

Dictamen nº: **243/23**
Consulta: **Alcaldesa de Móstoles**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **11.05.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 11 de mayo de 2023, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Móstoles, 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 de la concesión de uso privativo de bienes de dominio público para la redacción de proyecto, estudio de seguridad y salud, dirección y ejecución de las obras de equipamiento, dotación, explotación, conservación y mantenimiento (gestión integral) de un complejo deportivo en la Parcela Municipal D-4, de Parque Coímbra (c/ Eucalipto), de Móstoles, por incumplimiento de la concesionaria U.T.E. OPADE-COBRA SERVICIOS AUXILIARES, S.A., al existir oposición por parte del contratista.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 11 de abril 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 Móstoles.

A dicho expediente se le asignó el número 185/23 y la ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Francisco

Javier Izquierdo Fabre, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 11 de mayo de 2023.

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

1. Tras la fiscalización previa por la Intervención municipal el 20 de febrero de 2006, la aprobación del correspondiente expediente fue acordada por el órgano de contratación con fecha 21 de febrero de 2006. El 20 de junio de 2006, a propuesta de la Mesa de Contratación, la adjudicación fue efectuada a favor de la U.T.E. OPADE-COBRA SERVICIOS AUXILIARES, S.A.

El 25 de julio de 2006 se suscribe el correspondiente contrato de concesión, por el que se otorga a la U.T.E. OPADE - COBRA SERVICIOS AUXILIARES, S.A. la concesión de uso privativo de bienes de dominio público para la redacción de proyecto, estudio de seguridad y salud, dirección y ejecución de las obras de equipamiento, dotación, explotación, conservación y mantenimiento (gestión integral) de un complejo deportivo en la Parcela Municipal D-4, de Parque Coimbra (c/ Eucalipto), de Móstoles.

El canon ofertado se fija en la cantidad de 15.000 euros anuales, que será incrementado cada año con el IPC, y se abonará íntegramente desde el primer año de inicio de la actividad. El plazo de la concesión será de cuarenta años, con carácter improporcional, a contar desde la puesta en servicio del complejo deportivo. Para responder del cumplimiento del contrato, se deposita aval por la compañía ACC, SEGUROS Y REASEGUROS DE DAÑOS, S.A., por importe de 1.500 euros, en concepto de fianza definitiva.

En cuanto al ámbito funcional del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares rector del contrato (en adelante PCAP),

determina que “durante el plazo concesional, el contrato comprenderá necesariamente las siguientes prestaciones:

La ejecución de obra nueva, conforme al proyecto redactado por el adjudicatario y aprobado por el Ayuntamiento.

La explotación de las obras e instalaciones conforme a su propia naturaleza, incluyendo la dotación y equipamiento de medios materiales y personales para el óptimo desarrollo de las actividades.

La prestación de los servicios y actividades exigidos en este pliego y aquellos otros propuestos por el licitador que resulte adjudicatario.

La conservación, mantenimiento y revisión de la edificación, maquinaria, mobiliario e instalaciones conforme a la normativa sectorial que le sea de aplicación, así como la adecuación, reforma y modernización de las obras para adaptarlas a las características técnicas y funcionales requeridas para el correcto desarrollo de las actividades. El incumplimiento de las revisiones y de las necesarias reparaciones de las instalaciones, así como la no presentación por el concesionario de los certificados necesarios al efecto, se considerará falta muy grave”.

Determina el punto 3 del PCAP que el contrato tiene carácter administrativo especial, de conformidad con el artículo 5.2.B del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio (TRLCAP) y, en todo lo no previsto en él, se estará a lo dispuesto en cualquier norma jurídica de ámbito municipal, autonómico o estatal en vigor o que pueda dictarse, que afecte al objeto y contenido de la concesión y, específicamente a las siguientes: Ley 7/85 de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, Real Decreto Legislativo 781/86 de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, Real Decreto 1372/86, de

13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, TRLCAP y 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.

En cuanto a la resolución contractual, la cláusula 21 dispone que “*son causas de resolución del contrato las siguientes:*

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

2. Por escrito de 18 de marzo de 2022, incorporado al expediente, la concesionaria hace constar lo siguientes hechos:

Mediante escrito de 2 de agosto de 2010, la UTE solicitó a la Delegación de Deportes del Ayuntamiento de Móstoles el reequilibrio económico de la concesión, acompañando al escrito un informe de evolución de la gestión de la concesión, del que resultaba que el total de la desviación producida en lo que se llevaba de concesión respecto a lo previsto, alcanzó la cifra negativa de 598.251,11 euros, como consecuencia de la necesidad de incrementar los abonados, de los bajos ingresos por alquileres y reservas y del incremento notable de los gastos por encima de las previsiones iniciales. La entidad señala que la solicitud de 2 de agosto de 2010 no fue atendida por la Corporación Local.

El escrito continúa señalando que la UTE solicitó el 2 de febrero de 2012 la cesión del contrato a la sociedad PARQUE COÍMBRA S.L., pendiente de constitución en ese momento, y cuyos socios serían los mismos que constituyeron la UTE. Además, y mediante escrito de 17 de mayo de 2012, la UTE MÓSTOLES-COÍMBRA solicitó, esta vez al órgano de contratación del Ayuntamiento de Móstoles, el reequilibrio económico-financiero de la concesión, justificándolo en la falta de

puesta en marcha del Plan Parcial de construcción de 2.352 nuevas viviendas en la zona afectada. La entidad refiere que dicha petición tampoco obtuvo respuesta por parte del ayuntamiento, y que la solicitud de cesión del contrato se reiteró, sin respuesta por parte del consistorio, mediante escrito de 31 de enero de 2013.

La concesionaria continúa relatando que el 26 de febrero de 2014, el ayuntamiento informó a la UTE MÓSTOLES-COÍMBRA de las condiciones a las que se encontraría sujeta la autorización de la cesión del contrato, a saber: que conllevara un interés económicamente cuantificable y que supusiera una mejora para el consistorio, de modo que el 31 de marzo de 2014, la UTE planteó al ayuntamiento incrementar la garantía de 1.500 euros a un importe de 20.000 euros. Sin embargo, según afirma la entidad, pues no hay constancia documental en el expediente, mediante informe de la Asesoría Jurídica y de la Intervención General del Ayuntamiento de Móstoles de 29 de abril de 2015, se propuso la denegación de la autorización de cesión del contrato.

El escrito expone que, tras una nueva solicitud de reequilibrio económico-financiero de la concesión el 8 de mayo de 2015, que no fue atendida, con fecha 23 de diciembre de 2015 la concesionaria propuso la resolución del contrato de mutuo acuerdo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 111 c) y 167 b) del TRLCAP. La entidad refiere que dicha petición fue reiterada el 20 de abril de 2018, expresando la renuncia de la UTE a la indemnización que pudiera corresponderle por todos los conceptos derivados de la liquidación del contrato, su renuncia a la devolución de la fianza prestada por valor de 1.500 euros y solicitando que se le eximiera de responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de la resolución y liquidación del contrato, comprometiéndose a continuar explotando la concesión hasta el 31 de diciembre de 2018, como máximo.

Según la entidad, el Ayuntamiento, mediante escrito de 13 de diciembre de 2018, exigió las siguientes condiciones:

1º.- Que la UTE MÓSTOLES-COÍMBRA siguiese explotando la concesión hasta que se formalizase el contrato con el nuevo adjudicatario.

2º.- Que todos los bienes objeto del contrato revertiesen a favor del Ayuntamiento sin carga para este.

3º.- Que la UTE verificase la situación de todos los trabajadores actuales, de manera que no tuviera responsabilidad el ayuntamiento respecto de los trabajadores ni cupiera subrogación de los mismos.

La entidad recoge en su escrito que el 16 de enero de 2019 puso de manifiesto que no aceptaba la propuesta de resolución del ayuntamiento por mutuo acuerdo, ante la falta de convocatoria efectiva de una nueva licitación por el consistorio.

Continúa señalando la concesionaria que el 12 de marzo de 2020 el ayuntamiento resolvió recomendar a los titulares de la explotación de los espacios mencionados, entre los que se encontraba el Complejo Parque Coímbra, que procedieran al cierre de las instalaciones por razones de emergencia sanitaria, de modo que el 31 de marzo de 2020 la UTE comunicó al ayuntamiento que el contrato había quedado suspendido debido a las medidas adoptadas por el Gobierno para hacer frente a la pandemia de la COVID-19.

Según la entidad, mediante escrito de 8 de octubre de 2020 comunicó al Ayuntamiento de Móstoles que durante el periodo de suspensión del contrato, derivado de la declaración del estado de alarma decretado por el Gobierno de España, se había provocado la imposibilidad de ejecutar la gestión integral del polideportivo objeto del contrato, cuantificándose el monto total soportado de daños y perjuicios

derivados de la suspensión del contrato en la cantidad de 254.437,86 euros, por lo que procedió de nuevo a solicitar el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión o, subsidiariamente, la compensación del pago del canon con los daños y perjuicios soportados.

La concesionaria manifiesta que el 23 de abril de 2021 instó de nuevo la resolución de mutuo acuerdo del contrato concesional, “*y no fue hasta el 11 de febrero de 2022, casi 10 meses después de haber solicitado la resolución del contrato concesional por mutuo acuerdo*”, cuando se le notificó el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Móstoles de inadmisión de la referida solicitud, dictado el 1 de febrero de dicho año.

En consecuencia, y tras este relato cronológico, la entidad solicita que el Ayuntamiento de Móstoles:

“- *Tenga por instada la resolución del contrato de 25 de julio de 2006, de concesión de uso privativo de bienes de dominio público para la gestión integral del polideportivo en la Parcela Municipal D-4 de Parque Coímbra en Móstoles, sin que la resolución contractual otorgue derecho al Ayuntamiento de Móstoles a reclamar cantidad alguna en concepto daños y perjuicios, al derivar la resolución del incumplimiento imputable a la Administración consistente en desatender su obligación de mantener el equilibrio económico-financiero del contrato concesional.*

- *Tenga por comunicada la interrupción de la prestación del servicio concesional por parte de la UTE MÓSTOLES-COÍMBRA, con efectos a partir del 30 de junio de 2022, indicándose que se procederá a comunicar a los trabajadores adscritos al contrato concesional su subrogación por parte del Ayuntamiento de Móstoles, titular del complejo polideportivo en la Parcela Municipal D-4 de Parque*

Coímbra en Móstoles, consistorio al cual pasarán a estar adscritos a partir de esa fecha, de acuerdo con el convenio colectivo aplicable”.

3. Mediante escrito de 30 de junio de 2022, la UTE MÓSTOLES-COÍMBRA comunica al Ayuntamiento de Móstoles que procede a:

“1. Entregar acta de presencia notarial en la que, además de incluir la documentación e información de relevancia para la explotación del centro deportivo Móstoles Coímbra, se aportan fotografías del buen estado del centro deportivo.

2. Entregar al Excmo. Ayuntamiento de Móstoles la siguiente documentación e información complementaria de relevancia para la explotación del centro deportivo Móstoles Coímbra:

a. Documentación complementaria relativa al personal adscrito a la instalación Centro Deportivo Móstoles Coímbra, de acuerdo a lo indicado en el Art. 25 del IV Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

b. Certificado de Inspección de Organismo de Control Autorizado relativo a las instalaciones eléctricas de alta tensión.

c. Certificados e informe relativos a la actuación de control de legionella, según el RO 865/2003.

3. Poner a disposición del Excmo. Ayuntamiento de Móstoles las llaves del centro deportivo, en aras a facilitar la continuidad de la gestión y explotación del mismo y en beneficio del interés público de los usuarios y trabajadores, todo ello sin perjuicio de la reserva de derechos y acciones por parte de UTE MÓSTOLES-COÍMBRA y las empresas miembros de la Unión Temporal respecto a la resolución del contrato por incumplimiento imputable a la Administración y los derechos económico-patrimoniales de la titularidad y construcción de

las instalaciones del centro deportivo, derivadas del contrato de concesión de uso privativo de bienes de dominio público para la gestión integral del polideportivo, en la Parcela Municipal 0-4 del Parque Coímbra en Móstoles, sujeto al TRPCAP, de aplicación al pliego y al contrato. Se hace entrega de sobre con juego de llaves.

4. Dar de baja los seguros de responsabilidad civil y daños, con fecha 21 de julio de 2022 y 1 de septiembre de 2022, respectivamente, en aras a proteger las instalaciones del centro deportivo, en tanto el Ayuntamiento asume la gestión integral del mismo. No obstante lo anterior, la UTE MÓSTOLES-COÍMBRA se ofrece a facilitar durante el periodo necesario para la asunción de la gestión integral del Polideportivo por parte del Ayuntamiento de Móstoles, estimado prudencialmente en tres meses, la vigilancia de las instalaciones, previa petición por parte del Ayuntamiento... ”.

TERCERO.- Al expediente de resolución se incorporan tres actas de la Policía Local de Móstoles, de fecha 1 de julio de 2022, que indican que ha cesado toda actividad deportiva en el interior de las instalaciones deportivas. Como consecuencia, y mediante oficio del concejal delegado de Deportes de 8 de julio de 2022 se ordena proceder a tramitar el correspondiente expediente que resuelva el contrato con la UTE MÓSTOLES-COÍMBRA, por incumplimiento del mismo.

Con fecha 12 de julio de 2022 emite informe el jefe del Servicio de Deportes del ayuntamiento quien, tras exponer los diferentes trámites relativos a la adjudicación de la concesión, señala que con fecha de 30 de junio del 2022, se ha podido comprobar que la concesionaria ha dejado de prestar servicio de las actividades deportivas interiores, entre las que se encuentran la sala fitness, la piscina cubierta, las salas polivalentes, manteniéndose sin actividad desde esa fecha. El informe indica que, tras la oportuna verificación, se ha comprobado que el centro de estética y cuatro de las ocho pistas de pádel están

funcionando a fecha de emisión del informe, a pesar del cierre parcial efectuado. El escrito continúa exponiendo que, según la cláusula 21 del PCAP, apartado g) del procedimiento de adjudicación de esta concesión, será causa de resolución del contrato “*el abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales*”. De igual modo, según el informante, el PCAP, en su cláusula 20, relativa al régimen disciplinario, en su apartado 1º h), considera como falta muy grave lo siguiente: “*cesar en la prestación de las actividades, salvo causa de fuerza mayor o huelga de personal de la empresa concesionaria (con la obligación de prestar los servicios mínimos dispuestos por el Ayuntamiento de Móstoles)*”.

En consecuencia, se informa favorablemente la resolución del contrato al considerar que existe incumplimiento del mismo por parte de la UTE MÓSTOLES-COÍMBRA, al cesar la prestación de las actividades de fitness, de natación y de las salas polivalentes.

El 15 de julio de 2022 emite informe el secretario general del Ayuntamiento de Móstoles refiriendo que, de la lectura de los pliegos y del propio contrato, resulta confusa su calificación, pues ambos instrumentos califican el contrato de tres maneras distintas: como contrato administrativo de gestión de servicio público, de conformidad con el art. 156 del TRLCAP; como contrato administrativo especial, de conformidad con el artículo 5.2.B del TRLCAP y, finalmente, como concesión demanial, tal y como se recoge en el párrafo 1º de la cláusula 1 del PCAP.

Al respecto, refiere el secretario en su informe que es preciso realizar una interpretación del contrato para determinar su verdadera naturaleza y argumenta que «*debemos indicar que en la cláusula 18 del pliego (derechos del concesionario) no figura como derecho de la concesionaria el reequilibrio económico financiero de la concesión. Es*

más, tampoco existe un instrumento sobre el que poder determinar un desajuste económico, ya que no hay un estudio de viabilidad previo a la licitación de la concesión. Ante esta situación, debe entenderse que la explotación de la concesión se hace a riesgo y ventura de la concesionaria y así es como se ha considerado por parte del Ayuntamiento desde la adjudicación de la concesión. En consecuencia, el contrato ha sido tratado como concesión demanial, donde la concesionaria ha asumido en todo momento las ventajas de las ganancias y los problemas de las pérdidas, es decir, el riesgo y ventura de la concesión... De hecho, la cláusula 16 del Pliego, en su párrafo 1º, establece lo siguiente: "El contrato no se entenderá cumplido por el contratista hasta que no haya transcurrido el plazo y realizado la totalidad de su objeto, ejecutándose a su riesgo y ventura, salvo causa de fuerza mayor".

El secretario municipal concluye que, dado que el informe del jefe de Servicio de Deportes pone de manifiesto que la concesionaria ha cesado la explotación de la actividad deportiva de interior en fecha 1 de julio de 2022, tal y como corroboran también los informes de la Policía Local que obran en el expediente, e incluso la propia UTE ya anunciaba este cese definitivo de la explotación en sus escritos de 18 de marzo y 30 de junio de 2022, "este abandono indubitable, indefinido y definitivo de la explotación es causa de resolución del contrato ...".

CUARTO.- Tras la correspondiente propuesta de la concejala delegada de Presidencia y Desarrollo Urbano, la Junta de Gobierno Local, en su reunión de 26 de julio de 2022, adopta el siguiente acuerdo:

"Primero.- Acordar la iniciación del expediente de resolución por incumplimiento de la concesionaria del contrato para la explotación de un complejo deportivo en la parcela municipal 0-4 de Parque Coímbra.

Segundo.- Notificar el presente acuerdo a la concesionaria, U.T.E OPADE ORGANIZACIÓN Y PROMOCIÓN DE ACTIVIDADES DEPORTIVAS, S.A. Y COBRA SERVICIOS AUXILIARES, S.A. para que en el plazo de 10 días hábiles, a contar desde el día siguiente a la notificación, la concesionaria pueda realizar cuantas alegaciones estime oportunas.

Tercero.- La tramitación de este expediente se realiza con independiente de la posterior tramitación del expediente que determine la incautación de la garantía definitiva, la imposición de sanción y la determinación de daños y perjuicios que se le hubieran podido occasionar al Ayuntamiento, en su caso...”.

El acuerdo es notificado a la entidad adjudicataria el 27 de julio de 2022.

Con fecha 23 de agosto de 2022, la contratista presenta escrito de alegaciones, en el que señala que la resolución del contrato no se debe a causas imputables al contratista, sino a la Administración, que ha incumplido reiteradamente sus obligaciones al no haber atendido ninguna de las reclamaciones de reequilibrio concesional solicitada ni las medidas propuestas por la entidad en los últimos años, de modo que dice encontrarse en una situación de patente inviabilidad económica de la explotación de la concesión.

La entidad alega que no ha habido abandono del servicio a efectos de la cláusula 16 del PCAP, sino que ha habido un incumplimiento persistente y real del Ayuntamiento de Móstoles, que ha imposibilitado la ejecución del servicio ya que, en incontables ocasiones desde mediados del año 2010, se le ha solicitado el reequilibrio económico de la concesión ante las pérdidas, cercanas a los veintiún millones de euros, que el polideportivo ha generado.

El escrito expone que, si bien el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato no recoge expresamente el mantenimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, *“este es consustancial a ese título contractual, o lo que es lo mismo, a la limitación del principio de riesgo y ventura del contratista y el Ayuntamiento no puede escudarse en dicho principio para trasladar a mi representada las pérdidas económicas de la explotación...”*.

Por otro lado, la UTE afirma que, dado que desde el 1 de julio se ha seguido prestando la actividad de pádel en el interior de las instalaciones, actividad que forma parte del objeto del contrato de acuerdo a lo recogido en los pliegos, no se ha dado incumplimiento alguno, y mucho menos culpable, por parte del contratista, por lo que no procede exigir ningún tipo de indemnización en el sentido que sugiere la Administración.

Con fecha 31 de agosto de 2022 emite informe el secretario general en contestación a las alegaciones de la contratista, oponiendo que la resolución de la concesión obedece a un hecho fáctico indubitable que es el abandono de las instalaciones deportivas, y así lo comunicaron ellos mismos al Ayuntamiento en el escrito de 18 de marzo de 2022, de modo que, pesar de este requerimiento, la concesionaria cerró la instalación deportiva e, incluso, hizo entrega de las llaves de la instalación deportiva el 30 de junio de 2022.

El informe indica que, además, el hecho objetivo que genera la resolución de la concesión es el abandono de la misma, pues constituye una evidente causa de resolución de la concesión y, por lo tanto, la Administración se encuentra obligada a resolver contrato con la mayor celeridad posible para no ocasionar perjuicios al interés público.

Por otro lado, según el secretario general de la entidad local, la continuación de la actividad exclusivamente en las pistas de pádel en

ningún caso puede suponer la continuación real de la actividad, ante el abandono y cierre de la totalidad del complejo deportivo, compuesto por gimnasio, piscina, cafetería y todo lo que conlleva una instalación de estas dimensiones.

Por último, y ante la alegación de la concesionaria sobre la improcedencia de incautar la garantía o exigir cualquier tipo de indemnización por daños y perjuicios, el informante indica que estos aspectos no se dilucidan en este expediente, pues será una vez que se puedan determinar la totalidad de daños y perjuicios, si los hay, cuando se tramite y se resuelva el expediente relativo a la devolución o incautación de la fianza y relativo a la determinación de los daños y perjuicios, en caso de que se determinase que se han producido los mismos.

Finalmente, con fecha 6 de septiembre de 2022, la concejala de Presidencia y Desarrollo Urbano eleva a la Junta de Gobierno Local propuesta de resolución del expediente, en la que establece que procede:

“Primero.- Desestimar las alegaciones presentadas por la concesionaria, U.T.E OPADE ORGANIZACIÓN Y PROMOCIÓN DE ACTIVIDADES DEPORTIVAS, S.A. Y COBRA SERVICIOS AUXILIARES, S.A. motivada en el fundamento jurídico tercero de la presente resolución, en conexión con el informe 13/2022 de Secretaría General de fecha 31 de agosto de 2022.

Segundo.- Acordar la resolución por incumplimiento de la concesionaria del contrato para la explotación de un complejo deportivo en la parcela municipal D-4 de Parque Coímbra.

Tercero.- La tramitación de este expediente se realiza con independiente de la posterior tramitación del expediente que determine la incautación de la garantía definitiva, la imposición de

sanción y la determinación de daños y perjuicios que se le hubieran podido ocasionar al Ayuntamiento, en su caso.

Cuarto.- Notificar el presente acuerdo a la concesionaria y los departamentos municipales competentes”.

Remitido el expediente a esta Comisión Jurídica Asesora, se emite el Dictamen 611/22, de 4 de octubre, en el que se hace constar que “*...procede la retroacción del procedimiento para otorgar la preceptiva audiencia a la entidad avalista...De igual modo, se ha advertido la ausencia del informe de la Intervención municipal, exigido por el ya citado artículo 114.3 TRRL, que deberá incorporarse también al expediente, así como todos aquellos antecedentes de hecho contenidos en el escrito de la entidad concesionaria de 18 de marzo de 2022, que no han sido remitidos para la emisión del presente dictamen. Tras la realización de los trámites señalados, deberá darse nueva audiencia a la concesionaria y redactar una nueva propuesta de resolución para su remisión, junto con el resto del expediente, a esta Comisión Jurídica Asesora”.*

Además, se señala en el dictamen que la eventual caducidad del expediente, al no haberse acordado su suspensión para solicitar tal dictamen, tendría lugar el 26 de octubre de 2022.

QUINTO.- Como consecuencia, y con fecha 24 de enero de 2023, la Junta de Gobierno Local adopta el siguiente Acuerdo:

“Primero.- Acordar la caducidad del procedimiento para la resolución por incumplimiento de la concesionaria (U.T.E Opade Organización y Promoción de Actividades Deportivas, S.A. y Cobra Servicios Auxiliares, S.A. del contrato para la explotación de un complejo deportivo en la parcela municipal D-4) de Parque Coímbra.

Segundo.- Instar al Servicio de Deportes a que realice las actuaciones pertinentes para resolver el contrato y pronunciar se sobre la incautación de la garantía y sobre los posibles daños y perjuicios que hayan podido producirse por el incumplimiento de la concesionaria.

Tercero.- Notificar el presente acuerdo a la concesionaria y los departamentos municipales competentes”.

El 2 de febrero de 2023 el concejal de Deportes dicta providencia instando el inicio de un nuevo procedimiento de resolución contractual por incumplimiento de la concesión.

Se ha incorporado al expediente un informe técnico del jefe del Servicio de Deportes, de fecha 2 de febrero de 2023, quien reitera el contenido del ya emitido el 12 de julio de 2022 y, así, refiere que el 30 de junio del 2022 se pudo comprobar que la concesionaria había dejado de prestar servicio de las actividades deportivas interiores, entre las que se encuentran la sala fitness, la piscina cubierta, las salas polivalentes, manteniéndose sin actividad desde esa fecha, si bien, tras la oportuna verificación, se ha comprobado que el centro de estética y cuatro de las ocho pistas de pádel están funcionando a fecha de emisión del informe, a pesar del cierre parcial efectuado.

En consecuencia, de conformidad con la cláusula 21 del PCAP y teniendo en cuenta que es causa de resolución del contrato “*el abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales*”, y que se considera como falta muy grave, según el apartado 1º h de su cláusula 20, relativa al régimen disciplinario, “*cesar en la prestación de las actividades*”, se informa favorablemente la resolución del contrato al considerar que existe incumplimiento del mismo por parte de la UTE MÓSTOLES-COÍMBRA, al cesar la prestación de las actividades de fitness, de natación y de las salas polivalentes.

En la misma fecha, 2 de febrero de 2023, emite informe el secretario general del Ayuntamiento de Móstoles, con un contenido también idéntico al emitido el 15 de julio de 2022, y en el que, tras aludir a la verdadera naturaleza de la concesión y relatar los diversos trámites del procedimiento de resolución contractual, concluye que, con base en el informe del jefe del Servicio de Deportes municipal, “*este abandono indubitable, indefinido y definitivo de la explotación es causa de resolución del contrato ...*”.

El 7 de febrero de 2023 la Junta de Gobierno Local adopta el siguiente Acuerdo:

“Primero.- Acordar la iniciación del expediente de resolución por incumplimiento de la concesionaria del contrato para la explotación de un complejo deportivo en la parcela municipal 0-4 de Parque Coímbra.

Segundo.- Acordar el inicio de expediente para la incautación de la garantía definitiva por incumplimiento de contrato.

Tercero.- Notificar el presente acuerdo a la concesionaria, U.T.E OPADE ORGANIZACIÓN Y PROMOCIÓN DE ACTIVIDADES DEPORTIVAS, S.A. Y COBRA SERVICIOS AUXILIARES, S.A. y a la entidad avalista del contrato para que en el plazo de 10 días naturales, a contar desde el día siguiente a la notificación, la concesionaria pueda realizar cuantas alegaciones estime oportunas.

Cuarto.- Una vez presentadas las alegaciones en su caso se remitirá el expediente a la Intervención General y a Secretaría General para la emisión de ambos informes de valoración de la propuesta de acuerdo y alegaciones de los interesados y de este modo poder remitir el expediente a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid para su informe.

Quinto.- Notificar el presente acuerdo a los departamentos competentes".

La notificación a la entidad adjudicataria tiene lugar el 10 de febrero de 2023. Se realizan también tres notificaciones infructuosas a la entidad avalista (Compañía ACC, Seguros y Reaseguros de Daños S.A.) los días 10, 20 y 21 de febrero de 2023, por lo que se procede a la publicación en el BOE el 13 de marzo de 2023. Advertida la fusión de "Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros S.A." con la anterior mercantil, se notifica también el acuerdo a "Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros S.A." Esta notificación sí es recibida el 13 de marzo de 2023.

La concesionaria presenta alegaciones en fecha 23 de febrero de 2023, señalando que la resolución del contrato no se debe a causas imputables al contratista, sino a la Administración, que ha incumplido reiteradamente sus obligaciones, pues no ha atendido ninguna de las reclamaciones de reequilibrio concesional solicitadas ni las medidas propuestas en los últimos años, encontrándose la empresa en una situación de patente inviabilidad económica de la explotación de la concesión. La entidad aporta una copiosa jurisprudencia en apoyo de sus argumentos y reitera que ha cumplido en todo momento sus obligaciones, no procediendo que se le impute un incumplimiento conforme a las cláusulas 16 y 21 del pliego y los apartados g) y h) del artículo 111 del TRLCAP.

Además, la entidad manifiesta que ha existido una continuidad de la prestación de la actividad deportiva en las instalaciones, ya que desde el 1 de julio de 2022 se ha seguido prestando la actividad de pádel en el interior, actividad que forma parte del objeto del contrato, de acuerdo a lo recogido en los pliegos. Por último, se alega la improcedencia de incautar la garantía o exigir cualquier tipo de indemnización de daños y perjuicios.

Con fecha 2 de marzo de 2023, emite informe la Secretaría General del ayuntamiento desestimando las alegaciones, pues, por un lado, según refiere el informe, es la propia entidad la que cierra las instalaciones y entrega las llaves el 30 de junio de 2022, abandonando la concesión. Además, según indica el secretario general, el hecho de que continúe la actividad en las pista de pádel no implica la continuidad total de la prestación, máxime tomando en consideración que ni siquiera tal actividad es explotada por la propia concesionaria.

Por su parte, con fecha 27 de marzo de 2023 la Intervención municipal remite escrito, en el que afirma que no procede la emisión de su informe al estimar incompleto el expediente, pues, por un lado, “*constan en el expediente 2 intentos de notificación del acuerdo de 7 febrero de 2023 al avalista, notificaciones infructuosas. No consta nada más al respecto en el expediente ni a la posibilidad de continuar el expediente sin referencias al avalista*”. Por otro lado, según la interventora, “*Móstoles está dentro del ámbito de aplicación del Título X de la LRBRL (municipios de gran población) de forma que, la Disposición Adicional octava de la misma establece que en estos municipios e) las funciones que la legislación sobre contratos de la Administraciones públicas asigna a los secretarios de los ayuntamientos, corresponderán al titular de la asesoría jurídica. No consta tal informe en el expediente*”.

Finalmente, el 4 de abril de 2023 la Junta de Gobierno Local adopta el siguiente Acuerdo:

“*Primero.- Acordar la petición de dictamen en relación con este expediente a la Comisión Jurídica Asesora de Ja Comunidad de Madrid.*

Segundo.- Acordar la suspensión del plazo máximo para resolver desde la petición del indicado informe hasta la recepción del mismo por este ayuntamiento. Este plazo de suspensión no podrá exceder

en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento.

Tercero.- Emitido el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora y antes de la resolución se completará el expediente con nuevo informe de Intervención para que complete el informe ya emitido e Informe de la Asesoría Jurídica para que complete los dos informes jurídicos emitidos por el Secretario General.

Cuarto.- Notificar el presente acuerdo a la concesionaria, U.T.E Opade Organización y Promoción de Actividades Deportivas, S.A. y Cobra Servicios Auxiliares, S.A. y a la entidad avalista del contrato”.

Consta en el expediente la notificación del acuerdo a la entidad avalista y a la empresa concesionaria, los días 14 (publicación en el BOE del correspondiente edicto) y 25 de abril de 2023, respectivamente.

SEXTO.- Mediante oficio de 5 de abril de 2023, la alcaldesa del Móstoles remite el expediente para la emisión del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, que ha tenido entrada en el registro de este órgano consultivo, a través del consejero de Administración Local y Digitalización, el 11 de abril de 2023.

A la vista de tales antecedentes formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen ha sido formulada por un órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA y se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) e. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a

cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario”*.

El Ayuntamiento consultante considera preceptivo el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora al haber manifestado la contratista su oposición a que se resuelva por su incumplimiento la concesión de uso privativo de bienes de dominio público para la redacción de proyecto, estudio de seguridad y salud, dirección y ejecución de las obras de equipamiento, dotación, explotación, conservación y mantenimiento (gestión integral) de un complejo deportivo en la Parcela Municipal D-4, de Parque Coímbra (c/ Eucalipto), de Móstoles.

La normativa que resulta de aplicación a la presente concesión se recoge en el PCAP, que dispone que se rige por lo establecido en el propio pliego; por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP); por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL); por el texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (en lo sucesivo, TRRL); por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBCL); por el TRLCAP y por el Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

En cuanto al procedimiento a seguir para extinguir una concesión demanial, la normativa de patrimonio de las administraciones públicas no establece un procedimiento general, más allá de las particularidades que pueden recogerse en las normas sobre propiedades especiales, esto es, no existe un procedimiento concreto que sea aplicable, ni tampoco lo establece el PCAP.

Ante este vacío normativo, hay que acudir al TRLCAP, al que expresamente se remite el PCAP en el caso de lagunas y dudas interpretativas. De acuerdo con esta remisión de los pliegos al TRLCAP, parece lógico seguir el procedimiento para la resolución de los contratos que establece la normativa de contratación administrativa, lo que garantiza una mejor defensa de los derechos del interesado. En este sentido se ha pronunciado esta Comisión en nuestros dictámenes 34/16, de 21 de abril, 81/17 de 23 de febrero y 99/17 de 2 de marzo, entre otros, así como, anteriormente, se había manifestado el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (en sus dictámenes 86/14, de 26 de febrero y 307/14, de 9 de julio). Este es también el criterio seguido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia de 1 de junio de 2016 (rec. núm.: 668/2015).

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, tiene lugar en 2023 , por lo que el procedimiento que ha de aplicarse es el de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP/17). 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 de 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, como lo hacía el artículo 210 del TRLCSP, determina que: “*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*”.

Igualmente, el artículo 191 de la LCSP/17 dispone que sea preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por su parte, el artículo 109 del RGLCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos, dice que:

“*La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2*

de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

- a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.*
- b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.*
- c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.*
- d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”.*

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.

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 la Junta de Gobierno Local, que era el órgano de contratación a tenor de lo dispuesto los artículos 121 y siguientes de la LRBL, al tratarse de un municipio de gran población, por lo que la Junta de Gobierno Local es también el órgano competente para la resolución.

En cuanto al plazo para resolver el procedimiento, cuyo incumplimiento determina la caducidad conforme a lo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP/17, el criterio mantenido por esta Comisión ha resultado esencialmente modificado a partir de la Sentencia del

Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo, recaída a raíz de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón, que ha procedido a declarar la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LCSP/17 y ha afectado señaladamente a esta cuestión. En concreto, el artículo 212.8, fue impugnado al considerar que vulneraba la doctrina constitucional sobre la legislación básica, puesto que contendría una regulación de detalle o de procedimiento, que cercenaría la posibilidad de desarrollo legislativo por la Comunidad Autónoma de Aragón.

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

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

Tres. Se introduce un nuevo epígrafe en el apartado 3 del Anexo, que será el apartado 3.9.con la siguiente redacción: «3.9. Expedientes de

resolución contractual que se ríjan por la legislación sobre contratos públicos. Ocho meses. Caducidad (iniciados de oficio). Desestimatorio (iniciados a instancia del contratista)".

No obstante, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece el artículo 22.1 d) de la LPAC, que en dicho sentido sigue la pauta ya establecida en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse, entre otras circunstancias, en la siguiente: "... *Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento".*

Como ya se indicó, en el presente caso el inicio del expediente de resolución contractual tuvo lugar por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de febrero de 2023, se ha acordado la suspensión del procedimiento con efectos desde el 5 de abril de 2023, debidamente comunicada a los interesados, de modo que, a fecha de emisión del presente dictamen, el procedimiento de resolución de la concesión no ha caducado.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento en nuestro caso, se ha dado audiencia a la concesionaria, la cual formuló alegaciones oponiéndose a la resolución de la concesión por causa imputable a la empresa adjudicataria planteada por la Administración.

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. En este sentido, esta Comisión no comparte el primero de los argumentos que el citado órgano municipal aporta en su escrito para no reputar procedente su informe, pues consta en el expediente que se ha intentado la notificación a la entidad avalista en la forma legalmente prevista tanto del acuerdo de inicio como del trámite de audiencia, de la solicitud de dictamen y de la subsiguiente suspensión, de modo que se ha cumplimentado el trámite exigido en nuestro anterior dictamen, sin que la continuación o no del procedimiento pueda depender de la concreta voluntad del destinatario de la notificación en orden a su adecuada recepción.

Por otro lado, y en cuanto a la necesidad de informe de la Asesoría Jurídica municipal, si bien es cierto que la disposición adicional octava de la LRBRL le atribuye, en materia de contratos, las funciones que corresponden de ordinario a la Secretaría General del ayuntamiento, no lo es menos que se han incorporado al procedimiento dos informes de este último órgano, a quien, en todo caso, se le atribuye el ejercicio de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo, en relación con la legalidad del procedimiento y la justificación de la resolución contractual pretendida, de modo que el expediente no ha quedado huérfano de dicho asesoramiento. Eso sí, el acuerdo de la Junta de Gobierno Local por el que se solicita el presente dictamen prevé que el informe de la Asesoría Jurídica se incorpore posteriormente, tras la emisión de nuestro dictamen, ante lo cual cabe recordar que, tal y como hemos señalado reiteradamente (así nuestros dictámenes 311/17, de 27 de julio y 127/21, de 16 de marzo, entre otros) el informe preceptivo de esta Comisión está sujeto a unas exigencias formales que vienen desarrolladas en el artículo 19 del ROFCJA, en cuya virtud “*el informe preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora se debe solicitar cuando el*

expediente este completamente tramitado, en su caso, una vez adoptada la propuesta de resolución y antes de la decisión de la administración correspondiente”.

En todo caso, como también hemos sostenido en anteriores dictámenes, así el Dictamen 312/21, de 29 de junio, la omisión del informe de la Intervención municipal constituye una irregularidad no invalidante, determinante de anulabilidad (artículo 48.2 de la LPAC).

Es preciso también señalar que en la documentación remitida consta que la concejala de Presidencia y Desarrollo Urbano del ayuntamiento eleva la propuesta de resolución que consta en los folios 276 y 277 del expediente, de modo que, posteriormente, la Junta de Gobierno Local adopta el acuerdo de solicitud de dictamen. 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”.

Pues bien, en el presente supuesto el acuerdo de la Junta de Gobierno Local, si bien recoge los antecedentes fácticos, los apartados del pliego contractual que justifican la resolución y la normativa

aplicable, no formula una propuesta de resolución contractual en sentido estricto, sino una propuesta de solicitud de dictamen y de suspensión del procedimiento que, sin recoger de modo claro los hechos, causas y fundamentos de Derecho que justifican la resolución del presente contrato, ni siquiera identifica las consecuencias jurídicas y económicas que se derivan para ambas partes de la eventual resolución del contrato.

No obstante, los principios de eficacia y de seguridad jurídica que han de presidir la actuación de cualquier órgano y de cualquier Administración, nos impiden mantener la pendencia del presente expediente e impulsar una retroacción del procedimiento, sin perjuicio de recordar al Ayuntamiento de Móstoles que el cumplimiento de las normas de procedimiento garantiza siempre el acierto y la legalidad de la resolución que se dicte. En todo caso, cabe señalar que tales irregularidades procedimentales no han supuesto, en ningún caso, un menoscabo de los derechos del contratista en el presente expediente, pues ha tenido acceso a su contenido y ha podido alegar y acompañar la documentación oportuna durante el trámite de audiencia conferido al efecto.

TERCERA.- Conceptualmente, la resolución de los contratos es una de las prerrogativas de las que dispone la Administración en la fase de ejecución de los contratos administrativos ligada a la obligación de la Administración de velar por la satisfacción del interés público, que motivó la celebración del contrato.

En coherencia con tal misión, al igual que recoge el artículo 1124 del Código Civil respecto de las obligaciones sinalagmáticas, la Administración puede optar por exigir el cumplimiento del contrato (por ejemplo, mediante la imposición de penalidades) o bien proceder a su resolución. Deberá optar por esta posibilidad tan sólo en casos de incumplimientos graves, como ya declaró el Tribunal Supremo en las

sentencias de 16 de mayo de 1997 (recurso 12.105/1991) y 29 de mayo de 2000 (recurso 5639/1994). En definitiva, la decisión corresponde a la Administración y con ella habrá de buscar que el incumplimiento contractual origine el menor daño posible al interés público –Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de septiembre de 2003 (recurso 1892/1995)-.

Para la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de marzo de 2017 (recurso 1053/2016), la resolución requiere un incumplimiento grave, básico, en cuanto al no ejecutarse la conducta en qué consistía la prestación que conformaba el objeto contractual, quedaría frustrada su finalidad objetiva, sin que baste para justificarla el incumplimiento de simples obligaciones accesorias o complementarias. La sentencia concluye que, por tanto, la concurrencia de varios incumplimientos durante un extenso periodo de tiempo, pero que no afectan a la esencia de lo pactado, no permite la resolución, sino que aconseja la adopción de medidas menos gravosas.

En su Sentencia de 8 de marzo de 2018 (recurso 921/2015) el Tribunal Superior de Justicia de Madrid recuerda la doctrina fijada en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004, en cuanto a que: “*(...) la resolución implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado, que constituye un modo anormal de terminación de la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal. De acuerdo con dicha naturaleza el incumplimiento que justifica la resolución ha de ser sustancial, no basta con cualquier apartamiento de las obligaciones asumidas en el contrato, sino que ha de afectar a la obligación esencial de una de las partes en el caso de obligaciones bilaterales o recíprocas. Esto es, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto de la Sala Tercera como de la Primera del Tribunal Supremo, ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la*

prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato o haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista. O, dicho en otros términos, también en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones, que no impidan por su entidad alcanzar el fin del contrato”.

CUARTA.- Para analizar si existe en este caso ese incumplimiento sustancial requerido para resolver el contrato, ha de partirse del análisis de los pliegos contractuales aplicables que, según reiterada jurisprudencia, constituyen la ley del contrato y, una vez aprobados, vinculan tanto a los contratistas como a la propia Administración contratante.

En el presente, la propuesta de resolución considera que procede la resolución del contrato toda vez que la contratista ha incurrido en una causa de resolución prevista al efecto y particularmente recogida en la cláusula 21 del PCAP, apartado g) del procedimiento de adjudicación de esta concesión, conforme al cual, constituye causa de resolución del contrato “*el abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales*”.

A la hora de apreciar la concurrencia de tal circunstancia, basta recordar que es la propia concesionaria, la UTE MÓSTOLES-COÍMBRA, la que, mediante escrito de 30 de junio de 2022, *comunica su intención de “...poner a disposición del Excmo. Ayuntamiento de Móstoles las llaves del centro deportivo, en aras a facilitar la continuidad de la gestión y explotación del mismo y en beneficio del interés público de los usuarios y trabajadores, todo ello sin perjuicio de la reserva de derechos y acciones por parte de UTE MÓSTOLES-COÍMBRA y las empresas miembros de la Unión Temporal respecto a la resolución del contrato por incumplimiento imputable a la Administración...”*. De igual modo,

constan en el expediente tres actas de la Policía Local de Móstoles, de fecha 1 de julio de 2022, que indican que ha cesado toda actividad deportiva en el interior de las instalaciones.

Frente a tales circunstancias fácticas, la entidad alega que ha habido un incumplimiento persistente y real del Ayuntamiento de Móstoles, que ha imposibilitado la ejecución del servicio ya que, en incontables ocasiones desde mediados del año 2010, se le ha solicitado el reequilibrio económico de la concesión ante las pérdidas, cercanas a los veintiún millones de euros, que el polideportivo ha generado. De igual modo, la entidad señala que la actividad deportiva continúa en las pistas de pádel de la instalación.

Pues bien, en relación con tales alegaciones, cabe recordar, por un lado, como ya señalábamos en el Dictamen 272/17, de 29 de junio, y sostuvo el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en numerosos dictámenes (657/12, de 12 de diciembre, 86/14, de 26 de febrero, 321/15, de 10 de junio y 545/15, de 16 de diciembre, entre otros) que, en todo caso, el incumplimiento de la Administración no autoriza al contratista a paralizar unilateralmente la ejecución del contrato, pues, en cuanto destinado a satisfacer un interés público, impide la aplicación del artículo 1100 del Código Civil y exige atenerse a lo dispuesto en el TRLCAP.

Por otro lado, ya en el Dictamen 297/17, de 13 de julio, reflejábamos *“la trascendencia del principio de riesgo y ventura en el contrato de concesión de obra pública, que hace al concesionario responsable del cumplimiento del contrato con independencia de la mejor o peor fortuna de su inversión”*.

Efectivamente, el artículo 98 del TRLCAP establece el principio del riesgo y ventura en la ejecución de los contratos, de modo que, en su virtud, según ha indicado esta Comisión, entre otros, en el Dictamen 349/20, de 25 de agosto, debe entenderse que la falta de rentabilidad

del contrato no puede ser invocada por el contratista para justificar los incumplimientos contractuales.

El Tribunal Supremo en sentencias de 28 de octubre de 2015 (rec. 2785/2014) y 20 de julio de 2016 (rec. 339/2015) ha establecido que: “1) *el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa;* 2) *la contratación administrativa se caracteriza por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista y esa aleatoriedad significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación;* 3) *en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (“ius variandi” o “factum principis”), o por hechos que se consideran “extramuros” del normal “alea” del contrato, por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.* Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo -como pretende la contratista en el presente supuesto, apelando al reequilibrio-, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de “ius variandi”, “factum principis” y fuerza mayor o riesgo imprevisible”.

Pues bien, en el caso que nos ocupa no ha existido ninguna actuación de la Administración que haya desequilibrado el contrato, y el

hecho de que el contratista no haya obtenido los beneficios que deseaba puede deberse tanto al riesgo existente en todo contrato como, incluso, a su mala gestión, a la falta de iniciativa para modificar los procedimientos y cauces comerciales previamente utilizados para obtener un beneficio a partir de la explotación de la instalación, o a un cálculo inicial erróneo de los parámetros económicos de su propia oferta.

En este sentido, el Consejo de Estado, en su Dictamen 93/2019, de 28 de febrero, refiere que “*... no obstante, ello no empece para que la contratista haya de estar al albur del principio de riesgo y ventura propio de los contratos de obras públicas. No se trata de hacer una valoración de la subjetiva estimación empresarial para una obra en concreto ni tampoco de indagar acerca de parámetros objetivos en los que encajar esa previsión mercantil. En el régimen contractual español la postura de la contrata se refleja en una auténtica oferta, y es la Administración quien la acepta mediante la adjudicación. La posible representación errónea de las circunstancias que para sí realice la contrata, a fin de competir con otras en su oferta, tiene su significado estricta y exclusivamente en su ámbito interno. De otro modo, se subvertiría el procedimiento de adjudicación contractual, pues toda baja se corregiría posteriormente al alza, eliminándose de hecho la libre competencia en la adjudicación, penalizando al más eficiente frente a quien opera con mayor ligereza en la presentación de sus ofertas*”.

En cuanto a lo indicado por la concesionaria en relación con la continuación parcial de las actividades deportivas en cuatro pistas de pádel de la instalación, dicha alegación carece de entidad habida cuenta no solo del carácter residual de tal actividad en el conjunto del centro deportivo, sino especialmente, de la propia voluntad de la concesionaria, manifestada reiteradamente por escrito, en cuanto al abandono y el cierre total de las instalaciones.

Por todo ello, no cabe entender que las alegaciones de la contratista puedan desvirtuar la causa justificativa de la resolución contractual planteada por la Administración, que se considera concurrente y de suficiente entidad para determinar la resolución contractual que se propone.

QUINTA.- En el presente caso, si bien consta en el contrato por el que se formalizó la concesión la constitución de aval, por razones que se desconocen no se acuerda directamente en la propuesta de resolución la incautación de esa garantía, medida que sí aparecía reflejada en el acuerdo de inicio del procedimiento.

A este respecto, cabe traer a colación el dictamen del Consejo Consultivo de Canarias 377/2011, de 11 de junio en el que se señala que “*el silencio de la legislación patrimonial sobre la incautación de la garantía en caso de extinción de la concesión por resolución del contrato que la creó no puede interpretarse como prohibición. El art. 78.2 RBCL se remite a la legislación de contratación administrativa para el otorgamiento de las concesiones. Éstas nacen de un contrato administrativo; por consiguiente, respecto a la incautación de la garantía por incumplimiento culpable del contratista habrá de estarse a lo que dispongan las cláusulas del contrato y el TRLCAP y la normativa reglamentaria que lo complementa*”.

En este sentido, la propia Cláusula 6 del pliego determina que “*la presente garantía responderá del incumplimiento del adjudicatario por cualquiera de sus obligaciones y, en todo caso, quedaría en poder del Ayuntamiento de Móstoles, en el supuesto de resolución anticipada por causa imputable al adjudicatario, en concepto de indemnización*”, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 113.4 TRLCAP, conforme al cual “*cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista 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”.

En definitiva, procede aplicar la doctrina sentada por esta Comisión Jurídica Asesora (así los dictámenes 556/19, de 19 de diciembre; 74/20, de 27 de febrero y 265/20, de 30 de junio), siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de septiembre de 2019 (recurso 3556/2017), según la cual, “*la incautación constituye una medida de la administración en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados en los casos de resolución del contrato,... por lo que no resulta precisa la valoración previa de los daños para acordar aquella*” y, por tanto, la incautación de la garantía opera de modo automático en caso de incumplimiento culpable del contratista en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados.

Por tanto, procede la incautación de garantía, medida que deberá ser acordada junto con la resolución contractual.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución de la concesión de uso privativo de bienes de dominio público para la redacción de proyecto, estudio de seguridad y salud, dirección y ejecución de las obras de equipamiento, dotación, explotación, conservación y mantenimiento (gestión integral) de un complejo deportivo en la Parcela Municipal D-4, de Parque Coimbra (c/

Eucalipto), de Móstoles, por incumplimiento imputable a la concesionaria, con los efectos previstos en el cuerpo de este dictamen.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 11 de mayo de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 243/23

Sra. Alcaldesa de Móstoles

Pza. España, 1 – 28934 Móstoles