

Dictamen n.º: **323/23**  
Consulta: **Alcaldesa de Collado Villalba**  
Asunto: **Revisión de Oficio**  
Aprobación: **22.06.23**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 22 de junio de 2023, 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 revisión de oficio 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 día 10 de mayo de 2023 tuvo entrada en este órgano consultivo solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Collado Villalba, a través del consejero de Administración Local y Digitalización relativa al expediente de revisión de oficio del contrato citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 266/23, 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 (en adelante, ROFCJA).

Al estimarse que el expediente no se encontraba completo, al amparo de lo establecido en el artículo 19.2 del ROFJCA, se solicitó documentación complementaria con suspensión del plazo para la emisión del dictamen preceptivo solicitado. La documentación solicitada fue remitida el 22 de mayo de 2023, reanudándose el plazo para la formulación del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, 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 22 de junio de 2023.

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

1. El día 23 de noviembre de 2005, el Pleno del Ayuntamiento de Collado Villalba aprobó el expediente de contratación *“84CON/2005 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”*.

El artículo 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) determina el 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 25 del PCAP regula los derechos de la empresa concesionaria y su apartado b) recoge *“el derecho a explotar los aparcamientos de la Biblioteca Municipal Miguel Hernández y de la calle Honorio Lozano y percibir la retribución económica prevista en el contrato durante el tiempo de la concesión”*.

En la cláusula 29 del PCAP se establecen las prestaciones económicas a percibir por la concesionaria, y en el apartado d) concreta entre ellas *“la percepción de las aportaciones a efectuar por parte del ayuntamiento en el momento de la finalización de las obras, en concepto de subvención inicial, y durante el periodo de concesión, en concepto de canon anual, de conformidad con lo previsto en el artículo 224.3 de la TRLCAP”*.

2.- Tras la correspondiente licitación, el Pleno de 21 de marzo de 2006 acordó adjudicar el contrato a las mercantiles ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, S.A. Y COVER COLLADO VILLALBA INVERSIONES, S.L.U., posteriormente formalizado en documento administrativo de fecha 20 de abril de 2006 con la mercantil CONCESIONARIA COLLADO VILLALBA, S.A., de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 22 del PCAP.

3.- El contrato fue modificado el día 17 de octubre de 2008, previo dictamen del Consejo de Estado 1179/2008, de 18 de septiembre de 2008 en sentido favorable. La modificación se justificó por causas técnicas imprevistas. El Consejo de Estado constató graves insuficiencias en el

estudio geotécnico pues el subsuelo no se correspondía con el previsto en el citado estudio, sobre todo en cuanto a la roca y a la presencia de agua, y de ahí surgió, principalmente, la imposibilidad de ejecutar el proyecto en la forma en que había sido planteado.

La modificación del contrato de concesión, supuso una revisión del plan económico-financiero, con un aumento muy relevante de las aportaciones municipales. En particular, para una mayor inversión inicial, derivada de la modificación contractual, de 12.640.080 euros, se incrementó la aportación inicial municipal hasta los 14.049.250 euros (desde los 3.788.000 euros originales), y la anual durante cuarenta años hasta 1.310.000 euros, con su actualización (desde los 602.383 euros originales).

4.- Con fecha 26 de septiembre de 2019 una empresa de auditoría, ETL SPAIN AUDIT SERVICES, S.L. elabora informes técnicos periciales de control financiero de la concesión y sobre la cuantificación monetaria de los incumplimientos detectados en el servicio realizado por la CONCESIONARIA COLLADO VILLALBA, S.A. (concesionaria).

A la vista de los anteriores informes, el concejal delegado del Área de Contratación del Ayuntamiento de Collado Villalba propuso al Pleno, con fecha 30 de abril de 2021, que acordara el inicio de un procedimiento de imposición de penalidades.

Con fecha 10 de mayo de 2021 el Pleno del Ayuntamiento de Collado Villalba acordó el inicio de un procedimiento para la imposición de penalidades por el incumplimiento del contrato, que culminó con el acuerdo de 15 de julio de 2021 de imponer las siguientes penalidades:

*“PRIMERO.- (...) la DECLARACIÓN DE 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.*

*SEGUNDO.- Imponer como penalización del 1% DE LOS INGRESOS OBTENIDOS POR LA EXPLOTACIÓN DEL APARCAMIENTO DURANTE EL AÑO ANTERIOR A LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN, clasificando la infracción como UN INCUMPLIMIENTO LEVE QUE AFECTAN AL INCUMPLIMIENTO DE UNA CLAUSULA DEL PCAP, y atendiendo al criterio de penalización por incumplimiento, con base en la cláusula 58 del PCAP.*

*TERCERO.- Incoar el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, fundamentalmente, las cantidades abonadas en exceso que se desprenden del Informe Técnico pericial de fecha 23/04/2021, en concreto, de las siguientes cantidades por el periodo analizado comprendido entre el ejercicio 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.*
- Solo en estos últimos cinco años, periodo comprendido entre el ejercicio 2016 a 2019, la cantidad del canon que se ha solicitado al ayuntamiento, ajustándolo a la inflación real, tiene un exceso cuantificado en 730.648 euros.*
- Diferencias entre Canon según Plan Económico y Canon estimado, según porcentaje previsto en Plan Económico, la comparativa entre el*

*Canon abonado por el ayuntamiento y la realidad económica manifestada en las Cuentas Anuales de la Concesionaria arrojan un posible exceso abonado por el ayuntamiento, durante el período analizado 2016 a 2019 de 3.792.943 €, teniendo en cuenta que han cubierto todos los gastos de explotación”.*

Contra la anterior resolución la sociedad concesionaria formuló recurso de reposición el día 20 de agosto de 2021, que fue desestimado por acuerdo del Pleno de 8 de octubre de 2021.

Contra la desestimación del recurso de reposición la sociedad concesionaria interpuso recurso contencioso-administrativo que se tramita por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 26 de Madrid (Procedimiento Ordinario 431/2021).

5.- Paralelamente a lo anterior, 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”*.

Tras la tramitación del procedimiento de resolución contractual, se recabó el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, que, en la reunión de 23 de noviembre de 2021, emitió el dictamen 609/21, en el que se concluyó que el procedimiento había caducado, sin perjuicio de la posibilidad de incoar nuevo procedimiento de resolución del contrato si concurría causa para ello.

Con fecha 27 de enero de 2022, el Pleno del Ayuntamiento de Collado Villalba acordó declarar caducado, de acuerdo con el dictamen 609/21, el procedimiento de resolución del contrato de concesión de obra pública, lo que se notificó a la sociedad concesionaria el día 2 de febrero de 2022.

6.- El día 27 de enero de 2022, el Pleno del Ayuntamiento de Collado Villalba, a propuesta del concejal delegado de Contratación, acordó el inicio de nuevo procedimiento de resolución del contrato de concesión de obra pública.

Notificado el acuerdo de inicio del procedimiento a la empresa concesionaria, con fecha 2 de febrero de 2022, el representante de la sociedad concesionaria presenta escrito el día 17 de febrero oponiéndose a la resolución del contrato en el que pone de manifiesto, la incongruencia de haber declarado la caducidad de la concesión en el procedimiento de imposición de penalidades (impugnado ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) y, además, incoar un expediente para resolver dicha concesión por los mismos supuestos incumplimientos que llevaron a la declaración de caducidad. Además, adujo la existencia de desviación de poder, al perseguir el Ayuntamiento de Collado Villalba con ese procedimiento *“poner fin al contrato, y para ello utiliza los supuestos incumplimientos, no como motivo que justifica la incoación del expediente resolutorio, sino como disculpa para poder materializar una predecidida resolución contractual”*.

Tras la tramitación de este segundo procedimiento de resolución contractual, se recabó el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, que, en la reunión de 7 de junio de 2022, emitió el dictamen 354/22, en el que se concluyó no procedía la resolución del contrato por la declaración de caducidad de la concesión hasta que recayera sentencia firme sobre dicha caducidad acordada en el procedimiento de imposición de penalidades con fecha 15 de julio de 2021.

**TERCERO.**- En relación con el procedimiento de revisión de oficio, resulta de interés tener en cuenta lo siguiente:

1.- Por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. ° 34, de Madrid, de 27 de julio de 2022, se reconoció el derecho de la

entidad concesionaria, al cobro de la factura n.º 2/2020, de fecha 15 de enero de 2020, por importe de 1.718.851 euros, correspondiente al canon anual del año 2019, en relación con el contrato de concesión de obra pública, más los intereses de demora devengados por el pago tardío de dicha factura.

2.- El 5 de septiembre de 2022, un abogado emite un informe jurídico sobre la viabilidad de interponer recurso de apelación contra la referida sentencia. En el informe se expone que el canon responde a la financiación pública de la obra a ejecutar por la sociedad concesionaria y que el ayuntamiento, al redactar el PCAP, asumió la obligación de abonar mensualmente un canon que fue concretado de manera definitiva en el Plan Económico Financiero (PEF) tras aplicar los mecanismos de reequilibrio económico del contrato. Añadía que el cumplimiento de esa obligación no se podía excepcionar a la luz de la regulación del contrato de concesión de obra pública recogida en el TRLCAP (artículo 99) y ninguna cláusula del PCAP habilitaba a adoptar tal decisión. Conforme a lo anterior, señalaba que interponer un recurso de apelación insistiendo en el argumento jurídico de que el incumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad concesionaria habilitaba al ayuntamiento a no abonar el canon anual tenía pocos visos de prosperar.

No obstante, lo anterior, el informe añadía que los datos económicos agregados del PEF “*manifiestan su carácter ilegal*”, en tanto que el concesionario no asume ningún riesgo concesional, ya que las aportaciones realizadas por el ayuntamiento superan con creces el valor total de la obra pública ejecutada.

Según el informe, lo anterior constituye una auténtica desnaturalización del contrato de concesión de obras públicas, ya que la Administración Pública financia la totalidad de la obra pública, expresamente vedado por la legislación contractual, además de aportar

un remanente equivalente a la inversión total realizada por el operador privado.

El informe concluye indicando que ese sería el único argumento válido en un eventual recurso de apelación, si bien, tendría pocos visos de prosperar, ya que el objeto del procedimiento se reduce a si el ayuntamiento está obligado o no a abonar el canon anual y con toda probabilidad, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid indicaría que la cuestión excede del objeto del procedimiento y que, en todo caso, el ayuntamiento tendría que buscar una fórmula con encaje en la normativa de contratación pública para revisar la legalidad del contrato y determinar sus consecuencias jurídicas.

3.- El 27 de octubre de 2022, un grupo de 14 concejales de distintos grupos municipales representados en el Ayuntamiento de Collado Villalba presentó una petición de celebración de un Pleno extraordinario para incoar el expediente de revisión de oficio del contrato de concesión.

En virtud de dicha petición, por providencia de la alcaldía se instó que por la Secretaría General se emitiese informe sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir para, en su caso, proceder a la revisión de oficio del contrato de concesión. Dicho informe fue emitido el 8 de noviembre de 2022.

4.- El 18 de noviembre de 2022, el Pleno del Ayuntamiento de Collado Villalba acordó iniciar el procedimiento para la revisión de oficio del contrato de concesión de obra pública con fundamento en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 34, de Madrid, de 27 de julio de 2022, que al analizar la naturaleza jurídica del canon, señala que hay que pagarlo sin que quede condicionado al cumplimiento de obligación alguna derivada de PEF porque este responde simplemente *“a la finalidad de financiar la obra pública (...) aclarando, además que el riesgo de la inversión no estaba en la construcción del*

*aparcamiento, sino en su explotación” y que la sentencia no ha sido recurrida por el Ayuntamiento de Collado Villalba “con el impacto que ello conlleva no solo en relación a la hermenéutica del propio contrato, sino en relación al resto de procedimientos que tiene abiertos el consistorio”. El canon que ha de satisfacerse hasta el año 2046 constituye un derecho de pago incondicional que asciende al término del periodo concesional, sumado con la aportación municipal inicial a 96.789.705 euros por la financiación de una obra de 32.974.980 euros. Se entiende que concurre la causa de nulidad prevista en la letra f) del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) (“actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”).*

De igual modo, se acordó notificar el inicio del procedimiento a los interesados; dar traslado del expediente, una vez finalizado el trámite de audiencia a los interesados, a los servicios municipales para que informen sobre las alegaciones presentadas; remitir el expediente a la Secretaría, tras el informe técnico, para la emisión del informe-propuesta; con los informes anteriores, se elevará a resolución del Pleno de la corporación; solicitar, realizados todos los trámites anteriores y adjuntando la propuesta de resolución, el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid; suspender el plazo máximo legal para resolver el procedimiento “*por el tiempo que medie entre la petición del dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid*”, y una vez recibido, dado el carácter previo y vinculante del mismo, elevar el expediente al Pleno en la próxima sesión que se celebre.

5.- El referido acuerdo fue notificado electrónicamente el 1 de diciembre de 2022 a la empresa concesionaria y el 19 de diciembre de 2022 a la avalista.

6.- La empresa concesionaria formuló alegaciones el 14 de diciembre de 2022, en las que sostuvo, en síntesis, lo siguiente:

En primer lugar, solicita aclaración que obliga a repetir el emplazamiento, pues al trasladarles el acuerdo plenario, se ofreció recurso de reposición o directo contencioso-administrativo contra el mismo.

En segundo lugar, manifiesta su sorpresa y, al tiempo, la queja, por lo que está sucediendo en relación con el contrato, que ya han advertido, con motivo de expedientes previos, por la absoluta inconsistencia de las actuaciones del ayuntamiento, tan irregulares que una tras otra, han ido cayendo por decisiones judiciales o a instancias de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, lo que, en su opinión, *“confirma la predecisión municipal de poner fin al contrato y buscar cuantas opciones encuentre o se le ocurran para lograrlo”*. Así recuerda que en 2021 el ayuntamiento declaró varios incumplimientos, motivo por el que se tramita recurso contencioso-administrativo n.º 431/2021 ante el Juzgado n.º 26, de Madrid. En el año 2021 incoó un paralelo expediente de resolución de contrato que no pudo seguir adelante tras los dictámenes de la Comisión Jurídica Asesora. Además, a partir de 2019, el Ayuntamiento de Collado Villalba dejó de pagar importantes sumas contractualmente comprometidas (canon estipulado), lo que ha dado ya lugar a una primera sentencia firme, en la que ha condenado al ayuntamiento al pago del canon del año 2019 y sostiene que, en breve se producirán sentencias en los autos 222/2020 y 528/2021 sobre los cánones de los años 2020 y 2021; y ya existe una orden judicial cautelar de pago del canon de 2021. Adicionalmente el propio ayuntamiento puso en marcha, por Decreto 1343/2022, un expediente de revisión de oficio y reintegro del canon pagado de 2018, expediente que ha fracasado también y que ha sido archivado en noviembre de 2022.

Además, alega la falta de traslado del informe jurídico que sirve de fundamento al procedimiento de revisión de oficio, si bien *ad cautelam*, efectúa unas consideraciones sobre el riesgo operacional, indicando que estamos ante un contrato del año 2006 sometido al texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (TRLCAP), y el riesgo operacional es un concepto introducido de forma innovadora en 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). Recuerda los preceptos de la ley y las cláusulas del PCAP sobre la financiación del contrato y sobre el pago del canon anual, y que los importes de ese canon variaron fruto de una modificación del contrato, que fue favorablemente dictaminada por el Consejo de Estado, en su dictamen n.º 1179/2008.

En cualquier caso, la concesionaria alega que, si se atiende a las cifras y características del caso, se concluye que no es en absoluto cierto que se proyectara, y finalmente licitara y adjudicara, un contrato en el que la contratista no asumiera riesgo. Pues, en cuanto al riesgo de la explotación, era claramente del contratista, como resulta de la cláusula 50 y concordantes como la 29 del PCAP, que tratan precisamente sobre los ingresos de explotación que obtendría y que vendrían directamente de las tarifas que pagaran los usuarios del aparcamiento y que asumió igualmente los riesgos sobre costes de mantenimiento. Sostiene que también asumió el riesgo constructivo de llevar a cabo el proyecto de obras -redactado por el ayuntamiento, no por la concesionaria- y que hubo de ser modificado por problemas geotécnicos detectados en la fase de construcción, no previstos al elaborarlo lo que desembocó en la tramitación de la modificación para reequilibrio del contrato.

Explica que el modificado del contrato tasaba el sobrecoste de la construcción en 12.980.952,17 euros y, por lo tanto, se estableció una nueva cifra de inversión que ascendió a 32.974.980 euros, así como, nuevas cantidades destinadas al pago diferido de la inversión. La aportación del ayuntamiento quedó en 14.049.250 de euros y el canon anual en 1.310.000 € (que se incrementa anualmente a una tasa fija del 2,5% durante 38 años). Se reevaluaron además los previstos ingresos de explotación en base al PEF. La suma de las cantidades aportadas por el ayuntamiento alcanzaría así, tras 38 años de pagos diferidos, un valor total de 96,78 millones de euros, que actualizados con su tasa de descuento del 7,65% durante dicho periodo, se quedan en 29,02 millones de euros. Señala que el ayuntamiento parece obviar precisamente dicha tasa descuento para valorar de forma correcta los pagos futuros comprometidas en el contrato. De este modo, el ayuntamiento estaría pagando de forma diferida 29,02 millones de euros de los casi 33 millones de euros del coste de la obra, siendo el resto de la inversión, de 3,95 millones de euros, el aporte propio de la concesionaria a valor de inicio de la explotación, pues es tan solo con la explotación de los aparcamientos como se puede hacer frente a dicho riesgo.

En cuanto al riesgo de explotación, sostiene que es bien sabido por parte del ayuntamiento que las cifras de los ingresos derivados de la explotación del aparcamiento distan mucho de las estimaciones establecidas en el PEF que fue aprobado con motivo del citado modificado de reequilibrio contractual, siendo estos ingresos más de un 75% inferiores a los previstos en dicho documento, arrojando una pérdida de - 1.175.805 €, importe que, actualizado con la tasa de descuento del 7,65% durante el periodo de la concesión, supondría pérdidas de -595.579 €, de modo que no solo no ha paliado el riesgo de casi 4 millones de euros de inversión asumido en el momento de la firma del contrato modificado, sino que ha visto negativamente materializado el riesgo debido a un claro déficit en la explotación.

Además, considera no aplicable la causa prevista en la letra f) del artículo 47 de la LPAC para la declaración de nulidad, con cita de doctrina del Consejo de Estado y jurisprudencia, y en todo caso, resultarían de aplicación los límites previstos en el artículo 110 de la LPAC al *“pretender revisar de oficio, en 2022, un contrato de 2006, o sea, de hace dieciséis años, contrato en el que se ejecutó la inversión principal (la obra), se produjo recepción del ayuntamiento, y nos encontramos en fase de explotación avanzada”*.

Por último, aduce que no se puede obviar que la supuesta nulidad habría sido culpa del propio ayuntamiento, ya que el pliego y el contrato fueron diseñados por él y que, de revisarse de oficio el contrato, debería indemnizarse a la concesionaria con el daño emergente y el lucro cesante.

El escrito acaba solicitando la apertura de un periodo de prueba con incorporación de todo el expediente de contratación, así como el de licitación y el expediente de modificación del contrato; la testifical/pericial de los interventores que lo fueron del ayuntamiento entre 2005 y 2008; la testifical del concejal responsable del contrato; la pericial económica a aportar por la concesionaria y la pericial del autor del informe en el que se sustenta el acuerdo plenario de 18 de noviembre de 2022.

7.- Consta que se dejó sin efecto la notificación efectuada por error en el pie de recurso de la misma, y que se efectuó una nueva notificación del acuerdo de 18 de noviembre de 2022, a la empresa contratista el 19 de diciembre de 2022, y a la avalista el 20 de diciembre de 2022.

8.- El 30 de diciembre de 2022, la concesionaria formuló alegaciones reiterando lo manifestado en su escrito anterior, así como que se le diera traslado del informe jurídico que sirvió de fundamento al acuerdo de inicio del procedimiento de revisión de oficio.

9.- Figura una nueva notificación del acuerdo de 18 de noviembre de 2022, el 12 de enero de 2023, tanto a la empresa contratista como a la avalista.

10.- El 23 de enero de 2023, la empresa concesionaria formuló alegaciones manifestando su sorpresa por esa nueva notificación e insistiendo en la falta de incorporación del informe requerido.

11.- A continuación, obran en el expediente unos correos electrónicos en los que se dice dar traslado de la documentación solicitada por la concesionaria.

12.- El 2 de febrero de 2023, un técnico de Administración General del Ayuntamiento de Collado Villalba informó sobre las alegaciones de la concesionaria.

En el informe se indica que el riesgo operacional, aun denominado con otro nombre, ha formado parte desde antiguo como el elemento delimitador y distintivo del contrato de concesión, precisamente para poder diferenciarlo del de obras. Añade que el riesgo operacional constituye un elemento esencial en cualquier contrato de concesión, por lo que resulta evidente que ha habido un defecto que incurre en la causa de nulidad de pleno derecho, del art. 47.1.f) de la LPAC.

En cuanto a la aplicación de los límites, aduce que cuando la ilegalidad del acto afecta al interés público general, al tratarse de infracciones especialmente graves, como es el caso que nos ocupa, su conservación resulta contraria al propio sistema, como sucede en los supuestos de nulidad de pleno derecho, por lo que la revisión de tales actos no está sometida a un plazo para su ejercicio. Además, considera que la falta de riesgo operacional o de explotación en la concesión, ha sido sólo recientemente puesta de manifiesto en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. °34, de Madrid, de 27 de julio de 2022, por

lo que tampoco desde este punto de vista habría transcurrido un plazo excesivo que hiciera inviable la revisión de oficio.

Por último, en cuanto a la indemnización, señala que *“los riesgos derivados de la explotación de la infraestructura objeto de una concesión extinguida anticipadamente, no pueden calificarse jurídicamente como daño y perjuicio indemnizable de los arts. 113.4 y 266.4 TRLCAP y 113 RGLCAP; en consecuencia, no resultan indemnizables las pérdidas futuras meramente posibles o probables derivadas de esa futura explotación”*.

13.- El 14 de febrero de 2023, el secretario general del Ayuntamiento de Collado Villalba formuló informe-propuesta de resolución en el que propone desestimar las alegaciones de la concesionaria en base al informe del técnico de Administración General del ayuntamiento; declarar la nulidad del contrato y la conveniencia de realizar una auditoria económico financiera *“con el fin de reflejar el resultado de la nulidad”*; notificar a los interesados la nulidad; solicitar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora con suspensión del procedimiento para su emisión y, tras el dictamen, elevación al Pleno del ayuntamiento.

14.- Consta que el 13 de abril de 2023, la concesionaria formuló alegaciones incidiendo en sus escritos anteriores; criticó el informe que sirvió de fundamento a la revisión de oficio, considerándolo una *“simple nota jurídica”* en relación con un posible recurso de apelación; indicó que la revisión de oficio requería informes jurídicos y económicos que permitieran avalar *“tan excepcional potestad”* y, por último, la necesidad de dar cumplimiento al trámite de audiencia, una vez instruido el procedimiento y antes de dictar la propuesta de resolución.

15.- El 14 de abril de 2023, la interventora municipal emitió informe indicando que *“de conformidad con el artículo 7 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las Entidades del Sector Público Local, y en esta fase del*

*procedimiento de solicitud de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid de que no existe contenido económico, no implicando pues aprobación de gasto, disposición o compromiso o movimiento de fondos y valores, no estando sujeto a fiscalización previa”.*

16.- El 18 de abril de 2023, el concejal delegado de Contratación, formuló propuesta de resolución que fue informada el 21 de abril de 2023 por la Comisión Informativa de Hacienda Especial de Cuentas y Recursos Humanos y aprobada ese mismo día por el Pleno del Ayuntamiento de Collado Villalba.

17.- Como hemos visto, la solicitud de dictamen tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora el 10 de mayo de 2023. Instado el complemento del expediente, el 22 de mayo de 2023 se aportó la documentación complementaria solicitada, consistente en la notificación de la suspensión del procedimiento a la concesionaria el 18 de mayo de 2023 y a la avalista el 19 de mayo de 2023.

A la vista de todo lo expuesto, formulamos las siguientes

### **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) b. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, por tratarse de un expediente de revisión de oficio tramitado por el Ayuntamiento de Collado Villalba, a solicitud de su alcaldesa, remitido a través del consejero de Administración Local y Digitalización, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA.

El Ayuntamiento de Collado Villalba está legitimado para recabar dictamen de esta Comisión en virtud de lo dispuesto en el ya citado apartado 1 en relación con el apartado 3.f) b del artículo 5 de la Ley 7/2015, que establece la necesidad de solicitar su dictamen preceptivo por las entidades locales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid para acordar la revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas en los supuestos establecidos en las leyes.

Al tratarse de una revisión de oficio en materia de contratación, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 41 de la LCSP/17, de aplicación al procedimiento de revisión que analizamos en virtud de su fecha de inicio, que dispone que la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Hay que tener en cuenta, al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2021 (recurso de casación n.º 2130/2020) que considera que el procedimiento de revisión de oficio es aplicable plenamente a los efectos de declarar la nulidad de actos administrativos firmes adoptados en las fases de preparación, adjudicación o ejecución del contrato en los supuestos en los que concurren las causas de nulidad previstas en la normativa de procedimiento administrativo común, actualmente, el artículo 47 de la LPAC.

Por otro lado, considerando la fecha del acto a revisar, la normativa aplicable desde el punto de vista sustantivo, según el criterio de esta Comisión Jurídica Asesora, manifestado, entre otros, en el dictamen 639/22, de 11 de octubre, conforme al cual, en supuestos como el que nos ocupa, procede estar en cuanto a la legislación sustantiva a las causas de nulidad de pleno derecho recogidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y

del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) así como a lo dispuesto en el TRLCAP en materia de invalidez de los contratos.

El artículo 106.1 de la LPAC, al igual que lo hacía el artículo 102.1 de la LRJPAC, establece la posibilidad de que las Administraciones públicas, en cualquier momento, declaren de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1. Para ello será necesario que concurra en el acto a revisar alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de la LPAC (artículo 62.1 LRJPAC), y, desde el punto de vista del procedimiento y garantía del ajuste de la actividad administrativa al principio de legalidad, que se haya recabado dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma, si lo hubiere, y que este tenga sentido favorable.

De este artículo se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en determinado supuesto carácter vinculante. La referencia que el artículo 106 de la LPAC, en sus apartados 1 y 2, hace al Consejo de Estado “*u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*”, debe entenderse hecha, a partir de su creación, a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, creada por la ya citada Ley 7/2015.

**SEGUNDA.-** La revisión de oficio en el ámbito local, con carácter general, se regula en el artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), que permite a las Corporaciones Locales revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

Igualmente, los artículos 4.1.g) y 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, indican que dichas Corporaciones, dentro de la esfera de sus competencias, tienen atribuida la potestad de revisión de oficio de sus actos, resoluciones y acuerdos, con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

La señalada remisión a la legislación del Estado conduce a los artículos 106 a 111 LPAC.

El artículo 106 LPAC no contempla un procedimiento específico para la tramitación de los expedientes de declaración de nulidad, por lo que se entienden aplicables las normas recogidas en el título VI de dicho cuerpo legal, denominado “*Disposiciones Generales sobre los procedimientos administrativos*”, con la especialidad exigida por el artículo 106, que establece como preceptivo el previo dictamen favorable del órgano consultivo que corresponda.

Tales normas generales procedimentales determinan que, una vez acordado el inicio del procedimiento, la tramitación continúe con la realización de los actos de instrucción necesarios “*para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución*” (artículo 75 de la LPAC). Estas actuaciones instructoras pueden consistir en la emisión de los correspondientes informes en garantía de la legalidad, objetividad y acierto de la resolución final que se dicte en el procedimiento, exigidos con carácter general por el artículo 79 de la LPAC.

De conformidad con el artículo 3.3 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 (en adelante,

R.D. 128/2018), la función de asesoramiento legal preceptivo corresponde a la secretaría cuyo informe previo, en los procedimientos de revisión de oficio de actos de la entidad local, a excepción de los actos de naturaleza tributaria, resulta preceptivo [ex. artículo 3.3.c) 3º del R.D. 128/2018].

En este sentido, el 8 de noviembre de 2022, el secretario general del Ayuntamiento de Collado Villalba formuló un informe previo al inicio del procedimiento revisor en el que se pronunció sobre el procedimiento a seguir para la declaración de nulidad, sobre la causa de nulidad en que podría fundarse la revisión y el fundamento de la misma en relación con la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 34, de Madrid, de 27 de julio de 2022 y el informe jurídico de 5 de septiembre de 2022 emitido por un abogado en relación con la viabilidad de interponer recurso de apelación contra la referida sentencia.

Como en todo procedimiento administrativo, aunque no lo establezca expresamente el artículo 106.1 de la LPAC, se impone la audiencia del interesado, trámite contemplado con carácter general en el artículo 82 de la LPAC, que obliga a que se dé vista del expediente a los posibles interesados, a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes en defensa de sus derechos.

El correcto desarrollo procedimental demanda que dicho trámite se sustancie una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución y del informe del órgano consultivo según dispone el artículo 82 de la LPAC.

En este sentido, consta en el expediente la notificación del trámite de audiencia a la empresa concesionaria y al avalista, y la formulación de alegaciones por la primera el 14 de diciembre de 2022, el 30 de diciembre de 2022 y el 13 de abril de 2023. No obstante, se observa, que estas últimas alegaciones se formularon tras el traslado de información realizada el 26 de enero de 2023, a requerimiento de la empresa

concesionaria que denunció la falta de traslado de cierta documentación. Por tanto, la contratista no ha tenido conocimiento del informe de 2 de febrero de 2023 del técnico de Administración General del Ayuntamiento de Collado Villalba ni del informe propuesta de 14 de febrero de 2023 del secretario general de dicho municipio ni tampoco el de la interventora municipal emitido el 14 de abril de 2023, si bien este último en realidad solo manifiesta su carácter innecesario en esa fase del procedimiento pues según señala *“no existe contenido económico, no implicando pues aprobación de gasto, disposición o compromiso o movimientos de fondos y valores, no estando sujeto a fiscalización previa”*.

No plantea problema el informe-propuesta del secretario general del Ayuntamiento de Collado Villalba, que se ha 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”*).

En cuanto al informe del técnico de Administración General del ayuntamiento, se observa que el mismo da respuesta a las alegaciones planteadas por la empresa concesionaria.

A este respecto, debemos recordar que es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora (así el dictamen 294/19, de 11 de julio; dictamen 155/18, de 5 de abril y el dictamen 516/16, de 17 de noviembre, entre otros muchos) que la audiencia a los interesados debe practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución sin que puedan incorporarse con posterioridad informes que introduzcan hechos nuevos, de manera que si los informes citados añaden hechos nuevos o argumentan cuestiones nuevas para la resolución, generan indefensión y lo procedente es la retroacción del procedimiento. Sin

embargo, cuando los informes no introducen cuestiones o hechos nuevos, aunque se hayan emitido con posterioridad al trámite de audiencia, no generan indefensión y, en consecuencia, no procede la retroacción del procedimiento.

En este caso, el informe citado no introduce novedades fácticas que hayan causado indefensión a la empresa concesionaria, por lo que la irregularidad observada no invalida el procedimiento.

Debe hacerse notar que, además, tampoco se ha dado contestación a la solicitud de prueba formulada por la empresa concesionaria en contra de las previsiones contenidas en el artículo 77 de la LPAC, que al referirse a la actividad probatoria en los procedimientos administrativos señala que *“el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada”*.

No obstante, teniendo en cuenta, como después analizaremos, el sentido de nuestro dictamen en relación a la improcedencia de la revisión de oficio, y en todo caso, que la prueba de la existencia de los motivos de nulidad recae sobre la Administración, no consideramos que resulte necesaria la retroacción del procedimiento.

Finalmente, con carácter previo a la solicitud de dictamen del órgano consultivo, debe redactarse la propuesta de resolución en la que la Administración consultante se pronuncie sobre la procedencia de la nulidad solicitada, con inclusión de los correspondientes antecedentes, fundamentos jurídicos y parte dispositiva, en la que se concrete, en su caso, la causa en la que se apoya la nulidad.

En este caso, consta en el procedimiento, como hemos visto, el informe propuesta formulado por el secretario general del ayuntamiento el 14 de abril de 2023, la propuesta de resolución formulada el 18 de abril de 2023 por el concejal delegado de Contratación, que fue informada el 21

de abril de 2023 por la Comisión Informativa de Hacienda Especial de Cuentas y Recursos Humanos y aprobada ese mismo día por el Pleno del Ayuntamiento de Collado Villalba para su elevación al dictamen preceptivo de esta Comisión Jurídica Asesora.

En relación con el plazo para la tramitación del procedimiento, al tratarse de un procedimiento iniciado de oficio por la Administración y susceptible de producir efectos desfavorables para los interesados, el plazo máximo de resolución del procedimiento es de 6 meses, a tenor de lo establecido en el artículo 106.5 de la LPAC.

En este caso, el procedimiento que nos ocupa, como ya ha sido advertido, se inició el 18 de noviembre de 2022, y se ha hecho uso de la facultad de suspensión del procedimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 22.1 d) de la LPAC (*“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”*), para la petición de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora, que se registró de salida en el ayuntamiento el 8 de mayo de 2023 y de entrada en este órgano consultivo el 10 de mayo de 2023 y se ha comunicado a los interesados, como exige el citado precepto de la LPAC. Teniendo en cuenta el criterio de esta Comisión Jurídica Asesora, así nuestro dictamen 100/23, de 2 de marzo, según el que la suspensión opera desde que la solicitud del dictamen adquiere una trascendencia externa al propio órgano solicitante, pues ello otorga mayores garantías de control, pudiendo centrarse tal momento en la fecha en que la solicitud de dictamen es registrada de salida en el correspondiente registro público, a la fecha de emisión de este dictamen el procedimiento no habría caducado, sin perjuicio de advertir la brevedad del plazo que

resta para la resolución del procedimiento una vez emitido el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

**TERCERA.-** El procedimiento de revisión de oficio tiene por objeto expulsar del ordenamiento jurídico aquellos actos administrativos que se encuentren viciados de nulidad radical por cualquiera de las causas que establece el artículo 47.1 de la LPAC (artículo 62.1 de la LRJPAC).

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2021(recurso 8075/2019): *“...por afectar a la seguridad jurídica y, en última instancia, a la misma eficacia de la actividad administrativa, cuya finalidad prestacional de servicios públicos requiere una certeza en dicha actuación, el legislador condiciona esa potestad, entre otros presupuestos, a uno esencial, cual es que la causa de la revisión esté vinculada a un supuesto de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, es decir, acorde a la legislación que sería aplicable al caso de autos, a aquellos supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos que se contemplaban, con carácter taxativo, en el artículo 62.1o de la Ley de 1992. Y es que, la finalidad de la institución no es sino evitar que actos nulos, cuyo vicio es insubsanable, puedan ser mantenidos y ejecutados por el mero hecho de que no hayan impugnado por quienes estaban facultados para ello. El acto nulo, por los vicios que lo comportan, debe desaparecer del mundo jurídico y el legislador arbitra este procedimiento como un mecanismo más, extraordinario eso sí, para poder declarar dicha nulidad”*.

Esta Comisión Jurídica Asesora (por ejemplo en los dictámenes 522/16, de 17 de noviembre; 88/17, de 23 de febrero; 97/18, de 1 de marzo y 232/19, de 6 de junio, entre otros) ha venido sosteniendo reiteradamente que se trata de una potestad exorbitante de la Administración para dejar sin efecto sus actos al margen de cualquier intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, razón por la cual esta potestad de expulsión de los actos administrativos de la vida

jurídica debe ser objeto de interpretación restrictiva tal como recoge la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 458/2016, de 15 de julio de 2016 (recurso 319/2016), que hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 junio 2004, y solo se justifica en aquellos supuestos en que los actos a revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad, es decir, que estén viciados de nulidad radical o de pleno derecho.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2020 (Rec. 1443/2019): “... *debemos poner de manifiesto, e insistir, en el carácter restrictivo con el que debemos afrontar la cuestión que nos ocupa, referida a la revisión de oficio de una determinada actuación administrativa que, de una u otra forma, ha devenido firme en dicha vía. Así, dijimos que "el artículo 102 LRJPA tiene como objeto, precisamente, facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su intocabilidad definitiva. Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental ampliar las posibilidades de evitar que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia"*”.

**CUARTA.-** Una vez analizados los aspectos procedimentales y efectuadas las consideraciones generales sobre la revisión de oficio, procede entrar a conocer el fondo del asunto.

Como hemos visto, el Ayuntamiento de Collado Villalba pretende revisar el contrato de concesión al amparo del artículo 47.1 letra f) de la LPAC, aunque como hemos dicho anteriormente el precepto en su caso aplicable sería el artículo 62.1 f) de la LRJPAC, lo que no plantea mayores problemas al ser el contenido de dichos preceptos idéntico y permitir la revisión de oficio de “*los actos expresos o presuntos contrarios al*

*ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”* y ello por remisión del artículo 62.1 a) del TRLCAP, de aplicación a este contrato cuando señala que son causas de nulidad de Derecho administrativo *“las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”* (en el mismo sentido el artículo 39.1 de la LCSP/17, en relación con el artículo 47.1 de la LPAC).

A propósito de esta causa de revisión ya tuvo ocasión de pronunciarse el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, así el dictamen 687/11, de 11 de diciembre, en el que señaló que la citada causa de nulidad constituye una novedad en nuestro Derecho respecto a los supuestos de nulidad que contemplaba la anterior ley de Procedimiento Administrativo. Dicho precepto viene a incorporar la doctrina jurisprudencial elaborada por el Tribunal Supremo en relación con el alcance de las facultades y derechos derivados de las autorizaciones o licencias, especialmente en materia urbanística, concedidas por silencio positivo, expresando por ello, la propia exposición de motivos de la LRJ-PAC, en su apartado noveno, que la regulación del silencio *“se complementa con la inclusión posterior como supuesto de nulidad de pleno derecho de los actos presuntos o expresos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carece de los requisitos esenciales para su adquisición”*.

En congruencia con el criterio restrictivo que, según han afirmado el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado, debe presidir la aplicación de la regulación de las nulidades de pleno derecho, la apreciación de la existencia de la causa de nulidad citada debe realizarse igualmente con sumo rigor, pues de lo contrario podría cobijar cualquier infracción legal que afectara a actos declarativos de derechos.

La cuestión fundamental, por tanto, radica en determinar los requisitos que pueden ser catalogados como esenciales, circunstancia esta que no es posible establecer a priori y para todos los supuestos, sino de manera individual para cada uno de ellos, “*centrando el examen en los presupuestos de hecho que en cada caso deban concurrir necesariamente en el sujeto o en el objeto, de acuerdo con la norma concretamente aplicable, para que se produzca el efecto adquisitivo en ésta previsto*” (dictamen del Consejo de Estado 2133/1996, de 25 de julio).

Sobre esta causa de nulidad también se ha pronunciado esta Comisión Jurídica Asesora, haciéndonos eco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así nuestro dictamen 6/22, de 11 de enero, en el que recordamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2015 (Recurso 2089/2013) según la cual:

*«Es doctrina jurisprudencial reiterada (v., por todas, sentencia de la Sección Primera de esta Sala de 27 de septiembre de 2012, dictada 25/30 en el recurso de revisión núm. 39/2011) la que señala que el supuesto de nulidad radical previsto en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992 no es sino la plasmación, en el ámbito del Derecho Administrativo, de la proscripción general de adquirir derechos en contra de la ley, establecido ya en el viejo artículo 6.3 del Código Civil, y que tal precepto exige dos requisitos: que el acto "sea contrario al ordenamiento jurídico" y que mediante el mismo se adquieran "facultades o derechos" para los que no se tienen los "requisitos" necesarios, que además se exige que sean "esenciales", exigencias que han de reputarse independientes y acumulativas para viciar el acto de nulidad. Pues bien, de las exigencias contenidas en el citado artículo 47.1.f) de LPAC, la que más problemas interpretativos puede plantear es la que impone que los requisitos de los que se carece para la adquisición del derecho sean "esenciales", expresión que ha sido interpretada por la doctrina de esta Sala (v. sentencia de 23 de*

*noviembre de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 1998/2006) como referida a aquellos requisitos "más significativos y directa e indisociablemente ligados a la naturaleza misma del derecho", precisamente para evitar que se desvirtúe este extraordinario motivo de invalidez y que venga a equiparse, en la práctica, con los motivos de anulabilidad previstos en el ordenamiento jurídico».*

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015 (recurso 427/2013) señala que: *“esos requisitos esenciales se refieren a los presupuestos esenciales de los destinatarios de los actos, de modo que no se reúnan las condiciones que de modo ineludible deben concurrir para ser titular de un derecho u ostentar la facultad que se reconoce (...). Este precepto, artículo 62.1.f), ha sido interpretado por la jurisprudencia de esta Sala y la doctrina del Consejo de Estado de modo estricto, pues la expansión de esta causa pulverizaría las tradicionales categorías de invalidez de los actos administrativos, desdibujando los linderos entre las causas de nulidad plena y de anulabilidad, haciendo pasar por causa de nulidad de pleno derecho a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, lo que atentaría gravemente a la seguridad jurídica. En definitiva, para la concurrencia de esta causa se requiere que no sólo haya un acto atributivo de un derecho y que este sea contrario al ordenamiento jurídico, sino que, además, falten esos requisitos esenciales, relativos a la estructura básica y primaria de la propia definición del acto, respecto del destinatario titular del derecho”.*

Más concretamente, en el ámbito de la contratación administrativa cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2012 (recurso 7113/2010) que señala:

*“Las causas de nulidad radical deben interpretarse de manera restrictiva; y la dicción literal del apartado f) no deja dudas a que se refiere a que, en este caso el adjudicatario de la concesión, carezca de*

*los requisitos esenciales para la adquisición (capacidad de obrar, solvencia económica, financiera...), interpretación que se refuerza con la lectura del artículo 62, b) del Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.*

De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia expuesta, en el caso que nos ocupa, y en los términos que aparece planteada la consulta resulta muy difícil apreciar la concurrencia de los presupuestos exigidos para admitir la causa de nulidad invocada, pues para que concurra ese vicio de nulidad no resulta suficiente que se produzca una vulneración objetiva del ordenamiento, con independencia de la gravedad que revista, sino que es preciso que esta vulneración consista precisamente en la carencia, en la persona que adquiere una facultad o derecho, de requisitos esenciales de carácter subjetivo, concretados en los términos anteriormente expuestos en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2012, carencia de requisitos que en modo alguno se invoca ni se acredita en el expediente remitido que concurra en la concesionaria.

A mayor abundamiento, tampoco resulta justificado en el expediente, con el rigor que exige el ejercicio de una potestad tan exorbitante de la Administración, como es la de dejar sin efecto sus actos mediante la revisión de oficio, la supuesta infracción del ordenamiento jurídico que se sostiene en el expediente “*por quebrantamiento del principio de riesgo y ventura*” en la contratación, fundamentada de manera poco rigurosa en una frase extraída de los razonamientos *obiter dicta* de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 34, de Madrid, de 27 de julio de 2022, por la que se reconoció el derecho de la concesionaria al cobro del canon anual del año 2019, así como en el informe jurídico de 5 de septiembre de 2022, que, al venir referido al posible recurso de apelación contra dicha sentencia, no analiza con la precisión técnica

exigible la vulneración del principio de riesgo y ventura que el informe defiende como un posible argumento para dicha apelación.

Por el contrario, la empresa concesionaria ha explicado con mayor precisión, y con datos económicos extraídos del PEF que figura en el expediente examinado, la asunción del riesgo por su parte en la concesión, lo que no ha sido desvirtuado en el expediente, limitándose el informe de contestación a las alegaciones de la concesionaria emitido por el técnico de Administración General del Ayuntamiento de Collado Villalba el 2 de febrero de 2023 a efectuar unas consideraciones genéricas sobre el “*riesgo operacional*” pero sin contradecir con rigor técnico las alegaciones de la concesionaria.

En relación con lo expuesto conviene apuntar que el PCAP que rige esta contratación acoge los principios y reglas que definen el contrato de concesión de obra pública en los términos previstos en la legislación aplicable que es el TRLCAP, modificado por lo que al contrato de concesión de obra pública se refiere por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, mientras que el “*riesgo operacional*” es un concepto introducido por la LCSP/17 (artículo 14: “*se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión*”) y que no puede confundirse con el principio de riesgo y ventura que asume el concesionario y que concreta el artículo 220.2 del TRLCAP cuando indica que “*la construcción y la explotación de las obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance establecidos por esta Ley, lo que será en todo caso compatible con los distintos sistemas de financiación de las obras que en ella se regulan y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración concedente*”. Dicho principio

aparece también recogido en la cláusula 30 del PCAP que rige esta contratación.

El Consejo de Estado, en su dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, emitido en relación con el anteproyecto de ley de contratos del sector público, puso de manifiesto que la nueva regulación que introduce el artículo 14 de la LCSP/17 viene a alterar las reglas básicas de la regulación hasta ahora vigente del contrato de concesión de obra pública y señala:

*“En el concepto tradicional, la concesión de obra pública pivota sobre su configuración como una locatio operis -el riesgo y ventura- que no es sino la expresión normal de la articulación de las prestaciones en el arrendamiento de obra: resultado contra precio fijo o alzado. En otros términos, su esencia radica en el riesgo y ventura que asume el contratista y que significa tres cosas: que la mayor o menor onerosidad sobrevenida no autoriza al contratista a desligarse del contrato; que no le da derecho a pretender su modificación y, en fin, que los riesgos anteriores al pago han de ser soportados por el propio contratista. No obstante, el principio de riesgo y ventura -que alcanza su plenitud para la construcción de la obra pública- cede en la fase de gestión, pues prevalecen en ella otros perfiles más propios del servicio público. Queda modulado por la idea de compensación económica (equilibrio económico-financiero), hasta el punto de ser uno de los elementos caracterizadores básicos de la figura”.*

Y añade:

*“Las determinaciones de la nueva regulación trastocan la regulación vigente. Esta hacer pivotar la figura concesional en el siempre delicado equilibrio entre el riesgo y ventura en la ejecución de la obra y la prestación del servicio y el derecho al equilibrio económico de la concesión. Sin embargo, la proyectada va mucho más allá al tomar*

*como gozne de la institución concesional el riesgo operacional. La existencia de un derecho del concesionario al equilibrio económico de la concesión en el derecho español -de tal manera que el margen de beneficio planteado en el estudio económico financiero se mantenga estable en términos económicos durante la vida del otorgamiento- choca frontalmente con el concepto de riesgo operacional y por eso desaparece en el nuevo régimen. Este, como se ha dicho, existe cuando no está garantizado que el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes, afirmando que la aplicación de la regulación de concesiones es improcedente en los casos en que se alivie al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes. A la vista de estas previsiones, la nueva regulación priva al concesionario del derecho al equilibrio económico en los términos tradicionales”.*

Por lo tanto, a la hora de enjuiciar este contrato ha de hacerse con los parámetros de la legislación anterior, que es por la que se rige, y en la que el contratista tiene derecho al equilibrio económico de la concesión y el principio de riesgo y ventura del concesionario no tiene un carácter absoluto, y así lo expresa con claridad la propia exposición de motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, cuando señala lo siguiente:

*“Reviste importancia capital, para que la concesión de la obra pública conserve sus señas de identidad y pueda ser reconocida como tal, que el concesionario asuma el riesgo de su construcción, conservación y explotación. Evidentemente, en un contrato de larga duración por naturaleza, la asunción del riesgo, ante la imposibilidad de predecir con un margen razonable de error el futuro, no puede transformar el contrato en un negocio aleatorio por lo que en coherencia se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo, si se quieren atraer la participación del capital y la iniciativa privadas en inversiones cuyo volumen exige el esfuerzo compartido de los sectores público y*

*privado. Debe destacarse, sin embargo, que la asunción de riesgo en "proporción sustancial" por el concesionario resulta determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación".*

En este sentido recuerda la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado, así su informe 69/09, de 23 de julio de 2010, que:

*"...es práctica frecuente limitar los riesgos del concesionario bien sea con referencia al tiempo de explotación de la concesión, como en el caso presente, bien sea en relación con otras circunstancias. La cuestión que en tales casos se plantea es si esta limitación es asumible sin que se produzca, tal como hemos dicho, la desnaturalización del concepto de concesión administrativa. Se trata en definitiva de determinar en qué punto se encuentra el límite a partir del cual puede considerarse excluido el riesgo del concesionario y, por consiguiente, deja de poder calificarse el negocio jurídico como una concesión administrativa de obras o de servicios.*

*A tal respecto, entiende la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que el establecimiento de cláusulas que supongan una reducción parcial del riesgo asumido por el concesionario no es contrario a la naturaleza propia de las concesiones siempre que no desaparezca el núcleo de tal asunción. Es decir, siempre que, considerado el término de vida de la concesión, el concesionario haya asumido el riesgo derivado de la explotación de la obra o del servicio en su conjunto, aun cuando éste haya podido estar limitado o incluso excluido durante un cierto período o en relación a determinadas circunstancias".*

La Administración consultante defiende que con el sistema de financiación previsto la concesionaria no asume ningún riesgo concesional, pues sostiene, en base al informe jurídico de 5 de septiembre

de 2022 anteriormente citado, que las aportaciones realizadas por el ayuntamiento superan con creces el valor total de la obra pública ejecutada.

En punto a la financiación del contrato, resulta clave la cláusula 29 del PCAP que establece en su apartado d), entre las retribuciones a percibir por la concesionaria *“la percepción de las aportaciones a efectuar por parte del ayuntamiento en el momento de finalización de las obras, en concepto de subvención inicial, y durante el periodo de concesión en concepto de canon anual, de conformidad con lo previsto en el artículo 224.3 del TRLCAP”*. Al respecto el citado artículo 224.3 dispone que *“cuando existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra objeto de concesión, la Administración podrá también aportar recursos públicos para su financiación, que adoptará la forma de financiación conjunta de la obra, mediante aportaciones dinerarias o no dinerarias, subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés, o préstamos participativos de acuerdo con lo establecido en el artículo 236 y en la sección 2.ª del capítulo III de esta ley y de conformidad con las previsiones del correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo respetarse en todo caso el principio de asunción de riesgo por el concesionario”*.

En este caso, resulta claro, como reconoce la Sentencia de 27 de julio de 2022 de constante referencia, que *“del tenor literal de la cláusula 29 del PCAP, por remisión al artículo 224.3 del TRLCAP, el ayuntamiento se obligó a financiar la obra mediante una aportación inicial y mediante un canon anual; y ello en clara contraprestación por la construcción del aparcamiento subterráneo”* y añade *“el aparcamiento subterráneo, y el resto de obra pública objeto de licitación, se ejecutó. Y el ayuntamiento se comprometió a financiar esa obra ex artículo 224.3 del TRLCAP. Y ni el PCAP ni los contratos (original y modificado), en ningún momento anudaron el pago del canon anual a condición alguna”*.

Como ha explicado la concesionaria con datos extraídos del PEF, dicha financiación no implica en modo alguno la exclusión del riesgo de la empresa. Así, ha detallado:

- Que el riesgo de la explotación recae en la concesionaria como resulta de la cláusula 50 del PCAP, al determinar que sus ingresos vendrían directamente de las tarifas que pagaran los usuarios del aparcamiento, de modo que, en el caso de no tener uso o ser inferior al previsto, las consecuencias económicas serían negativas para la concesionaria. Detalla que las cifras de los ingresos derivados de la explotación del aparcamiento distan mucho de las estimaciones establecidas en el PEF, siendo estos ingresos más de un 75% inferiores a los previstos en dicho documento. Así, explica que, a la fecha de la reclamación, el resultado real de la explotación del aparcamiento arroja una pérdida de -1.175.805 €, importe que, actualizado con la tasa de descuento del 7,65% durante el periodo de la concesión, supondría pérdidas de -595.579 €.

A ello debe sumarse que la concesionaria asumió igualmente los riesgos sobre costes de mantenimiento (cláusula 26 del PCAP).

- En cuanto al riesgo de la obra, la concesionaria recuerda que el proyecto de obras hubo de ser modificado por problemas geotécnicos detectados en la fase de construcción -no previstos en el proyecto, lo que desembocó en la tramitación de la modificación (para reequilibrio del contrato).

En el dictamen del Consejo de Estado 1179/2008, de 18 de septiembre, emitido a propósito de dicha modificación se reconoció la existencia de causas técnicas imprevistas, por *“graves insuficiencias en el estudio geotécnico que sirvió de base para su redacción. El subsuelo no se correspondía con el previsto en el citado estudio, sobre todo en cuanto a la roca y a la presencia de agua, y de ahí surgió, principalmente, la*

*imposibilidad de ejecutar el proyecto en la forma en que había sido planteado”. Como recogió el citado dictamen, por ello se procedió a la revisión del PEF, “que contempla un aumento muy relevante de las aportaciones municipales. En particular, para una mayor inversión inicial, derivada de la modificación contractual, de 12.640.080 euros, se incrementa la aportación inicial municipal hasta los 14.049.250 euros (desde los 3.788.000 euros originales), y la anual durante cuarenta años hasta 1.310.000 euros, con su actualización (desde los 602.383 euros originales) (puntos segundo y noveno de antecedentes). La revisión del plan, tras ser contrastada por una asesoría financiera ha sido informada favorablemente por la Interventora municipal (punto undécimo y decimotercero de antecedentes). La aprobación de la modificación contractual comportará, como es lógico, la del nuevo plan económico-financiero, más gravoso para las arcas municipales”.*

Como explica la concesionaria, se estableció una nueva cifra de inversión que ascendió a 32.974.980 euros, así como, nuevas cantidades destinadas al pago diferido de la inversión. La aportación del ayuntamiento quedó en 14.049.250 de euros y el canon anual en 1.310.000 € -que se incrementa anualmente a una tasa fija del 2,5% durante 38 años-. La suma de las cantidades aportadas por el ayuntamiento alcanzaría así, tras 38 años de pagos diferidos, un valor total de 96,78 millones de euros, que actualizados con su tasa de descuento del 7,65% durante dicho periodo, arrojan una cifra de 29,02 millones de euros “de los casi 33 millones de euros del coste de la obra, siendo el resto de la inversión, de 3,95 millones de euros, el aporte propio de la concesionaria a valor de inicio de la explotación”.

Como hemos dicho, los datos aportados por la concesionaria a los que nos acabamos de referir relativos al riesgo asumido por el contrato, no han sido desmentidos por la Administración consultante que se ha limitado a incorporar al procedimiento un informe que realiza unas consideraciones genéricas sobre las alegaciones formuladas pero que no

contradice con datos técnicos las argumentaciones económicas de la empresa.

En definitiva, como dijimos, la Administración no ha justificado en el procedimiento la concurrencia de la causa de nulidad alegada ni la infracción del ordenamiento jurídico que sostiene, siendo así que, en la revisión de oficio, en cuanto potestad exorbitante de la Administración frente a la regla general de que nadie puede ir contra sus propios actos, la carga de la prueba de la existencia de motivos de nulidad corresponde a la Administración como establece, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 (recurso 3843/2011).

Dicha consideración se ve reforzada aún más si cabe en materia de contratación administrativa, así la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2021 (recurso 4883/2019), entre otras, cuando señala que la posibilidad de revisión de oficio debe administrarse con prudencia en ese ámbito, *“debe ser una posibilidad apreciada excepcional y restrictivamente”*, no solo por obvias razones de seguridad jurídica, sino por *“las razones de buena fe que presiden la vida del contrato”*.

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

## **CONCLUSIÓN**

No procede la revisión de oficio 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*”, por la causa prevista en el artículo 47.1 f) de la LPAC.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá, 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 22 de junio de 2023

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 323/23

Sra. Alcaldesa de Collado Villalba

Pza. de la Constitución, 1 – 28400 Collado Villalba