



DICTAMEN: 32/2016, de 4 de febrer

MATÈRIA: Contractes

DEPARTAMENT: Governació i Relacions Institucionals - Ajuntament de Badalona

PONENT: Joan Manuel Trayter i Jiménez

DICTAMEN 32/2016, de 4 de febrer. Rescat d'una concessió administrativa atorgada per l'Ajuntament de Badalona a l'empresa Pàrquings Batllòria 123, SA, per a l'ús privatiu del subsòl

La Comissió Jurídica Assessora, reunida el 4 de febrer de 2016, amb la presidència del Sr. Albert Lamarca i Marquès, actuant com a secretari el Sr. Gabriel Capilla i Vidal, amb la participació de les Sres. i els Srs. Enric Argullol i Murgadas, Ferran Badosa i Coll, Eladi Crehuet i Serra, Tomàs Font i Llovet, Àngel Garcia i Fontanet, Margarida Gil i Domènech, Ma. Jesús Montoro Chiner, Isabel Pont i Castejón, Josep-Enric Rebés i Solé, Susana Sartorio i Albalat, Lluís Saura i Lluvià, i Carles Viver i Pi-Sunyer, i essent-ne ponent el Sr. Joan Manuel Trayter i Jiménez, ha aprovat el Dictamen següent:

ANTECEDENTS

1. El 28 de novembre de 2000, el Ple de l'Ajuntament de Badalona va adjudicar la concessió administrativa de "l'ús privatiu per a aparcament privat del subsòl de les zones verdes i de vianants del carrer de la Batllòria, en el tram que dona front a l'Institut de Formació Professional La Pineda", a l'empresa Pàrquings Batllòria 123, SA. El contracte, que es va subscriure en document administratiu el 30 de gener de 2001, es va adjudicar per una taxa (cànon concessional) de 590.577,22 euros, IVA inclòs, i pel termini màxim de cinquanta anys, comú per a la construcció, instal·lació i explotació de l'aparcament, a comptar a partir del mes següent al de la notificació de l'atorgament de la llicència d'obres, que es va produir el 13 de febrer de 2002.
2. El 28 de novembre de 2003, el Ple de l'Ajuntament va acordar modificar el Plec de bases en el sentit d'ampliar la superfície del sòl públic concessionada per a la construcció i ús de l'aparcament, així com l'import i la forma de pagament de la taxa, que es va establir en 862.189,39 euros. Així mateix, es va acordar modificar el pacte tercer del contracte administratiu, en què es va establir que del total de l'import de la taxa s'havien de satisfer 5.836,31 euros en el moment de la signatura i que els restants 856.353,08 euros es compensarien amb el cost real d'execució de les obres d'urbanització de la coberta i els espais adjacents de l'aparcament.



3. Juntament amb l'expedient tramès de rescat de la concessió administrativa s'adjunten nou dossiers de documentació complementària, que incorporen l'expedient d'adjudicació de la concessió administrativa, les modificacions posteriors i les diverses actuacions i procediments administratius tramitats en relació amb aquesta concessió. Entre aquesta documentació figuren diverses intervencions del representant de la comunitat d'usuaris i cessionaris del Pàrquing Batllòria, efectuades en diversos plens municipals entre els anys 2007 i 2013, així com diverses instàncies i reclamacions presentades a l'Ajuntament per aquesta comunitat i per la concessionària, en què es posen de manifest diversos problemes relacionats amb la gestió del pàrquing. També hi figuren indicats els diversos procediments judicials substanciats entre la comunitat d'usuaris del pàrquing i la concessionària.
4. Mitjançant Resolució d'alcaldia de 10 de novembre de 2014, es va acordar crear un grup de treball per a estudiar la problemàtica i, si esqueia, la concurrència de causes d'interès públic que justificuessin l'extinció de la concessió. Figuren incorporades a l'expedient tramès les actes de les reunions d'aquest grup de treball dels dies 18 de febrer i 9 de març de 2015.
5. El 2 de març de 2015, el cap dels Serveis Jurídics i el director dels Serveis Tècnics de la societat municipal Engestur, SA, van emetre sengles informes, a sol·licitud del grup de treball, en què, d'una banda, es posava de manifest que la societat municipal podia assumir la gestió del servei municipal d'aparcament i, d'una altra, s'informava sobre l'estat general del pàrquing; entre d'altres, s'assenyalava l'existència de deficiències en el nivell d'il·luminació – perquè la companyia elèctrica havia tallat el subministrament principal per manca de pagament i funcionava amb el subministrament d'emergència–, la manca de funcionament de les instal·lacions de protecció contra incendis i de les bombes del pou i la necessitat de reparar les barres antipànic d'algunes de les portes del recorregut de la sortida d'emergència. També s'assenyalava que el marcatge de les places d'aparcament era completament anàrquic i no responia a cap patró, i que es desconeixia si aquestes modificacions de les places s'havien comunicat a l'Ajuntament.
6. El 9 de març de 2015, el Departament Jurídic de l'Àrea d'Urbanisme, amb el vistiplau del secretari general de l'Ajuntament, va informar favorablement sobre la necessitat de procedir a rescatar la concessió, per motius d'interès general, i passar d'una gestió indirecta de l'aparcament a una gestió directa municipal, a través de la societat municipal Engestur, SA, que satisfaci millor els interessos públics, atesa la ingovernabilitat de l'aparcament i la consegüent manca de manteniment i conservació, derivada del fet que les relacions entre la concessionària i la comunitat d'usuaris és insostenible. Així mateix, s'informava que no era



procedent indemnitzar la concessionària pel rescat de la concessió tenint en compte que havia cedit la cessió de l'ús de totes les places d'aparcament i amb els imports percebuts s'havia rescabalat de les despeses ocasionades per l'obra realitzada.

7. El 24 de març de 2015, el Ple de l'Ajuntament va acordar incoar el procediment de rescat de la concessió, adjudicada a l'empresa Pàrquings Batllòria 123, SA, per motius d'interès públic. En la mateixa resolució, que incorporava la transcripció dels informes tècnics i jurídics emesos, es va disposar que s'atorgués el tràmit d'audiència a la concessionària i a la comunitat d'usuaris i cessionaris del pàrquing, i que se sol·licités el dictamen preceptiu a la Comissió Jurídica Assessora.
8. Per oficis de 27 de març de 2015, es va atorgar el tràmit d'audiència als interessats en el procediment.
9. El 22 d'abril de 2015, el representant de l'empresa Pàrquings Batllòria 123, SA, va formular un escrit d'al·legacions en què, entre d'altres, al·legava que, tot i que les raons adduïdes per l'Administració per a procedir a rescatar la concessió eren febles, ja que la manca d'entesa entre la concessionària i els usuaris ha estat provocada per la mateixa activitat municipal, no s'oposava a la decisió del rescat, sens perjudici de la reserva de les accions legals pertinents. D'altra banda, manifestava que, d'acord amb la normativa d'aplicació, era obligada una compensació a la concessionària derivada del rescat anticipat de la concessió, que quantifica en 1.946.355,75 euros, i que la decisió de l'Administració de no indemnitzar-la, en cas d'adoptar-se, no seria conforme a dret.
10. Per escrit de 13 de maig de 2015, la comunitat d'usuaris i cessionaris del Pàrquing Batllòria va presentar un escrit d'al·legacions en què, entre d'altres, es posava de manifest que l'Ajuntament havia actuat tard, i que havia deixat mantenir la situació insostenible de gestió irregular de la concessió durant quatre anys i que no havia donat resposta a les sol·licituds de rescat de la concessió per causa culpable, sol·licitades per la comunitat durant tots aquests anys.
11. El 14 d'octubre de 2015, el cap del Servei Jurídic i General de l'Ajuntament va emetre un informe proposta de resolució del procediment, el qual, en la mateixa data, es va elevar a resolució d'alcaldia, en què s'efectuaven diverses consideracions a les al·legacions formulades per la comunitat d'usuaris del pàrquing, es valoraven les al·legacions presentades



per la concessionària, en el sentit de desestimar-les, i es confirmava en tots els extrems l'acord d'incoació del rescat.

12. Mitjançant la Resolució de 28 d'octubre de 2015, l'alcaldeessa va declarar la caducitat de l'expedient de rescat de la concessió incoat el 24 de març de 2015 i va incoar novament el procediment de rescat de la concessió atorgada a l'empresa Pàrquings Batllòria 123, SA, per motius d'interès general.
13. En la mateixa Resolució d'incoació del procediment de 28 d'octubre de 2015, es va acordar incorporar a l'expedient tota la documentació que constava en l'anterior expedient caducat, integrat pels informes tècnics i jurídics que fonamenten l'interès general del rescat, els escrits d'al·legacions presentats i la resolució de valoració de les al·legacions. Així mateix, es va acordar notificar aquesta resolució als interessats, remetre la petició del dictamen al Departament de Governació i Relacions Institucionals (actualment, Departament de Governació, Administracions Públiques i Habitatge) i suspendre el termini per a resoldre el procediment.
14. Per ofici de 3 de novembre de 2015, l'alcaldeessa de Badalona va remetre l'expedient a la consellera de Governació i Relacions Institucionals per tal de tramitar la petició de dictamen a la Comissió Jurídica Assessora.
15. El 23 de novembre de 2015, el Servei de Règim Local va emetre un informe favorable sobre la tramesa de l'expedient a la Comissió Jurídica Assessora.
16. El 7 de desembre de 2015, va tenir entrada a la Comissió Jurídica Assessora la petició de dictamen cursada a través de la consellera de Governació i Relacions Institucionals.
17. El 10 de desembre de 2015, el Ple de la Comissió va admetre a tràmit la petició i en va assignar ponent.
18. En data 8 de gener de 2016, va tenir entrada al Registre de la Comissió Jurídica Assessora un escrit de l'Ajuntament de Badalona en què s'adjuntava un certificat del secretari general que feia constar que la Resolució d'alcaldia de 28 d'octubre de 2015 es va notificar degudament al representant de la concessionària i a la comunitat d'usuaris del pàrquing, que no hi han presentat al·legacions.

FONAMENTS JURÍDICS

I. Objecte del Dictamen

Constitueix l'objecte del present Dictamen el rescat de la concessió administrativa de "l'ús privatiu per a aparcament privat del subsòl de les zones verdes i de vianants del carrer de la Batllòria en el tram que dona front a l'Institut de Formació Professional La Pineda".

La concessió referida es va adjudicar per concurs a l'empresa Pàrquings Batllòria 123, SA, mitjançant un acord del Ple de l'Ajuntament, adoptat en la sessió de 28 de novembre de 2000, i el contracte corresponent es va formalitzar en data 30 de gener de 2001. La concessió es va atorgar per un termini màxim de cinquanta anys, comú per a la construcció, instal·lació i explotació de l'aparcament, a comptar des de la data de l'atorgament de la llicència d'obres, concedida l'1 de febrer de 2002 i notificada el 13 de febrer del mateix any, i per una taxa de 590.577,22 euros (cinc-cents noranta mil cinc-cents setanta-set euros amb vint-i-dos cèntims).

Pel que fa als termes en què s'havia de desenvolupar la concessió, es preveia que fos en les condicions assenyalades en la seva oferta i amb subjecció estricta a allò previst al Plec de bases que va regir el concurs i tota la documentació tècnica aprovada a aquest efecte.

El contracte va determinar, d'una banda, les obligacions del concessionari fins a la posada en funcionament de l'aparcament, així com les condicions de l'explotació de l'aparcament. Entre les obligacions del concessionari fins que no es posés en funcionament l'aparcament, el contracte estipulava, entre d'altres, l'obligació d'elaborar, de conformitat amb el projecte bàsic municipal, el projecte definitiu i l'execució de l'obra pública d'urbanització de la superfície externa de l'aparcament; adjuntar el projecte definitiu de la urbanització; començar les obres d'urbanització en el termini d'un mes a partir de la notificació de l'aprovació del projecte, i finalitzar-les en el termini que fixés la llicència d'obres corresponent.

Així mateix, i d'altra banda, el contracte es referia a les obligacions en l'explotació del pàrquing, i indicava el destí de la superfície total cedida a aparcament, el règim de cessió de les places als usuaris i el preu dels lloguers i de la cessió d'ús exclusiu.

En l'expedient es posa de manifest que la naturalesa del contracte de concessió que ara es pretén rescatar és un contracte de concessió d'obra pública, resultant d'aplicar el Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual es va aprovar el Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (en endavant, TRLCAP), vigent en el moment de formalitzar el contracte, de conformitat amb la disposició transitòria primera del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, per la qual es va aprovar el Text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSP).



En concret, eren d'aplicació els articles 220 i següents del TRLCAP, i era un tipus de contracte caracteritzat per les notes fonamentals següents: a) Té caràcter d'obra pública creada per a l'activitat del concessionari, que du a terme un projecte elaborat per l'Administració, que es destina a l'ús i aprofitament generals; b) El concessionari té el risc de la construcció, conservació i explotació, en virtut de l'anomenada teoria del risc i ventura del concessionari; c) Ha d'existir un equilibri econòmic i financer de la concessió, i el concessionari està vinculat a una forquilla de rendiments màxims i mínims, ja que es tracta de garantir que l'usuari no vegi augmentats els preus del servei d'una manera desproporcionada, i d) Existeix una diversificació de fons de finançament.

Pel que fa a les causes de resolució d'aquest tipus de contracte, en l'article 264 del TRLCAP es preveien uns supòsits o causes de resolució. En el cas que ens ocupa, tant l'acord d'incoació de l'expedient de rescat de la concessió com la proposta de resolució es refereixen a la causa de resolució prevista en l'article 264.h) del TRLCAP, que preveu la supressió de l'explotació de l'obra pública per raons d'interès públic, que impediria, en aquest cas, aconseguir adequadament la finalitat del contracte. Aquesta és la proposta de l'Ajuntament i sobre la qual s'ha de pronunciar la Comissió Jurídica Assessora, atès, com es veurà, el grau de conflictivitat existent en l'actualitat entre l'empresa adjudicatària i els usuaris de l'aparcament.

Així mateix, pel que fa a la normativa demanial, cal tenir en compte les previsions del Decret 336/1998, de 17 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament de béns de les entitats locals, que en l'article 80.10 reconeix la facultat de la corporació de deixar sense efecte la concessió abans del venciment si ho justifiquen circumstàncies sobrevingudes d'interès públic, i la Llei 33/2003, de 3 de novembre, de patrimoni de les administracions públiques, que en l'article 100.d) preveu el rescat de la concessió, amb la indemnització prèvia, o revocació unilateral de l'autorització.

Atenent l'anterior, és procedent en aquest Dictamen que la Comissió examini si es dona la causa de resolució de la concessió indicada i si és procedent, per tant, el rescat de la concessió.

La competència de la Comissió es fonamenta en l'article 8.3.e) de la Llei 5/2005, de 2 de maig, de la Comissió Jurídica Assessora, que estableix el dictamen preceptiu sobre els expedients de resolució de contractes administratius en els casos que estableix la normativa de contractació administrativa.

Sobre aquesta qüestió, l'article 59.3 del TRLCAP (actualment, art. 211 del TRLCSP) estableix la intervenció preceptiva de l'alt òrgan consultiu en els supòsits de resolució contractual amb oposició per part del contractista, com és el cas que ens ocupa.

La petició de l'Ajuntament de Badalona ha estat vehiculada a través de la consellera de Governació i Relacions Institucionals, que és qui l'ha tramès a aquesta Comissió Jurídica Assessora, d'acord amb el que estableix l'article 10.3 de la Llei 5/2005, que diu que "Els ens locals han de cursar les sol·licituds de dictamen per mitjà del conseller o consellera que tingui atribuïda la competència en matèria d'administració local"; criteri reiterat en l'article 26.3 del Decret 69/2006,

d'11 d'abril, d'aprovació del Reglament d'organització i funcionament de la Comissió Jurídica Assessora.

II. Aspectes formals i procedimentals

La tramitació seguida per l'Ajuntament de Badalona per a resoldre el contracte s'ajusta a allò que preveu la legislació de contractes i la de règim local. En aquest sentit, l'entitat local, per acord del Ple de l'Ajuntament va acordar incoar el procediment de rescate de la concessió, adjudicada a l'empresa Pàrquings Batllòria 123, SA, per motius d'interès públic.

L'acord referit es va prendre en vista dels acords adoptats pel grup de treball constituït per resolució d'alcaldia per a estudiar la problemàtica i, si esqueia, la concurrència de causes d'interès públic justificatives de l'extinció de la concessió; dels informes jurídics i tècnics emesos pel cap dels Serveis Jurídics i el director de Serveis Tècnics de la societat municipal Engestur, SA, de data 2 de març de 2015, i, finalment, de l'informe del Departament Jurídic de l'Àrea d'Urbanisme, amb el vistiplau del secretari general, de data 9 de març de 2015.

Consta en l'expedient que s'ha atorgat el tràmit d'audiència a la concessionària, que ha presentat un escrit d'al·legacions, les quals s'han valorat degudament en l'informe proposta de resolució del procediment emès pel cap del Servei Jurídic i General i elevada a Resolució d'alcaldia de data 14 d'octubre de 2015.

A l'últim, s'hi incorpora la Resolució d'alcaldia de 28 d'octubre de 2015, que acorda declarar la caducitat de la incoació de l'expedient de rescate en haver transcorregut el termini legal per a dictar resolució i incoar-lo novament per motius d'interès general, tot incorporant en el nou expedient incoat tota la documentació que consta en l'anterior caducat, integrat pels informes tècnics i jurídics que fonamenten l'interès general del rescate, els escrits d'al·legacions presentats i la resolució de valoració de les al·legacions. Així mateix, s'acorda notificar aquesta resolució als interessats en el procediment i suspendre el termini per a resoldre.

Mitjançant un certificat del secretari general de l'Ajuntament de Badalona de data 5 de gener de 2016, que ha estat tramès a aquest òrgan consultiu per un escrit que ha tingut entrada en el registre de la Comissió en data 8 de gener de 2016, es fa constar que la Resolució d'alcaldia de 14 d'octubre de 2015, de caducitat de l'anterior i d'incoació del nou procediment, es va notificar al representant de la concessionària en data 26 de novembre de 2015, i al representant de la comunitat d'usuaris del pàrquing, l'11 de novembre de 2015, sense que els interessats hi hagin presentat al·legacions i havent transcorregut més d'un mes des que es va notificar. Cal entendre, en conseqüència, que no s'ha suscitat cap element nou en relació amb l'anterior expedient tramitat que faci variar el contingut de l'informe proposta de resolució de valoració de les al·legacions elevat a Resolució d'alcaldia de 14 d'octubre de 2015.



Finalment, cal indicar que la petició de dictamen formulada per l'Ajuntament de Badalona sobre l'expedient de rescat de la concessió administrativa l'ha tramès la consellera de Governació i Relacions Institucionals.

Atenent l'anterior, s'han complert, doncs, els tràmits previstos en el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques (RLCAP), aprovat pel Reial decret 1098/2001 (article 109.1.b)), així com en l'article 265 del Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals, aprovat pel Decret 179/1995, de 13 de juny.

III. Examen dels antecedents

A. La concessió que vol rescatar l'Ajuntament de Badalona i que motiva el present Dictamen té per objecte, com ja s'ha indicat, l'ús privatiu del subsòl d'una franja de verd local (finca LV-2) i el passeig de vianants adjacent per a ser destinat a la construcció i l'explotació en règim privat d'un aparcament soterrani, al carrer de la Batllòria de Badalona, en el tram que dona davant l'Institut Professional La Pineda.

La concessió es va adjudicar per concurs a l'empresa Pàrquings Batllòria 123, SA (l'única que va presentar una plica), mitjançant Resolució del Ple de l'Ajuntament de Badalona de data 28 de novembre de 2000, i es va fixar un cànon de 590.577,22 euros (IVA inclòs). El contracte es va formalitzar en data 30 de gener de 2001, i es fixaven els diferents pactes relatius a la concessió. Respecte a aquests pactes, en el contracte es poden distingir tres parts diferenciades:

1) En primer lloc, es va imposar com a obligació del concessionari realitzar la urbanització externa a l'àmbit de la concessió. A través d'aquestes obres es compensaria la major part del cànon, en concret, 584.740,91 euros, mentre que els 5.836,31 euros restants s'havien de satisfer a compte.

Respecte a aquestes obres d'urbanització, preveient que es podien executar directament o bé contractar-les amb un tercer, es va establir que el termini d'execució seria el fixat en el projecte de les obres d'urbanització no integrades en el cobriment de l'aparcament i que, en tot cas, no podia superar els onze mesos, i que l'adjudicatari no podia reclamar cap reintegrament amb motiu d'augment en els costos de les partides pressupostades (pacte tercer del contracte).

2) En segon lloc, i respecte a la construcció i posada en funcionament de l'aparcament, en el pacte quart del contracte es va determinar que l'adjudicatària havia d'elaborar i presentar, de conformitat amb el projecte bàsic municipal, el projecte definitiu i executar-lo complint amb les condicions tècniques de seguretat i responsabilitat i amb el programa de desenvolupament dels treballs continguts en el referit projecte i en el termini indicat en la llicència d'obres.

En el contracte no es va fixar el nombre total de places ni de cada tipus (turismes, furgonetes, motocicletes, etc.) que s'anaven a construir. No obstant això, de conformitat amb la llicència d'obres atorgada per l'Ajuntament de Badalona en data 1 de febrer de 2002 (expedient



1054/580/M-70/01), aquesta ho era per a construir un edifici aïllat per a aparcament de planta coberta i dos soterranis, amb capacitat per a 431 places: 422 per a cotxes i 9 per a motos.

3) Respecte a l'explotació de l'aparcament (pacte cinquè), en primer lloc, es va establir que la superfície total cedida per a aparcament s'hauria de destinar exclusivament a places d'estacionament de turismes, furgonetes lleugeres, motocicletes i bicicletes, llevat dels espais destinats a instal·lacions tècniques, oficines i serveis.

En segon lloc, es deia que el règim de cessió de les places als usuaris seria el que lliurement establís el concessionari, amb les limitacions següents: a) Només es podia destinar a lloguer rotatori per hores o dies, com a màxim, 40 places de cotxes i 10 de motocicletes, i es permetia que la resta es lloguessin per mensualitats o bé fossin cedides en ús exclusiu per temps igual o menor al temps restant per a la finalització del termini de la concessió, circumstància que finalment va provocar que, segons indica l'Ajuntament, se cedís l'ús exclusiu de totes les places; b) Preferència en la contractació de l'ús exclusiu per part dels veïns del carrer de la Batllòria, i s'exigia que una còpia d'aquest tipus de contractes s'havia de lliurar al Departament de Patrimoni de l'Ajuntament durant el mes següent a la signatura.

Finalment, es va determinar que el preu dels lloguers no podia ser superior a 10.000 PTA mensuals, més l'IVA corresponent, i que, en relació amb la cessió d'ús exclusiu, no podia superar 220.000 PTA per metre quadrat, més els impostos i despeses a afegir. Es preveia que el concessionari podria revisar aquests imports cada any natural en funció de les variacions anuals de l'IPC, aplicant com a índex inicial el de l'any 2001.

En data 28 de novembre de 2003, mitjançant un acord del Ple de l'Ajuntament de Badalona, es va modificar el Plec de bases, en el sentit d'ampliar la superfície del sòl públic concessionada per a la construcció i ús de l'aparcament. En síntesi, l'objectiu era l'increment de places, que passarien a ser de 510 per a cotxes i de 8 per a motos, tot això atenent que el regidor del Districte núm. 2, Can Cabanyes, en data 21 de març de 2003 va exposar que el procés d'urbanització i edificació massiva del barri de Sant Crist havia conduït a una situació greu de dèficit d'aparcaments, tant públics com privats, cosa que justificava l'interès públic d'ampliar la concessió. L'increment referit de places va determinar, d'una banda, una ampliació en superfície de concessió 658 m², la qual cosa suposava un 14,88 %, i una ampliació de l'edifici d'aparcament de 1.548,20 m², que suposava un 17,61 %. Així mateix, aquest increment també suposava, d'altra banda, un nou valor del total del terreny concessional i del cost d'urbanització. Es va establir, d'aquesta manera, una nova taxa de 862.189,39 euros, i es va mantenir el pagament a compte de 5.836,31 euros, mentre que els restants 856.353,08 euros es compensarien amb el cost real d'execució de les obres d'urbanització de la coberta i els espais adjacents de l'aparcament, modificant en aquest punt el pacte tercer del contracte.



Amb motiu de l'ampliació, inferior al 20 % de l'àmbit concessional, es va efectuar un text refós del Plec de bases (pàg. 3408) i del contracte subscrit entre l'Ajuntament i l'adjudicatari (pàg. 3420).

B. Segons es desprèn de l'expedient, l'adjudicatària va dur a terme les dues primeres parts del contracte. En aquest sentit, va executar la urbanització externa a l'àmbit de la concessió; obres que es van recepcionar en data 21 d'abril de 2005 (pàg. 637-638). Així mateix, pel que fa a la posada en funcionament de l'aparcament, es va construir, d'acord amb el projecte presentat i la llicència d'obres atorgada (i posteriorment ampliada), l'edifici d'aparcaments, el qual comptava amb 510 places per a cotxes i 8 per a motos, tal com consta en la llicència de primera ocupació atorgada en data 2 de juliol de 2007.

En contraposició, en relació amb l'explotació de l'aparcament, duta a terme en virtut de l'autorització atorgada per l'Ajuntament de Badalona que va produir efectes a partir de l'acta de control inicial de 17 d'octubre de 2006, consta en l'expedient que s'han produït irregularitats i problemes de diversa índole, entre els quals es poden destacar els següents:

1) Mentre l'aparcament s'estava construint, el concessionari va redactar unes promeses de venda per tal de transmetre l'ús exclusiu sobre places d'aparcament, sense esperar a finalitzar-ne la construcció. Aquestes promeses de venda de l'ús exclusiu de places d'aparcament, segons consta en l'expedient, es van fer d'esquena a l'Ajuntament, que no en va tenir notícia fins a l'any 2008 (pàg. 1448).

2) Respecte a les promeses de venda referides, diversos cessionaris van detectar que el preu cobrat no es corresponia amb els límits fixats en el plec i van acabar per formular diverses demandes.

3) Així mateix, consta també en l'expedient, i constata l'Ajuntament de Badalona (pàg. 4844), que, en relació amb les promeses de venda, en molts casos els usuaris tenien només fotocòpies d'impresos en què "el representant de la concessionària omplia els espais en blanc" i on no constava la plaça concreta adjudicada, de les quals no es va poder fer ni tan sols compulsar sobre els originals perquè la concessionària no els tenia.

Això va determinar que l'adjudicatari, un cop acabada la construcció de l'aparcament, atribuís les places definitives de la forma i les dimensions que considerava adients i que, en molts casos, no concordaven amb allò pactat, cosa que a la vegada va provocar que la concessionària anés modificant sobre la marxa les dimensions de les places realment ocupades i que aquestes es "moguessin", tal com queda acreditat en l'expedient a través de les fotografies corresponents (pàg. 4924 a 4928).

4) L'Ajuntament, malgrat les diverses peticions d'informació a l'adjudicatària, des del moment que es va explotar l'aparcament i encara ara per ara, no coneix les mesures de les places de pàrquing ni la titularitat exacta d'aquestes (en concepte d'usuari o de cessionari), ja que algunes de les places d'aparcament podrien tenir, fins i tot, una doble titularitat, tal com va fer constar



l'informe jurídic emès pel Departament Jurídic de l'Àrea d'Urbanisme en data 25 de febrer de 2010.

5) Els cessionaris de places d'aparcament van constituir l'any 2006 la "comunitat d'usuaris i cessionaris de l'aparcament del carrer de la Batllòria 2-20 de la ciutat de Badalona", i l'adjudicatari va constituir, d'altra banda, la "*Comunidad de Usuarios del Parking privativo calle Batllòria 2-20 de Badalona*". El Jutjat de Primera Instància núm. 6 de Badalona, mitjançant la Sentència de 28 de maig de 2009, dictada en el judici ordinari núm. 1174/08, va declarar la nul·litat de la comunitat fundada pel cessionari i dels actes jurídics duts a terme per aquesta des que es va constituir, i va determinar que la comunitat que havien creat primerament els usuaris estava vàlidament constituïda i legitimada per a la gestió de l'immoble.

6) En consonància amb l'anterior, el Jutjat de Primera Instància núm. 6 de Badalona, mitjançant la Sentència 5/2009, de 2 de gener, confirmada per l'Audiència Provincial de Barcelona per la Sentència de 12 de maig de 2010, va determinar que la concessionària estava obligada al pagament de les despeses comunitàries, les quals no havia satisfet. Segons es desprèn de l'expedient, la manca de pagament de les quotes per part de l'adjudicatària està impedit que la comunitat pugui satisfer les despeses de manteniment de l'aparcament, cosa que ha provocat, fins i tot, que es talli el subministrament elèctric.

Així mateix, consta també en l'expedient que entre els exercicis 2006 i 2014 no es va satisfer l'impost sobre béns immobles corresponent a la finca de l'aparcament, quantia que, d'acord amb el document emès per l'Oficina de Badalona de l'Organisme de Gestió Tributària, ascendeix a 199.386,38 euros, als quals s'han d'afegir els recàrrecs corresponents i els interessos de demora que es meritin fins al moment del pagament, a més de les costes causades (pàg. 315).

C. Tenint en compte els problemes i el grau de conflictivitat entre l'empresa adjudicatària i els usuaris de l'aparcament als quals s'acaba de fer referència, es va crear una situació que tant l'adjudicatària com els usuaris del pàrquing i el mateix Ajuntament de Badalona han qualificat de "caòtica i ingovernable".

Amb la finalitat de reconduir la situació, l'Ajuntament va dur a terme les actuacions següents:

1) El secretari general de la corporació va emetre, en data 26 de març de 2009, un informe exhaustiu en què analitzava la documentació incorporada als arxius municipals en relació amb la concessió, les obres d'urbanització i de construcció de l'aparcament i tots aquells expedients relacionats.

2) Es van incoar una sèrie d'expedients sancionadors contra la concessionària per incompliment d'una de les obligacions essencials del contracte, consistent en la manca de dipòsit dels contractes durant el mes següent a perfeccionar-los.

3) Després de mantenir diverses reunions amb l'adjudicatària i els representants de la comunitat d'usuaris i cessionaris de l'aparcament, i d'obtenir les al·legacions d'ambdues parts, en

data 10 de maig de 2011, l'Ajuntament va adoptar un acord interpretatiu respecte a l'explotació i al govern del pàrquing, i va dictar també una mesura cautelar que consistia a: a) Ordenar a la concessionària la suspensió de qualsevol facultat de disposició per qualsevol títol sobre les places lliures en el moment d'adopció de l'acord; b) Condicionar l'efectivitat de qualsevol transmissió de drets d'ús a tercers mitjançant qualsevol títol a l'obtenció del previ vistiplau municipal; c) Sol·licitar a la concessionària i a la comunitat d'usuaris que es posés en coneixement de la Secretaria General de l'Ajuntament qualsevol pagament realitzat al seu favor o a favor de tercers relatiu al manteniment de l'aparcament, ja sigui ordinari o extraordinari, a fi i efecte de poder ordenar la titularitat i la responsabilitat de cadascun d'aquests.

4) En data 10 de novembre de 2014, en vista que encara subsistia la conflictivitat jurisdiccional entre el concessionari i els usuaris de l'aparcament, i atès que la intervenció de l'Ajuntament va ser sol·licitada per ambdues parts, es va crear un grup de treball per a estudiar la problemàtica i, si esqueia, la concurrència de causes d'interès públic que justificuessin l'extinció de la concessió.

El grup de treball referit es va reunir en data 18 de febrer de 2015, i van concloure que, prèviament a l'acord d'incoació de l'expedient de rescate de la concessió, calia conèixer l'estat actual del pàrquing i el cost del manteniment d'aquest que suposaria a l'Ajuntament. En data 9 de març de 2015, el grup de treball es va reunir novament i, per unanimitat, va acordar tramitar l'expedient d'incoació del rescate de la concessió administrativa.

IV. Consideracions finals

Tenint en compte els antecedents descrits pel que fa a l'objecte i execució de la concessió de l'ús privatiu per a aparcament privat del subsòl de les zones verdes i de vianants del carrer esmentat, és procedent analitzar si es dóna la causa de resolució contractual a què es refereix l'Ajuntament i si és procedent, per tant, el rescate de la concessió i, si escau, els termes en els quals s'ha d'efectuar aquest rescate.

A. Pel que fa a la primera de les qüestions, tant l'acord d'incoació de l'expedient de rescate de la concessió com la proposta de resolució es refereixen a la causa de resolució prevista en l'article 264.h) del TRLCAP, que preveu la supressió de l'explotació de l'obra pública per raons d'interès públic, i també a la facultat de la corporació de deixar sense efectes la concessió i procedir al rescate per motius d'interès públic, de conformitat amb allò previst en l'article 80.10 del Decret 336/1998 i en l'article 100.d) de la Llei 33/2003.

Tal com posa de manifest l'Ajuntament i es desprèn del conjunt de l'expedient, ja fa anys que existeix un grau rellevant de conflictivitat entre la comunitat d'usuaris del pàrquing i la concessionària, que s'ha fet palès en els nombrosos processos judicials oberts per aquest motiu.

En particular, destaquen les denúncies per cobraments fraudulents en la transmissió dels drets d'ús per part de la concessionària, i també els processos de caràcter monitori motivats per l'impagament generalitzat de la concessionària de les quotes de comunitat, que ha provocat una pertorbació del servei en la mesura que, d'aquest pagament, depèn que la comunitat pugui satisfer les despeses ordinàries del pàrquing.

Així mateix, també es desprèn de l'expedient que la concessionària ha incorregut en diversos incompliments de les obligacions imposades pel contracte, entre les quals destaca la manca de compliment de les condicions de l'explotació de l'aparcament pel que fa a l'import màxim de la cessió d'ús exclusiu de les places d'aparcament, o d'incompliment de l'obligació consistent a lliurar a l'Ajuntament una còpia dels contractes que es formalitzin durant el mes següent a la signatura. En particular, aquest darrer incompliment, juntament amb el fet que les places no estan numerades i que els amidaments s'han fet d'una manera anàrquica, impedeixen que l'Ajuntament pugui inspeccionar l'estat de les instal·lacions i de la seva gestió en els termes previstos en la clàusula vintena del Plec de bases. Finalment, cal fer esment també a la manca de pagament de l'IBI durant diversos exercicis.

Es tracta d'una situació, per tant, que ha donat lloc a diversos pronunciaments judicials en via civil sobre l'excés en els cobraments realitzats per l'adjudicatària, i que podria determinar, també, la imposició de sancions a l'adjudicatària en els termes previstos en la legislació de contractes, en el Plec de bases i en el mateix contracte, la qual cosa, sens dubte, constitueix una situació totalment irregular en el funcionament de l'aparcament.

Adicionalment, la situació descrita també determina que es puguin apreciar, tal com indica l'Ajuntament en la proposta de resolució, raons d'interès públic per a rescatar la concessió, en la mesura que existeix una manca de manteniment i conservació de l'aparcament que afecta, fins i tot, la seguretat dels usuaris, tal com el director dels Serveis Tècnics de la societat municipal Engestur, SA, ha posat de manifest en l'informe emès en data 2 de març de 2015, en el qual s'indica el següent:

1) S'aprecia que el nivell d'il·luminació de l'aparcament és molt baix, atès que funciona únicament gràcies al subministrament d'emergència, ja que la companyia elèctrica va tallar el subministrament principal de l'aparcament per falta de pagament fa uns mesos.

2) Les instal·lacions de protecció contra incendis (ventilació forçada i detecció) no poden funcionar, ja que està tallat el subministrament elèctric. Així mateix, aquest informe refereix que la majoria de detectors de CO₂ no funcionen i que la instal·lació no s'ha revisat des de fa anys, situació que també es dona en relació amb les instal·lacions de ventilació forçada.

3) Al soterrani -1 s'aprecia l'existència en un carril de circulació d'un motor d'impulsió que es despenja del sostre molt més dels 2,20 m del gàlib que seria permisible.



4) Les portes per a vehicles no compleixen la normativa vigent i no disposen de paracaigudes.

5) Malgrat que l'aparcament disposa d'un pou de bombes, es comprova que les dues bombes existents no funcionen.

6) Les barres antipànic d'algunes de les portes dels recorreguts de sortida d'emergència estan trencades, així com ho estan els suports dels extintors, que són a terra.

Atenent l'anterior, aquesta Comissió considera que es compleixen els requisits que estableix la normativa aplicable, abans esmentada, i, en particular, les raons d'interès públic per tal que l'Ajuntament pugui rescatar la concessió i que la gestió sigui assumida directament per l'Ajuntament, com exigeix, així mateix, la normativa aplicable, atesa l'alta conflictivitat existent entre l'empresa concessionària i els usuaris de l'aparcament, que, en l'actualitat, fa difícil el correcte funcionament de l'aparcament i solucionar els problemes plantejats.

Sobre això, cal indicar que totes les parts estan d'acord amb el rescat de la concessió, la qual, a judici d'aquesta Comissió, s'adequa a allò previst en l'article 264.h) del TRLCAP.

B. En haver afirmat que és procedent rescatar la concessió, cal que aquesta Comissió es pronunciï sobre els efectes d'aquest rescat i, en particular, sobre la procedència d'indemnitzar la concessionària.

Respecte a aquesta qüestió, la concessionària considera que se l'ha d'atorgar una indemnització pels danys i perjudicis que suposa no poder explotar l'aparcament els 37 anys que manquen per a expirar el termini concessional. Sobre això, calcula la indemnització que sol·licita (1.946.357,75 euros) prenent en consideració que, actualment, és titular de 149 places d'aparcament de cotxes i de 8 places de motocicletes i que, per tant, pot continuar l'explotació de l'aparcament en qualsevol de les tres modalitats previstes (rotatòria, lloguer i cessió d'ús de les places).

Malgrat aquesta afirmació, no és menys cert que, tal com indica l'Ajuntament i com consta en l'expedient, en data 1 de juny de 2011, i amb motiu de l'expedient 9/AT-4/11, la concessionària va efectuar una comunicació amb el contingut següent:

“Primero: Que Pàrquings Batllòria, 123, SA, no es titular de ninguna plaza de aparcamiento, habiendo sido todas ellas transmitidas y debidamente comunicados al Ayuntamiento los contratos suscritos por la transmisión.

Segundo: Que Pàrquings Batllòria 123, SA, no es titular de ningún contrato de arrendamiento de ninguna de las plazas de aparcamiento intervenido.”

Prenent en consideració l'anterior i la documentació incorporada a l'expedient, es podria considerar correcte el criteri de l'Ajuntament en el sentit que no és procedent indemnitzar la concessionària pel rescat de la concessió en la mesura que, des del moment en què va transmetre la totalitat de les places d'aparcament existents, es va complir l'objecte de la concessió. El



concessionari, una vegada traspassades totes les places d'aparcament, va obtenir el guany patrimonial i va poder perfeccionar el negoci d'explotació de les places d'aparcament, i ja no pot obtenir més beneficis econòmics, atès que, amb la transmissió de les places d'aparcament pel termini de 50 anys, s'haurà hagut de rescabalar de les despeses derivades del contracte.

Malgrat l'anterior, aquesta Comissió considera que la complexitat de l'expedient i la indeterminació de les transmissions de titularitat de les places d'aparcament provocades per la concessionària faria necessari un estudi molt més acurat per part de l'Ajuntament respecte als beneficis econòmics obtinguts per la concessionària.

CONCLUSIÓ

S'informa favorablement sobre el rescat d'una concessió administrativa atorgada per l'Ajuntament de Badalona a Pàrquings Batllòria 123, SA, per a l'ús privatiu del subsòl en els termes indicats l'últim fonament jurídic d'aquest Dictamen.