

Dictamen nº: **609/21**
Consulta: **Alcaldesa de Collado Villalba**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **23.11.21**

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 2 de noviembre de 2021 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen, relativa al expediente sobre la resolución del contrato de concesión de obra pública “*para la construcción de un aparcamiento y una paso subterráneo y reforma del entorno de la calle Honorio Lozano, entre c/ Real y c/ Virgen del Pilar y nuevo diseño urbano de la c/ Batalla de Bailén, entre Plaza de España y la Plaza de la Sierra, así como explotación del aparcamiento de la Biblioteca Municipal Miguel Hernández*” –en adelante, el contrato de

concesión de obra pública- correspondiendo la ponencia a la Letrada Vocal Dña. Laura Cebrián Herranz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión, en su sesión de 23 de noviembre de 2021.

Se remitió a su vez el expediente imposición de penalidades por incumplimiento de contrato, y se puso en conocimiento de esta Comisión la tramitación del Procedimiento Ordinario 222/2021 a instancia de la Concesionaria Collado Villalba, SAU., seguido en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº2 de Madrid, por el impago de la factura correspondiente al canon de 2020.

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

1. Por Providencia del concejal delegado de Contratación del Ayuntamiento de Collado Villalba, de fecha 7 de julio de 2021, se dispone la tramitación “*por si procediera*” de la resolución del contrato de concesión de obra pública “*a la vista del Informe-Propuesta del Instructor del expediente de imposición de penalidades al contratista por incumplimiento graves del contrato, siendo la primera penalidad DECLARAR LA CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN, clasificando la infracción como CUATRO INCUMPLIMIENTOS GRAVES QUE AFECTAN AL INCUMPLIMENTO DE 8 CLAUSULAS DEL PCAP, y atendiendo al criterio de penalización por incumplimiento, con base en la cláusula 58 del PCAP, dando traslado al órgano de contratación para que decida lo que estime oportuno.*

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

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

En el citado documento se indica que el contrato de concesión de obra pública fue adjudicado a la mercantil CONCESIONARIA COLLADO VILLALBA, S.A –en adelante, la concesionaria-, mediante acuerdo del Pleno de fecha 21 de marzo de 2006 y formalizado con fecha 20 de abril de 2006. No consta en el expediente remitido a esta Comisión el citado Acuerdo, ni el de aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, ni el contrato celebrado entre ambas partes.

No obstante, como se ha indicado, se ha remitido a esta Comisión el expediente relativo a la imposición de penalidades a la misma empresa, en el que sí consta el pliego de cláusulas administrativas particulares -PCAP- cuyo artículo 1 se refiere al objeto del contrato, consistente en “*la construcción y posterior explotación mediante concesión, de un aparcamiento subterráneo bajo la calle Honorio Lozano y la realización de las obras necesarias para la reforma de las calles adyacentes y la construcción de un paso subterráneo en los términos que se contienen en el proyecto de ejecución aprobado por el Ayuntamiento, así como la explotación del aparcamiento existente de la Biblioteca Municipal de Miguel Hernández.*

Dicho objeto incluye concretamente:

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

diciembre de 2005, así como el tratamiento de superficie y reposición de servicios.

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

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

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

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

(...)".

La cláusula quinta del PCAP establece un plazo máximo de duración de la concesión de 40 años, a contar desde el día siguiente al de la formalización del contrato, pudiendo los licitadores ofertar en sus proposiciones un plazo menor de vigencia de la concesión. Se establece un plazo máximo de ejecución de la obra de 17 meses a contar desde el día siguiente al levantamiento del acta de comprobación y del replanteo, con la posibilidad de que los licitadores propongan uno inferior.

La cláusula octava prevé la cesión de los derechos y obligaciones dimanantes del contrato por parte del adjudicatario a un tercero, siempre que se cumplan los supuestos y requisitos establecidos en el artículo 14 de texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio -TRLCAP-.

La cláusula 26 indica las obligaciones del concesionario:

- a) Cumplimiento fiel y exacto de los términos de la concesión.*
- b) Mantener en buen estado los bienes de dominio público (Cláusula 41 del PCAP-conservación y señalización de las obras).*
- c) Poner en conocimiento del Ayuntamiento la cesión de la concesión total o parcial a cualquier otra empresa o sociedad.*
- d) Facilitar al Ayuntamiento toda la información que éste le requiera.*
- e) Ejecutar las obras con arreglo lo dispuesto en el contrato.*
- f) Asumir el coste y financiación de totalidad de las obras.*
- g) Explotar los aparcamientos, asumiendo el riesgo económico de su gestión.*
- h) Admitir la utilización del aparcamiento por todo usuario.*
- i) Cuidar del buen orden y de la calidad de la obra del aparcamiento y de su uso.*
- j) Indemnizar los daños que se occasionen a terceros por causa de la ejecución de las obras.*
- k) No enajenar bienes afectos a la concesión.*

l) Cumplir las normas vigentes en materia fiscal, laboral, de seguridad social y de prevención de riesgos laborales.

m) Concretar y mantener las pólizas de seguros que se señalan en el pliego.

n) Recoger las quejas y consultas de los vecinos sobre las obras.

o) Asumir el coste de la Dirección Facultativa de las obras.

p) Realizar las inversiones necesarias para que los aparcamientos y el paso inferior estén en perfectas condiciones de utilización en la fecha de su reversión.

q) Cualesquiera otras previstas en el TRLCAP”.

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

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

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

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

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

c) *El incumplimiento de las obligaciones del concesionario de guardar sigilo (...).*

La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación de oficio o a instancia del concesionario, en su caso, mediante el procedimiento tramitado en la forma reglamentariamente establecida por el artículo 109 del RGLCAP.

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

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

Por otro lado, el informe al que se refiere la providencia del concejal delegado de Contratación consta en el expediente de resolución del contrato remitido a esta Comisión, concretamente en las páginas 1 a 9 del mismo.

Se trata de un informe emitido por el instructor del procedimiento de imposición de penalidades a la concesionaria del contrato por incumplimientos reiterados de las condiciones contempladas en el PCAP, en el que se indica que el Pleno del ayuntamiento acordó el 10 de mayo de 2021 el inicio dicho procedimiento.

A continuación, se refiere al objeto del contrato, a las obligaciones generales del concesionario según la cláusula 26 del PCAP, y a las prerrogativas y derechos del ayuntamiento, entre las que se encuentra la de vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, a cuyo efecto indica que se elaboraron tres informes:

- Informe de Fiscalización de la regularidad de explotación de los aparcamientos ubicados en las C/ BATALLA DE BAILÉN Y C/ HONORIO LOZANO, correspondiente a 2017 y emitido por la empresa GLOBAL LOCAL AUDIT de 26 de septiembre de 2019.

- Informe técnico pericial para la comprobación de cumplimiento del Plan Económico Financiero de la Concesionaria Collado Villalba, de la explotación de los aparcamientos subterráneos de Honorio Lozano y Biblioteca Municipal Miguel Hernández realizada mediante concesión de obra pública, emitido por la auditora ETL SPAIN AUDIT SERVICES S.L., con fecha de 31 de diciembre de 2020.

- Informe técnico pericial para la cuantificación monetaria de los incumplimientos de la Concesionaria Collado Villalba de la explotación de los aparcamientos subterráneos de Honorio Lozano y Biblioteca Municipal Miguel Hernández realizada mediante concesión de obra pública emitido por la auditora ETL SPAIN AUDIT SERVICES S.L., con fecha de 23 de abril de 2021.

El instructor indica que se pone de manifiesto en dichos informes que por parte del concesionario se vienen produciendo incumplimientos reiterados de las condiciones contempladas en el PCAP, por lo que se hace necesario aplicar las cláusulas 56 y 57, en lo referente a los incumplimientos calificados como graves y leves recogidas en el PCAP, y la cláusula 58 referente a los efectos de estos incumplimientos, con arreglo a las siguientes circunstancias y elementos de hecho:

“A la vista de los citados informes indicados y analizado el Pliego de Cláusulas Administrativas, las Cláusulas que han sido incumplidas por la Concesionaria COLLADO VILLALBA serían:

- *CLAUSULA 1. Objeto del contrato*

c) Conservación y mantenimiento de todas las obras, instalaciones y material objeto de concesión. No se está cumpliendo el PEF en relación a los gastos de mantenimiento. (Según apartado 3.4 del Informe técnico pericial de fecha 31/12/2020).

▪ **CLAUSULA 8. Cesión del Contrato.**

Se ha cedido un derecho de cobro a un tercero, sin cumplir con los requisitos del artículo 114 del TRLCAP, al no solicitar autorización previa a la Administración. (Ver Anexo E del Informe técnico pericial de fecha 31/12/2020 a efecto de prueba documental del incumplimiento)

• **CLAUSULA 9. Subcontratación.**

Se ha subcontratado a todo el personal a la sociedad dominante sin seguir lo indicado en el artículo 115 del TRLCAP, al no comunicarlo previamente a la Administración, según se indica en la nota 14 de las cuentas anuales de la Concesionaria. (Ver Anexo D del Informe técnico pericial de fecha 31/12/2020 a efecto de prueba documental del incumplimiento)

• **CLAUSULA 22. Constitución de la Sociedad Concesionaria.**

c) El Capital social representará al menos un 15% sobre la Inversión Neta Inicial Total (Ver apartado 3.6 Informe técnico pericial de fecha 31/12/2020)

f) La obtención de financiación ajena por la sociedad Concesionaria se sujetará a los artículos 253 y siguientes del TRLCAP.

Respecto a la financiación de los accionistas de la concesionaria no consta su autorización o comunicación. (Ver apartado 3.21 Informe técnico pericial de fecha 31/12/2020 epígrafe: iii Financiación

concedida empresas del grupo puesto en relación con el apartado 3.1.1 del Informe técnico pericial de fecha 23/04/2021 respecto del epígrafe denominado: Análisis de la Cláusula 22 del Pliego de Condiciones PCPC.)

- *CLAUSULA 23. Régimen contable de la Sociedad Concesionaria.*

Se observa la falta de presentación en las cuentas anuales, del requisito del Fondo de Reversión y detalle de las inversiones. (Ver apartado 3.5 Informe técnico pericial de fecha 31/12/2020)

- *CLAUSULA 26. Obligaciones del Concesionario*

- a) *El cumplimiento fiel y exacto de los términos de la concesión.*

Se ha tenido una planta entera cerrada del aparcamiento. (Ver Anexos F y G Informe técnico pericial de fecha 31/12/2020 y como prueba documental los testimonios del uso de la planta segunda del aparcamiento de Honorio Lozano).

b) Mantener en buen estado los bienes de dominio público objeto de la concesión, las obras efectuadas y abonar los daños y perjuicios por los desperfectos ocasionados a los bienes o al uso general al que están afectos.

Los informes técnicos indican desperfectos y falta de mantenimiento. (Ver apartado 3.1 y el Informe Técnico obrante en el Anexo B del Informe técnico pericial de fecha 31/12/2020 que se aportan como prueba documental)

g) Explotar los aparcamientos, asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación.

La Concesionaria no asume perdidas por la caída de la demanda.

p) Realizar las inversiones previstas.

No se han realizado las inversiones previstas en el PEF. (Ver apartado 3.4 Informe técnico pericial de fecha 31/12/2020 y Anexo A a efectos de prueba documental).

Aquí, las conclusiones según el Informe técnico pericial de fecha 23/04/2021, evidencia que existe una cifra insuficiente de Inversiones en Reposición y de Mantenimiento de manera continuada en el periodo analizado 2016 a 2019. Las Inversiones en Reposición reales, comparadas con las obligadas según el Plan Económico Financiero, se han incumplido por importe de 742.030 euros o, dicho de otro modo, se ha cumplido en un 1,94% el Plan Económico Financiero.

Los Gastos de Mantenimiento reales, comparados con las obligadas según el Plan Económico Financiero, se han incumplido por importe de 423.653 euros o, dicho de otro modo, se ha cumplido en un 35,35% el Plan Económico Financiero.

Según pone de manifiesto el propio informe pericial y según la comunicación y la documentación facilitada por la Concesionaria, Collado Villalba, esto puede considerarse un incumplimiento grave del PEF según la cláusula 56 e) del PCAPC.

A este Instructor le sorprende que incluso que la propia Concesionaria reconozca en su escrito de fecha 9/10/2020 (RE30951/2020) que no se han realizado las inversiones previstas en el PEF, considerando a este en una mera estimación, (...).

En este sentido, este Instructor comprueba que el Ayuntamiento cumple con el canon previsto según el PEF y así lo exige la Concesionaria según sus facturas, no entendiendo lo mismo la

Concesionaria respecto de sus obligaciones lo que supone, de facto, un desequilibrio en la relación sinalagmática entre las partes, en consecuencia, hay una quiebra en el interés público por cuanto el Ayuntamiento está abonando una cantidad estipulada en base a un modelo económico por los que la otra parte lo considera una simple estimación, pero que en la práctica supone, según se acredita de los informes, una inversión inferior en un 98,06% de lo que los modelos establecían, realidad que incide directamente en la conservación y mantenimiento de la obra pública objeto de concesión, en este sentido, siguiendo esta línea, difícilmente se pueda cumplir con lo recogido en la cláusula 60 respecto del fin de la concesión y la reversión en buen estado de conservación de la obra pública.

- *CLAUSULA 30. Riesgo y Ventura.*

Se ha comprobado que el resultado acumulado positivo en el periodo es debido principalmente a los pagos anuales de canon ya que el resultado de explotación refleja perdidas.

- *CLAUSULA 48. Régimen de utilización y explotación de los aparcamientos.*

Hay una distribución del uso de las plazas diferente al indicado en el PEF y se desconoce la existencia de la aprobación del cambio de uso de esas plazas. Principalmente afecta a la planta segunda del Aparcamiento de Honorio Lozano, la cual permanece prácticamente cerrada (Ver conclusiones en el Informe de Fiscalización de fecha 26/09/2019 en su Anexo C).

Estos incumplimientos acreditados, según los informes citados, tienen su encuadre, a juicio de este Instructor, en los siguientes INCUMPLIMIENTOS GRAVES que el PCAP establece en su cláusula 56:

PRIMERO.- CLAUSULA 56 a) Cualquier incumplimiento relativo a la constitución, composición, funcionamiento, organización, obligaciones y régimen de pignoración o transmisión de acciones de la Sociedad concesionaria, en los términos previstos en el presente Pliego, o de la oferta aprobada, así como cualquier falseamiento, inexactitud u ocultamiento de los documentos o información aportados al órgano de contratación a cualquier efecto.

En este epígrafe se encontrarían los incumplimientos de las obligaciones que afectan a la: CLAUSULA 22. Constitución de la Sociedad Concesionaria, CLAUSULA 23. Régimen contable de la Sociedad Concesionaria, CLAUSULA 26. Obligaciones del Concesionario a) El cumplimiento fiel y exacto de los términos de la concesión y g) Explotar los aparcamientos, asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación, CLAUSULA 30. Riesgo y Ventura y CLAUSULA 48. Régimen de utilización y explotación de los aparcamientos.

En este punto es necesario también traer a colación, en lo referente a “así como cualquier falseamiento, inexactitud u ocultamiento de los documentos o información aportados al órgano de contratación a cualquier efecto” lo que señala el informe pericial de fecha 23/04/2021:

“Con fecha 09/10/2020 y con número de Registro de Entrada 30951/2020, la Concesionaria deposita en el Ayuntamiento la justificación documental de la acreditación de las inversiones realizadas en los ejercicios 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019. La justificación documental aportada comprende dos cajas de facturas que según manifiesta la Concesionaria incluyen 2.507 documentos. Los 2.507 documentos han sido revisados obteniendo las siguientes conclusiones:

- *La Concesionaria aporta facturas que apenas corresponden a inversiones o gastos de mantenimiento, sino a gastos de explotación tales como: luz, comunicaciones, seguros de vida, servicios de control de aparcamiento, etc.*
- *Existe dentro de los 2.507 documentos, un porcentaje muy elevado de facturas duplicadas.*
- *El número de facturas que corresponden a Gastos de Mantenimiento en las instalaciones, en los ejercicios 2015 a 2019 ambos inclusive son 154 que ascienden a un importe total de 251.904 euros*
- *El número de facturas que corresponden a Inversiones en las instalaciones, en los ejercicios 2015 a 2019 ambos inclusive son 7 que ascienden a un importe total de 14.676 euros”.*

SEGUNDO.- CLAUSULA 56 e) No realizar las mejoras propuestas o los compromisos adquiridos por el concesionario en su oferta.

En este epígrafe se encontrarían los incumplimientos de las obligaciones que afectan a la: CLAUSULA 26 p). Realizar las inversiones previstas.

TERCERO.- CLAUSULA 56 i) Incumplir lo establecido en relación con la subcontratación y cesión.

En este epígrafe se encontrarían los incumplimientos de las obligaciones legales que afectan a la: CLAUSULA 8. Cesión del Contrato y CLAUSULA 9. Subcontratación.

Estos incumplimientos evidencian un absoluto desprecio por parte del concesionario al Ayuntamiento como institución al actuar de manera unilateral sin recabar la pertinente autorización o efectuar la comunicación obviando la obligación legal o contractual exigida.

CUARTO.- CLAUSULA 56 j) Actuar con negligencia, en el cumplimiento de las labores de uso, policía y conservación de los aparcamientos de Biblioteca y Honorio Lozano.

En este epígrafe se encontrarían los incumplimientos de las obligaciones que afectan a la: CLAUSULA 1. Objeto del contrato c) Conservación y mantenimiento de todas las obras, instalaciones y material objeto de concesión y CLAUSULA 26. Obligaciones del Concesionario b) Mantener en buen estado los bienes de dominio público objeto de la concesión, las obras efectuadas y abonar los daños y perjuicios por los desperfectos ocasionados a los bienes o al uso general al que están sujetos.

Por otro lado, según los informes citados, a juicio de este Instructor, se han detectado los siguientes INCUMPLIMIENTOS LEVES que el PCAP establece en su cláusula 57:

PRIMERO Y ÚNICO. - CLAUSULA 57 l) Falta de limpieza del aparcamiento.

Conforme a la descripción efectuada en el INFORME TÉCNICO SOBRE EL ESTADO DE CONSERVACIÓN DE LOS APARCAMIENTOS SUBTERRÁNEOS MUNICIPALES UBICADOS EN LAS C/ BATALLA DE BAILÉN Y C/ HONORIO LOZANO (NÚMERO DE EXPEDIENTE MUNICIPAL Gest-Doc: 13124/2020).

Considerando que se han acreditado CUATRO INCUMPLIMIENTOS GRAVES QUE AFECTAN AL INCUMPLIMENTO DE 8 CLAUSULAS DEL PCAP, correspondiéndole según este instructor y atendiendo a las circunstancias y gravedad de los incumplimientos, con arreglo a la cláusula 58 del PCAP se PROPONE el siguiente efecto:

DECLARAR LA CADUCIDAD DE LA CONCESION

Considerando que se han acreditado UN INCUMPLIMIENTO LEVE QUE AFECTAN AL INCUMPLIMIENTO DE UNA CLAUSULA DEL PCAP, correspondiéndole según este instructor, atendiendo a las circunstancias y gravedad de los incumplimientos, con arreglo a la cláusula 58 del PCAP se PROPONE el siguiente efecto:

MULTA DEL 1% DE LOS INGRESOS OBTENIDOS POR LA EXPLOTACIÓN DEL APARCAMIENTO DURANTE EL AÑO ANTERIOR A LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN”.

A continuación reproduce el artículo 252 del TRLCAP, cita el artículo 127.1.4 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y el artículo 58 del PCAP, y propone al órgano de contratación, en lo que aquí interesa, “*la imposición como penalización de DECLARAR LA CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN, clasificando la infracción como CUATRO INCUMPLIMIENTOS GRAVES QUE AFECTAN AL INCUMPLIMIENTO DE 8 CLAUSULAS DEL PCAP, y atendiendo al criterio de penalización por incumplimiento, con base en la cláusula 58 del PCAP*”.

2. El 7 de julio de 2021 el secretario general del ayuntamiento emite informe jurídico en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3.3 a) del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el Régimen Jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

El informe describe el régimen jurídico de las causas y del procedimiento la resolución del contrato de concesión de obras públicas e indica que “*el presente acuerdo que adopte el Pleno de la Corporación como órgano de contratación de incoación del expediente de resolución del contrato, está condicionado a la resolución definitiva previa del expediente de imposición de penalidades al contratista por incumplimiento culpable del contrato cuyo punto primero determina la DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN, clasificando la*

infracción como CUATRO INCUMPLIMIENTOS GRAVES QUE AFECTAN AL INCUMPLIMENTO DE 8 CLAUSULAS DEL PCAP, y atendiendo al criterio de penalización por incumplimiento, con base en la cláusula 58 del PCAP”.

3.- El 7 de julio de 2021, el concejal delegado de Contratación del ayuntamiento propone al Pleno de la corporación municipal:

“PRIMERO. Incoar el procedimiento para acordar, si procede, la resolución del contrato de concesión de servicios referido.

Lo que conllevaría los efectos correspondientes de conformidad con lo establecido en los artículos 113 y 169 del TRLCSP.

SEGUNDO. Dar audiencia al concesionario por un plazo de diez días naturales desde la notificación de esta resolución. Conceder audiencia también al avalista o asegurador por el mismo plazo, a los efectos de que presenten las alegaciones y documentos que consideren convenientes.

TERCERO. Solicitar informe al instructor del procedimiento sobre las alegaciones presentadas y sobre la valoración de los bienes que van a revertir al Ayuntamiento e informe jurídico sobre los hechos que motivan la resolución del contrato de concesión de servicios y la causa de resolución que opera de acuerdo con las tasadas por la legislación aplicable”.

4. El 15 de julio de 2021 se acordó por el Pleno del Ayuntamiento de Collado Villalba la incoación del procedimiento “*para acordar, si procede, la resolución del contrato de concesión de servicios referido*”. Notificado el citado acuerdo al contratista y al avalista y conferido trámite de audiencia, la empresa concesionaria, con fecha 22 de julio de 2021 presenta un escrito en el que indica que se les ha dado traslado

de información de una decisión plenaria de 15 de julio de 2021 “- *no un acto administrativo como el mismo debe ser*”-y que no han sido informados del número asignado al expediente. Solicitan una aclaración, “*pues si el mismo día el propio pleno ha decidido “la declaración de la caducidad de la concesión” por supuestas infracciones graves*”, no entienden “*cómo se puede incoar un segundo procedimiento para resolver un contrato ya resuelto por caducidad*”; y solicitan a su vez ser informados sobre los motivos que tratan de sustentar la resolución, considerando que con el escueto escrito remitido no pueden conocerlos dando lugar a una manifiesta indefensión.

Mediante escrito de fecha 27 de julio de 2021, la concesionaria solicita copia urgente de la providencia de inicio del concejal de Contratación de resolución del contrato de fecha 7 de julio de 2021, y del informe jurídico del secretario de la corporación de la misma fecha, que le son remitidos por el secretario municipal el día 28 de julio de 2021.

Figura a continuación el escrito de alegaciones formulado por la concesionaria frente al acuerdo de incoación del procedimiento de resolución y frente al acuerdo relativo a la imposición de penalidades, si bien nos centraremos exclusivamente en las alegaciones frente al primero de ellos, teniendo en cuenta el objeto del presente dictamen.

Con carácter previo, el concesionario indica en primer término que el plazo de diez días naturales concedidos para formular alegaciones no es correcto, considerando que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 109 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 –RGCAP- el plazo correcto sería el de diez hábiles, por lo que advierte que lo que indica en su escrito será meramente cautelar, sin que ello suponga subsanar la infracción

cometida, pues el acortamiento del plazo no les permite alegar con el debido tiempo.

Indica además su voluntad de dejar constancia de los siguientes aspectos:

“(i) los hechos conocidos por los miembros del órgano administrativo que dicta la resolución que nos ocupa y omitidos y no incluidos en los expedientes administrativos e incompatibles con la realidad que se trata de transmitir en los mismos;

(ii) los hechos falsos vertidos por los miembros del órgano administrativo en dichos expedientes, incompatibles con la realidad por ellos conocida y protagonizada;

(iii) las aplicaciones de normas sustantivas contrarias al texto de las normas aplicables, a su interpretación jurisprudencial y de imposible aceptación bajo ningún método de interpretación válida en derecho y

(iv) los completos apartamientos procesales, circunstancias que conducen a una absoluta expresa de que ante la arbitraría actuación administrativa municipal.

Estos aspectos mencionados determinan que, CONCESIONARIA COLLADO VILLALBA, S.A.U., deje constancia expresa de que ante la arbitraría e injusta actuación del Ayuntamiento se reserva el ejercicio de cuantas acciones fueran procedentes contra el propio Ayuntamiento, las autoridades que acordasen una eventual resolución del Contrato y los funcionarios que de cualquier modo amparasen o participasen en una decisión de esa naturaleza, advirtiendo expresamente, que esta parte está ya preparando el ejercicio de acciones penales contra los responsables municipales de estos expedientes y de la gestión misma del contrato.

En relación con el ejercicio de estas acciones, CONCESSIONARIA COLLADO VILLALBA, S.A.U., manifiesta que ejerce el derecho que le otorga la Ley “a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos” [art. 53.1.b) Ley 39/2015].

Por tanto, solicita que se le comuniquen los nombres de los Concejales del Pleno, los de quienes votaron a favor del Acuerdo de inicio del procedimiento de resolución y los de quienes lo hicieron en contra o se abstuvieron.

Asimismo, manifiesta su oposición frontal, no sólo a toda penalidad por incumplimiento del Contrato, como acreditará en su recurso, sino de manera muy especial frente a cualquier posible resolución de su Concesión, con los efectos que de esta oposición se derivan de la Ley.

(...)".

A continuación, formula alegaciones contra cada uno de los acuerdos referidos. En cuanto al acuerdo de inicio de procedimiento de resolución, indica que no puede vincularse al que resuelve el procedimiento de penalidades, pues este último no puede imponer al concesionario como penalización la declaración de caducidad de la concesión, toda vez que el procedimiento de resolución contractual tiene su propia regulación y es distinto e independiente del expediente de penalidades.

Añade que no es válido que el acuerdo de resolución se apoye en actos del procedimiento de penalidades ya concluido, pues la conservación de actos y trámites se aplica en supuestos diferentes.

Considera preciso que el acuerdo que inicia un procedimiento de resolución contractual, visto su objeto limitativo de derechos, traslade

expresamente qué incumplimientos graves y qué cláusulas del PCAP se consideran infringidas y pueden determinar la resolución del contrato, por lo que debe contener los hechos, fundamentos y calificación de esencial, o no esencial, de las obligaciones contractuales que se dicen incumplidas. Precisa que en caso contrario, la concesionaria no puede defenderse desde el mismo inicio del procedimiento.

En la alegación tercera, en síntesis, indica que aunque es verdad que conforme al PCAP los incumplimientos graves pueden llevar a “*-declarar la caducidad de la concesión*”; “*decretar el secuestro de la concesión*”, o “*imponer sanciones de multa de entre el 5 al 15 por 100 de los ingresos obtenidos por la explotación del aparcamiento público durante el año anterior al de la comisión de la infracción*” (cláusula 58); sin embargo, de acuerdo con la normativa aplicable, la máxima pena (resolución del contrato) exige siempre que el incumplimiento sea de “*obligaciones esenciales*” establecidas en el PCAP que debe determinar inequívocamente los “*supuestos en que, en su caso, los incumplimientos de carácter parcial serán causa de resolución del contrato*” o los “*incumplimientos graves*” que den lugar “*a la resolución de la concesión en los casos previstos en el correspondiente pliego*”.

Alega que no basta con que el PCAP del contrato establezca las “*obligaciones del concesionario*”, o los “*incumplimientos graves*” que pueden dar lugar a la imposición de penalidades, sino que es preciso que determine cuáles de esos incumplimientos graves pueden además justificar la caducidad o resolución de la concesión, sin que el PCAP lo haya hecho así, con lo que el procedimiento de resolución y su acuerdo de inicio queda aún con menor justificación, “*(nulidad)*”.

Añade que, además, entre las alternativas sancionadoras que regula el PCAP (caducidad, secuestro o multas pecuniarias), nunca puede optarse inicialmente por la más grave o caducidad (salvo causas extremadamente justificadas), que además es siempre potestativa y no

obligatoria para la Administración, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 265.2 TRLCAP.

A continuación, reproduce diversos dictámenes del Consejo de Estado sobre este aspecto.

En la siguiente alegación, referida a las concretas causas de resolución contractual que les imputa el ayuntamiento, se remite a un escrito de alegaciones e informe pericial que presentaron el día 28 de junio de 2021. Critica que en el acuerdo plenario de 15 de julio de 2021 y en el informe previo del secretario municipal no se realice ningún análisis del citado escrito e informe en el que afirma que se analizaban uno por uno todos los incumplimientos imputados y aportaban una sólida prueba pericial.

Por último, refiere que, aunque no sea el momento adecuado, considera necesario recordar al órgano de contratación distintos aspectos sobre la caducidad de las concesiones y sus requisitos de acuerdo con criterios doctrinales y jurisprudenciales.

En concreto, en cuanto al trámite de apercibimiento, indica que si su omisión condujera a la indefensión material, la posterior declaración de caducidad, en caso de existir, podría ser objeto de anulación.

Para concluir, manifiesta querer dejar constancia de que durante los más de 12 años de explotación de la concesión, el ayuntamiento nunca le ha apercibido, ni le ha imputado ningún tipo de incumplimiento.

Solicita que sea declarada la invalidez del acuerdo plenario referido a la resolución contractual y que se tengan por hechas las manifestaciones verificadas sobre la reserva de acciones penales y la solicitud expresa de identificación de autoridades en los términos expuestos en su escrito.

Adjunta con el escrito de alegaciones, el presentado con fecha 28 de junio de 2021 formulando alegaciones al informe del instructor del procedimiento de imposición de penalidades, de fecha 11 de junio de 2021; certificado de la secretaría del ayuntamiento del acuerdo adoptado por el Pleno con fecha 25 de mayo de 2006 de autorización para la hipoteca de la concesión de obra pública; dictamen del Consejo de Estado de fecha 18 de septiembre de 2008 sobre la modificación del contrato de concesión de obra pública; escritos de la concesionaria de fechas 14 de septiembre y 9 de octubre de 2020 dirigidos al Ayuntamiento, sobre las inversiones realizadas en los años 2015 a 2019 y 2008 a 2019, y escrito de requerimiento previo del ayuntamiento sobre esta cuestión; contrato de cesión de créditos celebrado entre el concesionario como cedente, y otra empresa, el día 10 de febrero de 2020; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 16 de abril de 2015 desestimatoria del recurso de apelación interpuesto por la concesionaria contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 16 de Madrid, de 28 de julio de 2015 estimatoria parcial del recurso interpuesto contra la desestimación presunta de la reclamación formulada contra el ayuntamiento solicitando el abono del canon de 2012 más intereses devengados del contrato de concesión de obra pública; Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 18 de Madrid de 25 de junio de 2015 estimatoria parcial del recurso formulado por la concesionaria frente a la desestimación presunta de la reclamación dirigida al ayuntamiento solicitando el abono del canon del año 2013, más intereses, derivados del contrato de concesión de obra pública; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 28 de abril de 2014 desestimatoria del recurso de apelación interpuesto por la concesionaria contra la citada Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 18 de Madrid; informe pericial de fecha 28 de junio de 2021 en el que se indica que es emitido a instancia de la concesionaria para su incorporación al procedimiento de medidas cautelares seguido ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº

34 de Madrid, así como al procedimiento de imposición de penalidades iniciado por el ayuntamiento; escrito de aclaración al citado informe pericial en el que se indica que no ha sido objeto de dicho dictamen determinar el importe total de las inversiones y/o gastos de mantenimiento incurridos por la sociedad concesionaria.

El 23 de agosto de 2021, el secretario accidental del Ayuntamiento emite informe de resolución de las alegaciones presentadas por la representación de la concesionaria en el procedimiento para la resolución del contrato.

Con carácter previo, indica el error en que incurre el alegante respecto de los plazos para presentar las alegaciones, señalando que su prolífica argumentación acerca de si son días hábiles o naturales, decae de forma instantánea cuando se toma uno la mínima molestia de leer el texto del artículo 109 del RGCAP, en cuyo apartado 1 a) se establece el trámite de audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio en los procedimientos para la resolución de los contratos.

También con carácter previo, hace mención a la amenaza (sic) contenida en el escrito del concesionario, en la que avisa que “*que esta parte está ya preparando el ejercicio de acciones penales contra los responsables municipales de estos expedientes y de la gestión misma del contrato*”.

Considera evidente que dicha expresión no tiene más objetivo que la pretensión de intentar amedrentar tanto a los técnicos como a los cargos electos que intervienen en el procedimiento, para que hagan una dejación de sus funciones de control y de supervisión de la citada concesión, apuntando que este hecho sí que sería constitutivo de delito.

Reconociendo el derecho que asiste a la parte a utilizar cuantos medios crean necesarios para la defensa de sus intereses, indica que no

está de más recordar que el derecho penal, por su propia naturaleza, es un recurso de "ultima ratio" o de intervención mínima, y que en este caso, el Ayuntamiento de Collado Villalba está tramitando un procedimiento administrativo -que ni siquiera está finalizado, y en el que el alegante tiene todos los medios reconocidos de defensa- y que la administración está efectuando una motivación y siguiendo un íter procedural que el alegante podrá no compartir, pero que, en ningún caso, presupone la existencia de una "*arbitraria e injusta actuación del Ayuntamiento*", como la empresa concesionaria afirma en su escrito.

En cuanto a la primera alegación del reclamante, considera que parte de dos errores que, a su juicio son fundamentales y que se repiten, con diversas variaciones, a lo largo del resto del escrito, como son que el acuerdo de inicio de incoación de un expediente de imposición de penalidades (sic) tiene que contener una completa relación de los incumplimientos y, en segundo lugar, negar la validez de aquellos informes emitidos por personal ajeno a la estructura de la administración -alegación esta última que la concesionaria efectúa respecto del acuerdo de imposición de penalidades-.

En cuanto a la primera cuestión, explica que el acuerdo de resolución del contrato es consecuencia de la tramitación del procedimiento previamente tramitado de imposición de penalidades en el que se acordó penalizar a la empresa concesionaria mediante la declaración de caducidad de la concesión clasificando la infracción como cuatro incumplimientos graves que afectan al incumplimiento de 8 cláusulas del PCAP, y atendiendo al criterio de penalización por incumplimiento, con base en la cláusula 58 del PCAP.

Indica que por consiguiente, dicho acuerdo constituía el fundamento y motivación del acuerdo de inicio de oficio del procedimiento de resolución del contrato, el cual, como dispone el art. 59 de la LPAC procede cuando se tenga "*conocimiento directo o indirecto*

de las circunstancias, conductas o hechos objeto del procedimiento por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación.”, y que por tanto, ningún reproche jurídico se puede efectuar a dicho acuerdo de inicio ya que, en todo caso, sería un ejemplo de la llamada motivación “*in aliunde*”, explicando en qué consiste la citada figura y citando jurisprudencia referida a la admisión de la misma.

A continuación responde a la alegación del concesionario en la que se indica que no basta con que el PCAP establezca las “*obligaciones del concesionario*”, o los “*incumplimientos graves*” que pueden dar lugar a la imposición de penalidades, sino que es preciso que determine cuáles de esos incumplimientos graves pueden además justificar la caducidad o resolución de la concesión; añadiendo que el PCAP no lo ha hecho así, con lo que el procedimiento de resolución y su acuerdo de inicio queda aún con menor justificación (nulidad). Se añade en la alegación que, además, entre las alternativas sancionadoras que regula el PCAP (caducidad, secuestro o multas pecuniarias), nunca puede optarse inicialmente por la más grave o caducidad (salvo causas extremadamente justificadas), que además es siempre potestativa y no obligatoria para la Administración, con cita de doctrina del Consejo de Estado.

El informe del secretario indica que de la extensa recopilación de doctrina, jurisprudencia y opiniones personales que efectúa el alegante, solo se concluye, hecho con el cual está plenamente de acuerdo, que la imposición de la penalidad de caducidad exige la existencia de incumplimientos graves, como sucede en este caso, en el cual, en el procedimiento de imposición de penalidades, se determinó “*DECLARAR LA CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN, clasificando la infracción como CUATRO INCUMPLIMIENTOS GRAVES QUE AFECTAN AL INCUMPLIMIENTO DE 8 CLAUSULAS DEL PCAP*”.

Considera evidente que se cumplen los requisitos de la doctrina del Consejo de Estado aducida por la concesionaria, ya que se producen por el incumplimiento imputable y grave de las obligaciones esenciales, vinculadas a la finalidad pública de los otorgamientos, que pesan sobre dicha empresa y que, por tanto, son causas legales de la declaración de caducidad acordada.

Señala que precisamente, lo que pusieron de manifiesto los informes periciales emitidos por la auditora ETL SPAIN AUDIT SERVICES S.L y que sirvieron de fundamento para que el instructor efectuara la propuesta de imposición de penalidades acordada por el Pleno, era la existencia de una serie de incumplimientos graves:

“Se pudieran considerar incumplimientos graves los reseñados como incumplimientos de obligaciones del Pliego, tales como:

- *Cesión de derechos de cobro del canon de 2019 a un tercero sin la autorización del Ayuntamiento.*
- *Incumplimiento de las inversiones previstas en el PEF.*
- *Incumplimiento en el gasto de mantenimiento realizado, comparado con el previsto en el PEF.*
- *Presentación de documentación inexacta del soporte de las inversiones realizadas a la solicitud de información por el Ayuntamiento.*
- *No presentar el Capital Social mínimo en función de la inversión según el PCAPC.*
- *Se ha subcontratado a todo el personal a la sociedad dominante sin seguir lo indicado en el artículo 115 del TRLCAP, al no comunicarlo previamente a la Administración.*

- *No mostrar el Fondo de Reversión, en las CCAA*".

Por lo que respecta a la alegación mediante la que la concesionaria critica el acuerdo de incoación del procedimiento de resolución contractual y el informe previo del secretario municipal por no contemplar un análisis de lo expuesto en su escrito de alegaciones de fecha 20 de junio de 2021 y en el informe pericial que lo acompaña, el secretario municipal comienza recordando la jurisprudencia sobre la motivación de los actos administrativos, indicando que no implica la exigencia de un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener, teniendo en cuenta, además en este caso, "*la prolíjidad y acumulación inconexa de aportación de escritos y documentación de la que hace gala el alegante, en un intento de inundar a la administración –que cuenta con unos medios, por otra parte, limitados- con documentación, en su mayor parte, irrelevante, desordenada y repetida, con la evidente pretensión de poder aducir indefensión por la falta de respuesta exhaustiva a todas y cada una de las afirmaciones o alegaciones que tiene a bien efectuar.*"

Añade que, además, no se han desvirtuado ninguno de los hechos que han puesto de manifiesto las pericias de 31 de diciembre de 2020 y 23 de abril de 2021, y pasa a relatar los hechos que a juicio del ayuntamiento, desvirtúan la propia concesión y la convierten en un instrumento de extracción de rentas muy alejado de lo que debe ser un modelo de gestión indirecta de servicios públicos:

Se refiere como hecho primero al incumplimiento de las inversiones previstas en el plan económico financiero (PEF) (artículo 56 e) PCAP), indicando que la concesionaria ha cumplido solo el 1,94% de las previstas en el periodo comprendido entre 2016 y 2019.

Como hecho segundo, indica el incumplimiento de los gastos de mantenimiento previstos en el PEF (artículo 56 e) PCAP). Precisa que la

concesionaria solo ha cumplido el 35,35% de los previstos en el periodo comprendido entre 2016 y 2019.

El informe analiza conjuntamente estos dos primeros hechos, indicando que es la propia concesionaria la que reconoce que no se han realizado las inversiones ni se ha cumplido con los gastos de mantenimiento previstos, escudándose en que el PEF constituye una mera estimación que en nada obliga a la alegante.

Explica que en el momento en que la concesionaria factura el importe íntegro previsto en el PEF, sin disminución alguna (solo en 2019, el importe del canon asciende a 1.718.851 euros), la lógica sinalagmática que rige toda relación contractual convierte en obligaciones para la concesionaria todas las contraprestaciones que prevé dicho plan como consecuencia del canon facturado, obligaciones que se concretan en el PEF al céntimo año a año, tanto en materia de inversiones, gastos de mantenimiento, amortización de inversiones realizadas, obligaciones de capitalización, etc. Señala que esta cuestión es solucionada por la alegante conceptuando el canon previsto en el PEF, que es facturado al ayuntamiento, como un derecho incondicional, lo que el ayuntamiento considera inaceptable y radicalmente falso.

Por lo que respecta a las inversiones, indica que, requerida a la concesionaria justificación de las realizadas, esta manifiesta haber desembolsado, 619.913 euros en tal concepto en el periodo 2016 a 2019. Refiere que solicitada justificación documental de inversiones y gastos de mantenimiento realizado, se presenta al ayuntamiento un cajón con 2.507 documentos, en buen número duplicados y triplicados; apenas se aportan facturas de inversiones o gastos de mantenimiento y sí justificación de gastos de explotación tales como suministros de agua, luz, teléfono, seguros, papel higiénico, suministros de papelería, servicios de control de aparcamiento, etc.

Indica que, según el PEF, en el periodo 2016/2019, al pago del canon íntegro previsto corresponden inversiones en reposición por un importe de 756.706 euros y gastos de mantenimiento por importe de 655.349 euros.

Señala que de la documentación presentada por la concesionaria para el precitado periodo 2016/2019 resultan 7 facturas de inversiones por un importe de 14.676 euros y unos gastos de mantenimiento de 231.696 euros (página 28 informe pericial de 23 de abril de 2021), existiendo una desviación de 1.180.359 euros por falta de inversiones y gastos de mantenimiento, y sin embargo se factura el canon íntegro. Considera que no solo el alegante falta a la verdad inflando de forma no justificada el dato de inversiones realizadas en el periodo requerido por el ayuntamiento, sino que incumple el capítulo de inversiones en un 98,06 % y el de gastos de mantenimiento en un 64,65% remitiéndose en este punto a páginas concretas de los informes periciales de 23 de abril, y de 30 de diciembre de 2020.

Añade que, además de no hacer las inversiones y gastos de mantenimiento a que vienen obligados, se mantiene la explotación cerrada prácticamente al 50%, ya que según se ha reconocido por la alegante, durante prácticamente toda la vida de la concesión se mantiene cerrada una planta de las dos que tiene el aparcamiento, según se manifiesta porque no se utiliza y de esta forma se previenen actos vandálicos, y “*en el colmo del descaro se arguyen razones de sostenibilidad y eficiencia energética*”.

Continúa explicando que sin embargo, la alegante cobra el importe íntegro del canon previsto en el PEF, pero no mantiene en explotación el 100% de la concesión, no realiza las inversiones (por ende no pueden amortizarse ni cobrar por ese concepto), ni los gastos de mantenimiento, ni cumple con las obligaciones de capitalización que se derivan del canon facturado.

En cuanto al carácter ruinoso de la concesión invocado por la concesionaria, el informe precisa que nunca se ha invocado por el alegante el desequilibrio financiero de la concesión, sino que ha preferido interpretar unilateralmente el contrato y en consecuencia incumplir cuantos aspectos le han interesado para mantener una situación beneficiosa para ella y para su accionista mayoritario lejos de todo interés público, convirtiendo la concesión en un mero instrumento financiero al servicio de los intereses del grupo empresarial que lo gestiona de forma indirecta.

En cuanto al relato que se infiere del análisis de las cuentas anuales presentadas por la alegante en el Registro Mercantil en los ejercicios 2016 a 2018, indica que se observan elevados resultados económicos no derivados del incremento de tarifas o ingresos, sino, entre otros (mención aparte de la minoración de inversiones y gastos de mantenimiento ya analizados), del incremento del canon por una inflación prevista (2,50% anual) y no realizada, lo que implica que la concesionaria se ha organizado de forma unilateral para hacer rentable el título concesional a costa de la propia concesión.

Entiende que una vez que la concesionaria considera que la explotación es ruinosa, actúa en consecuencia: cierra una planta del aparcamiento, no actualiza tarifas, no realiza labor promocional alguna, no realiza las inversiones a las que está obligada ni los gastos de mantenimiento, incrementa el canon íntegro previsto en el PEF en un 2,50%, lo que según cuentas auditadas de 2018 le genera un remanente acumulado de 7,2 millones de euros después de remunerar al accionista con una media de 850.000 euros en gastos financieros los últimos cuatro años.

Indica que la concesionaria tampoco está sujeta al riesgo y ventura que debería ser inherente a toda concesión, explicando que el canon íntegro previsto en el PEF que se ha facturado al ayuntamiento está

calculado sobre el 152 % de los ingresos de explotación previstos para el año 2016 (865.016 euros), 153% para el 2017 (886.722 euros), 152 % para el 2018 (908.888 euros) y 156% para el 2019 (908.888 euros) y, sin embargo, las cuentas anuales de la concesionaria registradas en el Registro Mercantil arrojan que en 2016 los ingresos de explotación reales fueron 265.533 euros, en 2017 259.168 euros, en 2018 258.000 euros y en 2019 312.000 euros. Afirma que los ingresos reales de la explotación en el periodo analizado han sido inferiores en un 72,5% a los previstos en el PEF, y que la concesionaria ha cobrado y pretende cobrar un canon calculado, no solo sobre inversiones cuantificadas no realizadas, gastos de mantenimiento también cuantificados y no realizados y obligaciones de capitalización no ejecutadas también mensuradas en el PEF, sino además sobre ingresos de explotación imaginarios, por cuanto la previsión de ingresos no se ha realizado, generando solo este último concepto una diferencias de canon de 2016 a 2019 que ha beneficiado a la concesionaria de forma injustificada en 3.792.943 euros. En estos análisis, el informe del secretario se remite a los informes periciales de referencia.

Considera evidente que la concesionaria ha abandonado la concesión limitándose a desarrollar una apariencia de funcionamiento con el único fin de cobrar un canon sobredimensionado, toda vez que no viene acompañado del cumplimiento de las obligaciones que sinalgámaticamente le corresponden de acuerdo con el contrato suscrito. El informe califica de inaceptable que la alegante defienda el carácter estimativo del PEF y por otro lado facture y exija el pago del importe íntegro que prevé el mismo

A su juicio resulta importante destacar en relación a todo lo analizado que el informe pericial aportado por la concesionaria en ningún caso “*determina el importe total de las inversiones y/o gastos de mantenimiento incurridos por la Sociedad Concesionaria*”, porque no ha sido el objeto de su trabajo, según manifiesta en escrito de aclaración

presentado al Ayuntamiento fechado el 8 de julio de 2021 y que asimismo obra en el expediente.

Reitera que la relación contractual es sinalagmática y aunque el PEF tenga un valor estimativo en cuanto a las obligaciones de las partes, la factura no lo es, y si se factura el canon íntegro, este se ha calculado en virtud de inversiones, gastos de mantenimiento, obligaciones de capitalización que hay que hacer.

Como hecho tercero, considera que se incumple la obligación de capitalización tanto atendiendo a lo exigido en la cláusula 22 del PCAP, como si se atiende al PEF, remitiéndose en este punto a las páginas 50 y 51 del informe pericial de 30 de diciembre de 2020 y 14 del informe pericial de 23 de abril de 2021.

Explica que si atendemos al PCAP el capital social desembolsado debería ascender a 4.957.597 euros, lo que supone un incumplimiento de 1.907.597 euros.

Precisa que el PEF establece un capital inicial de 7.137.614 Euros.

Reitera que se factura al ayuntamiento siempre el máximo canon previsto en el PEF y por tanto la concesionaria está obligada en igual medida a cumplir lo exigido en el contrato en atención a la relación sinalagmática que los vincula. Reproduce el informe pericial de 23 de abril de 2021 en la parte que indica que “*el capital social previsto en el PEF donde sí recogía el importe del canon a cobrar, ascendía durante el ejercicio 2015 a 5.639.658 Euros y a partir de 2016 y hasta 2019 a 5.500.280 Euros, lo que supone un incumplimiento de entre 2.589.658 Euros en 2015 a 2.450.280 Euros desde 2016.*”, y añade que sin embargo, el capital social se mantiene invariable desde la constitución de la concesión en 3.050.000 Euros.

Considera por tanto evidenciado el incumplimiento de las obligaciones de capitalización.

A continuación, se refiere a la alegación de la concesionaria según la cual “*no hay norma que exija autorización alguna para que los socios puedan financiar a la sociedad*” y que esos préstamos a la sociedad “*cuyo importe asciende a 14.915.000 euros representan junto con el capital social inicialmente desembolsado (3.050.000 Euros) un 88% de la inversión neta inicial*”.

Indica que desconocen las inversiones a que responden los préstamos indicados, por cuanto ni las facturas entregadas al ayuntamiento representativos de inversiones durante la explotación de la concesión, ni las manifestaciones realizadas por la Concesionaria relativas a inversiones realizadas de 2008 a 2019 representan “*ni de lejos*” esa cantidad.

Se remite a la página 33 del informe pericial de 30 de diciembre de 2020, en la que se indica que “*el canon ha cubierto los gastos de los 14 ejercicios hasta diciembre de 2018 y además según las cuentas auditadas del ejercicio 2018, se ha generado un remanente de beneficio acumulado de 7,2 millones de euros, después de haber remunerado al accionista con una media de 850.000 euros de gastos financieros en los últimos cuatro años, y que aún hay una financiación bancaria de 2,7 millones. En las cuentas anuales no se explica el origen de la deuda de la compañía matriz del entorno de los 14 millones*”.

Considera indudable que se ha pervertido totalmente el régimen financiero de la concesión de forma unilateral en perjuicio de la concesión que ha soportado un mayor costo financiero como consecuencia de no cumplirse la cláusula 22 del PCAP de entre 428.721 y 644.320 euros en el periodo 2015/2019 y en beneficio del accionista prestamista. Añade que el costo financiero acumulado a favor de su accionista en el periodo 2015 a 2019, según las cuentas de la alegante

asciende a 3.551.777 euros, remitiéndose a la página 39 del informe pericial de 23 de abril de 2021.

Acto seguido analiza el hecho cuarto, de acuerdo con el cual, se incumple con la obligación de hacer constar en cuentas anuales el requisito de Fondo de Reversión y detalle de las inversiones (cláusula 23 del PCAP).

En este punto la concesionaria alega que la entrada en vigor del Plan General Contable de 2008 y la Orden EHA/3662/2010 de 23 de diciembre por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad de empresas concesionarias de infraestructuras públicas les exime de esa obligación.

El informe del secretario explica que lo que omite la concesionaria es que la obligación de consignación del fondo de reversión no deriva de requerimientos del Plan Contable sino del propio PCAP, y se remite al informe pericial de 30 de diciembre de 2020 en el que así se hace constar.

Señala que las exigencias contables de la empresa no pueden entrar en conflicto con las exigencias del PCAP y por tanto se tendrá que reflejar de otra forma pero debe hacerse. Considera indiscutible la necesidad de conciliación de las exigencias del Plan contable con el PCAP, nunca suprimir una por la otra en perjuicio de la propia concesión. Añade que el riesgo de desequilibrio económico es una realidad como pone de manifiesto la propia alegante constantemente en sus escritos justificando sus gravísimos y reiterados incumplimientos en que la explotación es una ruina.

En cuanto al hecho quinto, viene referido al incumplimiento por la concesionaria del artículo 8 del pliego que establece la necesidad de

autorización previa y expresa de la cesión de derechos y obligaciones dimanantes del contrato a tercero.

Indica que con fecha 20 de febrero de 2020 tuvo entrada en la oficina OARM de Raimundo Fernández Villaverde notificación de un Notario de Madrid que informa que con fecha 10 de febrero de 2020 se cedió el derecho de cobro de la concesionaria correspondiente a la factura 2/2020 de 15 de enero de 2020 por importe de 1.718.851 euros, a la mercantil BFF Finance Iberia S.A.U.

Explica que no hubo petición alguna de autorización al ayuntamiento más al contrario se remitió la notificación notarial como hecho consumado y la precitada financiera reclamó en vía administrativa y posteriormente en vía contenciosa (Procedimiento Ordinario 471/2020, Juzgado de lo contencioso nº 2 de Madrid) cobro al Ayuntamiento del referido canon solicitando como medida cautelar el pago por el Ayuntamiento de la cantidad reclamada.

Indica que el 25 de febrero de 2021 el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 2 de Madrid, dicta auto nº 31/2021 en Pieza de Medidas Cautelares 471/2020 que resuelve denegando la pretensión de la financiera por cuanto el ayuntamiento manifestó desconocer cesión de crédito autorizado alguna negando legitimidad al recurrente. Precisa que inmediatamente después, en escrito fechado el 11 de marzo de 2021 la recurrente desistió del pleito principal.

Respecto del hecho sexto relativo al incumplimiento por la concesionaria de la necesidad de autorización previa y expresa de la subrogación de la totalidad de su personal a la sociedad matriz, indica que dentro de los 2507 documentos que se entregan al ayuntamiento como justificación de inversiones y gastos de mantenimiento se aportan 5 –se refiere aquí a la página 18 del informe pericial de 23 de abril de 2021- con concepto genérico referido a un contrato de prestación de servicio por contrato de arrendamiento de 10 de junio de 2019 firmado

entre la concesionaria y Grupo Ortiz, accionista único de la anterior, que no se aporta.

Explica que, requerido dicho contrato resultó que el accionista mayoritario de la Concesionaria, Grupo Ortiz se subroga de la totalidad del personal de la concesionaria. Indica que el importe de las facturas: 83.333 Euros más IVA representa el 26% del gasto de explotación de la concesión en el ejercicio 2019, evidencia la subcontratación de la explotación al accionista único de la concesionaria, remitiéndose a las páginas 18 y 19 del informe pericial de 23 de abril de 2021.

Afirma que en ningún momento se ha comunicado esta circunstancia al ayuntamiento ni se solicita autorización como preceptúa el artículo 114 TRLCAP.

Considera sorprendente la alegación de la concesionaria sobre el particular, manifestando que no hay que comunicar nada porque Concesionaria Collado Villalba y Ortiz son lo mismo, alegando la confusión de dos personas jurídicas con personalidad jurídica independiente, por el hecho de pertenecer al mismo grupo empresarial. Considera evidente la falsedad de este hecho, toda vez que, precisamente la existencia de dos personalidades jurídicas diferenciadas es lo que permite la abultada y no justificada facturación por los servicios prestados, muy por encima de los costes reales, lo que supone una nueva vía extractiva de recursos a la concesión.

Respecto del hecho séptimo, falta de mantenimiento del parking en un correcto estado de conservación, se remite al informe técnico de 12 de noviembre de 2020 que se incorpora al expediente de imposición de penalidades señalando que ya recoge como antecedente el requerimiento notarial de 19 de enero de 2018 que acompaña unas fotografías que presentan un aparcamiento deteriorado. Precisa que la situación descrita no es nueva, y que en la actualidad sin ir más lejos la

concesionaria mantiene en semioscuridad desde hace más de tres meses el túnel de Honorio Lozano, que es obra accesoria de los aparcamientos, con evidente riesgo para los conductores, después de haber hecho, según han manifestado al Ayuntamiento, una obra de sustitución de luminarias, contratada por cierto a la sociedad matriz, con un costo de 84.732,70 euros más IVA.

Indica que el lavado de cara que ha pretendido hacerse para elaborar el dossier fotográfico que incorpora el informe pericial aportado por la concesionaria, no desvirtúa los hechos alegados por el ayuntamiento y el estado de abandono en que se ha tenido el parking, con puertas de acceso estropeadas, luces fundidas, humedades, etc. amén de mantener una planta entera del parking cerrada al público.

De acuerdo con el informe del secretario, el conjunto de hechos relatados recogidos en los informes periciales encargados asumidos por el instructor en el procedimiento de imposición de penalidades, justifican suficientemente la posición del ayuntamiento que se mantiene inamovible.

En lo que respecta a las alegaciones de la concesionaria sobre la caducidad de las concesiones y sus requisitos, resumidamente, se indica que no ha existido una declaración automática de la caducidad, sino que la misma se está efectuando mediante el procedimiento de resolución del contrato, en un expediente con observancia de las formalidades exigidas a tal fin.

En cuanto a la afirmación del alegante según la cual, durante los más de 12 años de explotación de la concesión, el ayuntamiento nunca le ha apercibido de incumplimiento ni le ha impuesto ninguna penalidad y nunca les ha imputado ningún tipo de incumplimiento, aunque sea de carácter mínimo, el secretario indica que muy a su pesar, deben calificar esta afirmación, como mínimo de inexacta,

cuando no de directamente falsa, como afirma, le consta sobradamente al alegante.

Añade que, en cualquier caso, y aun suponiendo a los meros efectos dialecticos que fuera cierta la afirmación que efectúa, eso no empece la posibilidad de que el ayuntamiento, una vez que contó con los informes técnicos de las auditorías en que se ponían de manifiesto los incumplimientos, pueda dar comienzo a un procedimiento de imposición de penalidades y el consecuente de resolución de la concesión.

El informe concluye con la reproducción del párrafo del escrito de alegaciones en el que se indica que “*Por todo lo expuesto, nos parece, dicho sea, con todos los respetos y en estrictos términos de defensa, que la imagen que ofrece el expediente es ciertamente muy desfavorable para el Ayuntamiento*”.

El 15 de octubre de 2021 se emite propuesta de resolución desestimatoria de las alegaciones formuladas por la concesionaria, de conformidad con el informe del secretario accidental del ayuntamiento, de fecha 23 de agosto de 2021. Se propone a su vez la resolución del contrato como consecuencia de la imposición de la penalidad de declaración de caducidad de la concesión en el procedimiento previamente tramitado de imposición de penalidades, y se propone la incautación de la garantía y la indemnización a la administración de los daños y perjuicios ocasionados “que esta no haya podido soportar”, así como revertir al ayuntamiento las instalaciones objeto del contrato, y notificar a los interesados a los efectos oportunos.

El 25 de octubre de 2021 el consejero de Administración Local y Digitalización solicita el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora con entrada en la misma el 2 de noviembre de 2021.

No consta que se haya acordado la suspensión del plazo para resolver al amparo del artículo 22.1 d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

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) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por las entidades locales en los supuestos de “*aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas*”.

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

”).

SEGUNDA.- En distintos documentos del expediente remitido a esta Comisión, se indica que el contrato cuya resolución se pretende se

adjudicó mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de fecha 21 de marzo de 2006, que no consta en la documentación obrante en dicho expediente. Teniendo en cuenta dicha fecha, resultaría de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio -TRLCAP- de acuerdo con lo dispuesto en la disposición transitoria 1^a de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP/17).

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

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

En particular, el artículo 109 del RGCAP exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”, como es el caso. En el caso sujeto a dictamen, se ha respetado el derecho de audiencia de la contratista, ex artículo 191.1 de la LCSP/17, que ha formulado las alegaciones que ha tenido por convenientes. No consta en el expediente de resolución de contrato remitido a esta Comisión el modo en que la concesionaria constituyó la garantía cuya incautación se propone, y por tanto se desconoce si existe un avalista o asegurador a quien dar, en su caso, trámite de audiencia.

De conformidad con el apartado tercero del artículo 191.3 de la LCSP/17 será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista, como es el caso.

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

Figura en el procedimiento el informe del secretario accidental de fecha 23 de agosto de 2021 incorporado al expediente tras el trámite de audiencia lo que respeta la previsión del artículo 82.1 de la LPAC (*“la audiencia a los interesados será anterior a la solicitud del informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o a la solicitud del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento”*).

Sin embargo, no se ha emitido en el seno del procedimiento de resolución contractual el informe por la Intervención Municipal, que es exigible conforme a lo establecido en el artículo 114.3 del TRRL, como apuntamos anteriormente. No obstante, como hemos sostenido en anteriores dictámenes, así el Dictamen 312/21, de 29 de junio, dicha omisión constituye una irregularidad no invalidante, determinante de anulabilidad (artículo 48.2 LPAC).

Tampoco consta en el procedimiento una propuesta de resolución en la forma en que viene siendo exigida por esta Comisión Jurídica Asesora.

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

Sin embargo, en la documentación remitida consta que el concejal delegado de Contratación del ayuntamiento eleva la propuesta de resolución que consta en los folios 685 y 686 del expediente, sin que por el Pleno se haya adoptado acuerdo alguno a tal efecto.

Por otro lado, como ya hemos tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes (así nuestro Dictamen 191/16, de 9 de junio y el Dictamen 327/17, de 3 de agosto, entre otros) la propuesta de resolución “*ha de recoger motivadamente la posición de la Administración una vez tramitado el procedimiento con el objeto de permitir a este órgano consultivo conocer la postura de la Administración y contrastarla con la oposición del contratista que motiva la remisión para dictamen. Además, se ha de recordar la necesidad de motivar los actos administrativos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos - artículo 35.1.a) de la LPAC-, lo que hace conveniente incluir en la resolución que en su día sea dictada (se supone que también en su propuesta) para culminar el procedimiento toda la fundamentación fáctica y jurídica de la misma, evitando abusar innecesariamente de la motivación in aliunde que, en cualquier caso, stricto sensu requeriría de la cita de aquellos documentos que le sirvan de sostén*”.

Es verdad que la propuesta de resolución del concejal, haciendo uso de la denominada motivación “*in aliunde*” se remite al informe del secretario accidental del ayuntamiento y al acuerdo de imposición de penalidades; sin embargo, efectivamente, esta Comisión considera conveniente que sin perjuicio de la referencia a los mismos, tanto la

propuesta de resolución como el acuerdo de incoación recojan de forma ordenada y razonada los incumplimientos imputados a la concesionaria así como los motivos por los que el ayuntamiento considera que dichos incumplimientos motivan la resolución del contrato. Todo ello con el objeto de que el expediente de resolución contractual pueda analizarse separadamente del de imposición de penalidades, facilitándose así su estudio y comprensión.

TERCERA.- Debe hacerse una especial referencia al plazo para resolver.

Tal y como se ha indicado resulta de aplicación en cuanto al procedimiento la LCSP/17 y subsidiariamente la LPAC.

Pues bien, una de las novedades de la LCSP/17 fue que su artículo 212.8 de la LCSP/17 establecía un plazo máximo para resolver de ocho meses. Esta inclusión se debió a lo indicado en el Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, del Consejo de Estado que recogió que ese alto órgano consultivo venía destacando que, a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aplicó el instituto de la caducidad a las resoluciones contractuales (tesis que el Consejo de Estado no compartía), el plazo general de tres meses resultaba notoriamente insuficiente dando lugar a la caducidad de numerosos procedimientos con los consiguientes daños al interés público que perseguía el contrato a resolver.

Por ello el Consejo reiteraba que “*(...) la sugerencia que entonces fue formulada y todavía no ha sido atendida: es preciso fijar un plazo suficiente (por ejemplo, de un año) para la instrucción de los procedimientos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista y, en general, para los dirigidos al ejercicio de las prerrogativas de la Administración*”.

La redacción final de la LCSP/17 se limitó a ampliar el plazo a ocho meses, plazo más adecuado para la tramitación de un procedimiento complejo como es el de la resolución contractual y en línea con los seis meses que para la revisión de oficio había fijado el artículo 106.5 de la LPAC. El citado artículo 212.8 de la LCSP/17 tenía carácter básico conforme la disposición final 1^a de dicha norma.

Ahora, bien la STC 68/2021, de 18 de marzo, a raíz de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón, ha procedido a declarar la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LCSP/17.

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

La STC 68/2021 considera (FJ 5º) que la regulación de las prerrogativas de la administración en materia de contratación tiene, en general, la consideración de básica [STC 84/2015, FJ 5 a)]. En concreto, el Tribunal Constitucional ha declarado que el *ius variandi* constituye un aspecto básico como prerrogativa de la administración en la ejecución de los contratos; y que lo mismo cabe decir del deber de respetar el equilibrio financiero (SSTC 118/1996, de 27 de junio, FJ 32).

Ahora bien, al analizar la impugnación del artículo 212.8, el TC en el FJ 7 C. c. de la citada STC, afirma:

“El tribunal considera fundada la pretensión del recurrente, por cuanto se trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedural que no puede ser considerada básica. La regulación

relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual podría ser sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública (STC 141/1993, FJ 5).

Por tanto, procede declarar contrario al orden constitucional de competencias al art. 212.8 LCSP. No se precisa pronunciar su nulidad, dado que la consecuencia de aquella declaración es solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8, y 55/2018, FFJJ 7 b) y c)]".

Es decir, el tribunal 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.

Esto plantea el problema de determinar el concreto plazo en el que deben resolverse los expedientes de resolución en la Comunidad de Madrid y sus entidades locales.

La normativa de la Comunidad de Madrid en materia de contratación es muy escasa y limitada prácticamente a la regulación de algunos aspectos organizativos. Así ha de estarse a lo dispuesto en los artículos 62 a 69 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid (LGA) y en el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril (RGCCM). A ello cabe añadir algunas previsiones de tipo presupuestario relacionadas con la contratación contenidas en la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid así como

algunas especialidades como la contenida en el artículo 14.2 de la Ley 8/2005, de 26 de diciembre, de protección y fomento del arbolado urbano de la Comunidad de Madrid

El artículo 62 de la LGA establece que la contratación de la Comunidad de Madrid se regirá por la legislación básica del Estado en materia de contratos de las Administraciones Públicas y por las leyes de la Asamblea de Madrid y demás normas de carácter reglamentario que se dicten para su desarrollo y ejecución.

No existe ninguna norma autonómica que establezca un plazo en el que hayan de resolverse los procedimientos de resolución contractual. Es más, tampoco existe una norma autonómica que contemple este procedimiento, sino que se aplica el artículo 191 de la LCSP/17 (básico salvo su apartado 2º) y el artículo 109 del RGLCAP (básico según la disposición final 1ª).

Por ello el problema es determinar si es aplicable el artículo 212.8 de la LCSP/17 como derecho supletorio al amparo del artículo 149.3 de la Constitución Española o si ha de prevalecer el artículo 21 de la LPAC como normativa básica (disposición final 1ª de la LPAC).

La aplicación supletoria del derecho estatal plantea muchos problemas prácticos.

El Tribunal Constitucional en un primer momento admitió de forma amplia esa aplicación supletoria de tal forma que la declaración de inconstitucionalidad de una norma estatal no suponía su nulidad sino su aplicación supletoria.

Sin embargo, a partir de la STC 147/1991, de 4 de julio, el Tribunal Constitucional consideró que la supletoriedad del derecho estatal ha de ser inferida por el aplicador del derecho autonómico

mediante las reglas de interpretación aplicables y en la STC 118/1996, 27 de junio, afirmó que (FJ 6º):

“La cláusula de supletoriedad es, según la doctrina expuesta, una previsión constitucional emanada de la C.E. que se dirige al aplicador del Derecho, indicándole el modo en que deben colmarse las lagunas del ordenamiento autonómico, cuando las haya. A tenor de la misma, una vez que el aplicador del Derecho, utilizando los medios usuales de interpretación, haya identificado una laguna en el ordenamiento autonómico, deberá colmarla acudiendo a las normas pertinentes, dictadas por el Estado en el ejercicio de las competencias que la Constitución le atribuye: en eso consiste la supletoriedad del Derecho estatal que, por su misma naturaleza, no comporta atribución competencial alguna”.

El FJ 8º de la STC 118/1996 reitera esa exigencia de laguna para la aplicación supletoria.

Por ello, para que proceda la aplicación supletoria del derecho estatal es necesario que exista una laguna, en el sentido de ausencia de legislación específica para resolver un problema jurídico. En este sentido cabe citar también la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2018 (rec. 3781/2017)

Sin embargo, en el presente caso, al no haber regulado al respecto la Comunidad de Madrid (a diferencia de otras Comunidades Autónomas como la de Aragón -Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón- o la de Castilla y León -Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras-), no hay un plazo específico por lo que es aplicable la previsión del artículo 21 de la LPAC en cuanto al plazo de tres meses.

La propia STC 68/2021 (FJ 9º) indica que:

“Solo es constitucionalmente legítimo que el legislador estatal prevea la aplicación de sus normas a las comunidades autónomas allí donde se halla habilitado por un título competencial específico que le permita disponer tal cosa. Como el tribunal ha declarado, la cláusula de supletoriedad no permite que el derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia; el Estado no puede, excediendo el tenor de su título competencial en materia de contratación pública y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los estatutos a las comunidades autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias (STC 118/1996, FFJJ 6 y 8)”.

Es decir, si la Comunidad de Madrid no regula la duración del procedimiento se produce el supuesto factico previsto en el artículo 21.1 de la LPAC “cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo”, con la subsiguiente aplicación del plazo de tres meses. La aplicación de esa regla básica supone la inexistencia de laguna y por tanto hace innecesario acudir al derecho estatal no básico (artículo 212.8 de la LCSP/17 tras la STC 68/2021) como supletorio.

Este criterio es asimismo compartido por el Consejo Consultivo de Galicia en sus dictámenes 19/2021, de 28 de abril y 240/2021, de 1 de septiembre.

Todo ello conduce a que, habiéndose iniciado el procedimiento de resolución contractual el 15 de julio de 2021, la caducidad se produjo el día 15 de octubre. Por ello no procede la resolución del contrato.

La caducidad de este procedimiento no impide que el órgano de contratación, si lo estima oportuno, pueda proceder a la incoación de un nuevo expediente de resolución contractual, en el que deberá recabarse el informe de la Intervención Municipal; deberá remitirse el contrato formalizado con la concesionaria, acreditarse la forma en que

se constituyó la garantía y remitir cualquier documentación que fundamente la resolución del contrato, evitando en los términos indicados la motivación “*in aliunde*” desde el inicio del procedimiento.

En caso de acordarse la suspensión del procedimiento al amparo del artículo 22.1, d), deberá realizarse la comunicación de la suspensión a todos los interesados, siempre teniendo en cuenta que la suspensión opera desde que la petición de dictamen (que es lo que debe comunicarse a los interesados) es registrada de salida del ayuntamiento.

Además, deberá redactarse una propuesta de resolución en los términos indicados en la consideración de derecho segunda de este dictamen.

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

CONCLUSIÓN

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

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 23 de noviembre de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 609/21

Sra. Alcaldesa de Collado Villalba

Pza. de la Constitución, 1 – 28400 Collado Villalba