

Dictamen nº: **110/25**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **06.03.25**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 6 de marzo de 2025, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Madrid, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato denominado “*concesión de servicios para la gestión de una instalación deportiva de cinco pistas de pádel y una pista de vóley playa plurifuncional*”, suscrito con CHAMARTIN SPORTS, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 13 de febrero de 2025, tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Madrid.

A dicho expediente se le asignó el número 78/25, 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).

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 6 de marzo de 2025.

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

Por Decreto de la concejal presidenta del Distrito de Chamartín de 16 de diciembre de 2022, se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT), del contrato denominado “*concesión de servicios para la gestión de una instalación deportiva de cinco pistas de pádel y una pista de vóley playa plurifuncional*”, para su adjudicación por procedimiento restringido, con un precio de licitación mínimo al alza en concepto de canon anual de 3.000 euros (IVA incluido).

Según el apartado 1 del anexo I del PCAP, el objeto del contrato es “*la gestión del servicio público deportivo de la instalación deportiva sita en la Avda. de Alfonso XIII 124, de cinco pistas de pádel y una pista de vóley playa plurinacional en el Distrito de Chamartín, con la ejecución previa de las obras incluyendo la construcción de un edificio de usos múltiples (vestuarios, cafetería y usos asociados), así como de las instalaciones adscritas a las mismas, para lo que los licitadores deberán redactar el correspondiente proyecto básico de las obras conforme al anteproyecto de edificación del Anexo I del PPT, así como el anteproyecto de demolición de la/s instalaciones existentes que impiden el acondicionamiento de la parcela mediante la implantación del diseño incorporado en el Anexo II del PPT(...)*

El apartado 10 del anexo I del PCAP establece un plazo máximo de ejecución de las obras, que será el que resultase del programa de trabajo debiendo ser como máximo el establecido en el PPTP de diez meses de duración a contar desde la firma del acta de comprobación del replanteo, o

el que se determine en la adjudicación del contrato, siendo los plazos parciales los que se fijaran como tales en la aprobación del programa de trabajo.

La adjudicación del contrato, tras la fiscalización por la Intervención delegada en fecha 28 de abril de 2023, se acordó mediante Decreto de la concejala presidenta del Distrito de Chamartín de 3 de mayo de 2023, a favor de la empresa CHAMARTIN SPORTS, S.L.

El contrato se suscribió con la adjudicataria el 28 de junio de 2023, con un canon anual de 3.872,00 euros (IVA incluido). Se estipuló que el concesionario percibiría de los usuarios, las tarifas derivadas de la prestación de los servicios deportivos, así como en su caso, los ingresos obtenidos por la explotación de la cafetería y de la tienda existente en el edificio de usos múltiples.

El plazo de duración total del contrato de concesión se estableció en veinte años, sin posibilidad de prórroga, sin perjuicio de que el ayuntamiento pudiera exigir que el concesionario continuara prestando servicio por un periodo no superior a seis meses, en los términos de la legislación de contratos.

Para responder de la ejecución del contrato, el contratista constituyó una garantía definitiva por importe de 3.200 euros.

El 31 de octubre de 2023, el adjudicatario presenta el proyecto de ejecución de las obras para su aprobación y el 16 de noviembre de 2023 se emite informe de supervisión del proyecto por los servicios técnicos.

Con fecha 21 de noviembre 2023, la concejala presidenta del Distrito de Chamartín aprueba el proyecto de ejecución de las obras por importe de 1.490.306,08 euros y un plazo de ejecución de nueve meses, según la oferta del concesionario.

Los responsables del Servicio de Medio Ambiente y Escena Urbana del Distrito de Chamartín convocaron a la empresa contratista para la firma del acta de comprobación del replanteo en las fechas siguientes: el día 21 de noviembre de 2023 para la firma del acta el día 24 de noviembre de 2023; el 1 de diciembre de 2023 para la firma el 5 de diciembre; el 5 de diciembre de 2023 para la firma el 10 de diciembre y el 11 de diciembre de 2023 para la firma el 14 de diciembre.

El 12 de diciembre 2023, el contratista presenta escrito dirigido al órgano de Contratación solicitando un aplazamiento para revisar “soluciones técnicas” y ampliación de plazo de 15 días contados para la firma del acta de comprobación de replanteo a contar desde el 14 de diciembre 2023. La empresa adjudicataria alegó la “*concurrencia de supuestos excepcionales que acreditarían el establecimiento de un plazo superior para su firma*”. Adujo que “*el proyecto básico y de ejecución fue elaborado por Chamartín Sports con posterioridad a la adjudicación del contrato de referencia. En el marco de la colaboración de dicho proyecto de ejecución Chamartín Sports solicitó a una empresa especializada que se llevara a cabo un reconocimiento geotécnico de los terrenos, del que se identificaron deficiencias que no podían ser conocidas con anterioridad a la adjudicación del Contrato, por cuanto el referido estudio se llevó a cabo en fase de elaboración de proyecto de ejecución*”. Señaló que “*nos encontramos ante un supuesto de vicios ocultos existentes en el propio suelo donde se debe llevar a cabo la construcción objeto de la concesión ...que suponen un sobrecoste adicional a la inversión inicialmente prevista en el estudio de viabilidad aprobado por el Órgano de Contratación, que, además, en ningún caso debería ser soportado por la empresa concesionaria*” y que “*la superación de dichas deficiencias conlleva necesariamente la implementación de soluciones adicionales a las inicialmente previstas que, en consecuencia, comportan también, a su vez, un encarecimiento de la inversión inicialmente prevista para la ejecución de la obra*”.

El 13 de diciembre de 2023, se comunica a la empresa contratista la imposibilidad de aplazar la firma del acta de comprobación del replanteo, convocando a la adjudicataria para la firma el día siguiente.

El 14 de diciembre de 2023, se firma el acta de comprobación del replanteo, con reparos. La empresa contratista anexa un escrito a dicho acta en el que solicita al órgano de contratación:

“a) la suspensión del inicio de las obras hasta que se lleve a cabo una ampliación del estudio geotécnico para determinar así la posibilidad de aplicar materialmente actuaciones alternativas que pudieran resultar más ajustadas económico y, en todo caso, con el fin de superar las deficiencias del suelo identificadas y acaecidas con posterioridad a la adjudicación del contrato

b) En el supuesto de que los resultados de dicha ampliación del estudio geotécnico demuestren la necesidad de ejecución de actuaciones adicionales que supongan un incremento del PEC consignado inicialmente como inversión, se solicitará al órgano de ejecución que, en virtud del artículo 141 del RGLCAL, se proceda a tramitar una modificación del proyecto básico y de ejecución...así como a una estimación razonada del importe de dichas modificaciones...

En el supuesto de que la modificación del proyecto y, por ende, del contrato, suponga un incremento de las inversiones a ejecutar por parte de la Sociedad Concesionaria en el sentido de quebrar el equilibrio económico-financiero del contrato, se solicitará a este órgano de contratación al que nos dirigimos que proceda a la compensación económica de la Sociedad Contratista para mantener el equilibrio económico financiero del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 262 de la LCSP, el cual establece que toda modificación que afecta al equilibrio económico de la concesión se gira por las normas

generales de la modificación, así como lo dispuesto en el art. 270 de la LCSP”.

El técnico municipal, responsable designado por la Junta Municipal, hizo constar en el acta: “*Respecto de las reservas formuladas, el Técnico municipal debe estudiarlas, aunque de momento las ofertas de contratas no se admiten*”.

El 27 de diciembre de 2023, el Servicio Técnico de Medio Ambiente emite informe de respuesta a las reservas de la empresa contratista, en el sentido de no admitirlas como causa suficiente para admitir una suspensión en el inicio de las obras. Asimismo, se comunicó a la contratista y a la dirección facultativa que debían presentarse en el lugar de las obras para la firma del acta de reunión nº1 de seguimiento de las obras de ejecución de la instalación deportiva el día 28 de diciembre de 2023 a las 13:00 horas.

El Servicio de Medio Ambiente del Distrito de Chamartín citó semanalmente a la empresa contratista para comprobar el seguimiento de la obra, extendiéndose cinco actas los días 28 de diciembre de 2023; 9 de enero de 2024; 16 de enero de 2024; 23 de enero de 2024 y 30 de enero de 2024.

En el acta de 9 de enero de 2024, se refleja que “*el adjudicatario está pendiente de conseguir nuevas ofertas y ajustes en la ejecución del proyecto que le permitan financiar la obra adecuadamente, y es por ello, por lo que el Adjudicatario solicita un periodo de gracia para el inicio de los trabajos, con una fecha tope del 20 de febrero de 2024 en la que se compromete a tener los hitos indicados del Acta nº1 cumplidos (ver párrafos siguientes) o solicitar en esa fecha la Resolución del Contrato*

En el acta nº 4, de 23 de enero de 2024, se recoge que “*el Adjudicatario indica que aún no ha contratado a la empresa constructora puesto que no ha conseguido una oferta que se ajuste al precio del proyecto*

aprobado” así como que “el adjudicatario sigue interesado en el cumplimiento de los objetivos de la concesión y, es consciente de que estos retrasos van en su contra porque también afectan al plazo de la explotación de la Concesión” y que “el técnico municipal comunica que se ha recibido por correo electrónico el Anejo Geotécnico complementario y que, una vez estudiado este, sus conclusiones son idénticas a las recogidas en las recomendaciones del primer Anejo geotécnico de fecha octubre 2023. Por lo que no constituyen causa suficiente como para indicar que hay una variación reseñable en las mediciones o sobre costes respecto del proyecto ya aprobado”.

El 12 de enero de 2024, la Junta de Chamartín requiere a la empresa contratista la presentación de nuevo informe geotécnico y toda aquella otra documentación técnica, firmada por técnico competente y, en su caso visada, que acredite la disconformidad de la empresa en relación con la variación reseñable de las condiciones del terreno respecto del estudio geotécnico aportado por la empresa en octubre de 2023 y que forma parte del contrato.

El 16 de enero de 2024, la empresa concesionaria presenta escrito de solicitud, acompañado de “*Adenda de Estudio geotécnico ampliado para poder cotizar nuevamente el proyecto*” y el 20 de febrero de 2024, la contratista reitera su solicitud de ampliación del plazo de ejecución.

El 20 de febrero de 2024, el Servicio de Medio Ambiente elabora un informe donde se analiza el impacto de la situación objetiva del estado del suelo y subsuelo de la parcela objeto de actuación y su implicación respecto al contrato, en el que se concluye que «*los diversos plazos solicitados por el Adjudicatario en esta Fase de Ejecución del Contrato de Concesión (obras), y que alteran el conjunto de la obra al no haberse iniciado las mismas, han ido transcurriendo paulatinamente y a fecha de 5 de febrero de 2024 no existe empresa constructora contratada por el Adjudicatario que pueda comprometerse al inicio de las obras en una fecha*

cierta. Los plazos posteriores mencionados perjudican el objetivo del Contrato de Concesión, no siendo achacables de alguna forma al Ayuntamiento de Madrid, motivo por el cual deberían iniciarse los trámites si el órgano de contratación lo considera oportuno para rescindir la concesión, que se deriva los incumplimientos que recoge el art 30 “Penalidades” y siguientes del Anexo I “Características del Contrato” del PCAP de aplicación”».

Los servicios técnicos vuelven a emitir informe el 22 de febrero de 2024, recomendando que no se acepten los plazos solicitados por la empresa contratista.

El 28 de febrero de 2024, la empresa concesionaria presenta escrito de alegaciones al informe del día 22 de febrero, Planning de obra con propuesta de plazo de ejecución de 7 meses y el compromiso de integración de solvencia de la empresa Green Moments.

El día 1 de marzo de 2024, la Policía Municipal comunica al ayuntamiento que una empresa está intentando depositar unos elementos en la parcela objeto de la obra. Ese mismo día, se pone conocimiento de la concesionaria que debe paralizar esas actuaciones hasta que aporte la documentación que permite asegurar un cumplimiento del contrato según los pliegos y la normativa y una ejecución de la obra en condiciones de seguridad.

El 26 de marzo, los servicios técnicos emiten informe poniendo de manifiesto sus dudas sobre la ejecución de las obras en el plazo de 7 meses propuesto por la concesionaria, siendo necesario que se acredite la viabilidad y que se aportasen cartas de compromiso tanto de los proveedores como de la adscripción de medios humanos y materiales para la ejecución de las obras.

El día 17 de abril de 2024, se realiza visita a la obra por los servicios técnicos, comprobándose que en el interior de la parcela no se observa

ninguna actividad, ni la presencia de personal alguno, así como que la parcela se ha vallado parcialmente, se ha colocado información y publicidad en el vallado y se ha introducido una caseta de obra en la parcela.

El 19 de abril de 2024, se dirige apercibimiento a la empresa para que paralice las actuaciones que está realizando en la parcela en tanto no se dé cumplimiento a las exigencias contractuales y se hayan valorado técnica y jurídicamente la documentación para asegurar la correcta ejecución de las obras.

El 26 de abril de 2024, el Servicio de Medio Ambiente y Escena Urbana emite informe en el que concluye:

«Primero. -Sobre el Anexo I del acta de comprobación de replanteo. De todo lo expuesto en este informe se concluye que las reservas expuestas por la concesionaria para el inicio de las obras no tienen fundamento técnico, por cuanto lo que propone el estudio geotécnico es retirar el relleno antrópico y sustituirlo por suelo de aportación, lo cual no requiere de especial complejidad técnica ni medios extraordinarios, lo que por otra parte prueba el hecho que en la memoria explicativa y cronograma aportados por el concesionario se propone la ejecución del movimiento de tierras en 7 días.

Lo cual induce a pensar que sencillamente ha sido una dilación de tiempo por parte del concesionario, al no haber encontrado empresa constructora, como él mismo indica y se pone de manifiesto en el Acta nº4 de obra.

Segundo.- Sobre los vicios ocultos en el terreno, según los informes técnicos que obran en el expediente y a la vista de la adenda al estudio geotécnico presentado por el adjudicatario, no se considera una cimentación excesivamente compleja ni que existan vicios ocultos

en el terreno, ya que el espesor de relleno antrópico es menor de 1 metro de media respecto a la cota de ejecución de la cimentación, y tratándose de la ejecución de unas pistas sin apenas cargas propias ni sobrecarga de uso, resulta suficiente una cimentación superficial, de escasa complejidad constructiva. En su propio programa de trabajos (diagrama Gantt y memoria) resuelve el movimiento de tierras en 7 días y la solución constructiva ofertada por la empresa “Viales y Obras Públicas, SA” consiste en una cimentación superficial con sistema convencional. Todo ello sin perjuicio del principio de riesgo y ventura que recoge el art 39 del PCAP que rige la vigente a Concesión y que se asienta en la doctrina del “riesgo imprevisible razonable”.

En todo caso, en el ámbito del contrato de concesión de obras públicas advierte en el artículo 254 de la Ley de Contratos del Sector Público, que las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, quien, además asumirá el riesgo operacional de la concesión.

Actualmente sobre el terreno objeto de esta concesión existe una pista de fútbol-sala la cual no presenta patologías ni grietas que indiquen vicios ocultos en el terreno que justifiquen los sobrecostes o la inviabilidad económico-financiera alegada por el adjudicatario.

Tercera. - Sobre el importe de las obras y su supuesta inviabilidad económico-financiera, el mismo concesionario se contradice cuando argumenta la inviabilidad económica para ejecutar las obras, presentando los presupuestos de dos empresas, Obras Impala SL por importe de 1.603.404,76€ y Viales y Obras Públicas, SA por importe de 1.502.276,95€, importe superior al que figura en el proyecto aprobado, 1.490.306, 08€ en menos de un 1%. A lo que añadir que el presupuesto del Anteproyecto para la licitación fue de 1.433.436,70 €, IVA incluido, siendo el concesionario el responsable de la viabilidad de la baja ofertada para la adjudicación de la concesión.

Cuarta. - Sobre la inviabilidad de los plazos de ejecución de las obras en relación con la documentación aportada por el concesionario, señalar:

- *La imposibilidad técnica de terminar la obra en el plazo fijado contractualmente, teniendo en cuenta el cronograma (diagrama Gantt) aportado por el concesionario.*
- *La memoria de Planificación y Equipos no resuelve técnicamente ni presenta la suficiente rigurosidad técnica, no acreditando ni asegurando la viabilidad de la ejecución en el plazo establecido.*

Tal como se ha expuesto en el desarrollo de este informe, la documentación presentada por el adjudicatario resulta insuficiente para el inicio de las obras y no garantiza la ejecución de las mismas en plazo, teniendo en cuenta además, que han transcurrido más de 4 meses desde la firma del acta de comprobación de replanteo que marca el comienzo de las obras, sin que el concesionario haya aportado la documentación que permita acreditar a la empresa subcontratada e iniciar las actuaciones referidas a la obra.

Dicha dilación en el inicio de las actuaciones se produce desde la fecha de inicio de las obras e incluso antes, como se pone de manifiesto en los diferentes informes técnicos de este servicio, siendo totalmente imputable al concesionario e injustificado técnicamente. Al mismo tiempo cabe señalar que es el propio concesionario el que rebajó desde el inicio el plazo de las obras que por el órgano de contratación se estableció en 10 meses, ofertando el concesionario 9 meses y rebajándolo posteriormente a 7 meses.

A día de la fecha y girada visita de inspección por los técnicos de estos Servicios Técnicos las obras no han comenzado y el emplazamiento se

encuentra en las mismas condiciones ya indicadas en el informe de fecha 17 de abril de 2024.

Por todo lo anteriormente expuesto se deduce que tras firmar el Acta de comprobación de replanteo el día 14 de diciembre de 2023, las obras deberían haberse iniciado al día siguiente día 15 de diciembre de 2023 y a día de la fecha no han comenzado las obras por causas solo imputables al concesionario, habiendo transcurrido un plazo superior a cuatro meses».

TERCERO.- El 27 de junio de 2024, el Servicio de Medio Ambiente y Escena Urbana emite informe técnico reiterando lo manifestado en informes anteriores, entendiendo la actuación difícilmente ejecutable en un plazo inferior a 9 meses, concretamente para el plazo de 7 meses la adscripción de medios es totalmente insuficiente. Señala que la documentación presentada por el adjudicatario resulta insuficiente para el inicio de las obras y no garantiza la ejecución de las mismas en plazo, teniendo en cuenta, además, que han transcurrido más de 4 meses desde la firma del acta de comprobación de replanteo que marca el comienzo de las obras, sin que el concesionario haya aportado la documentación que permita acreditar a la empresa subcontratada e iniciar las actuaciones referidas a la obra. Añade que a la fecha del informe y girada visita de inspección por los técnicos se ha comprobado que las obras no han comenzado y el emplazamiento se encuentra en las mismas condiciones ya indicadas en el informe de abril de 2024.

Por todo lo anteriormente expuesto, entiende que tras firmar el acta de comprobación de replanteo el día 14 de diciembre de 2023, las obras deberían haberse iniciado al día siguiente y a día de la fecha no han comenzado las obras por causas solo imputables al concesionario, por lo que procedería aplicar el artículo 192.2 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), al no haber comenzado las obras por causas solo imputables al concesionario.

El 8 de junio de 2024, se emite informe jurídico en relación con la incoación del procedimiento de resolución del contrato, al amparo de lo establecido en el artículo 192.2 de la LCSP/17 en relación con el artículo 221.1 f) de la misma ley, por incumplimiento debido a causa imputable al contratista, concurriendo culpa en su actuación, al no haber iniciado las obras incluidas en la concesión en los primeros cuatro meses desde la firma del acta de comprobación del replanteo, de los 9 que figuran en el contrato como plazo para su completa ejecución. Se indica que este incumplimiento implica un porcentaje de ejecución del 0% y da lugar a la imposibilidad técnica constructiva de ajustarse al plazo establecido en el contrato para ello, lo que ha producido, a su vez, el incumplimiento del propio plazo de toda la concesión. Se señala que el incumplimiento por el adjudicatario del plazo de la ejecución de la obra que, aunque, al tratarse de una concesión de servicios no es el objeto principal de la misma, resulta una parte accesoria esencial del mismo, puesto que, sin la construcción de las instalaciones deportivas, la gestión de las mismas resulta materialmente imposible.

Mediante decreto de la concejal-presidente del Distrito de Chamartín de 10 de julio de 2024, se acordó el inicio del expediente de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, con fundamento en los informes, técnico y jurídico, anteriormente mencionados.

Conferido trámite de audiencia a la empresa contratista, el 22 de julio de 2024, la mercantil adjudicataria presenta escrito de alegaciones, en el cual se opone a la resolución del contrato y manifiesta la no procedencia de la aplicación de la causa invocada por el ayuntamiento, al entender que no le es imputable la falta de ejecución de las obras. Subsidiariamente, solicita que se le exonere de la incautación de la

garantía, así como de la eventual indemnización por daños y perjuicios por existir un supuesto de concurrencia de culpas del Ayuntamiento de Madrid.

El Servicio de Medio Ambiente y Escena Urbana del Distrito de Chamartín emite informe el 30 de agosto de 2024 en el que se reitera en los informes emitidos con anterioridad y señala, en síntesis, que el terreno sobre el que se ha de efectuar la construcción del proyecto es un terreno perfectamente apto para la construcción sobre el que no hay que hacer ninguna labor ni solución técnica fuera de la normal práctica constructiva, por lo que las justificaciones esgrimidas por el concesionario se consideran intentos infructuosos para justificar el incumplimiento del contrato al no haber iniciado las obras en tiempo y forma, por causas solo imputables al mismo concesionario.

Mediante decreto de la concejal-presidente del Distrito de Chamartín de 30 de septiembre de 2024, se acordó la suspensión del procedimiento para la petición de informe a la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid. Consta la notificación de dicho acuerdo a la empresa contratista el 7 de octubre de 2024.

El 16 de octubre de 2024, la Asesoría Jurídica procede a la devolución del expediente para la emisión de propuesta de resolución con el contenido necesario, de la que deberá darse audiencia a los interesados y someterse de nuevo a informe de Asesoría Jurídica.

El 28 de noviembre de 2024, se acuerda el levantamiento de la suspensión, lo que es notificado a la contratista el 30 de noviembre de 2024.

De acuerdo con lo solicitado por la Asesoría Jurídica, el 3 de diciembre de 2024 se formula propuesta de resolución firmada por la jefa del Departamento de Contratación y la secretaria del Distrito de Chamartín. En dicha propuesta, se desestiman las alegaciones formuladas

por la empresa contratista y se reitera la propuesta de resolución por el incumplimiento culpable que dio inicio al procedimiento.

Consta en el procedimiento que el 5 de diciembre de 2024, la empresa contratista solicitó el acceso al expediente, lo que le fue facilitado, según obra en la documentación examinada.

El 13 de enero de 2025, la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid emite informe favorable a la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la empresa contratista.

El 28 de enero de 2025, se acuerda la suspensión del procedimiento para recabar el informe de la Intervención municipal, lo que se notifica a la empresa contratista el 29 de enero de 2025.

El 30 de enero de 2025, la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid emite informe de conformidad.

Consta una nueva propuesta de resolución formulada el 31 de enero de 2025 en el mismo sentido que la anteriormente emitida y en la que se recoge expresamente la incautación de la garantía según la observación formulada al respecto en el informe de la Asesoría Jurídica.

En esa misma fecha, 31 de enero de 2025, se acuerda la suspensión del procedimiento para recabar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora. No consta en la documentación remitida la comunicación de dicha suspensión a la empresa contratista.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “*3. En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público*”.

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

El contratista ha formulado su oposición de forma expresa y por ello, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión ex artículo 191.3 de la LCSP/17.

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó el día 3 de mayo de 2023, por lo que resulta de aplicación la LCSP/17 tanto en el aspecto sustantivo como en el procedural.

De esta forma, el artículo 212.1 de la LCSP/17 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 el aspecto objeto de estudio, debe considerarse, asimismo, lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*” en lo que no se oponga a la ley.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 190 LCSP/17, a cuyo tenor “*dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta*”.

El artículo 191.1 LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además, debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGLCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”. Por otro lado, el apartado tercero del artículo 191 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 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. En el caso del Ayuntamiento de Madrid, el informe del servicio jurídico a que se refiere el artículo 191.2 de la LCSP/17, es el de su Asesoría Jurídica, conforme a la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que la competencia para resolver los contratos corresponde al órgano de contratación. En este caso el órgano competente es la Junta de Gobierno Local, actuando por delegación la concejala presidenta del Distrito de Chamartín en virtud del Acuerdo de 29 de junio de 2023, de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid.

En materia de procedimiento en nuestro caso, se ha dado audiencia a la empresa contratista que formuló alegaciones oponiéndose a la resolución contractual planteada por la Administración. Del expediente examinado resulta que la garantía definitiva se constituyó mediante carta de pago, por lo que no existe avalista al que sea preciso conferir al trámite de audiencia al proponerse la incautación de la garantía.

Figura en el procedimiento el informe de 13 de enero de 2025 de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, en sentido favorable a la resolución propuesta por la Administración, 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”*).

No ocurre lo mismo con el informe de la Intervención municipal, emitido el 30 de enero de 2025, por tanto, tras el trámite de audiencia, pues como hemos señalado reiteradamente (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) la audiencia a los interesados debe practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución, sin perjuicio de lo señalado anteriormente en cuanto al informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico, 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. Así ocurre en el presente caso, pues el citado informe de la Intervención municipal no recoge nuevos elementos cuyo desconocimiento pudiera causar indefensión a la empresa contratista.

Finalmente, figura en el procedimiento una propuesta de resolución en la forma en que viene siendo exigida por esta Comisión Jurídica Asesora, al 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.

Resta por analizar la cuestión relativa 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.

Por ello, esta Comisión Jurídica Asesora ha venido considerando aplicable el plazo de tres meses previsto en el artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

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 rijan por la legislación sobre contratos públicos. Ocho meses. Caducidad (iniciados de oficio). Desestimatorio (iniciados a instancia del contratista)».

Dicha previsión resulta de aplicación a los procedimientos iniciados tras su entrada en vigor, por lo que al presente procedimiento le resulta de aplicación el plazo de ocho meses.

En este caso, el procedimiento de resolución contractual se inició el 10 de julio de 2024, por lo que, a la fecha de emisión del presente dictamen, no habría transcurrido el citado plazo de ocho meses, previsto por la normativa de la Comunidad de Madrid, tras la modificación operada por la Ley 11/2022, anteriormente citada. Además, resulta del expediente que el procedimiento se ha suspendido en diversas ocasiones para la petición de informe a la Asesoría Jurídica y a la Intervención municipal, así como para el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, si bien en este último caso no consta en el expediente examinado el acuse de recibo de la comunicación de dicho acuerdo de suspensión a la empresa contratista, requisito necesario para que la suspensión surta efecto, y que deberá tenerse en cuenta a la hora de computar el plazo que resta para poner fin al procedimiento.

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 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*”.

Expuestas las consideraciones generales sobre la resolución contractual, procede estudiar si concurre o no causa de resolución del presente contrato.

El órgano proponente alega el incumplimiento culpable del contratista, al no haber comenzado la ejecución de las obras a las que se comprometió, como fase previa para gestión de la instalación deportiva de cinco pistas de pádel y una pista de vóley playa plurifuncional, en el marco de un contrato de concesión de servicios, invocando el artículo 192.2 de la LCSP/17, así como el artículo 211.1 f) de la citada ley.

Como es sabido, el primero de los artículos citados permite a la Administración optar por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades, cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiera incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato. Por su parte, el artículo 211.1, al referirse a las causas de resolución del contrato, recoge en el apartado f) “*el incumplimiento de la obligación principal del contrato*”.

Según resulta del expediente, en el caso que nos ocupa, es un hecho indubitable que no se ha producido el inicio de las obras a cuya ejecución el contratista estaba obligado como parte del contrato de concesión de servicios, conforme a lo establecido en la cláusula 40 del PCAP relativo a las obligaciones del contratista, en relación con el apartado 1 del anexo I del referido pliego que al definir el objeto del contrato señala que consistirá en la gestión del servicio público deportivo de la instalación deportiva sita en la Avda. de Alfonso XIII 124, de cinco pistas de pádel y una pista de vóley playa plurinacional en el Distrito de Chamartín, “*con la ejecución previa de las obras incluyendo la construcción de un edificio de usos múltiples (vestuarios, cafetería y usos asociados), así como de las instalaciones adscritas a las mismas*”.

Del expediente se infiere que el contratista ha manifestado desde el inicio una actitud reticente a la ejecución de las obras en los términos pactados, lo que se puso ya de manifiesto con el retraso en acudir a la firma del acta de comprobación del replanteo (a lo que fue citado hasta en cuatro ocasiones), aduciendo deficiencias y vicios ocultos, que comportaban, a su juicio, la necesidad de implementar nuevas soluciones técnicas con el encarecimiento de la inversión inicialmente prevista para la ejecución de la obra. Dichas reticencias igualmente se adujeron por la contratista en el acta de comprobación del replanteo firmada el 14 de diciembre de 2023 y se han continuado alegando a lo largo del procedimiento, habiendo sido oportunamente contestadas por los servicios técnicos municipales que las han considerado carentes de fundamento.

En efecto, como hemos visto en los antecedentes, los servicios técnicos municipales han emitido diversos informes a lo largo del procedimiento que desvirtúan las alegaciones de la empresa contratista en relación con los problemas que le planteaba la ejecución de las obras en los términos pactados, y que viene a contradecir los argumentos expuestos por la adjudicataria en el procedimiento de resolución contractual para tratar de imputar al Ayuntamiento de Madrid la responsabilidad en la inejecución de las obras.

En este sentido, se observa que el contratista adujo la existencia de vicios ocultos en el terreno que encarecían la obras al requerir soluciones técnicas que incrementaban el coste. Dicha cuestión fue oportunamente contestada, entre otros, en el informe de 27 de junio de 2024, en el que se recoge que “según los informes técnicos que obran en el expediente y a la vista de la adenda al estudio geotécnico presentado por el adjudicatario, no se considera una cimentación excesivamente compleja ni que existan vicios ocultos en el terreno, ya que el espesor de relleno antrópico es menor de 1 metro de media respecto a la cota de ejecución de la cimentación, tratándose de la ejecución de unas pistas sin apenas cargas propias ni sobrecarga de uso, resulta suficiente una cimentación superficial, de escasa

complejidad constructiva” y añade que sobre el terreno objeto de la concesión existe una pista de fútbol-sala “la cual no presenta patologías ni grietas que indiquen vicios ocultos en el terreno que justifiquen los sobrecostes o la inviabilidad económico-financiera alegada por el adjudicatario”.

Por otro lado, la inexistencia de dichos vicios ocultos, según el criterio de los servicios técnicos, hace inviable el incremento económico que reiteradamente ha solicitado la contratista, que además ha aportado a lo largo del procedimiento presupuestos que, en palabras de los servicios técnicos municipales, resultaban desconcertantes y generadores de notables dudas para dichos servicios al contemplar indudables fluctuaciones de plazos y dispares cifras económicas por parte de las empresas encargadas de la elaboración de dichos presupuestos.

De igual modo, los servicios técnicos han puesto de manifiesto en los distintos informes emitidos la imposibilidad técnica de terminar la obra en el plazo fijado contractualmente, teniendo en cuenta el cronograma (diagrama Gantt) aportado por el concesionario, así como la memoria de planificación y equipos aportada, que no resolvía técnicamente ni presentaba la suficiente rigurosidad técnica, para asegurar la viabilidad de la ejecución en el plazo establecido, teniendo en cuenta además que fue la propia contratista la que rebajó desde el inicio el plazo de las obras que por el órgano de contratación se estableció en 10 meses, ofertando el concesionario 9 meses y rebajándolo posteriormente a 7 meses.

Respecto a la suspensión de las obras decretada por el ayuntamiento, que es otro de los argumentos esgrimidos por la concesionaria para justificar la inejecución de las obras, resulta desmentida en el expediente del que se infiere que dicha suspensión no se ha llegado a producir, toda vez que, según hemos dicho, las reticencias de la contratista se han considerado infundadas por los servicios técnicos ya desde el acta de comprobación del replanteo y así se le comunicó a la

adjudicataria, por lo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.5 del RGLCAP, no puede considerarse que quedara suspendida la ejecución de las obras. Lo que resulta del expediente es que por los servicios técnicos se ha solicitado en numerosas ocasiones a la contratista que aportase la documentación correspondiente a la empresa que iba a subcontratar para la ejecución de las obras así como garantías sobre la seguridad y compromisos imprescindibles para el inicio de las obras, sin que hayan sido aportadas por la concesionaria, de ahí que el 19 de abril, tras girar visita de inspección a la parcela y advertir que se estaban realizando determinadas actuaciones (vallado, instalación de caseta de obras etc.) se requirió a la contratista para que cesase en dichas actuaciones en tanto no se diera cumplimiento a las exigencias contractuales y se garantizase la correcta ejecución de las obras.

De lo expuesto hasta ahora se colige sin dificultad que la empresa venía obligada a ejecutar las obras que servían de base a la concesión y ello dentro del plazo contractual, y sin embargo ha querido excusar la inejecución en la existencia de unos vicios ocultos que obligaban a adoptar ciertas soluciones técnicas, en términos que se han considerado inaceptables por parte de los servicios técnicos municipales.

Según resulta del procedimiento, la ejecución de las obras no ha comenzado y se encuentra en una situación que impide su avance por causa imputable a la empresa contratista, lo que faculta a la Administración para proceder a la resolución contractual.

Resulta cierto que nos encontramos ante un contrato de concesión de servicios en el que la realización previa de las obras constituye una prestación accesoria de lo que constituye su objeto principal, que es la gestión del servicio público, si bien, resulta evidente que, sin las obras que sirven de sustento a dicho servicio público este no puede prestarse, con claro perjuicio para el interés general, por lo que puede concluirse que resulta de aplicación, como propone el Ayuntamiento de Madrid, la causa

prevista en el artículo 211.1 f) de la LCS/17, precepto que resulta de aplicación por remisión del artículo 294 de dicha ley, al referirse a las causas de resolución del contrato de concesión de servicios, y específicamente recoge la cláusula 67 y el apartado 32 del anexo I del PCAP que rige este contrato.

CUARTA.- En cuanto a los efectos de la resolución, es de aplicación el artículo 213.3 LCSP/17, donde se establece que cuando la resolución del contrato sea por incumplimiento culpable del contratista, este debe indemnizar de los daños y perjuicios ocasionados, siendo efectiva la indemnización, en primer término, sobre la garantía.

Por su parte, el apartado 4 del mismo precepto establece que, en todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida.

Así pues, la incautación de la garantía opera de modo automático en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados, como se señala en nuestro dictamen 580/20, de 22 de diciembre y el dictamen 348/24, de 13 de junio, entre otros muchos, sin que resulte precisa la valoración previa de los daños, y en ese sentido, lo recoge la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2019 (recurso 3556/2017).

En el presente expediente, se contempla la incautación de la garantía definitiva constituida, ello sin perjuicio de la determinación, en su caso, en procedimiento contradictorio aparte, de los daños y perjuicios adicionales que se hayan podido derivar del incumplimiento del contrato que excedan del importe de la garantía incautada.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 211 f) de la LCSP/17, con los efectos previstos en la consideración de derecho cuarta 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 6 de marzo de 2025

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 110/25

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid