

Dictamen nº: **382/20**
Consulta: **Alcalde de Griñón**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **15.09.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 15 de septiembre de 2020, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Griñón a través del consejero de Vivienda y Administración Local, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, “*en relación con el expediente nº 3782/2019 de resolución de contrato suscrito en fecha 18 de enero de 2005 con APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORIA Y SERVICIOS S.L. para construcción, gestión y explotación de piscina cubierta de uso público y concesión de derecho de superficie para explotación y amortización de la inversión, que conlleva también la resolución de cesión del contratista a favor de MERCADONA S.A. del anexo comercial complementario y derecho de superficie, todo ello según Dictamen nº 430/2019 de 23 de octubre de 2019 de la Comisión Jurídico Asesora de la Comunidad de Madrid según el cual no procede la resolución del contrato en los términos propuestos*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 6 de agosto de 2020 tuvo entrada en el registro de esta Comisión Jurídica Asesora solicitud de dictamen preceptivo en relación con la iniciativa de resolución del contrato referido en el encabezamiento del presente Dictamen.

A dicho expediente se le asignó el número 378/20, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen de acuerdo con lo dispuesto artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, según las reglas generales de reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Laura Cebrián Herranz, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 15 de septiembre de 2020.

SEGUNDO.- Del examen del expediente administrativo remitido por el Ayuntamiento de Griñón se desprenden los siguientes hechos relevantes para la emisión del dictamen:

1.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Griñón, en sesión de 26 de abril de 2004, acordó aprobar el pliego de condiciones económicas, técnicas y administrativas para el procedimiento de contratación relativo a la construcción, explotación y gestión de piscina cubierta para uso público y la concesión de un derecho de superficie para su explotación y amortización de la inversión de este centro, mediante concurso público por procedimiento abierto con publicidad.

Su objeto, según la cláusula primera, consistía en la concesión de un derecho de superficie para la construcción, gestión y explotación de una piscina cubierta pública en la parcela número 6 de la Unidad de Ejecución 8ª, con una superficie de 6.536 metros cuadrados titularidad del Ayuntamiento de Griñón. La adjudicación de los servicios implicaba la ejecución de las obras así como la constitución de un derecho de superficie para la amortización de inversión en este centro, en adelante “*anexo comercial*” de los bienes de dominio público afectados a los citados servicios. Constituía asimismo objeto del pliego, la regulación de las condiciones de contratación de la gestión, explotación y aprovechamiento

de las instalaciones y de los servicios complementarios y anexos debidamente autorizados en el nuevo centro deportivo.

El apartado 3 de la misma cláusula especifica que *“En virtud de la naturaleza de este contrato, de concesión de obra pública, la contraprestación a favor del adjudicatario consistirá en el derecho a explotar la obra y la superficie anexa a la instalación, con la aplicación de las tarifas que considere adecuado aplicar a los usuarios de los servicios objeto de explotación previo mecanismo de control del Ayuntamiento con la introducción de tarifas máximas para empadronados mediante la aprobación de la ordenanza fiscal correspondiente a dichas tarifas”*.

De acuerdo con el artículo 3 de los pliegos, la concesión se otorgaba por un plazo máximo de sesenta años.

El artículo 4 señalaba que la naturaleza de la relación entre el adjudicatario del concurso y el Ayuntamiento de Griñón era la propia del contrato de concesión de obras públicas regulada en los artículos 130 al 134 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2.000, de 16 de junio, -en adelante RDL 2/2000- y de la concesión administrativa de bienes de dominio público que se regula en el art. 78 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales- en adelante, RBEL- , sin que esta suponga más que el derecho al uso de lo edificado para el cumplimiento del destino previsto.

El artículo 11 establecía que los derechos de la concesión podían ser cedidos a otra empresa que, reuniendo los mismos requisitos exigidos al concesionario, prestara las mismas garantías y dicha cesión fuese aprobada por el Ayuntamiento, sobre la base de la legislación vigente, y siempre que el concesionario hubiere ejecutado íntegramente las obras objeto de concurso.

De acuerdo con el artículo 20, apartado 16, todas las instalaciones revertirán al Ayuntamiento al término de la concesión, sin indemnización alguna. En el momento de la reversión, tanto las obras como las instalaciones, deberán encontrarse en perfecto estado de conservación. Estando obligado el concesionario a abandonar y dejar libre y vacíos a disposición municipal los bienes objeto de concesión, pudiendo en caso contrario procederse al lanzamiento por los servicios municipales. Esta reversión se producirá completamente libre de cargas y gravámenes, sin que el Ayuntamiento se subrogue en las relaciones laborales que pudieran existir entre el concesionario y el personal a su servicio, ni responderá de las obligaciones que, frente a terceros, pueda ostentar el concesionario por la explotación de las instalaciones. Será nula cualquier obligación contraída por el concesionario, relativa al objeto de la concesión, cuya duración sea superior a la establecida en el acuerdo de adjudicación.

El artículo 24.3 precisaba como causa de resolución del contrato con pérdida de la fianza, entre otras causas, que el concesionario no gestionase la explotación del recinto deportivo y anexo, en la forma debida o no mantuviera los locales y las instalaciones en buen estado de conservación, limpieza y seguridad.

Para acordar la resolución, el mismo artículo en su apartado 3 b) establecía que previamente se advirtiera al concesionario de la deficiencia o infracción y que el mismo no la corrigiese dentro del plazo que para ello le fuera señalado por el órgano municipal competente.

2.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 22 de julio de 2004, se adjudica el contrato a la empresa APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS S.L..

El 18 de enero de 2005 se formaliza el contrato administrativo entre ambas partes.

Con fecha 10 de enero de 2005 el adjudicatario acredita la constitución de la garantía definitiva por importe de 19.377,36 euros mediante ingreso en cuenta de titularidad municipal y con fecha de 18 de enero de 2005 se formaliza el contrato entre ambas partes.

3.- Por Acuerdos de la Junta de Gobierno Local de 15 de noviembre, y 13 de diciembre de 2005, se autoriza la cesión del derecho de explotación del anexo comercial y la cesión del derecho de superficie de anexo comercial a favor de MERCADONA S.A.

El letrado del Ayuntamiento de Griñón emite informe favorable, de 26 de abril de 2006, sobre la autorización de la *“la cesión del derecho de explotación de anexo comercial a favor de MERCADONA, S.A. por parte del concesionario APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L.”*.

La Junta de Gobierno Local aprueba el siguiente día 27 de abril la *“autorización de cesión del derecho de superficie de anexo comercial a favor de MERCADONA, S.A. por parte del concesionario APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L.”*

El día 24 de mayo de 2006, el alcalde del Ayuntamiento de Griñón y los representantes de las empresas APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L. y MERCADONA S.A. firman un acuerdo con las siguientes estipulaciones:

“1.- El Excmo. Ayuntamiento de Griñón reconoce los plenos efectos de la cesión del derecho de superficie del anexo comercial por parte de la concesionaria APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L. a favor de MERCADONA, S.A., con los derechos y obligaciones que se derivan de la misma; y, como consecuencia de ella, todas las partes firmantes manifiestan la existencia en la parcela objeto del concurso publico antes reseñada de concesionarios

suficientemente diferenciados: APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L. (piscina cubierta) y MERCADONA, S.A. (anexo comercial).

2.- Las partes firmantes acuerdan que los concesionarios de la parcela objeto del concurso asumirán el pago del canon anual establecido en el Contrato Administrativo de construcción, explotación y gestión de la Piscina Cubierta de uso público y de un derecho de superficie para su explotación y amortización de inversión del centro, suscrito el 18 de enero de 2005, entre el Excmo. Ayuntamiento de Griñón y APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y ERVICIOS, S.L., a partir del sexto año y durante los sucesivos de explotación del mismo, de forma que APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L. y MERCADONA, S.A. abonarán cada uno al Excmo. Ayuntamiento de Griñón canon anual por importe de 3.275 €, incrementado anualmente, a partir del séptimo año, en el IPC hasta el final de la concesión. El pago de la cantidad del canon asumida por cada uno de los concesionarios de la parcela, se realizará por los mismos en los quince primeros días del año, mediante transferencia bancaria a la cuenta bancaria designada para tal fin por el Ayuntamiento de Griñón (_ _ _ _ _), autorizándoseles a los concesionarios a emitir las facturas después de realizar el ingreso. El Ayuntamiento de Griñón se compromete a notificar de forma individualizada a cada uno de los concesionarios las incidencias que se produzcan durante el periodo de concesión (60 años) en relación con el abono del canon; no asumiendo los concesionarios de la parcela responsabilidad alguna derivada por la falta de pago del canon en la que incurra el otro adjudicatario de la parcela, ni las consecuencias que se pudieran derivar del mismo.

3.- Durante el periodo de duración de la concesión, los concesionarios se obligan al estricto cumplimiento de lo establecido en el Pliego de Condiciones referenciado en el exponendo primero en relación a la

explotación de las superficies de la parcela destinadas a piscina cubierta y anexo comercial, asumiendo cada uno de ellos la responsabilidad y consecuencias derivadas de cualquier incumplimiento en el que incurran en su calidad de concesionarios de la parcela. El Ayuntamiento de Griñón se compromete a notificar de forma individualizada a cada uno de los concesionarios las incidencias e incumplimientos del Pliego de Condiciones en los que incurran los concesionarios durante el periodo de concesión (60 años). Las partes firmantes acuerdan que los incumplimientos del Pliego de Condiciones por parte de uno de los concesionarios, no conllevarán consecuencia alguna para el otro adjudicatario; no asumiendo, a su vez, los concesionarios de la parcela, responsabilidad alguna derivada por el incumplimiento en el que incurra el otro adjudicatario de la parcela, ni las consecuencias que se pudieran derivar del mismo.

(...)”.

La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Griñón acuerda el día 26 de mayo de 2006, “Autorizar la cesión del derecho de explotación de anexo comercial a favor de MERCADONA, S.A. por parte del concesionario APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L.”

4.- Previa solicitud dirigida al efecto por parte de APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L., el Pleno del Ayuntamiento con fecha 7 de junio de 2018, acuerda:

“Primero.- Autorizar la cesión del derecho de superficie y explotación de las instalaciones de la piscina cubierta solicitada por la concesionaria APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L., a favor de la empresa GEORELLA CENTER, S.L., CIF nº 86529385, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, vigente en el momento de la licitación de la

concesión, en su artículo 114, antes transcrito, y en los artículos 11 y 19.3 del pliego de condiciones que rigió el contrato.

Segundo.- Requerir a la mercantil GEORELLA CENTER, S.L., para que previamente la formalización de la cesión y en el plazo máximo de quince días contados desde que se le notifique la presente resolución preste la misma garantía que tuviera constituida la actual empresa concesionaria (Garantía Definitiva por la concesión del derecho de superficie y explotación de las instalaciones de la piscina cubierta por importe de 19.377,36 euros), siéndole devuelta a la finalización del período de la concesión, previos los trámites legales correspondientes.

Tercero.- Acordar que una vez constituida la garantía definitiva por la nueva concesionaria GEORELLA CENTER, S.L., se proceda a tramitar de oficio la devolución de la garantía constituida en su día por la empresa cesionaria APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L. en los términos establecidos en el Art. 47.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2.000, de 16 de junio, vigente en el momento de la licitación de la concesión.

Cuarto.- Se deberá formalizar la cesión, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

Quinto.- El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponden al cedente”.

La notificación del citado Acuerdo a la empresa GEORELLA CENTER, S.L. se produjo el día 4 de julio de 2018.

El día 29 de junio de 2018, la adjudicataria en su condición de cedente había registrado de entrada en el Ayuntamiento de Griñón copia simple de la escritura pública del acuerdo de cesión formalizada el día 26 de junio de 2018.

En la cláusula 6.1 del contrato se establece que como consecuencia de la cesión, y durante la vigencia de la misma, el cesionario se subrogará en las obligaciones asumidas por el cedente frente al Ayuntamiento de Griñón, en virtud de la oferta realizada para la adjudicación del concurso y del contrato de concesión.

En la cláusula 6.5 se hace constar que el cedente tiene depositada como garantía del derecho de superficie y explotación una fianza por importe de 19.377,36 euros que se compromete a mantener durante el periodo de vigencia de este contrato.

5.- El día 28 de febrero de 2019, el Pleno del Ayuntamiento, en sesión extraordinaria y urgente acuerda:

“PRIMERO.- Dejar sin efecto la autorización para la cesión del derecho de superficie y explotación de las instalaciones de la piscina cubierta solicitada en su día por la concesionaria APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L., a favor de la empresa GEORELLA CENTER, S.L., CIF nº 886529385, acordada por el Pleno de este Ayuntamiento en sesión de fecha 7 de junio de 2018, por manifiesto incumplimiento de la obligación impuesta por el punto 2º del acuerdo plenario antes citado, al no haber prestado GEORELLA CENTER, S.L. la misma garantía que tiene constituida la actual empresa concesionaria (Garantía Definitiva por la concesión del derecho de superficie y explotación de las instalaciones de la piscina cubierta por importe de 19.377,36 euros) en el plazo de quince días desde la recepción de la notificación que se le practicó del citado acuerdo. La obligación de prestación de dicha garantía por la mercantil GEORELLA CENTER, S.L. tenía, según el citado acuerdo plenario, consideración de acto previo a la formalización de la cesión por lo que, al no haberse cumplido la prestación de la fianza y no se ha elevado a escritura pública, no se dan los requisitos legales del artículo 114 TRLCAP 2000 para entender realizada la cesión.

SEGUNDO.- A la vista de las actas de la policía local por cierre del servicio que constan en el expediente 879/2019, requerir a la concesionaria APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L. para que, sin dilación alguna, proceda a la prestación del servicio en los términos fijados en los pliegos y en su oferta, en el plazo improrrogable de 5 días desde el recibo de la notificación del presente acuerdo plenario.

TERCERO.- Advertir a la concesionaria APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L. de que el abandono en la explotación del servicio, según consta en actas de Policía Local, supone una falta muy grave que conlleva los efectos previstos en los artículos 22 y 24 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas que rigen la concesión, otorgando un plazo de 5 días desde el recibo de la notificación del presente acuerdo a fin de la corrección de la infracción.

CUARTO.- Notificar a los interesados el acuerdo que se adopte, para su conocimiento y efectos, con indicación de los recursos que procedan”.

Con fecha de registro de entrada en el Ayuntamiento el día 2 de abril de 2019, el representante de la empresa APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L. interpone recurso potestativo de reposición en el que alega, en síntesis, que la falta de constitución de la garantía por parte de la empresa cesionaria le es ajena; que en todo caso debería entregársele la concesión en el mismo estado en que él la entregó a la cesionaria; que desde que se produjo la cesión el Ayuntamiento ha consentido esa situación; que la falta de constitución de la garantía no perjudica al Ayuntamiento, de acuerdo con el pacto al respecto que figura en el contrato de cesión; y que el Ayuntamiento conocía ese pacto porque el contrato fue aportado en el momento de solicitar la autorización de la cesión.

El Pleno del Ayuntamiento, en sesión urgente de fecha 17 de mayo de 2019 acuerda la desestimación del recurso. Frente a dicho Acuerdo se interpone con fecha 27 de junio de 2019 recurso potestativo de reposición que no consta inadmitido, dada su improcedencia.

Figuran en el expediente administrativo, folios 1479 a 1567, informes de la Policía local emitidos entre los días 20 de febrero y 30 de abril de 2019, informando del cierre de las instalaciones deportivas cuya gestión y explotación fue objeto de cesión.

El mismo día 17 de mayo de 2019 el Pleno del Ayuntamiento acuerda incoar el procedimiento para la resolución del contrato e incautar provisionalmente la garantía. Notificado dicho Acuerdo a la cedente, con fecha 7 de junio de 2019 formula alegaciones acerca de su falta de legitimación en el expediente de resolución como consecuencia de las cesiones efectuadas a MERCADONA, S.A. Y GEORELLA CENTER S.L. que el Ayuntamiento autorizó. Respecto de la incautación de la garantía, señala que como consecuencia de lo pactado en el acuerdo de cesión con GEORELLA CENTER S.L. la garantía es de titularidad de dicha empresa.

Formula asimismo alegaciones la empresa MERCADONA S.A. oponiéndose a la resolución del contrato.

Constan en el expediente además del informe técnico, el informe propuesta del secretario del Ayuntamiento, del técnico de Administración General y de la Comisión Informativa. Todos ellos favorables a la resolución del contrato.

Finalmente, el Pleno del Ayuntamiento, en sesión extraordinaria celebrada el día 7 de agosto de 2019 desestima las alegaciones presentadas por las citadas empresas y propone la resolución del contrato por causa imputable al contratista en los siguientes términos:

“(…)

Las causas de resolución del contrato: Incumplimiento del artículo 20 del PCAP, al menos, en los siguientes epígrafes, todo ello, al menos, en el periodo comprendido entre los días 19 de febrero y 13 de marzo de 2019, permaneciendo en la actualidad el abandono de la explotación y del servicio:

Epígrafe 15.- El mantenimiento de las instalaciones y servicios, será responsabilidad del concesionario y se realizará a su cargo.

Epígrafe 19. - Asimismo, será de exclusiva responsabilidad del concesionario la ejecución de los trabajos en los plazos establecidos en la propuesta

Epígrafe 27.-Explotar de forma activa y continuada las instalaciones deportivas de acuerdo con las condiciones del presente pliego.

Completa las causas de resolución en las que incurre el concesionario que se relaciona con el artículo 264 del TRLCAP lo siguiente en el apartado

j) El abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales.

Artículo 111 h) del TRLCAP Aquellas que se establezcan expresamente en el contrato.

Con las consecuencias derivadas de la aplicación del artículo 24 del PCAP, relativo a la extinción de la concesión en relación con el artículo 111 h) del TRLCAP:

.. ./ ...

3. Resolución.

a) Serán causa de resolución de la concesión con pérdida de la fianza:

- Que el concesionario no gestione la explotación del recinto deportivo y anexo, en la forma debido no mantenga los locales y las instalaciones en buen estado de conservación, limpieza y seguridad.

b) Para poder acordar la resolución por cualquiera de las causas expresadas en el párrafo anterior, será preciso que previamente se advierta al concesionario de la deficiencia o infracción de que se trate y que el mismo no la corrija dentro del plazo que para ello le sea señalado por el órgano municipal competente. (Advertencia previa realizada mediante acuerdo plenario de fecha 28 de febrero de 2019 punto 2°).

Prueba de incumplimiento. Partes de la policía local sobre el cierre de las instalaciones.

Consta requerimiento previo a la CONCESIONARIA MEDIANTE ACUERDO de Pleno del Ayuntamiento en sesión de fecha 28 de febrero de 2018.

En el Dictamen 408/09, de 22 de julio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, se estimó que procedía la resolución del contrato de concesión de obra pública para la construcción, explotación y uso del aparcamiento robotizado para residentes por caducidad de la concesión al concurrir la causa prevista en el apartado j) de "el abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales".

Acuerda también la incautación de la garantía; aclara que la resolución conlleva la de la cesión del anexo comercial complementario aunque autoriza a MERCADONA S.A. el uso provisional y la explotación comercial del bien hasta la tramitación de expediente de autorización de

uso según la normativa patrimonial aplicable; acuerda solicitar informe a esta Comisión así como la suspensión del plazo máximo para resolver hasta la emisión de dicho informe con notificación a los interesados que sin embargo no consta acreditada en el expediente.

Con fecha 23 de octubre de 2019, esta Comisión Jurídica Asesora emite Dictamen nº 430/19 sobre la no procedencia de la resolución del contrato de “*Construcción, explotación y gestión de piscina cubierta de Griñón*” en los términos propuestos por el órgano consultante.

Con fecha 7 de noviembre de 2019, el Pleno del Ayuntamiento de Griñón acuerda:

“Primero. Resolver definitivamente el expediente declarando que no procede la resolución del contrato contra APLICACIONES EMPRESARIALES CONSULTORIA Y ASISTENCIA S.L de “Construcción, explotación y gestión de piscina cubierta de Griñón”, en los términos expresados en el Dictamen nº 430 de la Comisión Jurídica asesora de la Comunidad de Madrid de 23 de octubre de 2019.

Segundo. Revocar el acto de gravamen del Acuerdo del Ayuntamiento de fecha 28 de febrero de 2018 en sesión plenaria extraordinaria y urgente por el que se deja sin efecto la autorización para la cesión del derecho de superficie y explotación de las instalaciones de la piscina cubierta solicitada por Aplicaciones Empresariales de Consultoría y asistencia a favor de Georella Center S.L , de conformidad con el Dictamen 430/2019 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, al considerar que la cesión en el Pleno de 7 de junio de 2018 había sido autorizada con plenos efectos, atribuyendo en su caso los incumplimientos por cierre de las instalaciones a la cesionaria GEORELLA CENTER, S.L”.

Tercero. Requerir a GEORELLA CENTER, S.L para que a la vista del cierre de las instalaciones e incumplimientos del contrato cedido, a la

vista del interés público, del daño causado a la prestación del servicio público y a los usuarios de las instalaciones deportivas, para el restablecimiento del servicio en el plazo máximo de 1 mes, siendo por tanto la obligada a la prestación del servicio por entenderse efectuada la cesión del Pleno de 7 de junio de 2018 y según el DICTAMEN 430/2019 de la CJACM.

Cuarto. Advertir a la cesionaria de la concesión GEORELLA CENTER, S.L que el abandono de la explotación del servicio según consta en actas de la policía local desde el 20 de febrero de 2019, supone una falta muy grave que conlleva los efectos previstos en los artículos 22 y 24 de los Pliegos de Cláusulas administrativas Particulares que rigen la concesión, otorgando un plazo de 5 días desde la notificación del presente acuerdo a fin de la corrección de la infracción , de conformidad con lo dictaminado en Dictamen 430/2019 CJACM.

(...)”.

Intentada notificación física a la administradora única de la citada empresa, con resultado en doble intento de devolución por ausente, consta la publicación de tablón edictal único en el BOE de 28 de diciembre de 2019, número 302.

El día 6 de febrero de 2020 el secretario del Ayuntamiento de Griñón emite informe sobre la procedencia de incoar el procedimiento de resolución del contrato de Construcción, Explotación y Gestión de la piscina cubierta de Griñón formalizado el 18 de enero de 2005 y cedido el día 7 de junio de 2018, “*por concurrir como causas de resolución el incumplimiento del artículo 20 del PCAP al menos en los epígrafes 15, 19 y 27 al menos en el periodo comprendido entre los días 19 de febrero y 13 de marzo de 2019*”.

Considera que concurre la causa prevista en el artículo 264 del TRLCAP con las consecuencias previstas en el artículo 24 del PCAP y 111 h) del TRLCAP.

El día 5 de febrero de 2020 emite informe el arquitecto técnico del Ayuntamiento de Griñón en el que indica que *“realizada visita de inspección el día 5 de febrero de 2020, se comprueba que no se está ejerciendo actividad alguna en la piscina cubierta sita en la calle Labradores nº 69 de este término municipal, lo cual supone que no se está prestando el servicio de gestión de la explotación del recinto deportivo”*.

Con fecha 17 de febrero de 2020 emite informe el interventor municipal. Señala que *“analizado el Plan de Ajuste 2012-22, no figura prevención alguna en cuanto a este contrato, que si se resuelve puede tener consecuencias financieras para la Hacienda Local, a no ser que se incluya en la propuesta de resolución a remitir al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la continuidad del servicio y la explotación comercial mientras se licita una nueva concesión por el valor actual de la inversión pendiente de amortizar, por lo que el acuerdo de resolución propuesto cumpliría con los requerimientos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”*. Informa favorablemente el expediente de resolución del contrato.

Consta informe propuesta del técnico de Administración General de Griñón y propuesta de dictamen de la Alcaldía de 24 de febrero de 2020; dictamen de la Comisión Informativa Especial de Cuentas y permanente de Economía, Hacienda, Contratación, Bienes y Patrimonio de fecha 27 de febrero de 2020 previos al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de fecha 5 de marzo de 2020 del siguiente tenor literal:

“Primero. Incoar el procedimiento para la resolución del contrato de Construcción, Explotación y Gestión de una piscina cubierta en Griñón, formalizado en fecha 18 de enero de 2005 y cedido con fecha 7 de junio de 2018 a favor de la empresa GEORELLA CENTER, S.L (...).

Causas de resolución del contrato: Incumplimiento del artículo 20 del PCAP, al menos en los siguientes epígrafes, todo ello, al menos, en el periodo comprendido entre los días 19 de febrero y 13 de marzo de 2019, permaneciendo en la actualidad el abandono de la explotación y el servicio:

Epígrafe 15.- El mantenimiento de las instalaciones y servicios, será responsabilidad del concesionario y se realizará a su cargo.

Epígrafe 19.- Asimismo, será de exclusiva responsabilidad del concesionario la ejecución de los trabajos en los plazos establecidos en la propuesta.

Epígrafe 27.- Explotar de forma activa y continuada las instalaciones deportivas de acuerdo con las condiciones del presente pliego.

Completa las causas de resolución en las que incurre el concesionario se relaciona con el artículo 264 del TRLCAP lo dispuesto en el siguiente apartado

j) El abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales.

Artículo 111 h) del TRLCAP. Aquellas que se establezcan expresamente en el contrato.

Con las consecuencias derivadas de la aplicación del artículo 24 del PCAP, relativo a la extinción de la concesión en relación con el artículo 111 h) del TRLCAP:

.../....

3. Resolución.

a) Serán causa de resolución de la concesión con pérdida de la fianza:

- Que el concesionario no gestione la explotación del recinto deportivo y anexo, en la forma debida o no mantenga los locales y las instalaciones en buen estado de conservación, limpieza y seguridad.

b) Para poder acordar la resolución por cualquiera de las causas expresadas en el párrafo anterior, será preciso que previamente se advierta al concesionario de la deficiencia o infracción de que se trate y que el mismo no la corrija dentro del plazo que para ello le sea señalado por el órgano municipal competente (...)

Prueba de incumplimiento. Partes de la policía local sobre el cierre de las instalaciones.

Segundo. Resolución provisional del anexo comercial complementario por incumplimiento de la concesionaria GEORELLA CENTER S.L CIF (...) de conformidad con el artículo 223 RDL 2/2000 de contratos de las Administraciones Públicas regula las Zonas complementarias de explotación comercial:

1. Los bienes e instalaciones incluidos en la zona de actividades complementarias de la obra concedida se entregarán al órgano contratante al término de la concesión.

Tercero. Dar audiencia al concesionario GEORELLA CENTER S.L por un plazo de diez días naturales desde la notificación de esta resolución, a los efectos de que presenten las alegaciones que consideren convenientes, así como a MERCADONA S.A como tercero interesado por utilización del anexo comercial.

(...)".

Previa solicitud y acceso al expediente, la empresa MERCADONA S.A. presenta escrito con fecha 27 de mayo de 2020 formulando distintas alegaciones, resumidamente las siguientes:

En primer lugar considera la citada empresa que la plena vigencia de la autorización por el Ayuntamiento de la cesión entre la empresa adjudicataria del contrato y MERCADONA S.A constituye el primer y contundente impedimento para considerar procedente la incoación del expediente de resolución contractual en el que se hace referencia expresa a esta empresa.

Alega que, junto con la autorización administrativa ya firme, en los archivos municipales consta el acuerdo contractual, de 24 de mayo de 2006, firmado por el alcalde presidente del Ayuntamiento y los representantes de AECS y de MERCADONA.S.A. y que *“en dicho Convenio se contempla el nuevo régimen de coexistencia de la concesión de obra pública de la piscina (AECS) y del derecho de superficie referido al anexo comercial destinado a supermercado (MERCADONA). En concreto, su estipulación primera dispone que “el Excmo. Ayuntamiento de Griñón reconoce los plenos efectos de la cesión del derecho de superficie del anexo comercial (...) con los derechos y obligaciones que se derivan de la misma; y, como consecuencia de ella, todas las partes firmantes manifiestan la existencia en la parcela objeto del concurso público antes reseñada de 2 concesionarios suficientemente diferenciados (...)”*. Consideran que *“Lo expuesto demuestra que entre los meses de abril y mayo de 2006 fue materializada la subrogación de MERCADONA (superficiario) en la posición contractual de AECS respecto al derecho real de superficie del anexo comercial, de conformidad con el artículo 114.3 del RDL 2/2000 de Contratos de las Administraciones Públicas.*

Añade que *“han sido 13 años durante los cuales el Ayuntamiento no ha dirigido ningún tipo de escrito o requerimiento a los firmantes de dicho acuerdo, cuestionando su legalidad y validez. Negar a estas alturas del*

camino los efectos jurídicos derivados del acuerdo, contravendría el principio de confianza legítima al que se ha referido la Comisión Jurídica Asesora en su dictamen 430, de 23 de octubre de 2019, respecto del expediente municipal 1671/2019 (ya archivado)”.

A continuación, expone que el cobro individualizado del canon y el devengo del IBI ponen a su vez de manifiesto *“una situación consolidada y pacífica durante 13 años a nivel económico-financiero, que guarda la debida concordancia con la situación contractual derivada de la cesión autorizada por la Junta de Gobierno y por el acuerdo contractual firmado finalmente por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento”.*

Considera que *“si finalmente se llegara a decretar definitivamente la extinción de la relación contractual de MERCADONA con este Ayuntamiento (derecho de superficie), nos encontraríamos ante un escenario evidente de infracción de la doctrina de los actos propios y de los principios de confianza legítima, seguridad jurídica, equidad y buena fe, en conexión con los artículos 47.1 y 48.1 de la Ley 39/15. Y ello fundamentalmente porque supondría ignorar la vinculación jurídica derivada de la autorización administrativa concedida por la Junta de Gobierno y del posterior acuerdo contractual firmado por el Alcalde-Presidente hace 13 años. Como es lógico, no puede desconocerse que la aludida infracción conllevaría el nacimiento del régimen de responsabilidad, puesto que resultarían de aplicación las reglas generales sobre el incumplimiento de obligaciones contractuales”.*

Alega a su vez la inexistencia de incumplimiento contractual por parte de MERCADONA S.A. trayendo a colación la estipulación tercera del citado acuerdo firmado por AECS, MERCADONA y el alcalde-presidente, donde consta lo siguiente: *“El Ayuntamiento de Griñón se compromete a notificar de forma individualizada a cada uno de los concesionarios las incidencias e incumplimientos del Pliego de Condiciones en los que incurran los concesionarios durante el periodo de concesión (60 años). Las partes firmantes acuerdan que los incumplimientos del Pliego de Condiciones por parte de uno de los concesionarios no conllevarán consecuencia alguna*

para el otro adjudicatario; no asumiendo, a su vez, los concesionarios de la parcela, responsabilidad alguna derivada por el incumplimiento en el que incurra el otro adjudicatario de la parcela, ni las consecuencias que se pudieran derivar del mismo”.

Señala que el pliego no calificó el anexo comercial como una “zona complementaria de explotación comercial” y que el Ayuntamiento ni siquiera citó el artículo 223 del TRLCAP en el Pliego, pudiendo haberlo hecho. Insisten en que la primera mención a esta figura jurídica ha aparecido reflejada en el acuerdo de incoación del expediente de resolución contractual. Añaden que “no puede desconocerse que el Pliego mencionado regula dos figuras contractuales, una de concesión de obra pública referida al recinto deportivo (piscina como servicio público + instalaciones complementarias de zona fitness, zona termal y cafetería) y la otra de un bien demanial o de dominio público (edificación comercial destinada a supermercado) mediante la figura del derecho de superficie. En el primer caso resulta de aplicación preferente el TRLCAP y, en el segundo caso, por la legislación patrimonial (al margen de la unidad de procedimiento administrativo en el momento originario de la licitación municipal). Pues bien, en dicha legislación patrimonial no se contempla una previsión similar a la contenida en el artículo 223 del TRLCAP. Por todo ello, respetuosamente se considera que no existe base jurídica para fundamentar la supuesta procedencia de la extinción del vínculo contractual del Ayuntamiento con MERCADONA (derecho de superficie), sin perjuicio del resultado final del presente respecto a la gestión del recinto deportivo”.

Entienden que “incluso colocándonos -a efectos dialecticos y por un momento-“ en el supuesto de considerar aplicable el artículo 223 del TRLCAP, tampoco procedería la resolución contractual relativa a la gestión del supermercado, teniendo en cuenta el artículo 266.5 del mismo TRLCAP (actual artículo 280.4 de la LCSP 9/2017). Consideran que dicho precepto no impone la obligación a este Ayuntamiento de acordar también

la resolución de la relación contractual del supermercado y menos aún en un caso como el presente donde no consta ningún tipo de incumplimiento por parte de MERCADONA.

Consideran que la autorización provisional planteada en el informe de Intervención conculcaría los derechos adquiridos de MERCADONA S.A. y chocaría frontalmente con los actos propios del Ayuntamiento, llegando a quebrar la confianza legítima que los mismos han venido generando en MERCADONA durante 13 años.

Solicitan *“la estimación de la pretensión principal consistente en la anulación o revocación del apartado segundo acuerdo de incoación y, por consiguiente, dejando sin efecto la resolución contractual del anexo comercial (supermercado)”*. Como pretensión subsidiaria se solicita dejar sin efecto la resolución contractual del anexo comercial y, en su lugar, proceder a la aplicación del artículo 266.5 del TRLCAP, a efectos de mantener la posición jurídica de MERCADONA como empresa gestora del supermercado (por el plazo contractual no consumido); ello sin perjuicio de la eventual incoación de un expediente municipal para reajustar los términos económicos por la vía del mutuo acuerdo y en beneficio de los intereses concurrentes (públicos y privados).

Previo informe propuesta del técnico de Administración General de fecha 9 de julio de 2020, propuesta de Alcaldía de fecha 10 de julio de 2020 y dictamen de la Comisión Especial de Cuentas y Permanente de Economía, Hacienda, Contratación, Bienes y Patrimonio de fecha 14 de julio de 2020, el Pleno del Ayuntamiento acuerda con fecha 17 de julio de 2020:

“Primero. Desestimar íntegramente las alegaciones presentadas por MERCADONA S.A por los motivos expuestos en el fundamento de derecho noveno del informe jurídico transcrito.

Segundo. Proponer la resolución definitiva del contrato de Construcción, Explotación y Gestión de una Piscina Cubierta en Griñón (...)

Tercero. La resolución de la concesión conllevará la resolución de la cesión del anexo comercial complementario y el derecho de superficie por incumplimiento de la concesionaria GEORELLA CENTER S.L (...) de conformidad con el artículo 223 y el artículo 271.1 RDL 2/2000, de Contratos de las Administraciones Públicas, regula las Zonas de explotación comercial y según el artículo 20.26 del PCAP:

1. Los bienes e instalaciones incluidos en la zona de actividades complementarias de la obra concedida se entregará al órgano contratante al término de la concesión.

Cuarto. De conformidad con lo dispuesto en el informe de Intervención Municipal se mantiene y autoriza a MERCADONA S.A el uso provisional y la explotación comercial del bien municipal de anexo comercial hasta la tramitación de expediente de autorización de uso según la normativa patrimonial aplicable.

Quinto. La liquidación del contrato, así como los daños y perjuicios ocasionados serán determinados una vez se lleve a cabo la resolución definitiva del contrato de concesión de obra y proceda a la entrega efectiva de los bienes, según lo dispuesto por el informe de Intervención y del técnico municipal.

Sexto. No consta presentación de garantía por parte de la concesionaria GEORELLA CENTER S.L

Séptimo. Solicitar a la Comisión Jurídica Asesora dictamen preceptivo a la presente propuesta de resolución en virtud de la LEY 7/2015 de 28 de diciembre, remitiendo expediente completo a la vista de las

alegaciones realizadas por MERCADONA S.A., vista la complejidad del expediente y por prudencia en la tramitación, sometiendo el expediente a su consideración”.

Acuerda a su vez la suspensión del plazo máximo para resolver hasta la emisión de dicho informe con notificación a los interesados que consta acreditada en el expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) e. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por las entidades locales en los supuestos de *“aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”*, y ha sido formulada por órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero ROFCJA.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 de dicho reglamento.

SEGUNDA.- El contrato se adjudicó por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 22 de julio de 2004, por lo que resulta de aplicación el Texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas

aprobado por Real Decreto 2/2000 de 16 de junio, (en adelante TRLCAP) en cuanto que normativa vigente en dicho momento.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio, lo que supone la aplicación en el caso analizado de 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-, cuyo artículo 191 exige que se otorgue trámite de audiencia al contratista, informe del Servicio Jurídico salvo en los supuestos contemplados en los artículos 109 y 195 de la Ley, e informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva cuando se formule oposición por el contratista.

El artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*” precisa:

“1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.

d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

2. Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente”.

En el caso sujeto a dictamen, se ha respetado el derecho de audiencia de las empresas a las que la adjudicataria, con la autorización del Ayuntamiento de Griñón, cedió el objeto del contrato – la cesión de la explotación de las instalaciones de la piscina cubierta a favor de la empresa GEORELLA CENTER, S.L. y la cesión del derecho a la explotación de la zona comercial a la empresa MERCADONA S.A- habiendo formulado alegaciones esta última.

Consta asimismo el Informe del secretario y del interventor municipal.

Como ha quedado expuesto, la empresa GEORELLA S.L. no se ha opuesto a la resolución, mientras que la empresa MERCADONA S.A. ha formulado alegaciones en los términos reflejados en los antecedentes de hecho del presente dictamen.

Tal y como hemos señalado, ex artículos 191 de la LCSP/17 y 109 del RGLCAP, sólo procede el dictamen de esta Comisión en los supuestos de resolución de contratos en los que el contratista formule oposición.

En este caso, el Ayuntamiento de Griñón promueve la resolución del contrato de referencia contra la empresa GEORELLA CENTER S.L por los motivos contemplados en su propuesta, sin perjuicio del trámite de audiencia conferido a MERCADONA S.A. en su condición de interesado.

En este sentido, la propuesta de resolución señala expresamente que *“La resolución de la concesión conllevará la resolución de la cesión del anexo comercial complementario y el derecho de superficie por incumplimiento de la concesionaria GEORELLA CENTER S.L (...) de conformidad con el artículo 223 y el artículo 271.1 RDL 2/2000, de Contratos de las Administraciones Públicas, regula las Zonas de explotación comercial y según el artículo 20.26 del PCAP:*

1. Los bienes e instalaciones incluidos en la zona de actividades complementarias de la obra concedida se entregará al órgano contratante al término de la concesión”.

Sin embargo, desde esta perspectiva no sería preceptiva la solicitud y la emisión de dictamen por parte de esta Comisión y procedería por tanto la devolución del expediente, puesto que a pesar de que la propuesta de resolución alude a la complejidad del mismo y a la prudencia en la tramitación para justificar la consulta efectuada, dichos motivos no están incluidos en los supuestos previstos en el artículo 5 de la Ley 7/2015.

No obstante lo anterior, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Griñón en sesión ordinaria celebrada el día 27 de abril de 2006 aprobó la cesión del derecho de superficie del anexo comercial a favor de MERCADONA, S.A. por parte del concesionario APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORÍA Y SERVICIOS, S.L.

Aunque la referida cesión no es objeto del presente dictamen, es necesario precisar que una vez efectuada la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114.3 del TRLCAP, el cesionario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.

Conviene a su vez precisar que ni el artículo 114 del TRLCAP, ni el artículo 11 del pliego de condiciones económicas, técnicas y

administrativas permiten ceder separadamente las obligaciones y derechos del contrato.

En este sentido, el artículo 114 del TRLCAP contempla la posibilidad de ceder el contrato en los siguientes términos:

“1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato.

2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión.

b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato, o realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si éste fuese de gestión de servicios públicos.

c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia exigible de conformidad con los artículos 15 a 20, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente.

d) Que se formalice la cesión, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.

4. La Administración no autorizará la cesión del contrato en favor de personas incursas en suspensión de clasificaciones o inhabilitadas para contratar”.

Por su parte, el artículo 11 del pliego de condiciones económicas, técnicas y administrativas establece que los derechos de la concesión podrán ser cedidos a otra empresa que, reuniendo los mismos requisitos exigidos al concesionario, preste las mismas garantías y dicha cesión sea aprobada por el Ayuntamiento, sobre la base de la legislación vigente, y siempre que el concesionario hubiere ejecutado íntegramente las obras objeto de concurso.

En definitiva, sin perjuicio del inadecuado proceder jurídico del Ayuntamiento al autorizar las cesiones referidas en los términos en que lo hizo, cuestión que tampoco es objeto del presente dictamen y sobre la que no nos vamos a detener, esta Comisión considera que la oposición formulada por MERCADONA S.A. a la resolución contractual promovida por el Ayuntamiento, en la medida en que dicha empresa quedó subrogada en una parte de los derechos y obligaciones del cedente y contratista inicial, justifica la emisión del presente Dictamen.

En relación con el plazo para resolver, el artículo 212 de la LCSP establece que los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses. En el caso sujeto a dictamen, atendida la fecha de inicio de procedimiento, que tuvo lugar el 5 de marzo de 2020, el procedimiento no habría caducado a la fecha de emisión de este dictamen.

Consta que la Administración que recaba el dictamen ha contemplado la facultad de suspender el procedimiento al solicitar el dictamen de este órgano consultivo de conformidad con el artículo 22.1 d) de la LPAC, que sigue la pauta ya establecida en el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un

procedimiento podrá suspenderse entre otras circunstancias *“...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”*.

TERCERA.- Con carácter previo al análisis sobre la procedencia de la resolución contractual que se propone, resulta fundamental clarificar la naturaleza jurídica del contrato de referencia habida cuenta de la confusión que sobre este aspecto existe en el expediente.

En este sentido, comenzando por el pliego de condiciones económico, técnicas y administrativas, el título del mismo se refiere a las condiciones que han de regir el concurso público para *“la construcción, explotación y gestión de la nueva piscina cubierta de uso público en el término municipal de Griñón y la concesión de un derecho de superficie para su explotación y amortización de la inversión de este centro”*.

A continuación, el artículo primero del pliego señala que constituye el objeto del presente pliego, la regulación de las condiciones de contratación para:

- 1. Concesión de un derecho de superficie para la construcción, gestión y explotación de una Piscina Cubierta pública en la parcela número 6 de la Unidad de Ejecución 8ª, con una superficie de 6.536 metros cuadrados, titularidad del Ayuntamiento de Griñón. La adjudicación de los servicios implica, la ejecución de las obras así como la constitución de un derecho de superficie para la amortización de inversión en este centro, en adelante "anexo comercial" de los bienes de dominio público afectados a los citados servicios.*

2. Constituye asimismo objeto del presente pliego la regulación de las condiciones de contratación de la gestión, explotación y aprovechamiento de las instalaciones y de los servicios complementarios y anexos debidamente autorizados en el nuevo centro deportivo.

3. En virtud de la naturaleza de este contrato, de concesión de obra pública, la contraprestación a favor del adjudicatario consistirá en el derecho a explotar la obra y la superficie anexa a la instalación, con la aplicación de las tarifas que considere adecuado aplicar a los usuarios de los servicios objeto de explotación previo mecanismo de control del Ayuntamiento con la introducción de tarifas máximas para empadronados mediante la aprobación de la ordenanza fiscal correspondiente a dichas tarifas”.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 del pliego, “La naturaleza de la relación que vinculará al adjudicatario del concurso con el Ayuntamiento de Griñón será la propia del contrato de concesión de obras públicas que se regula en los artículos 130 al 134 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2.000, de 16 de junio, y de la concesión administrativa de bienes de dominio público que se regula en el art. 78 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, sin que esta suponga más que el derecho al uso de lo edificado para el cumplimiento del destino previsto”.

El artículo 23, referido a la “Disposición de los terrenos” establece que “La parcela objeto de concesión del Derecho de Superficie, será puesta a disposición del adjudicatario, en condiciones aptas para su edificación y libre de cargas, en el momento de formalización del derecho de Superficie e inscripción del título en el Registro de la Propiedad correspondiente, momento en el que empezará a contar el plazo del Derecho de Superficie”.

El tenor literal de las condiciones reproducidas permite en efecto apreciar la confusión aludida en la medida en que las referencias al derecho de superficie y a la concesión de obra pública se mezclan y suceden constantemente.

Esta Comisión Jurídica Asesora -tal como declaró en su día el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en el Acuerdo 8/14, de 26 de marzo- consideró entre otros en su Dictamen 299/17 de 13 de julio, que la calificación que se haya dado al contrato en los pliegos de contratación, no exime averiguar su verdadera naturaleza.

En este caso, no cabe duda de que la prestación principal objeto del contrato consiste en la construcción, gestión y explotación de la piscina municipal, lo que responde al ejercicio de la competencia municipal prevista en el artículo 25.2 1) de la Ley 7/1986 reguladora de las Bases del Régimen Local -“*Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre*”- .

A su vez, las prestaciones definidas en los pliegos encajan perfectamente en el concepto de contrato de concesión de obra pública contemplado en el artículo 220.1 del TRLCAP, en virtud del cual:

“Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquel en cuya virtud la Administración Pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este Título”.

Por su parte, el artículo 223 del TRLCSP se refiere a las “zonas complementarias de explotación comercial” en los siguientes términos:

“1. Atendiendo a su finalidad, las obras públicas podrán incluir, además de las superficies que sean precisas según su naturaleza, otras zonas o terrenos para la ejecución de actividades complementarias, comerciales o industriales que sean necesarias o convenientes por la utilidad que prestan a los usuarios de las obras y que sean susceptibles de un aprovechamiento económico diferenciado, tales como establecimientos de hostelería, estaciones de servicio, zonas de ocio, estacionamientos, locales comerciales y otros susceptibles de explotación. Estas actividades complementarias se implantarán de conformidad con lo establecido en los pliegos generales o particulares que rijan la concesión y, en su caso, con lo determinado en la legislación o el planeamiento urbanístico que resulte de aplicación. Las correspondientes zonas o espacios quedarán sujetos al principio de unidad de gestión y control de la Administración Pública concedente y serán explotados conjuntamente con la obra por el concesionario directamente o a través de terceros en los términos establecidos en el oportuno pliego de la concesión.

2. Los bienes e instalaciones incluidos en la zona de actividades complementarias de la obra concedida se entregarán al órgano contratante al término de la concesión en la forma establecida en esta Ley”.

Si bien es cierto que el pliego no utiliza en ningún momento el término “zona complementaria de explotación comercial”, el artículo 1 del mismo se refiere al “anexo comercial” y a la “superficie anexa a la instalación”.

A su vez, la documentación obrante en el expediente relativa a la cesión del contrato entre la adjudicataria del mismo y la empresa

MERCADONA S.A. revelan que el objeto de la misma fue la explotación de la zona comercial de la parcela tal y como se pone de manifiesto en los escritos de fecha 26 de octubre de 2005 y 11 de abril de 2006 presentado por el representante de la empresa APLICACIONES EMPRESARIALES EN CONSULTORIA Y SERVICIOS, S.L., en el que exponen lo siguiente:

“(…)

Segundo.- Que tal y como se hizo constar en la oferta presentada por parte de ECS al concurso publicado por el Ayuntamiento para la mencionada adjudicación, MERCADONA, s.a. será la empresa encargada de la explotación del anexo comercial construido en la parcela.

Tercero.- Que es objetivo de MERCADONA, s.a. iniciar su actividad comercial el próximo día 13 de diciembre de 2005, para lo cual es condición necesaria previa que ECS ceda el derecho de explotación del anexo comercial a dicha empresa”.

Desde esta perspectiva, la posición de MERCADONA S.A encajaría en la prevista en el artículo 223.1 del TRLCAP pudiendo calificarse por tanto como tercero encargado de la explotación de la zona comercial complementaria.

En otro orden de consideraciones, conviene precisar que el derecho de superficie es un derecho real no administrativo, que sólo puede recaer sobre bienes de propios, incluidos los bienes integrantes del patrimonio público de suelo, y no sobre bienes demaniales.

En efecto, se trata de una figura en virtud de la cual el superficiario puede edificar en solar o terreno ajeno, haciendo suyo durante la vigencia del derecho lo edificado en él. Supone por tanto una enajenación temporal del *ius edificandi*, incompatible con la inalienabilidad del dominio público, tal y como señala el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en

Sentencia 979/2013 de 4 de octubre, y el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 1 de octubre de 2003.

Todo ello teniendo en cuenta que las prescripciones técnicas de la parcela de acuerdo con el pliego de condiciones son las siguientes:

“1-Condiciónes generales. Las características urbanísticas de los terreros que serán objeto del derecho de superficie son las siguientes:

Parcela número 6 de la Unidad de Ejecución 8ª, con una superficie de 6.508 metros cuadrados,

-Calificación: Equipamiento dotacional.

-Superficie del suelo: 6.536 metros cuadrados.

-Edificabilidad: Ocupación máxima: 60 %. Edificabilidad neta: 1,30 m²/m². Altura máxima: 8 metros. Retranqueos mínimos: 1h H edificación

-Compatibilidad de usos asociados.

Uso principal: Dotacional.

Usos compatibles: Definidos en las Normas Subsidiarias.

El Ayuntamiento permitirá al adjudicatario la ocupación del terreno señalado durante el período de concesión del derecho de superficie con el fin específico de la misma. El suelo se entrega como cuerpo cierto (...).”

En definitiva, de cuanto se ha expuesto cabe concluir que a pesar de las constante referencias a la figura del derecho de superficie en los distintos documentos del expediente de contratación, se trata de un contrato de concesión de obra pública en los términos previstos en el

artículo 1.3 del pliego de condiciones por el que se rigió el concurso, concedido sobre una única parcela de titularidad municipal y para la ejecución de una única obra pública de acuerdo con su uso principal de carácter dotacional.

CUARTA.- Una vez establecida la naturaleza del contrato han de analizarse las concretas causas de resolución invocadas por la Administración en relación con la empresa MERCADONA S.A. en su condición de “cesionaria” de la explotación de la zona complementaria comercial.

Tal y como señalamos, entre otros muchos, en el Dictamen 430/2019 de 23 de octubre, la resolución contractual se configura, dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas de la Administración como una facultad exorbitante de la misma. No obstante, su ejercicio no se produce de una manera automática, sino que constituye una medida drástica que sólo se justifica en presencia de graves incumplimientos que puedan lesionar el interés general, de ahí los pronunciamientos de la jurisprudencia advirtiendo de la necesidad de distinguir entre incumplimientos generadores de la posibilidad de ejercitar el derecho a la extinción del contrato de aquellos otros que no la conllevan (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000).

Asimismo, la jurisprudencia ha venido recordando la necesidad de que las relaciones contractuales estén presididas por la equidad y la buena fe, de tal modo que las facultades exorbitantes de la Administración sean ejercitadas de acuerdo con dichos principios, que aún recogidos en la legislación jurídico privada (artículo 1258 del Código Civil) son perfectamente extrapolables al ámbito público. Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de abril de 1987, manifestaba:

“... si bien el artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales faculta a éstas para declarar la resolución del contrato cuando el contratista incumple las obligaciones que le

incumben, la jurisprudencia ha tenido que armonizar en ocasiones dicha facultad con el principio de buena fe y la equidad, evitando las situaciones de abuso de derecho o privilegio de la Administración, ponderando a efectos de esa facultad resolutoria el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del administrado contratista -Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983 y 4 de mayo de 1981”.

Desde esta óptica ha de ser analizada la resolución propuesta, de tal forma que, a efectos de fundar una posible resolución, se haga con estricto cumplimiento de los principios de equidad y buena fe.

QUINTA.- A tenor de la documentación incluida en el expediente administrativo, la propuesta de resolución considera que *“la resolución de la concesión conllevará la resolución de la cesión del anexo comercial complementario y el derecho de superficie por incumplimiento de la concesionaria GEORELLA CENTER S.L (...) de conformidad con el artículo 223 y el artículo 271.1 RDL 2/2000, de Contratos de las Administraciones Públicas, regula las Zonas de explotación comercial y según el artículo 20.26 del PCAP:*

1. Los bienes e instalaciones incluidos en la zona de actividades complementarias de la obra concedida se entregará al órgano contratante al término de la concesión”.

Llegados a este punto, procede reiterar, tal y como hemos señalado en la consideración jurídica tercera del presente dictamen, que las relaciones contractuales han de estar presididas por la equidad y la buena fe, de tal modo que las facultades exorbitantes de la Administración sean ejercitadas de acuerdo con dichos principios.

Asimismo, procede traer a colación el principio de confianza legítima acogido por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra

legislación (inicialmente, por la Ley 4/1999 de reforma de la Ley 30/1992, de Régimen de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en su artículo 3.1.2). Actualmente es el artículo 3.1.e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, el que recoge este principio en su articulado, junto con el de lealtad institucional.

Sobre dicho principio se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) entre otras muchas, en Sentencia de 10 junio 2013:

“(...) la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento.

(...)”.

Como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2016 el principio de confianza legítima implica la exigencia de un deber de comportamiento de la Administración que consiste en la necesidad de

observar en el futuro la conducta que sus actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de esos propios actos.

En resumen, tal y como señala la STS 22 de febrero de 2016, *“Conviene tener en cuenta que confianza legítima requiere, en definitiva, de la concurrencia de tres requisitos esenciales. A saber, que se base en signos innegables y externos (1); que las esperanzas generadas en el administrado han de ser legítimas (2); y que la conducta final de la Administración resulte contradictoria con los actos anteriores, sea sorprendente e incoherente (3)”*.

Se trata en definitiva de un principio que debe examinarse en cada caso concreto y que se considera como una reacción frente a actuaciones irregulares de la Administración, caracterizadas por sorprender la confianza del destinatario.

Trasladados estos conceptos al supuesto que nos ocupa, resulta acreditado que las actuaciones del Ayuntamiento de Griñón en lo que atañen a la empresa MERCADONA S.A. vulneran ciertamente el principio analizado.

Téngase en cuenta que como ha quedado expuesto, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Griñón autorizó expresamente el día 27 de abril de 2006 la cesión del contrato entre la empresa adjudicataria y MERCADONA S.A. en los términos analizados en la consideración jurídica primera de este dictamen.

A su vez, consta en el expediente el acuerdo de fecha 24 de mayo de 2006, firmado por el alcalde presidente del Ayuntamiento y los representantes de AECS y de MERCADONA.S.A. en cuya estipulación primera se dispone que *“el Excmo. Ayuntamiento de Griñón reconoce los plenos efectos de la cesión del derecho de superficie del anexo comercial (...) con los derechos y obligaciones que se derivan de la misma; y, como*

consecuencia de ella, todas las partes firmantes manifiestan la existencia en la parcela objeto del concurso público antes reseñada de 2 concesionarios suficientemente diferenciados (...)”.

La estipulación tercera del citado acuerdo precisa que:

“El Ayuntamiento de Griñón se compromete a notificar de forma individualizada a cada uno de los concesionarios las incidencias e incumplimientos del Pliego de Condiciones en los que incurran los concesionarios durante el periodo de concesión (60 años). Las partes firmantes acuerdan que los incumplimientos del Pliego de Condiciones por parte de uno de los concesionarios no conllevarán consecuencia alguna para el otro adjudicatario; no asumiendo, a su vez, los concesionarios de la parcela, responsabilidad alguna derivada por el incumplimiento en el que incurra el otro adjudicatario de la parcela, ni las consecuencias que se pudieran derivar del mismo”.

Por último tal y como señala la empresa MERCADONA en su escrito de alegaciones *«el cobro individualizado del canon y el devengo del IBI ponen a su vez de manifiesto “una situación consolidada y pacífica durante 13 años a nivel económico-financiero, que guarda la debida concordancia con la situación contractual derivada de la cesión autorizada por la Junta de Gobierno y por el acuerdo contractual firmado finalmente por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento”*».

Llegados a este punto, una vez hemos considerado aplicable el artículo 223 del TRLCAP, procede tener en cuenta el artículo 266.5 del mismo texto legal (actual artículo 280.4 de la LCSP 9/2017), en virtud del cual:

“El órgano de contratación podrá acordar también, como consecuencia de la resolución de la concesión, la resolución de los contratos otorgados por el concesionario para el aprovechamiento de las zonas complementarias de explotación comercial, abonando la indemnización

que en su caso correspondiera. Esta indemnización será abonada con cargo al concesionario cuando la resolución se produjera como consecuencia de causa imputable a éste. Cuando no se acuerde la resolución de los citados contratos, los titulares de los derechos de aprovechamiento seguirán ejerciéndolos, quedando obligados frente al órgano de contratación en los mismos términos en que lo estuvieran frente al concesionario, salvo que se llegara, de mutuo acuerdo, a la revisión del correspondiente contrato”.

Toda vez que dicho precepto no impone la obligación al Ayuntamiento de acordar también la resolución de la relación contractual con MERCADONA S.A., teniendo en cuenta que no consta incumplimiento alguno por parte de la citada empresa, y que esta Comisión entiende que el Ayuntamiento ha vulnerado el principio de confianza legítima en los términos que han quedado expuestos, se considera procedente la aplicación del mismo.

Todo ello con el fin de mantener los servicios relacionados con la explotación del bien de dominio público, no perjudicar a terceros de buena fe, ni provocar mayores daños al interés público por las posibles indemnizaciones que podría producirse en caso de resolución del contrato.

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

CONCLUSIÓN

No procede la resolución del contrato de *“Construcción, gestión y explotación de piscina cubierta de uso público y concesión de derecho de*

superficie para explotación y amortización de la inversión” en los términos propuestos por el órgano consultante.

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 15 de septiembre de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 382/20

Sr. Alcalde de Griñón

Pza. Mayor, 1 – 28971 Griñón