

Dictamen nº: **187/23**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **13.04.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 13 de abril de 2023, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Madrid, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de concesión de obra pública del “Complejo Deportivo Los Prunos”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 14 de marzo de 2023 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Madrid.

A dicho expediente se le asignó el número 151/23 comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

La ponencia ha correspondido por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Silvia Pérez Blanco, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en la sesión celebrada el día indicado en el encabezamiento.

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

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

En el expediente remitido a este órgano consultivo, no figuran los PCAP; si bien del propio expediente administrativo se colige el contenido de las diversas cláusulas invocadas.

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

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

La obligatoriedad del pago del canon anual por la adjudicataria - una vez finalizadas las obras- era de 314.053 euros, incrementándose según el IPC anual, el resto de las anualidades del plazo de la concesión.

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

3.- Por el secretario del distrito de Hortaleza se acuerda, el 3 de octubre de 2022, incoar procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento de la cláusula vigesimotercera de los PCAP, al haberse producido de manera reiterada, el impago del canon que debe abonar anualmente la empresa adjudicataria. Y se propone:

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

- Otorgar trámite de audiencia al concesionario y al avalista.

- En caso de formularse oposición por parte del contratista, solicitar Dictamen al “órgano consultivo” de la comunidad autónoma (sic).

Este acuerdo consta notificado a la concesionaria y a la entidad avalista.

El día 27 de octubre de 2022, se presentó escrito de alegaciones (folios 65 y ss.) por la contratista en las que manifiesta expresamente su oposición a la resolución del contrato.

Recuerda que la obligación del pago del canon anual ha quedado en suspenso, pues el Juzgado de lo Contencioso nº 15 de Madrid estimó la medida solicitada por la mercantil mediante el Auto de 28 de febrero de 2018, dictado en la Pieza de Medidas Cautelares (procedimiento ordinario 31/2017) que acordó:

“Haber lugar a adoptar la medida cautelar propuesta por la mercantil recurrente, es decir, a dejar en suspenso, hasta tanto el proceso principal que aquí nos ocupa quede definitivamente enjuiciado, tanto el pago del canon concesional, como el ejercicio de acciones por parte del Ayuntamiento para cobrar lo que la concesionaria le venga adeudando”.

Y que dicha medida cautelar fue confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 28 de junio de 2018.

Además, señala que por el Ayuntamiento de Madrid se pretendió en el procedimiento de Ejecución de Títulos Judiciales 130/2021 (del Procedimiento Ordinario 31/2017), que se compensara el pago de la cantidad debida a la concesionaria, con la cantidad adeudada por ésta en concepto del canon, lo cual fue expresamente desestimado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 15 de Madrid, mediante Auto de fecha 15 de febrero de 2022.

Que, en consecuencia, el ayuntamiento no está legitimado para reclamar el canon no abonado por la concesionaria, ni para instar la resolución del contrato, ya que concurre un incumplimiento previo por su parte. Alega que dicha excepción de creación jurisprudencial, está admitida en los artículos 1124, 1100, 1154 y 1157 del Código Civil.

Que, pese a todo ello, el Decreto de 4 de octubre de 2022 considera en su antecedente de hecho cuarto, que la concesionaria tiene pendiente de pago del canon una serie de cantidades en diversos años.

Que ha presentado en dos procedimientos judiciales en curso, sendas solicitudes de medidas cautelares (adjunta la primera página de ambas peticiones presentadas por Lexnet el 19 de octubre de 2022) pidiendo paralizar el decreto de 4 de octubre de 2022. Así, en el P. Ordinario 200/2017 ante el Juzgado Contencioso Administrativo nº 26 de Madrid, y en el P. Ordinario 368/2021 ante el Juzgado Contencioso Administrativo nº 12 de Madrid, en las que se interesa se adopten las medidas cautelares del artículo 131 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, acordando hasta que dichos procesos no queden definitivamente enjuiciados y ejecutados, la suspensión temporal de (...) la acción de resolución contractual a instancia del Ayuntamiento de Madrid, basada en el impago de dicho canon u otras cantidades.

4.- Por el secretario del Distrito de Hortaleza se informan las alegaciones presentadas, el 22 de noviembre de 2023, señalando que la excepción invocada por la empresa concesionaria *exceptio non rite adimpleti contractus* está basada en normativa y jurisprudencia civil, y que como estamos en un contrato administrativo no es de aplicación.

Que, en todo caso, el ayuntamiento sí ha cumplido sus obligaciones y ha consignado judicialmente todas las cantidades que estaba obligado a pagar en virtud de resoluciones judiciales: por un lado, 2.309.978,08 € correspondientes al principal; y por otro, 288.589,03 € de intereses; y que estas cantidades son correctas (providencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 15 de Madrid de 21 de octubre de 2022).

Que la empresa contratista está incumpliendo su obligación de pagar el canon anual, obligación esencial cuyo incumplimiento es causa de resolución, y que en consecuencia, deben desestimarse las alegaciones presentadas contra el acuerdo de inicio de resolución contrato administrativo de concesión de obra pública del “Complejo Deportivo Los Prunos” y solicitar al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (sic) el dictamen preceptivo de acuerdo con lo establecido por el artículo 109.1 d) del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, previa suspensión del plazo máximo para la resolución del procedimiento en los términos del artículo 22.1 d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

5.- Por el concejal del Distrito de Hortaleza se firma el mismo 22 de noviembre de 2022, el decreto por el que se acuerda (folio 106):

Suspender el plazo máximo para resolver el procedimiento del presente expediente de resolución contrato administrativo de concesión de obra pública del “Complejo Deportivo Los Prunos”, por el tiempo que medie entre la petición del dictamen *de la Comisión Consultiva de la Comunidad de Madrid* (sic) y la recepción del mismo, sin que pueda exceder de tres meses, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) en relación con el 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Y notificar al interesado el presente decreto.

Consta aceptada la notificación por la empresa contratista el mismo 22 de noviembre de 2022 (folio 107). No figura en el expediente la comunicación de este decreto al avalista.

6.- Con esa misma fecha, de 22 de noviembre de 2022, el concejal delegado del distrito de Hortaleza solicita a la Asesoría Jurídica del

Ayuntamiento la emisión del oportuno informe, solicitud registrada de entrada en ésta el 23 de noviembre de 2022.

Se emite informe por la Asesoría Jurídica (folios 110 a 119) firmado el 23 de febrero de 2023 por la letrada-jefa con el Vº Bº de la subdirectora general de lo Consultivo, favorable a la propuesta de resolución condicionado a: que se precisen los apartados de los artículos 111 y 264 del TRLCAP, así como corregir la ley citada respecto del artículo 266 a los efectos de la resolución del contrato que es el TRLCAP; a que se incorpore al expediente la documentación acreditativa de las fechas de consignación judicial por el ayuntamiento de las cantidades debidas (principal e intereses); además de incorporarse al expediente las resoluciones judiciales a las que los informes hacen referencia.

7.- Tras la emisión del informe por la Asesoría Jurídica, se formula el 24 de febrero de 2023, propuesta de resolución en la que se propone:

«a la vista de los hechos y los fundamentos de derecho que anteceden, desestimar las alegaciones presentadas por la mercantil AQA WELLNESS S.L. contra el acuerdo de inicio de resolución contrato administrativo de concesión de obra pública del “Complejo Deportivo Los Prunos” dictado por el Concejal Presidente del Distrito de Hortaleza de fecha 4 de octubre de 2022 y solicitar al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid el dictamen preceptivo de acuerdo con lo establecido por el artículo 109.1, d) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, previa suspensión del plazo máximo para la resolución del procedimiento en los términos del artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas».

TERCERO.- En ese estado del procedimiento, la coordinadora general de la Alcaldía firma -el 10 de marzo de 2023- la petición de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, dirigida al consejero Administración Local y Digitalización. El 13 de marzo de 2023, el consejero de Administración Local y Digitalización firma la solicitud de dictamen que tuvo entrada en el registro de este órgano consultivo al día siguiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre: *“la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) Expedientes tramitados por las entidades locales sobre: (...) resolución de los contratos administrativos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público”*.

La solicitud de dictamen se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora por el consejero de Administración Local y Digitalización, órgano competente para ello, por mor del artículo 18.3 b) del ROFCJA.

La empresa contratista ha formulado su oposición a la resolución del contrato, y por ello, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión *ex artículo 191.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y

del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP/17).

El presente dictamen se emite dentro del plazo legal.

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se formalizó en 2006, por lo que de conformidad con la disposición transitoria primera 2 de la LCSP/17 se regirá, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior; que en este caso, sería el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Sin embargo, por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento del acuerdo de inicio de la resolución del contrato, que en nuestro caso es de 2022, por lo que el procedimiento que ha de aplicarse es el de la LCSP/17. De esta forma, su artículo 212.1 establece que *“la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”*. Ante la falta de desarrollo reglamentario en este aspecto, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del RGLCAP, referido al procedimiento para la resolución de los contratos, vigente en lo que no se oponga a la ley.

Ahora bien, tal y como hemos señalado en nuestro dictamen 174/23, de 13 de abril, en cuanto al régimen jurídico aplicable, esta Comisión no desconoce que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en diversas sentencias (v.gr. la Sentencia de 14 de abril de 2021, (procedimiento ordinario 988/2019), considera que la normativa aplicable tanto desde el punto de vista sustantivo como del

procedimiento de resolución contractual, es “*la vigente a la fecha de formalización del contrato*”. No obstante, contra esta sentencia se ha interpuesto recurso de casación por la Comunidad de Madrid, admitido a trámite por Auto de 6 de julio de 2022 (recurso 4289/2021).

Sin perjuicio de lo que se resuelva en este recurso de casación, seguiremos mientras tanto, el criterio mantenido por esta Comisión Jurídica Asesora (coincidente con el que sostiene el Consejo de Estado, entre otros, en su Dictamen 167/2021, de 25 de marzo), por lo que en este caso, como ya hemos apuntado, habrá que estar al procedimiento de resolución de la LCSP/17; cuyo artículo 190 señala “*dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta*”.

El artículo 191.1 de la LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además, debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGLCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”, como es el caso.

En el supuesto que nos ocupa, consta efectivamente realizado el trámite de audiencia a la contratista, que efectuó alegaciones y también fue notificado a la entidad avalista.

Además, el informe del servicio jurídico a que se refiere el artículo 191.2 de la LCSP/17, al tratarse del Ayuntamiento de Madrid, es el de su Asesoría Jurídica, pues rige la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid. Así, consta solicitado el informe a dicha Asesoría el 23 de noviembre de 2022 y se ha emitido conforme a su artículo 28, el 23 de febrero de 2023.

Con posterioridad a dicho informe, se ha redactado una propuesta de resolución por el jefe del Servicio Jurídico del distrito de Hortaleza, firmada el 24 de febrero de 2023.

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

Para finalizar el *iter* procedimental, el artículo 191.3 de la LCSP/17 dispone que es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por ello, al haberse formulado oposición por el contratista es preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

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.

En relación a dicho plazo para resolver el procedimiento de resolución de un contrato administrativo, tras la STC 68/2021, de 18 de marzo, esta Comisión Jurídica Asesora ha venido señalando insistentemente en numerosos dictámenes desde el 576/21, de 10 de noviembre; 162/22, de 22 de marzo; 514/22, de 4 de agosto; o el más reciente 120/23, de 9 de marzo, que es de tres meses, *por mor* del artículo 21 de la LPAC, al no existir regulación al respecto en la Comunidad de Madrid.

Respecto de la suspensión de dicho plazo por aplicación del artículo 22.1 d) de la LPAC, consta en el expediente administrativo que

hubo una resolución de fecha 22 de noviembre de 2022, de suspensión del plazo para resolver el procedimiento, notificada solo al contratista (folio 107). Obsérvese que, tal y como se dice en su apartado primero, la suspensión del plazo para resolver y notificar el procedimiento es *“por el tiempo que medie entre la petición de dictamen de la Comisión Consultiva de la Comunidad de Madrid (sic) y la recepción del mismo...”*.

Pues bien, a continuación de la adopción del acuerdo de suspensión, el concejal del Distrito de Hortaleza solicitó informe a la Asesoría Jurídica del ayuntamiento y no a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, como indicaba el acuerdo de suspensión. Dicha solicitud supone la práctica de un nuevo trámite que levanta la suspensión acordada. Por tanto, cuando el informe fue emitido por la Asesoría Jurídica el 23 de febrero de 2023, el procedimiento de resolución del contrato ya estaba caducado, al haber transcurrido más de tres meses desde el acuerdo de inicio del procedimiento.

No obstante, la caducidad del procedimiento no impide el inicio de un nuevo procedimiento de resolución si el órgano competente lo considera necesario.

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

CONCLUSIÓN

El procedimiento de resolución del contrato de concesión de obra pública del “Complejo Deportivo Los Prunos” 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 13 de abril de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 187/23

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid