiempo que medie entre la petición del dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y la recepción del mismo, sin que pueda exceder de tres meses, en base al artículo 22.1.d) en relación con el 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y notificar al interesado este decreto.

De dicho decreto, solo consta el oficio de notificación firmado ese día y dirigido solo a la contratista, pero sin registro de salida (folio 3854). No consta tampoco en el expediente remitido, la notificación ni a la contratista ni a la avalista del citado acuerdo de suspensión.

7.- En ese estado del procedimiento, se remite el expediente a este órgano consultivo por oficio del consejero de Administración Local y Digitalización en funciones firmado el 6 de junio del presente año.

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) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre: “... *deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) Expedientes tramitados por las entidades locales sobre: resolución de los contratos administrativos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público*”.

La solicitud de dictamen se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora por el entonces consejero de Administración Local y Digitalización en funciones, órgano competente para ello, por mor del artículo 18.3.b) 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 empresa contratista ha formulado su oposición a la resolución del contrato, 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 (LCSP/17).

El presente dictamen se emite dentro del plazo legal.

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó y formalizó en el año 2006, por lo que de conformidad con la disposición transitoria primera 2 de la LCSP/17 se registrá, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior. Normativa que, en el caso que nos ocupa, es el texto refundido de la ley de contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio de 2000 (TRLCAP).

Y por lo que se refiere a la normativa aplicable al procedimiento de resolución contractual, este órgano consultivo entiende que habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento del acuerdo de inicio de la resolución del contrato, que en nuestro caso, es el decreto de 26 de abril de 2023, por lo que el procedimiento que ha de aplicarse es el de la LCSP/17.

Ahora bien, tal y como hemos señalado en nuestro dictamen 174/23, de 13 de abril, en cuanto al régimen jurídico aplicable, esta Comisión no desconoce que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en diversas sentencias (v.gr. la Sentencia de 14 de abril de 2021, (procedimiento ordinario 988/2019), considera que la normativa aplicable tanto desde el punto de vista sustantivo como del procedimiento de resolución contractual, es *“la vigente a la fecha de formalización del contrato”*. No obstante, contra esta sentencia se ha interpuesto recurso de casación por la Comunidad de Madrid, admitido a trámite por Auto de 6 de julio de 2022 (recurso 4289/2021) y pendiente de resolución.

Sin perjuicio de lo que se resuelva en este recurso de casación, seguiremos mientras tanto, el criterio mantenido por esta Comisión Jurídica Asesora (coincidente con el que sostiene el Consejo de Estado, entre otros, en su Dictamen 167/2021, de 25 de marzo), por lo que en este caso, como ya hemos apuntado, habrá que estar al procedimiento de resolución contractual regulado en la LCSP/17; cuyo artículo 190 señala *“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”*.

De esta forma, su artículo 212.1 establece que *“la 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 este aspecto, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del RGLCAP, referido al procedimiento para la resolución de los contratos.

El artículo 191.1 de la LCSP/17 requiere que en el 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”*, como es el caso. Así, consta realizado el trámite de audiencia con la entidad avalista y con la contratista, y ésta efectuó alegaciones.

Además, el informe del servicio jurídico a que se refiere el artículo 191.2 de la LCSP/17, al tratarse del Ayuntamiento de Madrid, es el de su Asesoría Jurídica, pues rige la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid. Así, consta solicitado el informe a dicha Asesoría y se ha emitido, conforme al artículo 28 de la referida ley, el día 30 de mayo de 2023 con carácter favorable.

Inmediatamente a continuación de dicho informe, se ha redactado una propuesta de resolución por el jefe del Servicio Jurídico del distrito de Hortaleza, firmada el 30 de mayo de 2023.

Por último, y en cuanto a la competencia para resolver los contratos corresponde al órgano de contratación, que en este caso es el concejal-presidente del Distrito de Hortaleza.

Para finalizar el *iter* procedimental, el artículo 191.3 de la LCSP/17 dispone que es preceptivo el dictamen 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 ello, al haberse formulado oposición expresa por la contratista es preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

En cuanto al plazo para resolver el procedimiento, cuyo incumplimiento determina la caducidad del mismo, 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, que declaró la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LCSP/17 y ha afectado señaladamente a esta cuestión.

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.

Por ello, esta Comisión Jurídica Asesora ha venido considerando aplicable el plazo de tres meses previsto en el artículo 21 de la LPAC.

Pues bien, no obstante lo anterior, la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid, ha establecido un plazo específico para el procedimiento de resolución contractual, pues su artículo 31, bajo la rúbrica, *“Modificación de la Ley 1/2001, de 29 de marzo, por la que se establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos”*, establece que *“La Ley 1/2001, de 29 de marzo, por la que se establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos, queda modificada como sigue...”*

Tres. Se introduce un nuevo epígrafe en el apartado 3 del Anexo, que será el apartado 3.9 con la siguiente redacción: «3.9. Expedientes de resolución contractual que se rijan por la legislación sobre contratos públicos. Ocho meses. Caducidad (iniciados de oficio). Desestimatorio (iniciados a instancia del contratista)”.

Dicha previsión legal resulta de aplicación a los procedimientos iniciados tras su entrada en vigor, por lo que al presente procedimiento iniciado ya en 2023, le es aplicable el nuevo plazo de caducidad de ocho meses.

En consecuencia, a la fecha de emisión de este dictamen, el procedimiento no ha caducado.

En todo caso, respecto a una posible suspensión del plazo para resolver contenida en el artículo 22.1.c) de la LPAC que permite suspender el plazo para resolver 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 y que no podrá exceder en ningún caso de tres meses, advertiremos que en el procedimiento que nos ocupa, parece que no se habrían cumplido dichos requisitos y en consecuencia, no estaría suspendido.

En efecto, como ya se ha reseñado en el antecedente de hecho tercero de este dictamen, no consta en el expediente administrativo remitido la comunicación del acuerdo de suspensión del plazo para resolver el procedimiento ni a la concesionaria ni a la avalista. La resolución del concejal de distrito de 31 de mayo de 2023 suspendiendo el plazo para resolver, señala que debe comunicarse “*al interesado*”, cuando debía decir a los interesados, ya que lo son tanto la concesionaria como la avalista. Consta solo un oficio con el nombre de la empresa y su dirección, pero no tiene registro de salida. Tampoco figura la puesta a disposición de la notificación electrónica.

Como viene señalando reiteradamente esta Comisión Jurídica Asesora en numerosos dictámenes, la suspensión del procedimiento en base a la aplicación del artículo 22 de la LPAC no es automática. No basta acordarla por el órgano administrativo, sino que es necesario comunicarla a todos los interesados en el procedimiento y ello se acredita con el registro de salida de los oficios al efecto o bien la puesta a disposición de la notificación telemática.

Por tanto, es de advertir que el plazo del procedimiento que nos ocupa podría no estar suspendido.

Finalmente, y 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.

TERCERA.- Analizado ya tanto el procedimiento como el plazo para resolver, hemos de recordar que la resolución de un contrato es una de las prerrogativas de las que dispone la Administración en la fase de ejecución de los contratos administrativos, ligada a la obligación de la Administración de velar por la satisfacción del interés público que motivó la celebración del contrato.

Por ello, la Administración puede, al igual que recoge el artículo 1124 del Código Civil, optar por exigir el cumplimiento del contrato (por ejemplo, mediante la imposición de penalidades) o bien proceder a su resolución, posibilidad a la que debería acudir tan solo en casos de incumplimientos graves, como ya declaró el Tribunal Supremo en las sentencias de 16 de mayo de 1997 (recurso 12.105/1991) y 29 de mayo de 2000 (recurso 5.639/1994). Esta opción depende de la Administración que, con ella, ha de buscar que el incumplimiento contractual origine el menor daño posible al interés público [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de septiembre de 2003 (recurso 1892/1995)].

Las sentencias de 30 de marzo de 2017 (r. 1053/2016) y 8 de marzo de 2018 (r. 921/2015) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recuerdan la doctrina fijada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004, en cuanto a que:

“(...) la resolución implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado, que constituye un modo anormal de terminación de la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal. De acuerdo con dicha naturaleza el incumplimiento que justifica la resolución ha de ser sustancial, no basta con cualquier apartamiento de las obligaciones asumidas en el contrato, sino que ha de afectar a la obligación esencial de una de las partes en el caso de obligaciones bilaterales o recíprocas. Esto

es, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato o haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista. O, dicho en otros términos, también en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones, que no impidan por su entidad alcanzar el fin del contrato”.

En nuestro caso, se propone la resolución del contrato por las causas recogidas en los artículos 111 h) y 264 k) de la TRLCAP. Es decir, *“aquellas que se establezcan expresamente en el contrato”* y *“cualesquiera otras causas expresamente contempladas en esta u otra ley o en el contrato”*, respectivamente.

Así las cosas, en cuanto a la prueba del hecho que motiva la causa de resolución (impago del canon anual) vemos que sí ha quedado acreditado.

En efecto, la realidad del incumplimiento ha sido puesta de manifiesto en el expediente ya que se ha reconocido expresamente por la propia contratista en su escrito de alegaciones, que no abona el canon anual. Y por parte del ayuntamiento, se ha constatado dicho incumplimiento desde el año 2014, elaborando un cuadro detallado incorporado tanto al acuerdo de inicio del procedimiento de resolución como a la propuesta final, en el que figura el importe impagado de cada anualidad del canon desde el año 2014 al 2022 (ambos inclusive). La cantidad total adeudada es de 2.982.427,37 € (folio 3.816). Y sobre dicha cantidad, nada ha alegado la contratista.

En consecuencia, es un hecho cierto que, por causa imputable a la contratista, no se paga el canon cuya cuantía está perfectamente establecida en la cláusula décima (ya transcrita en el antecedente de hecho segundo de este dictamen): una vez finalizadas las obras, deberá pagarse la cantidad de 314.053 euros como canon anual y que se actualizará en los sucesivos años con el IPC.

Los hechos reprochados no han sido desvirtuados por la empresa contratista, que se ha limitado a justificarse, excusándose en que no puede pagar dicho canon porque hay un desequilibrio económico-financiero imputable al ayuntamiento desde hace años.

Pues bien, ello no constituye un motivo que pueda invocarse legalmente para oponerse a la resolución del contrato, pues son cosas muy distintas la existencia de un desequilibrio económico financiero en el contrato que, en este caso ha sido declarado como tal en sentencia firme respecto de los años 2011 a 2016, y otra el incumplimiento de una obligación contractual claramente definida y cuantificada como es el pago del canon anual por la concesionaria.

En este sentido, las causas de resolución de un contrato administrativo como el que nos ocupa, son las definidas como tales en la ley de contratos de las Administraciones Públicas que sea aplicable, en los PCAP –que son “*la ley del contrato*” en expresión jurisprudencial– y en el propio contrato firmado por ambas partes.

Por ello, resulta de aplicación lo dispuesto en la cláusula 23^a del PCAP que señala que “*son causas de resolución del contrato las recogidas en los artículos 111 y 264 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), así como el impago del canon concesional que debe abonar anualmente el adjudicatario*”.

Por consiguiente, al constar en los PCAP que específicamente es causa de resolución el impago del canon, estando establecido claramente dicho canon en la cláusula décima del contrato firmado, y habiéndose probado su impago, procede la resolución del contrato que nos ocupa por aplicación de la letra h) del artículo 111 del TRLCAP.

CUARTA.- Una vez apreciada la concurrencia de la causa para la resolución del contrato, procede determinar los efectos de la misma.

A estos efectos y como ya dijimos, la extinción del contrato y sus efectos son una cuestión de fondo, por lo que ha de estarse a la ley vigente al momento de formalización del contrato, esto es, el TRLCAP cuyo artículo 266.4 dispone que *“cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar al órgano de contratación de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada”*.

Conforme a lo establecido en este precepto y dado que consta la audiencia a la entidad avalista, procede que el ayuntamiento realice la incautación de la garantía definitiva constituida en su día, en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados a la Administración municipal.

Ahora bien, en el caso de que se estime que tales daños y perjuicios sobrepasan o no alcanzan el importe de la garantía definitiva incautada, la Administración tendrá que tramitar un expediente contradictorio para poder ejercer su prerrogativa de depurar la responsabilidad del contratista por los daños y perjuicios causados al municipio en lo que excedan o no sean suficientes respecto del importe de la garantía incautada.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de concesión de obra pública del “Complejo Deportivo Los Prunos” por la causa prevista en el artículo 111 h) del texto refundido de la ley de contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

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 6 de julio de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 366/23

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid