

<p>Expediente: 2022/G01_02/000050 Asunto: Presunta Irregularidad concesión explotación aparcamiento subterráneo "L'Aigüera". Fase: Investigación Trámite: Resolución final de investigación Referencia: ██████████ Interesado/a 1: Denunciante/Persona alertadora Buzón de denuncias #903 Interesado/a 2: Denunciado1 Ayuntamiento de Benidorm - P0303100B Interesado 3: Tercero ██████████ ██████████ (antes ██████████ SA ██████████)</p>	<p>Dirección de Análisis e Investigación</p>
---	---

RESOLUCION DE CONCLUSIÓN DE ACTUACIONES DE INVESTIGACIÓN

El director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, en el ejercicio de las funciones y competencias atribuidas por el artículo 11 la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, visto el expediente instruido **2022/G01_02/000050** por la Dirección de Análisis e Investigación de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana derivado de la presentación de una alerta sobre presuntas **irregularidades relativas a la explotación del aparcamiento "L'Aigüera" en el Ayuntamiento de Benidorm** y con base en el informe final de Investigación y atendiendo a los siguientes

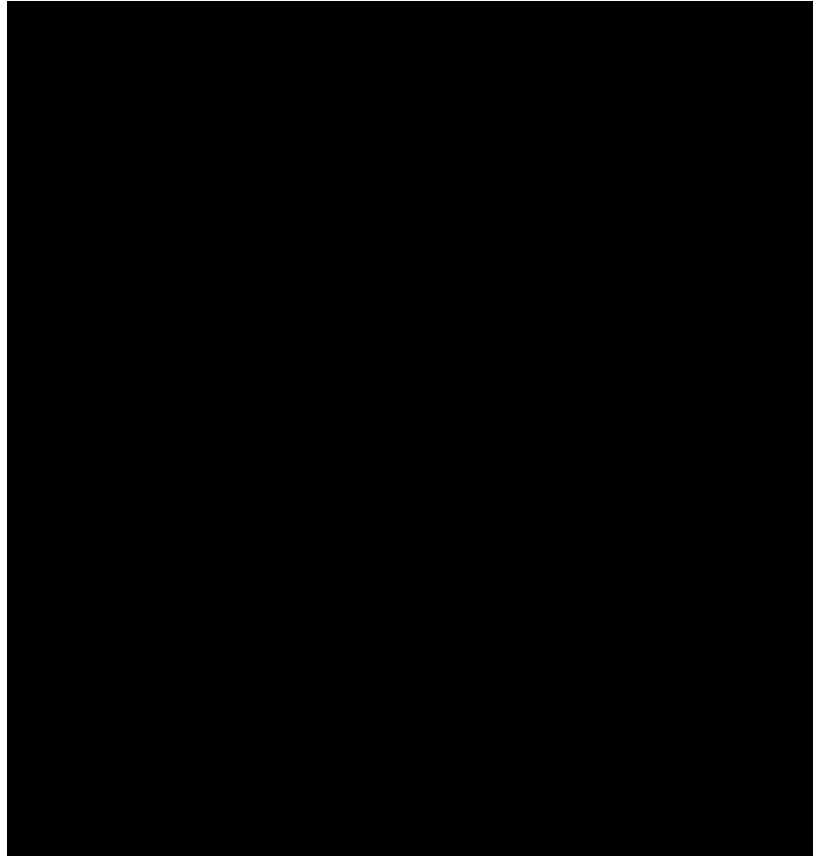
Antecedentes de hecho

Primero.- Alerta y contenido

A través de los canales de esta Agencia habilitados al efecto, se ha presentado alerta relativa a presuntas irregularidades relativas a la explotación del aparcamiento "L'Aigüera" en el Ayuntamiento de Benidorm.

El alertador manifiesta, en síntesis, la existencia de una prórroga tácita en la explotación del citado parking municipal sin informes que lo respalden.

Se analizó inicialmente la siguiente documentación al objeto de acreditar los hechos objeto de la alerta:



Segundo.- Apertura del expediente

La alerta presentada dio lugar a la apertura en esta Agencia del expediente número 2022/G01_02/000050, habiéndose acusado recibo de esta por parte de la Agencia, tal y como dispone el artículo 35.3 del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la Agencia de 27 de junio de 2019 (DOGV núm. 8582, de 2.07.2019).

Tercero.- Análisis de verosimilitud de la denuncia

Vistos los diversos hechos sobre los que se alertaba y la documentación disponible y aportada en primer requerimiento, así como la información disponible en fuentes abiertas, se corroboró la veracidad de determinados hechos que requerían ser investigados, con el detalle recogido en el informe previo de verosimilitud y resolución de inicio de las actuaciones de investigación, siendo objeto de la investigación la existencia de una prórroga tácita del contrato de concesión administrativa para la construcción y explotación de parking municipal "L'Aigüera, sin informes que avalaran la decisión.

Cuarto.- Informe previo

Visto que el artículo 12 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, establece que el inicio de las actuaciones por parte de la Agencia se producirá cuando se haya comprobado la existencia de indicios razonables de veracidad de los hechos o conductas que hayan sido objeto de la denuncia, tras el análisis efectuado por la Dirección de análisis e investigación, se emitió informe previo de verosimilitud en fecha 25 de febrero de 2023.

Teniendo en consideración que los hechos denunciados objeto del presente expediente entran dentro del ámbito competencial de la Agencia (art. 3. de la Ley 11/2016), así como, vistos los hechos y la documentación obrante en el expediente, **concluyó dicho análisis con la constatación de que los hechos o conductas denunciadas eran verídicas y requerían ser investigadas.**

Por lo tanto, en aplicación del artículo 11 y 12 de la Ley 11/2016, la Agencia comprobó previamente la existencia de indicios razonables de veracidad de los hechos sobre los que ha tenido información, a los efectos de acordar el inicio de actuaciones de investigación.

Quinto.- Inicio de actuaciones de investigación

En fecha **27 de febrero de 2023**, se dictó Resolución número 199/2023 del director de la AVAF de inicio de actuaciones de investigación, en la que se acordó requerir a la entidad denunciada cierta información y documentación detallada en el apartado séptimo siguiente, otorgándole para ello un plazo de veinte días hábiles.

Dicha resolución fue notificada a la entidad denunciada en fecha 28 de febrero de 2023, mediante la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica de la Agencia Valenciana Antifraude (registro de salida número 2023000242).

Sexto.- Actuaciones en fase de investigación

1. Requerimientos de información y documentación

1.1. Requerimiento a la entidad denunciada 1

- En fecha **28 de febrero de 2023** fue emitido requerimiento de información y documentación a la entidad denunciada (registro de salida de la AVAF 2023000242), el cual fue notificado el mismo día. Se requería la siguiente información y documentación, concediendo un plazo de 20 días para su contestación:
 - 1. En relación con el expediente *administrativo* de la concesión demanial:
 - a) Documentación preparatoria del mismo que fundamente el objeto del contrato.
 - b) Cuenta de explotación inicial y sistema de actualización anual de la misma presentada por el adjudicatario (clausula 5.1 y 5.2 de los Pliegos de condiciones jurídicas y económico-administrativas).
 - c) Contrato formalizado con la mercantil [REDACTED] con CIF [REDACTED]
 - d) Acta de recepción definitiva de las obras de construcción del aparcamiento.

2. Expediente administrativo 64/2021 "Continuidad del contrato de concesión del servicio de aparcamiento "L'Aigüera".
3. Expedientes administrativos tramitados por el Ayuntamiento para la aprobación municipal de la actualización de la Cuenta de explotación y/o tarifas a cobrar por la mercantil [REDACTED] [REDACTED] correspondiente a las anualidades 2020 a 2023 ó última aprobada.
4. Memorias, informes técnico-económicos, cuenta de pérdidas y ganancias y demás documentación presentada por la mercantil [REDACTED] [REDACTED] justificativa de la recaudación bruta obtenida para la liquidación del canon a ingresar al ayuntamiento de Benidorm durante las anualidades 2020 a 2023.
5. Informe certificado de la persona que ejerza las funciones de tesorería de la entidad, en relación con el canon ingresado por el adjudicatario [REDACTED] [REDACTED] de la concesión demanial durante las anualidades 2019 a 2023 adjuntándose relación de derechos reconocidos, anulados y recaudados extraídos del aplicativo contable y misma información en formato de hoja de cálculo.
6. Certificado de la persona que ejerza las funciones de interventor de la entidad, en relación con las obligaciones reconocidas, y pagadas, en su caso, a la mercantil adjudicataria [REDACTED] [REDACTED] durante las anualidades 2019 a 2023 con detalle del concepto.
7. Informe/s de la Intervención municipal emitidos en relación con la gestión del aparcamiento municipal relevantes para su consideración por esta Agencia.

En fecha **28/03/2022** con registro de entrada núm. 2023000324 tuvo entrada en la Agencia, documentación remitida por la administración denunciada, en contestación al requerimiento efectuado en la resolución de inicio de la investigación, la cual se detalla y analiza en apartados siguientes del presente documento.

1.2 Requerimiento a terceros

- En fecha **6/04/2023** fue emitido requerimiento de información y documentación a la mercantil concesionaria [REDACTED] [REDACTED] en adelante [REDACTED] el cual fue notificado el día 16 de abril. Se requería la siguiente información y documentación, concediendo un plazo de 20 días para su contestación:
 1. Reglamentación del servicio de la prestación del servicio de aparcamiento y para el cobro de tarifas en los ejercicios 2019 a 2023, debiendo detallar la fecha y órgano de aprobación del ayuntamiento de Benidorm.
 2. Documentación económica remitida y fechas de remisión al ayuntamiento para la aprobación municipal de la actualización de la Cuenta de explotación y/o tarifas a cobrar por esa mercantil correspondiente a las anualidades 2019 a 2023.
 3. Documentación económica presentada por esa mercantil y fechas de remisión al ayuntamiento que justifiquen la recaudación bruta obtenida para la liquidación del canon a ingresar al ayuntamiento de Benidorm durante las anualidades 2019 a 2023.
 4. Contabilidad separada de la concesión del servicio de aparcamiento e informes de auditoría de esta, relativa a las anualidades 2019 a 2023 que incluya en todo caso, el Balance y la cuenta de pérdidas y ganancias de los referidos ejercicios de la concesión.

En fecha **15/05/2023** con registro de entrada núm. 2023000484 tuvo entrada en la Agencia, documentación remitida por [REDACTED] en calidad de mercantil absorbente de la concesionaria [REDACTED] en contestación al requerimiento anterior, la cual se detalla y analiza en apartados siguientes del presente documento.

- En fecha **22/05/2023**, reiterándose en fecha **27/06/2023** mediante requerimiento de información y documentación núm. 122114 a la mercantil concesionaria [REDACTED] el cual fue notificado el día 28 de junio. Se requería la siguiente información y documentación, concediendo un plazo de 10 días para su contestación:
 1. Informe explicativo de las diferencias que se detectan entre las cifras de recaudación bruta comunicadas al Ayuntamiento de Benidorm en las anualidades 2019 a 2023 y las cifras netas de negocios según cuentas de Pérdidas y ganancias aportadas correspondientes a dichos años, acompañando la documentación que acredite las mismas, así como Memoria de las Cuentas Anuales abreviadas al 31 de diciembre de dichos ejercicios; todo ello según siguiente detalle:

Año	Recaudacion Bruta	Importe neto cifra negocios
2019	1.160.408,92	965.372,24
2020	558.298,87	462.142,55
2021	934.614,86	776.921,25
2022	1.126.854,29	931.771,31
2023	93.194,55	74.298,98

2. Solicitud, documentación que acompañó a la solicitud y Resolución/es municipal/es por la que se obtuvo el reconocimiento al derecho de devolución de IBI URBANA correspondientes a los años 2013 a 2019 que se refleja en la cuenta de Pérdidas y ganancias aportadas.

En fecha **5/07/2023** con registro de entrada núm. 739 tuvo entrada en la Agencia, documentación remitida por [REDACTED] en contestación al requerimiento anterior, la cual se detalla y analiza en apartados siguientes del presente documento.

- En fecha **20/07/2023**, fue emitido requerimiento de información y documentación núm. 124475 a la mercantil concesionaria [REDACTED] el cual fue notificado el día 24 de julio. Se requería la siguiente información y documentación, concediendo un plazo de 10 días para su contestación:
 1. Acuerdo de Alteración de la Descripción Catastral de la Gerencia Territorial del Catastro y notificación de este (DOCUMENTOS Nº 4 y Nº 2 de su solicitud de fecha 29 septiembre de 2020).
 2. Reclamación Económico-Administrativa registrada el 28 de julio de 2016 (documento Nº 5 de su solicitud de fecha 29 septiembre de 2020).
 3. Alegaciones a la puesta de manifiesto del [REDACTED] con fecha de registro telemático 04 de octubre de 2017 (DOCUMENTO Nº6 de su solicitud de fecha 29 septiembre de 2020)).

4. Resolución [REDACTED] recibida el 16 de enero de 2020 (DOCUMENTO N° 7 de su solicitud de fecha 29 septiembre de 2020).

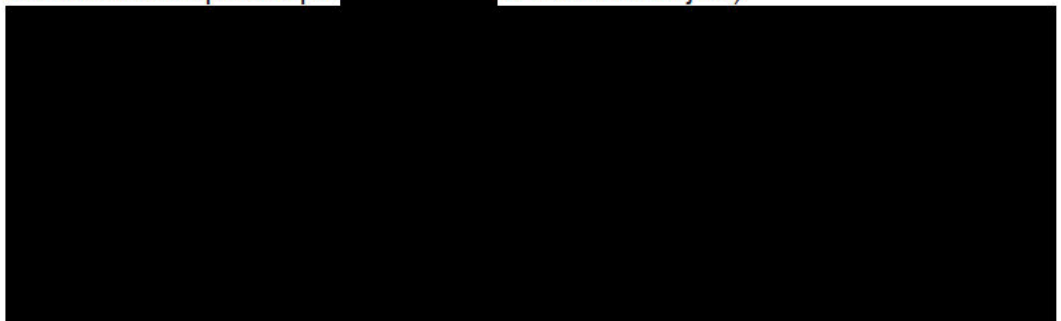
En fecha **01/08/2023** con registro de entrada núm. 880 tuvo entrada en la Agencia, documentación remitida por [REDACTED] en contestación al requerimiento anterior, la cual se detalla y analiza en apartados siguientes del presente documento.

Séptimo.- Información y documentación aportada y analizada en la fase de investigación

- Documentación aportada por la persona alertadora indicada anteriormente.
- Documentación aportada por la entidad denunciada (RE-324 de 28 de marzo):



- Documentación aportada por [REDACTED] (RE-739 de 5 de julio):



- Documentación aportada por [REDACTED] RE-484 de 15 de mayo):



- Documentación aportada por [REDACTED] (RE-880 de 1 de agosto):



En la documentación aportada por la ENTIDAD DENUNCIADA, en el oficio de Alcaldía de 28 de marzo de 2023 de remisión de la misma se indica que *“por parte de la Intervención municipal no se ha atendido a lo requerido”* incluyéndose *“DILIGENCIA de que toda la documentación detallada y remitida se corresponde fielmente con los originales incluidos en el expediente de referencia”* adjuntándose oficio de solicitud de informe y documentación requerida a dicho órgano interventor de fecha 2 de marzo del presente.

No obstante, lo anterior, consta referencia en el Informe resumen de los resultados de control interno del ayuntamiento de Benidorm correspondiente al ejercicio 2021, suscrito por el interventor accidental y funcionaria responsable de fiscalización fechado el 5 de octubre de 2022, con el siguiente detalle:

1.3 Expedientes del Departamento de Contratación.

A.- Una de las incidencias que se pone de manifiesto con mayor frecuencia en los expedientes de contratación es la tramitación de expedientes de "continuidad del servicio".

En estos casos se da la circunstancia de que la tramitación del expediente "de continuidad" se tramita una vez que la duración total del contrato, incluidas sus prórrogas, ya ha finalizado y sin que los pliegos regulen nada específico al respecto. Además, en los expedientes que se remiten a fiscalizar nunca se acredita el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 29.4 de la LCSP para este tipo de supuestos, por lo que en realidad entendemos que nos encontramos técnicamente ante adjudicaciones directas de contratos.

Esta situación se ha puesto de manifiesto en los informes de fiscalización previa, en el informe resumen de los resultados de control interno para el 2020, sin que se haya hecho nada al respecto.

Los acuerdos adoptados que presentan esta grave incidencia han hecho referencia a los siguientes expedientes:

- 21040. Continuidad del contrato de concesión del Servicio de aparcamiento "L'Aiguera".

Por otro lado, entre la documentación aportada por la ENTIDAD DENUNCIADA se aporta informe del Tesorero Accidental D.JPC de fecha 16 de marzo de 2023 emitido a requerimiento de esta Agencia, en el que señala:

INTERESADO: Agencia Valenciana Antifraude
ASUNTO: Presunta irregularidad concesión explotación aparcamiento subterráneo "L'Aiguera"

A la vista del requerimiento de documentación realizado por la Agencia Valenciana Antifraude (AVA) al Ayuntamiento de Benidorm en expediente 2022/G01_02/000050 (2023/REGSED-2088) de 28/02/2023, remitido por la Alcaldía en fecha 02/03/2023, por medio del presente se informa en relación al punto 5 del apartado Cuarto de la resolución:

PRIMERO.- Que la asunción de las competencias previstas en el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional como Tesorero Municipal en la situación de accidental por parte de D. Jorge Pérez Company se produjo en fecha 25/05/2022 según Resolución de Alcaldía nº 2336/2022 de 27/05/2022, siendo autorizado dicho nombramiento con fecha 04/07/2022 por parte de la Dirección General de Administración Local de la Generalitat Valenciana.

SEGUNDO.- Se adjunta como Anexo al presente informe documentación relativa a los ingresos realizados en la cuenta de titularidad municipal ES93 0081 7330 0000 0178 1583, concretamente los documentos IAD extraídos del aplicativo contable de las anualidades 2019 a 2022 del canon ingresado por el concepto de la concesión demanial del parking de L'Aiguera así como misma información en formato Excel:

ANO INGRESO	CONCEPTO INGRESO	REFERENCIA IAD	FECHA	IMPORTE
2020	ING. CANON 2019	202000001802	21/01/2020	46.416,36
2021	CANON 2020	202100001536	18/01/2021	22.331,95
2022	CANON 2021 PARKING LAIGUERA	202200001980	20/01/2022	37.384,59
2023	CANON 2022 PARKING LAIGUERA	202300001467	16/01/2023	45.074,17

TERCERO.- Se informa asimismo que en esta Tesorería Municipal no consta remisión ni copia del contrato de concesión administrativa del parking municipal ubicado en la Plaza de SSMM Los Reyes de España, nº1.

Por esta Tesorería se practica requerimiento anual al Departamento de Contratación para la remisión de todos los contratos y sus modificaciones con la finalidad de programar y garantizar la liquidación y la tramitación del procedimiento de recaudación pertinente en todos aquellos con repercusiones económicas sin que conste remisión del precitado contrato.

En relación a este asunto se reiteran los informes de esta Tesorería en los que se ha informado expresamente sobre la carencia de informes técnicos del responsable del contrato sobre la valoración y justificación que fundamenten el ingreso que anualmente practica el concesionario en cuenta municipal, de forma unilateral y sin estar sustentado en liquidación municipal alguna por carecer de los citados informes y valoraciones técnicas, más allá de la presunta aplicación automática de un porcentaje establecido en el contrato sobre una facturación realizada de manera unilateral por el precitado concesionario.

En Pleno de fecha 27 de febrero de 2017 se aprueba designar una dirección facultativa o un responsable municipal de la concesión, para el seguimiento del mismo, sin que a fecha del presente se tenga constancia de ninguna remisión a esta Tesorería de cualquier documentación a efectos de proceder a las liquidaciones o regularizaciones que correspondan.

A esta Tesorería Municipal no le consta qué técnicos municipales fueron designados para la dirección facultativa y/o como responsable del contrato de la concesión administrativa del parking municipal, esencial para requerir los informes, valoraciones y justificaciones que fundamenten la liquidación y tramitación del preceptivo procedimiento de recaudación del canon de referencia.

Como consecuencia de la carencia del contrato en esta Tesorería, o en su caso informe de la dirección facultativa o del responsable del contrato de concesión sobre el canon de explotación del parking, esta Tesorería no ha practicado liquidación alguna en concepto de canon de la concesión administrativa de referencia, advirtiendo en numerosas ocasiones que lo conveniente era que el ingreso del canon se realizara vía liquidación como ocurre con el resto de concesiones y contratos municipales, y no vía ingreso en cuenta bancaria, forma de ingreso no aceptada más que excepcionalmente por la Tesorería.

Es cuanto se tiene que informar, en Benidorm a fecha de la firma, dando traslado del presente informe junto a la documentación anexa a la Secretaría General a los efectos de su remisión en plazo conjuntamente con el resto de documentación solicitada.

Informe de cuyo contenido se desprendería la existencia de deficiencias en la gestión económico-financiera de la concesión del aparcamiento "L'Aiguera" con riesgo potencial de causar perjuicios a la hacienda municipal.

Con relación a la documentación aportada por el TERCERO [REDACTED] en la posición de [REDACTED] mercantil concesionaria, consta oficio de remisión suscrito por D. [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] U con las siguientes **MANIFESTACIONES:**

- *Que según escritura núm. 3336 de fusión por absorción de fecha 27 de junio de 2022 ante el notario de Madrid, D. Ángel Domínguez Nafria otorgada por las sociedades [REDACTED] SAU en la posición de absorbente y [REDACTED] U y [REDACTED] U en posición de absorbidas, [REDACTED] pasa a ocupar la posición de [REDACTED] a todos los efectos y se interesa a ésta en las actuaciones a llevar a cabo por la AVAF en el presente expediente; aportándose como documento N°1 copia de las escrituras mencionadas.*
- *Que conforme a lo establecido en el Pliego de condiciones económico-administrativas (PCA) que reglan la adjudicación de la concesión administrativa de la construcción y consiguiente explotación del servicio público del estacionamiento subterráneo, el servicio de explotación se llevaría según tres modalidades de ingresos: ROTACIÓN; ABONADOS y ABONADOS COPROPIETARIOS, aportándose como documentos núm. 2 y 3 copia de los pliegos de condiciones y copia del sistema de tarifas inicial ofertado como adjudicataria, respectivamente.*
- *Que con motivo de la aprobación de la Ley 44/2006 de 29 de diciembre de mejora de la protección de los consumidores y usuarios se modifica la ley 40/2002 de 14 de noviembre reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos y en su virtud se modificó el sistema de cobro de los aparcamientos por rotación pasa a ser por minutos.*
Que la tarificación por minutos a partir del 2019 queda establecida en 0,033 euros por minuto (IVA incluido) no habiendo sido actualizado desde entonces, adjuntándose copia de 4 recibos correspondientes a los ejercicios 2019 y 2023 al objeto de acreditar la tarificación por minutos citada.
- *Que anualmente se presentaba al Ayuntamiento de Benidorm escrito de comunicación del importe total recaudado, el importe del Canon resultante y justificante del ingreso con el siguiente detalle correspondiente a las anualidades 2019 a 2023, con el siguiente detalle:*

Año /meses	Importe Recaudado (€)	Canon Ayuntamiento PCA (€)	Fecha	Canon ingresado
2019	1.160.408,92	46.416,36	14/01/2020	46.434,96
2020	558.298,87	22.331,95	13/01/2021	22.332,20
2021	934.614,86	37.384,59	12/01/2022	37.384,84
2022	1.126.854,29	45.074,17	12/01/2023	45.074,17
enero y febrero 2023	93.194,55	3.727,78	14/03/2023	3.727,78

- Que [REDACTED] no tenía obligación de auditar sus cuentas anuales conforme a la ley de Sociedades de Capital aportándose el Balance de situación y cuenta de Pérdidas y ganancias de las anualidades 2019 a 2021 (documentos núm. 23 a 25).
- Que, a partir de junio de 2022, como consecuencia de la fusión de [REDACTED] con su matriz FCC MA, el balance de [REDACTED] quedó integrado en el de su matriz, acompañándose copia de la cuenta de Pérdidas y ganancias de [REDACTED] pero integrada en el balance de [REDACTED] (documentos núm. 26 y 27).

Octavo.- Informe provisional de investigación

En fecha **22 de septiembre de 2023**, se emitió informe provisional de investigación, en el que, tras el estudio en detalle de la totalidad de la documentación aportada, requerida y obtenida, así como de la obtenida en fuentes abiertas y la obrante en el expediente, se concluyó se acreditaba la existencia de indicios de presunto fraude de ley en la actividad contractual llevada a cabo por el Ayuntamiento de Benidorm en relación con la prórroga de la concesión del contrato de explotación del estacionamiento subterráneo del Parque L'aigüera de dicho municipio desde junio de 2021 hasta febrero de 2023 con indicios de posible exigencia de responsabilidades.

Noveno. – Ampliación plazo de investigación

De conformidad con lo dispuesto en el art 37.1 del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la Agencia de 27 de junio de 2019 (DOGV núm. 8582, de 2.07.2019) y de lo establecido en el artículo 22 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y fundamentado en la extensa documentación presentada tanto por la propia entidad denunciada como por la mercantil [REDACTED] en la posición de la concesionaria, así como la complejidad de análisis técnico, jurídico y contable de la misma, mediante resolución 752 de **6 de julio de 2023** se resolvió ampliar el plazo de duración de las actuaciones de investigación del expediente iniciadas mediante resolución número 199 de fecha 27 de febrero de 2023, por un plazo de seis meses más, a contar desde la fecha de conclusión del periodo de seis meses desde que se adoptó el acuerdo de iniciación.

Décimo.- Trámite de audiencia

De conformidad con lo dispuesto en el art. 37.9 del Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior de la Agencia, las conclusiones provisionales de las actuaciones de investigación realizadas por la Agencia se notificaron a todos los interesados referidos en el encabezado, disponiendo los mismos desde la recepción de 10 días hábiles para efectuar las alegaciones u observaciones que estimaran convenientes.

En fecha 2 de octubre de 2023, mediante escrito presentado por D. [REDACTED] Fontecha en representación de [REDACTED] [REDACTED] (registro de entrada número 1122) ha sido solicitada ampliación del plazo concedido para realizar las alegaciones al informe provisional emitido en el seno del expediente 2022/G01_02/000050. El 5 de octubre de 2023 se emite la resolución número 1028 en la que se resuelve la estimación de la solicitud de ampliación de los plazos concedidos para la presentación de alegaciones.

Dentro del plazo de audiencia concedido, en fecha **17 de octubre de 2023** se ha presentado alegaciones por [REDACTED] [REDACTED] cuyo detalle y el contenido de estas se analiza en el apartado correspondiente al "Análisis de los hechos y alegaciones".

Análisis de los hechos y alegaciones

I. Hechos recogidos en el informe provisional

De la documentación obrante en el expediente (por haber sido remitida a la Agencia por parte de la entidad denunciada, por la persona alertadora, por terceros requeridos, o por haber sido obtenida de fuentes abiertas), se acredita la existencia de indicios de presunto fraude de ley en la actividad contractual llevada a cabo por el Ayuntamiento de Benidorm en relación con la prórroga de la concesión del contrato de explotación del estacionamiento subterráneo del Parque L'aigüera de dicho municipio desde junio de 2021 hasta febrero de 2023 con indicios de posible exigencia de responsabilidades:

PRIMERO: El Acuerdo del Ayuntamiento Pleno de fecha 31 de mayo de 2021 aprobando que el contrato de concesión administrativa y por tanto, que la explotación del servicio de aparcamiento L'aigüera siga prestándose por [REDACTED] [REDACTED] **desde el 1 de junio de 2021 hasta el día 1 de Febrero de 2023, encubre una nueva adjudicación no permitida por los PCAP** que regían la concesión y expresamente prohibida en la legislación de contratos y, por ende, nula de pleno derecho, incumpléndose el plazo de reversión recogido en los PCAP, con la necesidad de instar el procedimiento de **revisión de oficio** del acuerdo adoptado.

Para llegar a dichas conclusiones es importante resaltar los siguientes aspectos tras el análisis del conjunto de documentos aportados que son relevantes:

A. Objeto y naturaleza jurídica del contrato concesional:

El Ayuntamiento de Benidorm formalizó el **31 de mayo de 1990** contrato de concesión administrativa con la mercantil [REDACTED] SA para la construcción y explotación de un estacionamiento subterráneo para vehículos de turismo en el subsuelo del parque L'aigüera mediante concesión administrativa con una duración de 30 años regulando la cláusula 2ª el PRINCIPIO DE REVERSION, en concordancia con la cláusula 17 de los PCAP:

17.- REVERSION DE LA CONCESION.

17.1.- Cumplido el plazo fijado como duración de la concesión, revertirán, pasando en pleno dominio a favor del Ayuntamiento, el estacionamiento con todas sus instalaciones, bienes y elementos del servicio público, habiéndose de encontrar en perfecto estado de conservación y funcionamiento.

17.2.- El Ayuntamiento, inmediatamente antes de comenzar el periodo de tres años anteriores a la finalización de la concesión, revisará el estado en que se encuentra el estacionamiento y sus instalaciones, bienes y elementos de servicio público, señalando la Corporación municipal, a la vista de los informes que emitan los Servicios Técnicos Municipales, las obras y reparaciones que considere se deban hacer para recibir las en su día.

La cláusula 18 PCAP contemplaba UNA PRÓRROGA de hasta máximo 1 año, a contar desde el 31 de mayo de 2020:

18.- PRORROGA DEL SERVICIO.

El concesionario viene obligado a continuar prestando el servicio después de acabado el plazo de la concesión, si así lo acuerda la Corporación municipal, en tanto se celebra y adjudica la nueva licitación, o se resuelva ejecutar la prestación del servicio público por otro procedimiento. Esta prórroga no podrá ser superior a un año. Durante esta, regirán las mismas normas aprobadas para el plazo contractual de la concesión.

El régimen de explotación del aparcamiento según se desprende de la cláusula 1.3.2 de los PCAP aplicable al contrato era el siguiente:

- a) Las plazas destinadas al estacionamiento horario diurno serán como mínimo el 60% del número total de las construidas.
- b) Un 20%, como mínimo, del total de plazas construidas se podrán reservar con carácter de abono temporal de diez años de duración previo pago de precio que se fijará libremente entre el concesionario y el usuario.
- c) Otro 20%, como máximo, del total de plazas construidas, se podrá reservar para su adjudicación a posibles usuarios con carácter permanente por el tiempo de duración de la concesión, siendo estas adjudicaciones también transferibles para el tiempo que falte para la finalización de la explotación y con pago anticipado de su precio, que se fijará libremente entre el concesionario y el usuario.

El contrato, de conformidad con la cláusula 1.1.1 de PCA que rigen la concesión, se rige por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (artículos 114 a 136), Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (art 78.1ª a) y Decreto de 9 de enero de 1953 por el que se aprueba el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales.

Aun cuando no se ha aportado por la entidad denunciada la documentación preparatoria del contrato, del análisis del clausulado de los PCAP y del contexto normativo en el que se aprobó la misma, el análisis de las cláusulas del pliego indica que estaríamos ante un contrato de concesión de obra pública y no ante un contrato de concesión de servicios, habida cuenta de que el contrato contemplaba la construcción de la obra por el propio concesionario de su explotación y de que el servicio de aparcamiento subterráneo no está dentro de las competencias obligatorias municipales del artículo 26 de la Ley 7/1985 reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).

No consta la existencia de una reglamentación municipal reguladora del servicio de estacionamiento de vehículos en los aparcamientos subterráneos de titularidad municipal en el término municipal de Benidorm que permitiera hablar de una concesión de servicio público propiamente dicha. Además, tampoco consta regulación mediante Ordenanza municipal de las prestaciones patrimoniales de carácter público que ha venido recaudando el concesionario. La normativa que regula los aparcamientos públicos es la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos (BOE de 15 de noviembre de 2002, núm. 274/2002), posteriormente modificada por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios en algunos aspectos.

B. Carácter del plazo de ejecución de los contratos.

En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público que establece que:

“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, (que tuvo lugar el 9 de marzo de 2018), se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”; y en su consecuencia, este artículo no sería de aplicación al presente contrato.

Respecto a la cuestión del plazo de los contratos debe ponerse de relieve que uno de los principios de la ley de contratos, es el de la concurrencia para que la prestación de los contratos no se realice indefinidamente por una misma empresa y que consagra el actual art. 29 de la LCSP:

“1. La duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos”.

Ello implica la obligación por parte de los órganos de contratación de planificar las contrataciones con el fin de garantizar que los servicios a los ciudadanos estén cubiertos por contratos que se ajusten a la normativa de contratación. Obligación prevista en el art. 28.4 LCSP:

“Las Entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública”

La fijación del plazo máximo de ejecución del contrato en los pliegos contractuales constituye uno de los factores relevantes para poder efectuar su oferta en la licitación sin que se haya acreditado una razón imperiosa de interés general para continuar de forma excepcional la prestación del contrato inicial de aparcamiento.

C. Sobre la “necesaria” continuidad del servicio invocada por el Ayuntamiento de Benidorm.

Se constata como a punto de vencer el plazo de duración inicial de la concesión, el **25 de mayo del 2020** por acuerdo plenario del ayuntamiento de Benidorm se acuerda prorrogar a favor de la mercantil [REDACTED] S.L el contrato de explotación del estacionamiento subterráneo de l'aigüera, por un periodo no inferior a seis meses y no superior a un año, a partir del 1 de junio de 2020, todo ello de acuerdo con la cláusula 18 del Pliego de Condiciones Económico-Administrativas de la concesión antes reproducida.

Con apenas 10 días de antelación al vencimiento del plazo máximo de prórroga consta publicación del anuncio de licitación del nuevo contrato de servicio de control, mantenimiento y gestión del aparcamiento subterráneo de L'AIGÜERA en el [REDACTED] E (en concreto el 21 de mayo de 2021), con plazo de presentación de ofertas que se extendía con posterioridad al 31 de mayo, en concreto hasta el 18 de junio de 2021.

Con posterioridad, consta acuerdo plenario de **31 de mayo de 2021** en los términos que se recogen a continuación por el que se adopta acuerdo de continuar la prestación del servicio por el contratista por retraso en la adjudicación del nuevo contrato cuando los informes municipales preveían un plazo de 4 meses para la formalización del nuevo contrato:



Dicho acuerdo consta se adopta previo Informe de D. [REDACTED] en calidad de jefe del departamento de contratación y patrimonio de fecha 19 de mayo de 2021 que eleva propuesta de continuación del servicio para los meses de junio, julio, agosto y septiembre de 2021, señalando como fundamentos jurídicos de dicha propuesta:

*“PRIMERO. - (.../...) son los mismos que hemos aplicado para dar continuidad al servicio público de recogida de basuras y limpieza viaria, al entender que el servicio de aparcamiento es un servicio esencial, que el Ayuntamiento en estos momentos no dispone de medios para poder **mantenerlo** abierto al público, tal como lo ha manifestado el Departamento de Ingeniería en sus informes elevados al expediente 10/2021.*

SEGUNDO. - Para determinar qué régimen normativo es de aplicación a un contrato finalizado, cuyo objeto es un servicio público esencial, hay que acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente Sentencia de 18 de noviembre de 1986, reiterando lo señalado en la Sentencia de 22 de marzo de 1985, en las que se señala:

“no se está ante un caso de prórroga expresa o tácita del contrato con plena aplicación de la cláusula 9.ª que excluye la revisión, sino ante una situación excepcional en que, denunciado el contrato en la forma legalmente establecida y pactada, la Administración por razones de interés público unidas a la necesidad de continuidad del servicio y mientras no se seleccione al nuevo contratista, impone coactivamente la permanencia del anterior con unas consecuencias equiparables a las producidas cuando la Administración hace uso de las facultades que forman el contenido del “ius variandi”, con la ineludible contrapartida de la compensación económica a favor del contratista o concesionario de un servicio público...”

Esta jurisprudencia ha sido acogida por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, concretamente en su reciente Dictamen número 31/2017, invocando concretamente lo establecido por el artículo 128.1.1ª del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, que establece:

“1. Serán obligaciones generales del concesionario: 1ª Prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente,..”

TERCERO. - La Junta Consultiva, en el Dictamen citado concreta el régimen y contenido de la prestación del servicio público en estos casos:

1. Finalizado un Contrato de Gestión de Servicio Público y más en nuestro caso cuando expresamente hemos acordado su finalización y prórroga hasta el 30 de mayo de 2021, no puede volverse a prorrogar el contrato existente.

2. En virtud del principio de continuidad en la prestación de un servicio público esencial, avalado por amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo, de forma excepcional y transitoria por el tiempo imprescindible para completar el proceso de licitación del nuevo contrato, la Administración puede obligar al concesionario actual a continuar prestando el servicio.

3. Como el contrato anterior ya no existe a fecha 30 de mayo de 2021, la Administración debe compensar al contratista íntegramente por la totalidad de los gastos que incurra en la prestación del servicio.

4. La prestación del servicio, en lo que sea posible, se deberá prestar en los términos del contrato finalizado. Que en nuestro caso son los términos contenidos en las cláusulas de los Pliegos que rigieron el contrato y la propuesta del licitador.”

Informe que finaliza indicando como parte dispositiva primera a adoptar por el Ayuntamiento Pleno:



Informe del que cabría destacar que además de no exponer las carencias o deficiencias que, en su caso, habría tenido el Ayuntamiento de Benidorm para no haber licitado en plazo el procedimiento de contratación que permitiera garantizar la prestación del servicio de aparcamiento de forma indirecta cuando la finalización máxima del mismo se conocía desde el año 1990, propone un plazo de 4 meses de tiempo para alcanzar la formalización del nuevo contrato para la gestión directa del mismo sin mayor motivación (cuando a fecha de redacción de dicho informe estaba a punto de publicarse la convocatoria de licitación del expediente CA 10/2021 en el [REDACTED] publicación que se realiza el día [REDACTED]).

Argumentos jurídicos desde el Ayuntamiento calificando de servicio público esencial la gestión de un aparcamiento que no serían acordes a la naturaleza jurídica del contrato concesional de obra y no de servicio público, y de lo previsto en el artículo 26 de la LBRL, que regulan las competencias obligatorias de un municipio y entre las que no se encontraría el servicio de aparcamiento.

El presupuesto que hubiera amparado la facultad del órgano de contratación de ordenar dicha continuidad serían los siguientes, tratarse de un **servicio esencial y necesario de obligada prestación por la Administración**, que requiere su cobertura y continuidad por razón de los intereses y fines públicos a que sirve, y no parece que ello suceda para el servicio de aparcamiento subterráneo.

Reiterando la remisión que contiene el informe de D. [REDACTED] en calidad de jefe del departamento de contratación y patrimonio de fecha **19 de mayo de 2021**, al Expediente 31/2017, de 9 de mayo de 2019, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado¹ en el que señala:

*"2. El principio de continuidad en la prestación del servicio público, que cuenta con una tradición jurídica en este tipo contractual, permite que se obligue a los concesionarios a continuar prestando el servicio, **situación que debe entenderse como excepcional y transitoria por el tiempo imprescindible para completar el proceso de licitación del contrato subsiguiente.***

*3. Durante el tiempo en que el contratista continúa prestando el servicio una vez concluido el plazo fijado en el contrato inicial, **la Administración contratante debe compensar al contratista íntegramente por la totalidad de los gastos que éste haya tenido que incurrir para asegurar la continuidad de la prestación y debe hacerlo, en lo que sea posible, en los términos fijados en el contrato inicial, debiéndose modular el principio de riesgo y ventura en este periodo conforme a este principio.***"

El final del plazo de vigencia de un contrato relativo a un servicio nunca puede ser suficiente para justificar una prórroga nula del mismo, dado que dicho final es conocido y previsible desde la misma fecha de firma del contrato. Por ello la ley de contratos establece la obligación de la Administración de planificar su actividad contractual.

En su consecuencia, hubiera sido posible ordenar la continuación del servicio al contratista siempre que se considerara que el servicio de aparcamiento es de interés general, pero bajo el régimen especificado en el mencionado dictamen de forma que durante dicho periodo se hubiera compensado al contratista de los gastos derivados de la prestación sin incluir los gastos generales ni el beneficio industrial, correspondiendo la recaudación del parking a la Tesorería municipal.

D. Reversión efectiva de la obra

Se constata Informe técnico de fecha 5 de enero de 2023 con las siguientes conclusiones:



¹ <https://www.hacienda.gob.es/DGPatrimonio/junta%20consultiva/informes/informes2019/2017-31pagocgspfuentealamo.pdf>

Suscribiéndose Acta de recepción en fecha **2 de febrero de 2023** entre representante de [REDACTED] SAU y por representantes del AYUNTAMIENTO DE BENIDORM de las obras incluidas en la concesión administrativa dándose por finalizada la concesión en dicha fecha, con el detalle que se recoge a continuación.

De conformidad con la cláusula 17.2 de los PCA, tres años anteriores a la finalización de la concesión, esto es con anterioridad al 30 de mayo de 2018 se debía haber inspeccionado el estado del estacionamiento y sus instalaciones, bienes y elementos de servicio al público al objeto de las obras y reparaciones a realizar para su recepción a su finalización. De conformidad con el informe del Tesorero accidental citado anteriormente de 16 de marzo de 2023, se indica al respecto de ésta cuestión:

En Pleno de fecha 27 de febrero de 2017 se aprueba designar una dirección facultativa o un responsable municipal de la concesión, para el seguimiento del mismo, sin que a fecha del presente se tenga constancia de ninguna remisión a esta Tesorería de cualquier documentación a efectos de proceder a las liquidaciones o regularizaciones que correspondan.

A esta Tesorería Municipal no le consta qué técnicos municipales fueron designados para la dirección facultativa y/o como responsable del contrato de la concesión administrativa del parking municipal, esencial para requerir los informes, valoraciones y justificaciones que fundamenten la liquidación y tramitación del preceptivo procedimiento de recaudación del canon de referencia.



Segundo: Posible daño a la hacienda municipal con indicios de posible responsabilidad.

En virtud del acuerdo señalado, adoptado por el Pleno de la Corporación de fecha 31 de mayo de 2021 se habría permitido a la mercantil [REDACTED] y a [REDACTED] la apropiación de recursos públicos (en tanto en cuanto las tarifas tienen la consideración de prestaciones patrimoniales) procedentes de la recaudación del aparcamiento subterráneo procedentes de una relación jurídica vencida que habrían tenido que integrar la Tesorería de la entidad desde 1 junio de 2021 hasta 28 de febrero de 2023.

La cláusula 7 regula "Canon a satisfacer por el concesionario al Ayuntamiento":

7.- CANON A SATISFACER POR EL CONCESIONARIO AL AYUNTAMIENTO.		
7.1.- Cumplido el quinto año de vigencia de la concesión de la explotación del estacionamiento subterráneo, el Ayuntamiento percibirá el canon anual ofertado por el concesionario, que será abonado por semestres naturales vencidos y que no podrá ser inferior a las siguientes cantidades:		
Años 6 al 10	100.000 Pts. anuales.	
** 11 al 15	1% de la recaudación bruta.	
** 16 al 20	2 %	** **
** 21 al 25	3 %	** **
** 26 al 30	4 %	** **

En cumplimiento de dicha cláusula, constan efectuados los siguientes ingresos al Ayuntamiento de Benidorm durante los ejercicios 2021 a 2023:

Año /meses	Importe Recaudado (€)	
	con IVA	Canon Ayuntamiento (€)
2021	934.614,86	37.384,59
2022	1.126.854,29	45.074,17
enero y febrero 2023	93.194,55	3.727,78
total	2.154.663,70	86.186,55

De la documentación aportada por [REDACTED] se extrae el siguiente resumen de magnitudes económicas de resultado de explotación del contrato de aparcamiento L'aiguera de Benidorm durante los ejercicios 2021 a 2023:

cuenta explotacion CONTRATO APARCAMIENTO PARKING L'AIGUERA			
	31/12/2021	31/12/2022	28/02/2023
Importe neto cifra negocios	776.921,25	931.771,31	74.298,98
aprovisionamientos	49.760,63	18.482,30	9.899,76
otros ingresos explotacion	8.713,10	1.303,00	0,00
gastos de personal	153.611,55	147.748,35	11.865,17
otros gastos de explotacion	319.562,44	233.527,09	42.000,74
amortizacion inmovilizado	0,00	0,00	0,00
otros resultados	0,00	0,00	0,00
resultado explotacion	262.699,73	533.316,57	10.533,31

A partir de los datos económicos suministrados, y aplicando los fundamentos del dictamen del expediente 31/2017 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado anteriormente aludido que justifica la compensación al contratista íntegramente por la totalidad de los gastos que éste haya tenido que incurrir para asegurar la continuidad de la prestación, se estimaría la lesión a la Hacienda pública en unos **603.192,40 euros**, con el siguiente detalle de cálculo estimado:

Año 2021			
Recaudación bruta (1)	934.614,86		
importe neto cifra negocios (4)	776.921,25		
cuenta Py G Abreviada concesionaria			
INGRESOS		GASTOS	
Importe neto cifra negocios	776.921,25	Aprovisionamientos	49.760,63
Otros ingresos explotación	8.713,10	Gastos de Personal	153.611,55
	785.634,35		
ingresos financieros	54.613,71	Otros gastos explotación	319.562,44
resultados extraordinarios (devol IBI 2013-2019)	375.207,82	Amortización Inmovilizado	0,00
	1.215.455,88		522.934,62

Recaudación bruta estimada Enero a Mayo 2021 sin incluir otros ingresos explotación (2) = (1)/ 5 meses	389.422,86
CANON A ingresar Ayuntamiento Enero a Mayo (3) = (2)* 0,04	15.576,91
Importe neto cifra negocios Junio a Diciembre (TESORERIA)= (4)-(2)	387.498,39
Gastos Enero a Mayo 2021 (proporcional total)	217.889,43
Gastos resto de Junio a Diciembre a compensar al concesionario	305.045,20
Neto Junio a Diciembre 2021 a favor municipio	82.453,20
Ingresado Ayuntamiento	37.384,59
Diferencia Ingresos municipales 2021	60.645,52

Año 2022			
Recaudación Bruta comunicada concesionario	1.126.854,29		
INGRESOS		GASTOS	
Importe neto cifra negocios	931.771,31	Aprovisionamientos	18.482,30
Otros ingresos explotación	1.303,00	Gastos de Personal	147.748,35
ingresos financieros	0,00	Otros gastos explotación	233.527,09
		Amortización Inmovilizado	0,00
Gastos netos a compensar	354.683,57		
Ingresado Ayuntamiento	45.074,17		
Diferencia Ingresos municipales 2022	532.013,57		

Año 2023			
Recaudación Bruta comunicada concesionario	93.194,55		
INGRESOS		GASTOS	
Importe neto cifra negocios	74.298,98	Aprovisionamientos	9.899,76
Otros ingresos explotación	0,00	Gastos de Personal	11.865,17
ingresos financieros	0,00	Otros gastos explotación	42.000,74
		Amortización Inmovilizado	0,00
Gastos netos a compensar	60.037,89		
Ingresado Ayuntamiento	3.727,78		
Diferencia Ingresos municipales 2023	10.533,31		

Lo que totaliza el importe estimado señalado anteriormente:

Diferencia Ingresos municipales 2021	60.645,52
Diferencia Ingresos municipales 2022	532.013,57
Diferencia Ingresos municipales 2023	10.533,31
Total perdida ingresos ayuntamiento Benidorm	603.192,40

En relación con el plazo de prescripción del derecho de la Administración concedente para reclamar el canon concesional, resulta esencial determinar con precisión cual es la naturaleza jurídica del mismo, cuestión que fue resuelta por la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2006 (dictada en el recurso de casación en interés de ley núm. 16/2015) en la cual se calificó el mismo como ingreso tributario.

En dicha sentencia se partía del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales que, en su apartado 1, distingue la posibilidad de establecer tasas por dos formas distintas de utilización de bienes de dominio público: a) la utilización privativa del dominio público local; y b) el aprovechamiento especial del dominio público local. Recuerda que el precepto recoge la distinción ya establecida en el artículo 75 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales que, en cuanto a las formas de utilización del dominio público local, considera la existencia de un uso común y un uso privativo, y dentro de aquél, además de un uso general, un uso especial cuando concurren circunstancias especiales por razón de peligrosidad, intensidad del uso o cualquiera otra semejante.

Proyectando la referida previsión normativa sobre el supuesto de hecho contemplado, el aparcamiento subterráneo construido en el subsuelo de una plaza tiene -según aquella sentencia- la consideración de utilización privativa del dominio público local.

A la referida distinción de intensidad de uso corresponde el distinto régimen de la respectiva utilización establecida en los artículos 77 y 78 del RBEL, que exigen, para el uso común especial la obtención de licencia, y, para el uso privativo concesión administrativa. Y el artículo 80 del RBEL señala, entre las cláusulas que debe regir la concesión, el establecimiento del "canon que ha de satisfacerse a la entidad local, con el carácter de tasa", siendo así que dicho canon, con ese carácter, solo se satisfaría -según el ayuntamiento- por la utilización privativa del bien de dominio público, en este caso del subsuelo.

La doctrina que sienta la sentencia y que es perfectamente trasladable al caso presente es la siguiente:

" (...) En el uso y utilización de los bienes de dominio público municipal, como ha tenido ocasión de reiterar esta Sala, cabe distinguir, a tenor del artículo 75 del Reglamento de 1986, un uso común que puede ejercitar por igual todo ciudadano, sin que requiera una cualificación específica, un uso especial, cuando concurren circunstancias de este carácter que colocan al usuario en una situación distinta del resto del público, y un uso privativo que se realiza por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limita o excluye la utilización de los demás interesados. El uso común general se ejerce libremente, con arreglo a la naturaleza de los bienes, a los actos de afectación y apertura al uso público y a los preceptos de carácter general (art. 76 RBCL). Esto es, beneficia a todos los ciudadanos en las mismas condiciones, es anónimo e impersonal, se ejerce en concurrencia, no es permanente y es normal, en cuanto resulta conforme al destino particular de la pertenencia demanial considerada. Por el contrario, tanto el especial como el uso privativo requieren un título administrativo (autorización y concesión, respectivamente) y sus titulares lo son de un ius in re aliena

Y según reiterada jurisprudencia (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2000, recurso de casación 1346/1993), el título habilitante de la ocupación terrenos de dominio público en caso de instalaciones fijas no desmontables es la concesión y no la autorización, dado el carácter de uso privativo que aquellas comportan. En consecuencia, la ocupación del demanio local mediante instalaciones de tal naturaleza sólo puede venir legitimado por el otorgamiento de la oportuna concesión en el ejercicio de las competencias sobre el demanio reconocidas y reguladas a favor de los entes locales por las normas de régimen local.

De lo anterior se derivaría, el carácter tributario del canon concesional (pues no en vano se trata de un uso privativo del demanio local que ha requerido concesión y que debe retribuirse con una tasa) permite obtener una primera e importante consecuencia: el régimen de la prescripción de dicho tributo es el contenido en las normas de naturaleza tributaria, concretamente en el artículo 66 de la Ley General Tributaria, que fija en cuatro años el derecho de la Administración a liquidar toda clase de tributos.

Aspecto que debería tenerse en cuenta por el Ayuntamiento al objeto de instar la revisión de oficio del acuerdo plenario citado y de la exigencia a la mercantil del importe que hubiera correspondido ingresar en las arcas municipales.

II. Alegaciones y su análisis

Se han presentado alegaciones únicamente por parte de la mercantil contratista. Por parte del Ayuntamiento de Benidorm no se han presentado alegaciones por lo que se le presume conforme con el contenido del informe provisional.

A. Alegaciones por [REDACTED]

Por parte de la contratista, el escrito de alegaciones recoge las siguientes cuestiones:

PRIMERA.- Delimitación de las competencias de la Agencia Antifraude.

De acuerdo con lo dispuesto en el Preámbulo de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, la Agencia Antifraude de la Comunidad Valenciana es un instrumento de prevención, investigación y combate del fraude y la corrupción.

El artículo 4 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, establece que sus funciones esenciales son, la prevención y la investigación de posibles casos de uso o destino irregular de fondos públicos y de conductas opuestas a la integridad o contrarias a los principios de objetividad, eficacia y sumisión plena a la ley y al derecho; la prevención y alerta con relación a conductas del personal al servicio de las entidades públicas que comporten el uso o abuso en beneficio privado de informaciones que tengan por razón de sus funciones o que tengan o puedan tener como resultado el uso o el destino irregular de fondos públicos o de cualquier otro aprovechamiento contrario al ordenamiento jurídico y la investigación de los actos o las omisiones que pudieran ser constitutivos de infracción administrativa, disciplinaria o penal para, en función de los resultados de la investigación, instar la incoación de los procedimientos que corresponda para depurar las responsabilidades que pudieran corresponder, lógicamente siempre que existan indicios de fraude o corrupción.

La propia Agencia, en su Resolución 424/2020, de 5 de octubre, definió qué debe entenderse por “corrupción” o “fraude” a efectos de concretar el ámbito de su actuación material, conforme a la Ley 11/2016, de 28 de noviembre y de su Reglamento de funcionamiento de 27 de junio de 2019. Existe “corrupción” cuando hay un “uso o desviación de poder o de recursos de procedencia pública para fines distintos de los concedidos; uso o abuso del poder público para obtener ventajas, beneficios o cualquier otro aprovechamiento particular, propio o de terceros, o para cualquier otro fin contrario al ordenamiento jurídico” y “fraude” cuando se produce un “acto tendente a eludir una disposición legal de forma engañosa; uso inapropiado y perjudicial de los recursos y activos de una organización, contrario a la verdad y a la rectitud; uso o destino irregular de fondos o patrimonio públicos”.

En el supuesto que origina el presente expediente, como expondremos a continuación, no existe ningún fraude o corrupción, encontrándonos ante una cuestión de interpretación jurídica, de modo que debe procederse al archivo del mismo.

Esta alegación no constituye una alegación propiamente dicha por cuanto la argumentación de esta está condicionada a la exposición contenida en su alegación siguiente.

SEGUNDA.- No concurre ninguna causa de nulidad de pleno derecho.

La prórroga no merece reproche alguno de legalidad y está respaldada por el principio de continuidad del servicio.

Como es sabido, el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, establece que las Administraciones públicas en cualquier momento, y previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, pueden declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos en los supuestos de nulidad de pleno derecho (artículo 47.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre).

Pues bien, en el informe provisional de investigación de esa Agencia se alude a una supuesta nulidad de pleno derecho que aparentemente justificaría una revisión de oficio, pero la realidad es que no se concreta el supuesto motivo de nulidad que podría justificar la revisión, y no se hace por la sencilla razón de que no concurre.

En relación a la falta de concreción del supuesto de nulidad que justificaría la revisión de oficio, debe precisarse que a juicio de esta AVAF, el acuerdo de "prórroga sine die" o de continuidad de prestación del servicio sin estar debidamente fundamentado en razones de interés público altera las condiciones iniciales de la licitación prolongando la duración del contrato concesional más allá del plazo fijado en los pliegos que rigieron la licitación lo que supone una vulneración de los principios que rigen la contratación pública, principalmente el de igualdad de trato entre empresas, así como el de libre concurrencia lo que equivaldría a una nueva adjudicación producida de forma directa o sin concurrencia, lo que no se considera ajustado ni al clausulado que rige la concesión ni a la normativa contractual y en su consecuencia al margen del procedimiento aplicable a tal fin incurriendo por ello en el supuesto previsto en el artículo 47.1.e) de la LPACAP por una ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

El propio acuerdo de pleno de adjudicación de fecha 23 de diciembre de 1988 no aceptó la oferta de la mercantil [REDACTED] por ser el tiempo de concesión ofertado superior a 30 años y ello no ajustarse a las condiciones del concurso.

Por otro lado, dicho acuerdo comporta una ruptura del equilibrio económico financiero inicial de la concesión, en los términos en que fueron considerados para su adjudicación y que ha de mantenerse durante toda la vida de esta, encubriéndose una modificación contractual indebida en el régimen propio del contrato concesional sin acreditarse las causas previstas para ésta pudiendo ello haber permitido el enriquecimiento a un particular a costa del interés general municipal quebrando las reglas de transparencia y concurrencia, alterando el valor estimado del contrato incurriéndose por ello en el supuesto previsto en el artículo 47.1.e) de la LPACAP por una ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

Es fundamental el respeto al principio de transferencia del riesgo operacional para que el contrato siga siendo considerado como una concesión; en caso contrario podría estar alterándose la naturaleza del contrato.

Las supuestas irregularidades administrativas aducidas en el informe provisional de investigación de esa Agencia carecen de todo fundamento, al estar respaldada la prórroga por el principio de continuidad del servicio.

Tal y como ha sostenido esta AVAF en su **Recomendación general sobre enriquecimiento injusto** y de aplicación al presente expediente, esta interpretación de la continuidad del servicio o de la prestación, determinándose aplicar las mismas cláusulas y términos que rigieron en el contrato anterior vencido:

“plantea serios problemas al producirse un vacío en la cobertura de la necesidad pública por el cauce legalmente previsto. Es cierto que el artículo 42.3 LCSP establece que, en cualquier contrato del sector público, si la declaración de nulidad produjese un grave trastorno al servicio público, se puede disponer la continuidad de los efectos del contrato hasta que se adopten medidas urgentes para evitar el perjuicio, pero no lo es menos que se trata de una medida excepcionalísima, anudada a la nulidad y no a la “prórroga de facto” de un contrato. Es más, como novedad, la vigente LCSP o, en su artículo 29.4, prevé la prórroga legal de un contrato cuando a su vencimiento no se hubiera formalizado el nuevo para garantizar la continuidad de la prestación. Ahora bien, el desajuste entre la extinción de un contrato y la formalización de otro nuevo se ha de deber a “incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación”. Además, deben existir razones de interés público para no interrumpir la prestación. Y, todo ello, con un límite temporal de nueve meses de prórroga legal, sin que se modifiquen las condiciones del contrato y siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se hubiese publicado tres meses antes de la finalización del originario.

Concluyéndose por la AVAF

*En suma, a día de hoy, todo acuerdo de continuidad de los servicios públicos ajeno a los cauces legales previstos en la normativa contractual para los supuestos excepcionalísimos que hemos apuntado (anudados a la nulidad o a la novedosa previsión del art. 29.4 LCSP) accionaría el mecanismo del enriquecimiento injusto, contribuyendo a su generalización, en contra de su naturaleza excepcional. **Así pues, a criterio de la Agència Valenciana Antifrau, debe frenarse esta práctica recurrente institucional que adultera elementos tan esenciales de un contrato como su duración”.***

Continúa alegándose por la concesionaria

Nos encontramos ante un contrato de concesión de un aparcamiento que es un servicio público, y en este tipo de contratos es aplicable el artículo 288, apartado a, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que establece que el contratista debe seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato:

“Artículo 288. Obligaciones generales.

El concesionario estará sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones:

a) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas. En caso de extinción del contrato por cumplimiento del mismo, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato.”

En relación a esta alegación no se comparte la calificación jurídica del contrato manteniéndose lo que ya se indicó por esta Agencia de que nos encontramos ante un contrato de concesión de obras, debiendo regirse por la normativa vigente aplicable en el momento de adjudicación del contrato.

A mayor abundamiento, conforme a lo previamente referido, el artículo alegado de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de contratos del sector públicos, dentro del capítulo III dedicado a la ejecución del contrato de concesión de servicios esta AVAF no es de aplicación, es más la expresión incluida en dicho apartado in fine *“En caso de extinción del contrato por cumplimiento del mismo, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato”* es una novedad legislativa que no sería de aplicación al contrato del aparcamiento subterráneo que data del año 1990, en atención a lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público que establece que:

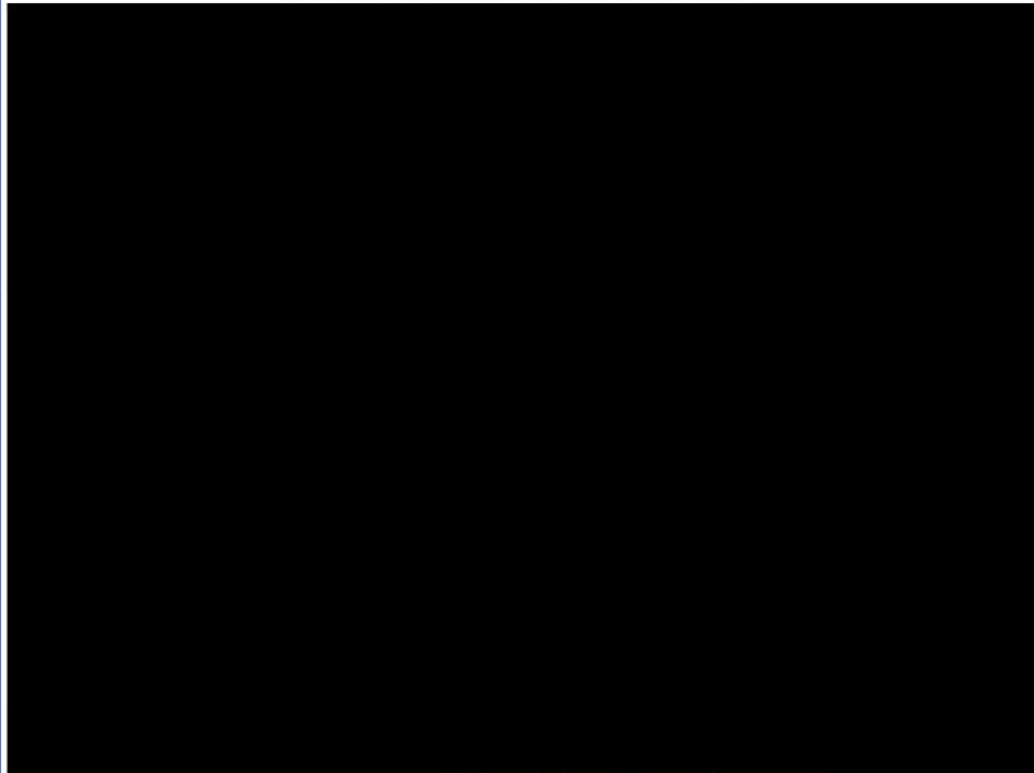
“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, que tuvo lugar el 9 de marzo de 2018, se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

En su consecuencia el contrato de concesión administrativa que nos ocupa, para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo en el subsuelo del Parque de L'aigüera firmado el 31 de mayo de 1990 se rige por las normas bajo cuya vigencia se tramitó y adjudicó; normas que figuran en el propio pliego de condiciones y en lo no previsto, supletoriamente, por la Ley de régimen local ley 7/1985 de 2 de abril reguladora de las bases del Régimen local, RD legislativo 781/86 de 18 de abril, Reglamento de contratación de 9 de septiembre de 1953, Reglamento de Bienes de 27 de mayo de 1955 y Reglamento de Servicios de 17 de junio de 1955 (clausula 26)

Tampoco los informes municipales previos al acuerdo objeto de reproche no invocan además la aplicación del citado artículo. Ni el suscrito en fecha 19 de mayo de 2021 por el técnico jefe de contratación y patrimonio ni el suscrito por la secretaria general, bastante parco, sea dicho, en los fundamentos de derecho aplicables, de fecha 20 de mayo.

Llama la atención además que ninguno de los informes aluda a la calificación jurídica del mismo.

INFORME DEL SECRETARIO MUNICIPAL.



Acudiendo a la normativa citada anteriormente. En concreto, el artículo 114.2 del RSCL de 17 de junio de 1955 prevé dos modalidades de concesión, al señalar que *"la concesión podrá comprender:*

- a) *La construcción de una obra o instalación y la subsiguiente gestión del servicio a que estuvieran afectas (clausula 1.1.1 PCAP).*
- b) *El mero ejercicio del servicio público cuando no requiera obras o instalaciones permanentes o estuvieren ya establecidas".*

Comprobándose que los artículos 114 a 137 RSCL regulaban conjuntamente ambas figuras dotándoles de una disciplina única como también hizo posteriormente la Directiva 2014/23 por lo que, en dicho contexto normativo, la distinción entre concesiones de obras y de servicios si bien pudiera no resultar sencilla por articularse contratos de concesión de servicios que hagan necesario la ejecución de obras de gran entidad y a su vez las concesiones de obras suelen albergar o permitir la prestación de servicios públicos, en el caso presente quedaria claro que nos encontraríamos ante el primer supuesto de conformidad con lo recogido en la clausula 1 y otras de los PCAP :

1. OBJETO DE LA CONCESION Y FINALIDAD.

1.1.- Constituirá el objeto de esta concesión, la construcción de un estacionamiento subterráneo para vehículos de turismo, en el subsuelo del Parque de L'Aigüera de esta Ciudad, de acuerdo con el proyecto de obra que deberá ser presentado por el concursante, de conformidad con las prescripciones de tipo técnico que marquen los Servicios Técnicos Municipales en el Pliego de Condiciones Técnicas, que se considerará parte integrante de este Pliego.

De igual forma será objeto de concesión la explotación del estacionamiento subterráneo.

1.1.1.- La naturaleza de la concesión que vinculará a la empresa adjudicataria del concurso y al Ayuntamiento será de uso privativo de bienes de dominio público, a que hace referencia el artículo 78.1.a) del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, que consiste en la concesión administrativa, conjunta, de obras y explotación de los servicios públicos, según el apartado "a" del párrafo 2 del artículo 114 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales del 17 de junio de 1.955. No podrán ser considerados los efectos jurídicos relativos a la construcción de las obras expresadas, con independencia de los referentes a la prestación del servicio público de estacionamiento.

1.1.2.- Los terrenos o porción del dominio público a ocupar por el mencionado estacionamiento subterráneo, con una superficie total aproximada de 5.625 m². viene grafiada en el plano de situación que se pondrá a disposición de los licitadores.

1.1.3.- Serán a cargo del concesionario, siendo objeto de reversión y pasando a ser propiedad del Ayuntamiento, las obras e instalaciones de dicho estacionamiento que haya que realizar conforme al proyecto que presente y prescripciones técnicas establecidas por los Servicios Técnicos Municipales. También se considera objeto de reversión todo el mobiliario que se detalla en las condiciones técnicas y cualquier otro que se utilice en el desarrollo normal del servicio.

1.1.4.- La construcción de las obras e instalaciones, por ser a cargo del concesionario, no producirá obligación de pago a favor del constructor o instalador por parte de la Administración, sin perjuicio de lo establecido en la cláusula 1.2.1.

El contrato fue formalizado con el siguiente detalle:





La concesión de obras públicas tiene por objeto la realización por el concesionario de alguna obra, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

La concesión de servicios tiene por objeto la prestación de un servicio, público o no público, asumiendo también el concesionario el riesgo de la explotación, y para cuya prestación material pueden ser o no necesarias obras o instalaciones, y estas pueden ser ejecutadas o mejoradas por el concesionario no resultando sencillo distinguir una figura de otra.

En la Comunicación de la Comisión Europea, sobre concesiones en Derecho comunitario (DOCE C 121, 29-4-2000 (2000/C 121/02), se apunta en su apartado 2.3 como diferencia fundamental entre ambas, determinar si la construcción de la obra es el objeto principal del contrato o solo algo accesorio en relación con la explotación del servicio.

Una prueba de que la distinción en función de si la finalidad es la construcción de la obra (contrato concesional) o el uso privativo del dominio público por parte de los particulares (concesión demanial) precisamente lo encontramos en los aparcamientos subterráneos y en dictámenes de la JCCA:

- Así, mientras que el informe de la JCCAE 4/2009 de 25 de septiembre, considera que un contrato de ejecución y posterior explotación de un aparcamiento público es un contrato de concesión de obras (no de gestión de servicios públicos, pues la finalidad primordial era la construcción de la nueva infraestructura municipal).
- Sin embargo, el informe de la JCCAE 41/2009, de 1 de febrero, calificó como concesión demanial el negocio jurídico consistente en la cesión de uso por el ayuntamiento a particulares de plazas de aparcamiento de propiedad municipal, actuando así el ayuntamiento directamente como empresario, en un aparcamiento ya construido.

El Dictamen del Consejo de Estado 1116/2015, en relación con el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, resumió bien las diferencias entre ambos tipos de contratos, al señalar que:

“ ...En el contrato de obras, el contratista construye la obra y la entrega por un precio a la Administración, quien la explota. En la concesión de obras, además de construirlas, las financia y explota durante un periodo determinado, compensándose de la inversión por los precios que obtiene de los usuarios o de las cantidades abonadas por la Administración. Por ello...este tipo de concesión tiene un carácter mixto en el que indisolublemente se presentan perfiles propios de la concesión de obra pública y de servicio público, constituyendo un tipo intermedio. Los primeros perfiles se hacen especialmente patentes en la fase de construcción de la obra y los segundos en la fase de explotación y conservación...”.

En cualquier caso la naturaleza jurídica de la relación existente entre las partes consistente en la construcción y posterior explotación de aparcamientos ubicado en zona de dominio público se trata de una relación jurídica compleja con el contenido típico de un contrato de obras y de una concesión de servicios.

En este sentido por parte de esta Agencia se concluyó la de considerar que estamos ante un contrato de concesión de obra por cuanto no se había aportado por el Ayuntamiento de Benidorm la documentación preparatoria del contrato (entre otra, en su caso, proyecto de reglamento de prestación del servicio regulado en el art 60.4 RSCL como parte del contenido jurídico de la memoria del expediente de municipalización) ni posteriormente por el concesionario que evidenciara lo contrario, tesis que además ha de mantenerse a la vista de que no se han efectuado alegaciones por el Ayuntamiento en esta cuestión, y en consecuencia como Administración Pública contratante se asumen las conclusiones provisionales elevadas.

Consta además en fuentes abiertas (noticias de prensa de aquellos años y también en trabajo final de grado de alumno de la Escuela Técnica Superior de Arquitectura de la Universitat Politècnica de Valencia titulado “Aproximación arquitectónica y Análisis Estructural del Ayuntamiento de Benidorm”) información del contexto y finalidad principal de la citada obra dentro del ambicioso proyecto de urbanización del parque publico L'aigüera:

C. VALENCIANA

Benidorm invertirá 2.000 millones en construir un parque diseñado por Bofill

JOAQUIM GENIS

Alicante - 17 DIC 1985 - 00:00 CET

[f](#) [X](#) [in](#) [📧](#)

El Ayuntamiento de Benidorm invertirá unos 2.000 millones de pesetas en la construcción de un gran parque público, en el mismo centro de la ciudad, diseñado por el arquitecto Ricardo Bofill. El proyecto ya ha sido aprobado por la corporación municipal, y las obras comenzarán el próximo mes de febrero,

con una duración prevista de un año para la primera fase. El parque de l'Aigüera ocupa una extensión superior a 120.000 metros cuadrados, en el actual barranco del mismo nombre, a unos 200 metros de la playa de Levante. Ricardo Bofill ha diseñado un parque eminentemente mediterráneo, conjugando amplias zonas forestales con vegetación autóctona con espacios construidos, cubiertos y abiertos, dedicados a actividades culturales y cívicas, sin perder de vista la integración del propio parque en la ciudad actual.

Uno de los elementos del proyecto es el aparcamiento subterráneo, con capacidad para 650 plazas, que será financiado y construido por la empresa francesa OTH, cuyos directivos firmarán este compromiso con el Ayuntamiento de Benidorm la semana próxima. La empresa OTH invertirá 450 millones de pesetas en la construcción del aparcamiento y gestionará su explotación durante un período de 30 a 35 años, según Ángel de la Fuente, presidente de la comisión de Urbanismo. Sobre el aparcamiento se construirá una gran plaza pública de 8.000 metros cuadrados.

Fuente :El pais 17 diciembre de 1985

En 1984, con el consenso de todos los grupos políticos, se le encarga al equipo Taller de Arquitectura dirigido por Bofill, la urbanización de un parque de 120.000 m² sobre el barranco de l'Aigüera [Imagen 11]. Este parque de estilo neoclásico, ubicado en el centro de la ciudad, abarca 1 km. de longitud y hasta 180 m. de ancho, separando con su gran superficie, la zona del ensanche de la de más reciente construcción [Imagen 12]. En su extremo norte el parque queda acotado por la plaza de toros, mientras que al sur, el arquitecto había proyectado un inmueble consistorial más ortodoxo que finalmente fue desechado [5]. Sin embargo, si que se construye un aparcamiento subterráneo de más de 600 plazas, bajo la que sería en un futuro la plaza sobre la que el ayuntamiento decidiría definitivamente levantar su edificio. Se invirtieron 2.000 millones de las antiguas pesetas en la realización de este parque, y

para su financiación se contó con la concesión de la explotación del

aparcamiento a una empresa privada. El diseño del parque es eminentemente mediterráneo, conjugando amplias zonas forestales con vegetación autóctona, y con espacios construidos, cubiertos y abiertos, dedicados a actividades culturales y cívicas, sin perder de vista la integración del propio parque en la ciudad actual [6]. Todo ello unido por un paseo central que recorre todo el parque cruzándose en su camino con dos auditorios al aire libre. El más pequeño y cercano al ayuntamiento, dedicado a Óscar Esplá, y el de mayores dimensiones, en homenaje a Julio Iglesias [Imagen 13], lugar donde se celebra el clásico Festival de la Canción de Benidorm, además de muchos otros eventos.

(Fuente: Tesis doctoral: Aproximación arquitectónica y Análisis estructural. UPV)

Por otro lado, acudiendo a fuentes abiertas, en concreto información remitida al Ministerio de Hacienda por el órgano interventor del Ayuntamiento de Benidorm relativa al coste efectivo, directos e indirectos, de cada uno de los servicios que presta la entidad local, en cumplimiento de lo establecido en la Orden HAP/2075/2014, de 6 de noviembre, por la que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las entidades locales, relativo al ejercicio 2019, se constata que el Ayuntamiento de Benidorm, en relación a las competencias de "Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad" solo declara la prestación del servicio de estacionamiento regulado, se entiende el correspondiente al estacionamiento de vehículos de tracción mecánica en las vías públicas municipales con servicio de ordenación y regulación de aparcamiento (O.R.A) según regulación contenida en la Ordenanza Fiscal nº 26 reguladora de la tasa por estacionamiento de vehículos de tracción mecánica en las vías públicas municipales (BOP Alicante nº 128 de 7 de julio de 2011):

Identforme		Código Ente Principal	Tipo Ente Principal	Nombre Ente Principal	Grupo de programa / Programa	Descripción	Tipo de gestión	Comentarios
87330	17-05-031-AA-000	Ayuntamiento	Benidorm	112/130P	Policia local	Gestión directa por la entidad		
87330	17-05-031-AA-000	Ayuntamiento	Benidorm	114/130P	Trafico, estacionamiento de vehiculos y movilidad	Otro tipo de gestión (**)		Aparcamiento regulado
87330	17-05-031-AA-000	Ayuntamiento	Benidorm	112/130P	Policia local	No se presta el servicio		
87330	17-05-031-AA-000	Ayuntamiento	Benidorm	114/130P	Trafico, estacionamiento de vehiculos y movilidad	No se presta el servicio		

Argumentos todos coincidentes en la consideración por la administración demandada del contrato como de concesión de obra y no de servicio. Acudiendo al PCAP, la cláusula 6 PCAP regula las obligaciones del concesionario, señalando entre otras:

A. - OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO.

a) Ejecutar las obras con estricta sujeción al respectivo proyecto del cual es contratista y financiador, en el término y condiciones señaladas, sin más modificaciones respecto a aquella sujeción, que las que pueda aprobar previamente el Ayuntamiento.

b) La adquisición de todos los elementos necesarios para la puesta en marcha de los servicios en las condiciones de la concesión, corriendo a su cargo el abono de los salarios y emolumentos de toda índole que correspondan al personal y que este tenga derecho a percibir.

c) Satisfacer puntualmente el canon anual estipulado por "semestres naturales vencidos" y dentro del primer mes siguiente a la finalización de cada semestre.

e) Modificar y realizar nuevamente la parte de obra ejecutada que no se ajuste a las condiciones del proyecto o a las modificaciones acordadas por el Ayuntamiento.

f) Prestar el servicio de forma diaria con la necesaria continuidad, incluso en caso de que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionen una subversión de la economía de la explotación y sin más interrupciones que las que se hubiesen producido en el supuesto de gestión directa municipal.

Se podrán señalar programas de prestaciones mínimas en días y horas determinadas y también en determinados meses del año.

g) Cumplir las disposiciones de las Ordenanzas municipales y soportar cuantos servicios le imponga la Administración municipal con carácter de servicio público.

h) Permitir que, en cualquier momento, la Alcaldía y por su delegación quien la represente, pueda inspeccionar el estado de conservación del estacionamiento subterráneo y de todas sus instalaciones.

i) Adoptar todas aquellas medidas que más convengan, especialmente durante la ejecución de las obras, a fin de evitar daños a las personas o cosas. No se permitirán mas interrupciones o molestias al tráfico o a los accesos a los inmuebles que las señaladas en el Pliego de Condiciones Técnicas. Serán a cargo del adjudicatario las indemnizaciones que los particulares puedan reclamar por daños o perjuicios con ocasión y motivo de las obras, así como la indemnización a terceros por los daños que pueda producir el funcionamiento del servicio por causa imputable al concesionario o al personal de su servicio, sin repercusión para el Ayuntamiento, salvo en caso de que se produzcan por el cumplimiento de una orden forzosa de la Corporación. El riesgo de los daños que se puedan producir con motivo de la ejecución de las obras, se deberá de cubrir por el adjudicatario en la forma señalada en el apartado 2.1.

p) Asumir el resultado económico de la construcción y explotación, ya que el servicio se gestionará a riesgo y ventura del concesionario, con la excepción prevista en el apartado 1.2.1.

contemplándose en esta cláusula (apartado p) el principio de riesgo y ventura recogido en el art 128 RSCL y que se manifiesta con especial intensidad en la concesión al tratarse de contratos de larga duración en los que la contraprestación en favor del contratista consiste en la explotación de su propia prestación (el servicio publico que gestiona). El riesgo de explotación constituye un elemento esencial de la concesión.

El Consejo de Estado en el dictamen de fecha 13 de marzo de 2003 (expediente 3.344/2002) en relación a este principio dice que " *el fundamento de este principio es triple; en primer lugar, el principio de seguridad jurídica (dictamen del Consejo de Estado numero 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar, la protección de los intereses de la Hacienda pública*".

Recapitulando, en un contrato de concesional como el que estamos considerando, la construcción de la obra y su explotación integran su objeto. De ahí, que cuando se produce su extinción, la regla general sea resolución de la concesión mediante la entrega a la Administración de las obras incluidas, con arreglo a lo dispuesto en la cláusula 11.1 PCAP que remite a la cláusula 17.

11.- RESOLUCION DE LA CONCESION.

11.1.- Resolución normal de la concesión.- La resolución normal del contrato de concesión de obra y servicios, se realizará por el simple transcurso del tiempo fijado como duración del mismo. Esta resolución dará lugar a la reversión a que se refiera la cláusula 17 de este Pliego, sin ninguna indemnización, y a la devolución de la fianza

17.- REVERSION DE LA CONCESION.

17.1.- Cumplido el plazo fijado como duración de la concesión, revertirán, pasando en pleno dominio a favor del Ayuntamiento, el estacionamiento con todas sus instalaciones, bienes y elementos del servicio público, habiéndose de encontrar en perfecto estado de conservación y funcionamiento.

17.2.- El Ayuntamiento, inmediatamente antes de comenzar el periodo de tres años anteriores a la finalización de la concesión, revisará el estado en que se encuentra el estacionamiento y sus instalaciones, bienes y elementos de servicio público, señalando la Corporación municipal, a la vista de los informes que emitan los Servicios Técnicos Municipales, las obras y reparaciones que considere se deban hacer para recibirlas en su día.

Continúa el concesionario alegando:

El hecho de que el artículo 26 (competencias obligatorias) de la LRBRL no aluda a los aparcamientos es irrelevante. El artículo 25 de dicha norma establece entre las competencias municipales la de tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad.

El Tribunal Supremo ya ha señalado la clara conexión que existe entre el servicio de aparcamiento público con la competencia de ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías públicas. En este sentido, la Sentencia de 6 de mayo de 1999 (Sección 7ª, recurso 2298/1993, Roj STS 3103/1999), dispone:

“El motivo no puede prosperar, pues el concepto restrictivo de servicio público sobre el que gira su argumentación, coincidente con la acepción especial de servicio público esencial, esto es, de sectores de actividad reservados en principio, con o sin monopolio, a la iniciativa y gestión de la entidad pública (véase art.128.2 CE), no se compadece con el concepto legal del artículo 85.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, según el cual “son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales”, siendo de destacar la clara conexión que mantiene el servicio de aparcamiento público con la competencia sobre “la ordenación

del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas", que el artículo 25.2 b) de la misma Ley atribuye a los Municipios; y ello sin olvidar que este mismo precepto describe con carácter general la competencia municipal incluyendo en ella la prestación de "cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal", no siendo posible desconocer que entre las necesidades actuales de la población urbana figura la de disponer de servicios de aparcamiento público. Y en cuanto a la jurisprudencia, frente a la única sentencia que cita el motivo, alusiva al concepto estricto de servicio público al que antes se ha hecho referencia, es abundante la jurisprudencia que califica específicamente como servicio público municipal la actividad de aparcamiento público prestada por particulares en régimen de concesión sobre terrenos de dominio público, pudiendo citarse en este sentido, además de la sentencia de 27 de julio de 1983 que cita la recurrida, las de 8 de noviembre de 1990 y 11 de marzo y 12 de junio de 1991, y las en ellas citadas."

El artículo 85 LBRL establece un concepto objetivo de servicio público, y dispone que "son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias."

Al respecto de esta cuestión, cabe traer a colación lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución española y normativa de régimen local al respecto de la diferencia entre lo que podríamos llamar "servicio al público" y "servicio público" por cuanto "servicio público" no es todo.

"Art 128

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general".

En la Ley 7/1985, de bases de régimen local, es su artículo 85 señala que son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y que esos servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente posible de entre las que enumera, unas de gestión directa y otras de gestión indirecta.

La LBRL en su artículo 86.1 dispone que

"Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio".

Y en el artículo 86 encontramos cuales son los servicios esenciales reservados por ley a las entidades locales, salvo reserva de ley autonómica o estatal:

"Art 86.2

*2. Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: **abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable.***

El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios. La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación del pleno de la correspondiente Corporación local, la aprobación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma”.

En el Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, en su artículo 96 encontramos la definición de lo que son servicios al público:

“Artículo 96.

La iniciativa de las Entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea en régimen de libre concurrencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes”.

No cuestionándose por esta AVAF que no exista una utilidad pública en el servicio de aparcamiento subterráneo, pero no se motivó ni se han aportado constancias al respecto por el ayuntamiento de Benidorm de las razones de interés público en la orden de continuidad acordada por el pleno de 31 de mayo de 2021 máxime si como parece en la práctica ha venido funcionando como un negocio privado del concesionario sin que tampoco se hayan aportado evidencias al contrario. En suma, no se ha aportado prueba de que sea el interés público, y no el puramente patrimonial del explotador, el que determinó dicha actuación municipal (en la que el fin público ha de erigirse como elemento esencial). Se deberían haber probado los gravísimos perjuicios que se habrían ocasionado al interés público por el cierre de este (en el caso del servicio público de agua potable es claro, por ejemplo).

En relación al modo de funcionar de este contrato es cuanto menos revelador lo recogido en Moción aprobada en Pleno de 27 de febrero de 2017 por todos los grupos políticos obtenida del libro de actas (https://contenidos.benidorm.org/sites/default/files/descargas/2021-06/libro_actas_pleno_2017.pdf) que se transcribe a continuación:

10. MOCIÓN DEL GRUPO MUNICIPAL COMPROMIS-LOS VERDES PARA FISCALIZACIÓN DEL PARKING DE L'AIGÜERA (RGE 20179990006266).

(Se contiene en la grabación del vídeo: 02 hh: 17 mm: 03 ss)

El portavoz del grupo municipal Ciudadanos por Benidorm presenta la enmienda “in voce” siguiente:

En el punto 1 de la propuesta de acuerdo, donde dice: “El Ayuntamiento de Benidorm establecerá...”, **suprimir** la palabra **establecerá** y en su lugar añadir: “...**en un plazo máximo de un mes desde la adopción del presente acuerdo, designará...**”

Sometida a votación la enmienda, es aprobada **por mayoría**, con 24 votos a favor (8 del grupo Popular, 7 del grupo municipal Socialista, 2 del grupo Ciudadanos por Benidorm, 3 del grupo Ciudadanos, 2 del grupo Liberales de Benidorm y 2 del grupo Compromis-Los Verdes) y 1 abstención del concejal no adscrito.

Dada cuenta de la propuesta presentada por el grupo municipal Compromis-Los Verdes, dictaminada por la Comisión Informativa de Régimen Interior de 22/02/2017, con la enmienda incorporada.

Sometida a votación, **por unanimidad**, con los 25 votos de los miembros de la corporación municipal, el Pleno aprobó la propuesta del siguiente tenor:

“EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El pleno celebrado el 23 de diciembre de 1988 aprobó por unanimidad de los presentes la adjudicación de la construcción y explotación durante 30 años del parking de L'Aigüera de Benidorm a la empresa Parcosa. El acuerdo plenario y el pliego de condiciones administrativas (ya que el contrato, después de hablar con diferentes departamentos económicos del Ayuntamiento, no se ha encontrado) indica que el presupuesto de las obras era, convertido en euros, de 1.438. 571.57 millones. Una vez finalizadas las obras, la explotación del parking, iniciada en 1990, tenía las siguientes

condiciones: la empresa recibiría una subvención municipal de 36.060,72 euros cada año durante los primeros cinco años (de 1990 a 1994); del año 6 al 10 (de 1995 a 1999) la empresa abonaría por semestres vencidos el canon al Ayuntamiento valorado en 600 euros por año, es decir, 3.000 euros en total en cinco años; del año 11 al 15 (de 2000 a 2004) aportaría un 1% de la recaudación anual bruta; del año 16 al 20 (de 2005 a 2009) el canon sería del 2% de dicha recaudación; del año 21 al 25 (de 2010 al 2014) correspondería el 3%, y del 26 al 30 (de 2015 a 2019), el 4%.

Teniendo estos datos en cuenta, la empresa concesionaria ha aportado de canon a las arcas municipales 398.372,54 euros durante los 22 años transcurridos en que debía aportar el canon. Es decir, 18.107,84 euros por año. El ingreso del canon se ha realizado en pagos anuales (no semestrales, como indicaba el pleno de condiciones administrativas) y en meses diferentes cada año, a antojo de la empresa.

Según estos datos del canon cuantificados por el departamento de Tesorería del Ayuntamiento de Benidorm, la empresa podría haber obtenido una recaudación total bruta de 9.564.093,88 euros del año 2000 al 2016. Una diferencia abismal entre la recaudación y lo que perciben las arcas públicas al respecto. Pero, la diferencia podría ser más elevada porque no hay constancia de la justificación de la liquidación y tramitación del procedimiento de recaudación del canon y, por tanto, de la recaudación anual brutal real de la empresa. Tampoco existe constancia escrita al Ayuntamiento de las aprobaciones de nuevas tarifas de precios ni de su modificación por parte de la empresa concesionaria.

Al menos eso es lo que se desprende del informe de marzo de 2013 que el departamento de Tesorería realizó al respecto de la incoación del expediente de resolución del contrato, aprobado por mayoría en el pleno de 30 de agosto de 2010. Concretamente señala que cualquier deficiencia de la ejecución del pliego de condiciones de la concesión se produce por la falta de designación durante todos estos años de una dirección facultativa o de un responsable de la concesión, suponiendo de facto una gestión deficiente, tanto en el seguimiento de la prestación del servicio, como los ingresos que por parte de la empresa adjudicataria se harán efectivos en el Ayuntamiento. Cuestión, la de la falta de un responsable de fiscalizar correctamente la concesión, ratificada por otros departamentos económicos del Ayuntamiento de Benidorm.

De acuerdo con esta exposición, sabedores de la escasa aportación a las arcas municipales acordada años atrás, conocedores de que aún quedan tres años de concesión, conociendo la falta de un control efectivo de las liquidaciones y de las tarifas que realiza la empresa que explota el parking de l'Aigüera, y teniendo en cuenta que el pliego de condiciones administrativas reconoce el derecho al Ayuntamiento de fiscalizar la gestión del concesionario con las medidas que considere convenientes, desde Compromís los Verdes creemos conveniente, en aras de un mayor y mejor control de los ingresos que llegan a las cuentas públicas, establecer una correcta fiscalización respecto a esta concesión.

Por todos estos motivos, elevamos al pleno la siguiente

PROPUESTA DE ACUERDO

1.-El Ayuntamiento de Benidorm, en un plazo máximo de un mes desde la adopción del presente acuerdo, designará una dirección facultativa conformada por técnicos

77

municipales o un responsable municipal de la concesión administrativa del parking municipal de l'Aigüera para requerir todos los informes, valoraciones y justificaciones que fundamentan la liquidación y tramitación del procedimiento de recaudación del canon de referencia y así como que comprobará la modificación o aprobación de nuevas tarifas.

2.-La dirección facultativa conformada por técnicos municipales o el responsable municipal de la concesión administrativa del parking municipal de L'Aigüera comprobará los ingresos del canon de años anteriores, así como la recaudación bruta anual real de la concesionaria, a fin de aclarar estos ingresos y poder reclamar cualquier compensación económica por parte del Ayuntamiento de Benidorm, si fuera el caso.

3.-Que se dé cuenta en el pleno de Benidorm de las actuaciones realizadas a partir de los acuerdos tomados por esta moción."

Continúan las alegaciones señalando:

Es más, en el informe provisional de la agencia se reconoce que la Cláusula 1.1.1 del PCA que rige la concesión establece que el contrato se rige por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955; concretamente por los artículos 114 a 136, que se refieren a la concesión de servicios. Textualmente, en la página 11 del informe se indica:

“El contrato, de conformidad con la cláusula 1.1.1. del PCA que rigen la concesión, se rige por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (artículos 114 a 136), Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (Artículo 78.1ª a) ...”

Pues bien, el artículo 128.1.1ª del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, como reconoce expresamente el Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación (expediente 31/17) que cita el informe provisional de investigación, recoge el conocido principio de continuidad del servicio. Textualmente el precepto citado, al regular las obligaciones del concesionario, establece:

“1.ª Prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente, incluso en el caso de que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionen una subversión en la economía de la concesión, y sin más interrupciones que las que se habrían producido en el supuesto de gestión directa municipal o provincial.”

Asimismo, el artículo 59.1 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aplicable al contrato según lo dispuesto en el pliego que rige el mismo, establece que *“los contratos referentes a servicios o suministros que tengan por objeto atender necesidades permanentes podrán ser prorrogados en su término final por la Corporación obligatoriamente para el contratista, hasta que realizadas dos subastas consecutivas o un concurso, según procediere, se encuentre aquella, a falta de licitador, en las condiciones eximentes de ambas formas de contratación.”*

El artículo alegado por el concesionario se regula en la cláusula 6.1.A. f) de los PCAP en los siguientes términos:

f) Prestar el servicio de forma diaria con la necesaria continuidad, incluso en caso de que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionen una subversión de la economía de la explotación y sin más interrupciones que las que se hubiesen producido en el supuesto de gestión directa municipal.

Se podrán señalar programas de prestaciones mínimas en días y horas determinadas y también en determinados meses del año.

configurandose lo que algún autor ha denominado prórroga consecuencia de la "potestas variandi" de la administración local sentandose por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como causa suficiente para que opere el "ius variandi" el interés del servicio, potestad que cómo ha señalado el Tribunal Supremo en una sentencia de 11 de abril de 1984:

"no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio, sino una facultad reglada cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de nuevas necesidades que, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público".

Por otro lado, en parecidos términos, la clausula 9 de los PCAP, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que establece:

"Artículo 127.

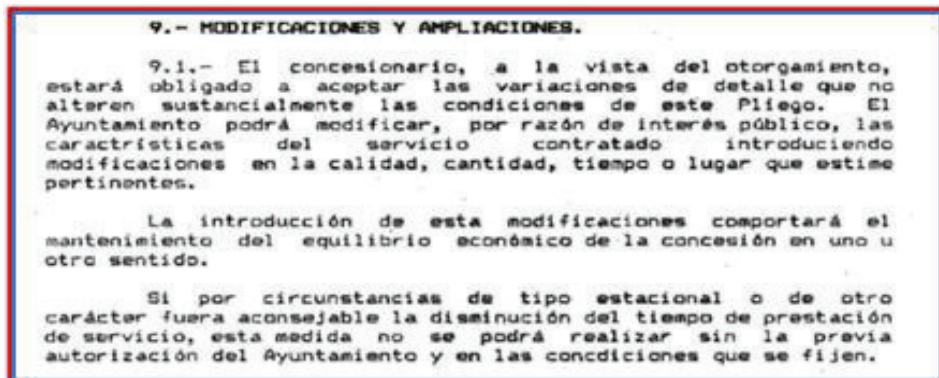
1. La Corporación concedente ostentará, sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes:

1.ª Ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionare directamente el servicio, las modificaciones en el concedido que aconsejare el interés público, y, entre otras:

a) la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista; y

b) la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario (.../...)"

Dispone



De ahí que, se haya reiterado por el Consell jurídic consultiu de la Comunitat Valenciana, entre otros los dictámenes 266/2021 o 246/2023, "... la inmutabilidad de los contratos constituye un principio que rige también en relación a los contratos celebrados por la Administración Pública, de modo que las declaraciones contenidas en los pliegos de cláusulas aprobados en cada licitación constituyen la "ley del contrato", con fuerza vinculante para ambas partes, consecuencia de los principios de publicidad y concurrencia, aplicación particularizada del principio de igualdad ante la ley, como lo expresa el Tribunal Supremo en numerosas Sentencias, entre otras las de 11 de abril de 1984, 9 de octubre de 1989, 22 de enero de 1990, 29 de octubre de 1993 o 26 de marzo de 1996.

Precisamente la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su dictamen relativo al ya reiterado expediente 31/17 relativo a diversas cuestiones sobre el pago de un contrato de gestión de servicios públicos, invoca el artículo 128 RSEL señalando que tal posibilidad deriva directamente de las necesidades de interés público que el servicio supone y de los posibles perjuicios que su desaparición podría ocasionar; circunstancias que no se motivaron cuando se acordó la continuidad ni se han acreditado en el presente expediente.

Ciertamente, las decisiones de la Administración sobre las prórrogas deben siempre estar amparadas en razones de interés público y adoptar la forma de acuerdos motivados; circunstancia que no consta se haya producido en el Ayuntamiento de Benidorm en el que una vez adoptado el acuerdo de cambio de modo de gestión del aparcamiento subterráneo en febrero de 2020, con más de 15 meses de antelación al 31 de mayo de 2021 no se acreditan ni motivan suficientemente las razones de interés público por las que el Ayuntamiento no habría llevado a efecto la prestación del servicio en el modo acordado cuando además 2 meses antes del vencimiento del contrato consta la aprobación inicial por el ayuntamiento Pleno de 29 de marzo de 2021 el establecimiento del precio público por la prestación del servicio de aparcamiento en el parking de l'Aigüera y la aprobación de la Ordenanza núm. 44 reguladora del precio público por la prestación del servicio de aparcamiento en el parking de L'aigüera y edicto de sometimiento a información pública de dicho acuerdo en el BOP Alicante núm. 61 de 31 de marzo de 2021:



Butlletí Oficial de la Província d'Alacant
edita excma. diputació provincial d'alacant

Boletín Oficial de la Provincia de Alicante
edita excma. diputación provincial de alicante

EBOP
Nº 61 de 31/03/2021

III. ADMINISTRACIÓN LOCAL

AYUNTAMIENTO BENIDORM

3849 APROB PROVIS MODIFICACIÓN DE LA OF Nº 5 REGULADORA DEL ICIO Y LA APROB DE LA OR Nº 44 REGULADORA DEL PP POR LA PREST.SERVICIO PARKING L'AIGÜERA.

EDICTO

El Ayuntamiento en Pleno, en sesión celebrada el día 29/03/2021, aprobó provisionalmente la modificación de la Ordenanza Fiscal nº 5 reguladora del ICIO e inicialmente el establecimiento del precio público por la prestación del servicio de aparcamiento en el parking de l'Aigüera y la aprobación de la Ordenanza nº 44 reguladora del precio público por la prestación del servicio de aparcamiento en el parking de l'Aigüera.

Conforme al artículo 49 de la Ley 7/1985 y al artículo 17 y 18 del Real Decreto Legislativo 2/2004 los referidos acuerdos se exponen al público y a los interesados para que, durante el plazo de treinta días, puedan examinar los expedientes en el área de Tesorería y presentar las reclamaciones y sugerencias que consideren oportunas. En el supuesto de que no se presentaran reclamaciones, se entenderán definitivamente adoptados los acuerdos hasta entonces provisionales de modificación o aprobación de las citadas Ordenanzas.

Aida García Mayor
Concejala Delegada de Hacienda

Ordenanza que se habría tenido que elaborar sobre la base de los costes previsibles de la gestión directa a realizar por el Ayuntamiento de conformidad con lo dispuesto en los arts. 41 a 47 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL):

“Artículo 41. Concepto.

“Las entidades locales podrán establecer precios públicos por la prestación de servicios o la realización de actividades de la competencia de la entidad local, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias especificadas en el artículo 20.1.B) de esta ley”.

“Artículo 44. Cuantía precios públicos.

1. El importe de los precios públicos deberá cubrir como mínimo el coste del servicio prestado o de la actividad realizada (...).

En contraposición a la regulación contenida en dicha norma para las Tasas y que también viene a reforzar la idea de que estamos ante un servicio al público pero no público ni esencial con evidencias de que la citada prestación hubiera sido asumida como propia de su competencia por el Ayuntamiento de Benidorm:

“Artículo 20. Hecho imponible Tasas

1. Las entidades locales, en los términos previstos en esta ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos.

En todo caso, tendrán la consideración de tasas las prestaciones patrimoniales que establezcan las entidades locales por:

B) La prestación de un servicio público o la realización de una actividad administrativa en régimen de derecho público de competencia local que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo, cuando se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) Que no sean de solicitud o recepción voluntaria para los administrados. A estos efectos no se considerará voluntaria la solicitud o la recepción por parte de los administrados: Cuando venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias. Cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.

b) Que no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente

En este sentido, del informe técnico del ingeniero municipal que sirvió de base para la adopción del acuerdo de Pleno de 24 de febrero de 2020 por el que se aprueba el cambio del modo de gestión del aparcamiento público municipal pasando de concesión a prestación de servicios (gestión directa con auxilio de empresa privada) para las labores de mantenimiento, recaudación, se hace alusión a la “rigidez” con la que ha venido funcionando la concesión en cuanto a sus tarifas y que podría ser considerada otra prueba obvia (en el mismo sentido que lo recogido en la Moción aprobada por Pleno de 27 de febrero de 2017) de que en la práctica el ayuntamiento de Benidorm no habría mantenido la titularidad de la competencia del servicio ejerciendo el poder de regulación del mismo por ejemplo mediante la autorización de revisión anual de las tarifas (cláusula 5.2), entre otros, sino que la concesionaria habría tenido autonomía en la gestión del mismo funcionado como un negocio puramente privado para la concesionaria derivado de la calificación jurídica de concesión de obra que no de servicio; y ello a pesar de la literalidad de la cláusula 13:



AGENCIA VALENCIANA ANTIFRAUDE

NIF: Q4601431B

13.- SECUESTRO DE LA CONCESION Y SEGURIDAD DEL SERVICIO CONCEDIDO.

13.1.- De conformidad con el párrafo primero del artículo 126 del Reglamento de Servicios, esta concesión tendrá en todo momento el carácter de servicio público de esta Corporación Municipal.

Como consecuencia de este principio y por aplicación del artículo 133 y concordantes del mencionado Reglamento, si el concesionario incurre en infracción de carácter grave que, a juicio de esta Corporación, ponga en peligro la buena prestación del servicio público concedido, incluyendo la desobediencia a órdenes de modificación o aquellas otras condiciones de obligado cumplimiento establecidas en este Pliego condicional, la Administración podrá declarar el secuestro de la concesión, con la finalidad de asegurar el servicio público provisionalmente.



Por otro lado, el artículo 59 RCEL al que alude el concesionario y que reproduce recoge en su apartado 2 un límite temporal de 6 meses que se omite, ampliamente sobrepasado en este caso:

2. Esta prórroga se extenderá hasta que el nuevo contratista se haga cargo del servicio o la Corporación interesada comience a prestarlo por administración, sin que pueda exceder en ningún caso de seis meses.

Las distintas Juntas consultivas de contratación administrativa vienen a señalar que es necesario respetar en todo caso los principios que rigen la contratación pública, de manera que la actual regulación prevista en la LCSP debe servir de referencia y de parámetro interpretativo.

Según Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2011 (recurso núm. 4149/2008) señaló que, al margen de los casos en que las leyes admitan la posibilidad de prorrogar o ampliar los plazos inicialmente pactados —como es el caso del restablecimiento del equilibrio financiero alterado de las concesiones, de acuerdo con los artículos 29.6 y 290.5 de la LCSP—, «*debe prevalecer el principio general de que los contratos del sector público han de atenerse a la duración en ellos convenida y que al término de ésta se ha de proceder a una nueva convocatoria pública que respete los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y no discriminación e igualdad de trato entre los posibles candidatos. De no ser así, los contratos de gestión de los servicios públicos podrían tener carácter indefinido en la práctica, pues la sucesión de prórrogas o las ampliaciones de plazos impedirían la entrada de nuevos operadores para prestarlos, con grave detrimento del principio de concurrencia (...)*».

Por otro lado, cabe destacar en el caso presente, el acuerdo adoptado de 31 de mayo de 2021 se separa del criterio contenido en los informes técnicos municipales que fijaban un plazo de 4 meses para llevar a efecto la gestión directa del aparcamiento y el acuerdo aprueba una continuidad indefinida sin ninguna motivación de conformidad con lo preceptuado por el artículo 35.1 c) ley 39/2015 LPACAP y atentando contra sus propios actos por cuanto el ayuntamiento Pleno en 24 de febrero de 2020 acordó cambiar el modo de gestión hacia una gestión directa.

El informe preceptivo previo al acuerdo de la secretaria de la corporación sostenía la continuidad del servicio durante únicamente 4 meses «*teniendo en cuenta los plazos de tramitación requeridos por un procedimiento de contratación armonizado*».

En definitiva, una orden de continuidad acordada por motivos de interés público se admitiría sin más problemas. Sin embargo, hay que poner como límite infranqueable a ellas la desnaturalización de la causa y fin de la potestad. Ciertamente el interés público constituye el principal fundamento originador de la concesión de "prórrogas" como consecuencia del ejercicio de la "potestas variandi" o a instancia del concesionario en caso de que, por causas ajenas a su voluntad, se retrase en el cumplimiento, con perjuicio para el interés general; razones que no se han acreditado convenientemente en el expediente.

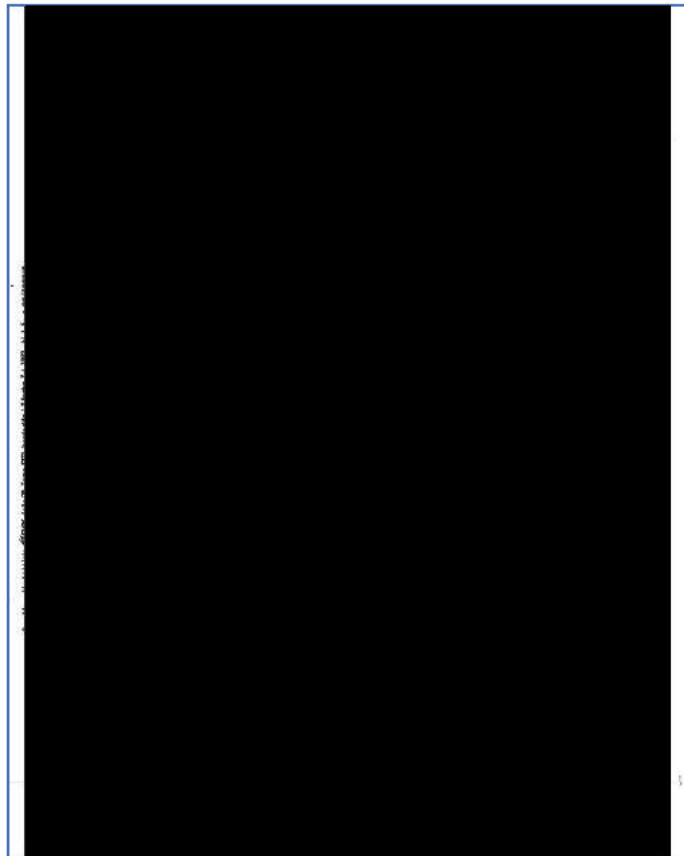
En relación a la cuestión apuntada por el técnico de la rigidez propia de una concesión en cuanto a sus tarifas referida en el informe citado anteriormente, acudiendo al PCAP que regía la concesión, las tarifas se encuentran reguladas en las cláusulas 4.1 y 5.2 que señalan:

4.- TARIFAS.

4.1.- El licitador presentará en su oferta el sistema de tarifas a aplicar cuando se inicie la explotación, que no podrá exceder de 85 pesetas la primera hora, ni de 75 pesetas las horas sucesivas, considerando como periodo base el día 1 de Julio de 1.988. Así mismo, presentará tarifas específicas por bloques determinados de horas, tales como estacionamiento por noches completas, horario de trabajo completo, convenios con establecimientos o empresas, etc..

5.2.- Los concursantes presentarán también el sistema de actualización anual de la cuenta de explotación a través de sus diferentes elementos constitutivos, definiendo claramente el automatismo por aumento o reducción del mismo, en función de criterios objetivos. El aumento de tarifas, tanto horarias como las otras a que se refiera el apartado 4.1, no podrá ser nunca superior al porcentaje que resulte de aplicar las variaciones del I.P.C. El aumento de las cuotas periódicas a que se refieren los apartados 4.2 y 4.3 no podrá ser superior al que se pacte inicialmente al suscribir el contrato con el usuario.

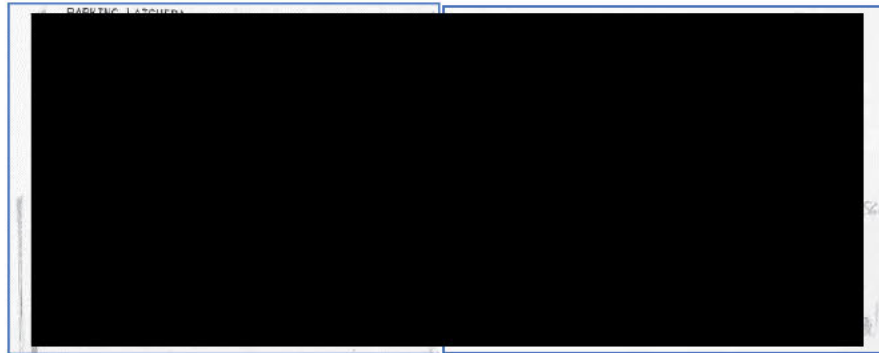
La estructura tarifaria contenida en la oferta del concesionario:





Constan aportadas por el contratista a requerimiento de esta Agencia copia de dos tickets correspondientes al periodo de 2019 (de fechas 30 de diciembre) y dos tickets del 2023, que acreditan la tarificación por minutos en dichos ejercicios:





Partiendo del precio ofertado y aplicando las revisiones de precios en el periodo concesional constan tarifas superiores a lo que resultaría de los PCAP, salvo error u omisión:

Precio Ptas /tarifa Hora	Año concesional	Ejercicio	IPC anual (julio a julio)	Ptas	conversion euros	Euros/minuto	Tarifa 2019 por minuto
85	1	1990	14,10%				
			<i>desde 1988</i>	96,985			
	2	1991	6,10%	102,901			
	3	1992	5,20%	108,252			
	4	1993	4,90%	113,556			
	5	1994	4,80%	119,007			
	6	1995	4,70%	124,600			
	7	1996	3,70%	129,211			
	8	1997	1,60%	131,278			
	9	1998	2,20%	134,166			
	10	1999	2,20%	137,118			
	11	2000	3,60%	142,054			
	12	2001	3,90%	147,594		0,887	
	13	2002	3,40%			0,917	
	14	2003	2,80%			0,943	
	15	2004	3,40%			0,975	
	16	2005	3,30%			1,007	
	17	2006	4%			1,047	
	18	2007	2,20%			1,070	
	19	2008	5,30%			1,127	
	20	2009	-1,40%			1,111	
	21	2010	1,90%			1,133	
	22	2011	3,10%			1,108	
	23	2012	2,20%			1,193	
	24	2013	1,80%			1,215	
	25	2014	-0,30%			1,211	
	26	2015	0,10%			1,212	
	27	2016	-0,60%			1,205	
	28	2017	1,50%			1,223	
	29	2018	2,20%			1,250	
30	2019	0,50%			1,256	0,021	
							0,033

No consta que se hayan autorizado modificaciones de las tarifas aprobadas inicialmente con la firma del contrato. Tampoco consta si en algún momento durante la duración de la concesión se han autorizado por el Ayuntamiento de Benidorm alguna modificación del contrato que hubiese comportado un incremento de tarifa superior a los incrementos de IPC.

El concesionario sigue con las alegaciones señalando:

No podemos ignorar que es la Administración la que ha requerido a mi representado a que siga prestando el servicio hasta que el adjudicatario del nuevo contrato esté en disposición de prestar el servicio, y fue la Administración la que estableció que se aplicarían las mismas cláusulas y términos que rigieron en el contrato anterior, de modo que ahora no se podría reclamar a mi representada la devolución de las cantidades a las que se alude en la propuesta.

Mi representada puso de manifiesto su disponibilidad a seguir prestando el servicio hasta que finalizase el nuevo procedimiento de contratación porque las condiciones de la prórroga del contrato eran las mismas que las del contrato inicial.

El Acuerdo Plenario de 31 de mayo de 2021 que reproduce el informe provisional es claro al indicar que el contrato debe seguir siendo prestado por el concesionario, y que se deben aplicar las mismas cláusulas y términos que rigieron en el contrato anterior:

“PRIMERO.- El contrato deberá seguir siendo prestado por la actual mercantil adjudicataria [REDACTED] hasta que el nuevo adjudicatario esté en disposición de prestar el servicio, aplicándose las mismas cláusulas y términos que rigieron en el contrato anterior.

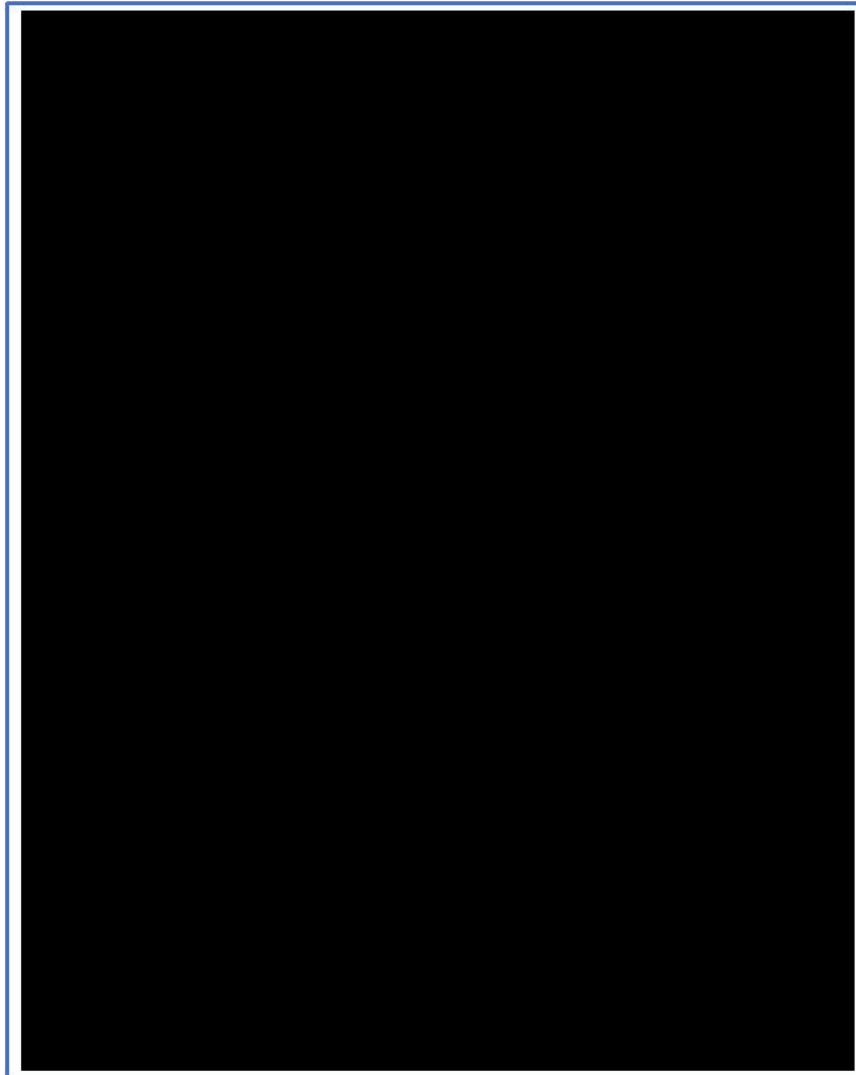
SEGUNDO.- Suspender al aplicación del acuerdo de Pleno de fecha 29/03/2021 por el que se aprobó el establecimiento del precio público por la prestación del servicio de aparcamiento del parking de l'De flores y la aprobación de la Ordenanza nº 44 reguladora del precio público por la prestación de dicho servicio, que una vez transcurrido el plazo de exposición al público ha devenido en definitivo al no haberse presentado alegaciones en dicho periodo, en relación exclusivamente al trámite de publicación en el Boletín Oficial de la Provincia del texto íntegro de la Ordenanza nº 44, durante la tramitación del expediente del contrato administrativo y hasta la formalización de la adjudicación del mismo, momento en el que se levantará la suspensión y se procederá a la publicación del texto íntegro de la Ordenanza de conformidad con el RDL 2/2004 de 5 de marzo por el que se aprueba el TRLHL a los efectos de su entrada en vigor.

TERCERO.- Dar traslado a la mercantil [REDACTED] de este acuerdo para su cumplimiento.”

Dicho Acuerdo también establece que *“el aparcamiento se encuentra en los bajos de la sede consistorial y que presta un servicio esencial al funcionamiento de la actividad diaria del Ayuntamiento y de sus alrededores.”* Es decir, el aparcamiento afecta directamente al funcionamiento de la Corporación, y en esta medida es un servicio esencial

Al respecto de la cuestión del invocado servicio esencial ya se han efectuado consideraciones en el sentido de no aceptar dicho carácter cuando además no se han aportado evidencias suficientes al respecto de esta cuestión y de los graves perjuicios que se habrían ocasionado de no haberse adoptado la orden de continuidad cuestionada.

En relación con la supuesta imposición de la orden de continuidad tampoco se comparte por cuanto una empresa del tamaño de la concesionaria en la que una gran parte de su negocio se desenvuelve en el sector público no puede desconocer que está en una situación de ilegalidad contractual; máxime cuando consta que previamente al acuerdo de continuidad la mercantil concesionaria ya solicitó que se tuviera por manifestada su voluntad de continuar con la prestación, pudiendo por ello considerarse que se trata de una orden de continuidad instada por el contratista y no impuesta por la Administración.



Continúa alegándose por la concesionaria

Si, como aquí sucede, la prórroga es forzosa, cabe afirmar que cualquier supuesta ilegalidad - que insistimos que no concurre - por definición únicamente sería imputable a la Administración, por cuanto que esta es la que ha impuesto obligatoriamente al contratista la continuación del contrato, de modo que el contratista tiene derecho a su retribución.

Corroboran lo anterior las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2399) y 22 de marzo de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:2088) o los Dictámenes 244/2021, de 22 de abril, y 631/2021, de 27 de julio, del Consejo Consultivo de Andalucía.

Efectivamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2020 (recurso 7567/2018; Roj STS 2399/2020; ECLI:ES:TS:2020:2399), establece que el hecho de que no se recurra la prórroga forzosa impuesta por la Administración no impide la necesaria compensación económica al contratista:

“En el presente caso nos encontramos ante una situación de prórroga de la prestación de servicio público de transporte de viajeros por carretera que se produce en dos momentos temporales distintos. En primer lugar, existe una prórroga forzosa que se adopta por la Administración, al amparo del art. 85 de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, sin que se recurriera por la concesionaria. Al término de la misma se produce un acuerdo de adjudicación directa a la misma concesionaria, en la que, a instancia de la misma, se prevé una compensación económica por los perjuicios que pudiera sufrir como consecuencia de la explotación del servicio. Tanto una como otra medida están previstas en el art. 85 de la LOTT que dispone: "artículo 85. No obstante lo dispuesto en los artículos 72.4 y 73.1, en caso de interrupción de un servicio público de transporte regular de viajeros de uso general o de riesgo inminente de que dicha interrupción se produzca, la Administración podrá adoptar una medida de emergencia en forma de adjudicación directa o de acuerdo formal de prórroga de un contrato de gestión de servicio público o de exigencia de prestar determinadas obligaciones de servicio público. El acuerdo en este sentido del órgano contratante de la Administración pondrá fin a la vía administrativa, será inmediatamente ejecutivo y su cumplimiento resultará obligatorio para el contratista. La duración del contrato que se adjudique o de la prórroga que se imponga en el supuesto anteriormente previsto no podrá ser superior a dos años". La asunción de la adjudicación directa, al igual que la prórroga son inmediatamente ejecutivas y su cumplimiento resulta obligatorio para el contratista. Por tanto, el hecho de recurrir o no la decisión no incide en los efectos que la prórroga o la adjudicación directa deban producir en cuanto a la continuidad de la prestación del servicio, pero tampoco constituyen elemento determinante del derecho al nacimiento de las consecuencias que para el adjudicatario o concesionario que vea prorrogado el contrato de gestión del servicio público. Por consiguiente, el hecho de que el concesionario no recurriera el acuerdo de imposición de la primera prórroga por el periodo de 16 de abril de 2014 a 15 de abril de 2016, en un Acuerdo nº 230, de 15 de abril de 2014, no altera su naturaleza jurídica de imposición de una obligación de servicio público al amparo del artículo 85 de la LOTT (...)

En definitiva, el derecho a la compensación económica por la imposición de obligaciones de servicio público, como puede ser una prórroga impuesta forzosamente por la Administración, al amparo del art. 85 de la LOTT, no requiere que se impugne la decisión por el adjudicatario del contrato de gestión del servicio público al que se impone la prórroga.”

El propio Tribunal Supremo ha admitido la revisión de precios en los supuestos de prórroga forzosa impuesta por la Administración, de modo que no cabe duda alguna de que cuando se acuerda una prórroga por la Administración, ésta está obligada a resarcir al contratista los daños y perjuicios que padece. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985 (recurso 83175/1985; Roj STS 2088/1985; ECLI:ES:TS:1985:2088), ya lo puso de manifiesto:

“CONSIDERANDO: Que por ello la sentencia impugnada resuelve correctamente la temática litigiosa, dado que al amparo de lo preceptuado en los arts. 57 y 59 y concordantes del Reglamento de Contratación la revisión de precios instada es legalmente admisible, en cuanto que este periodo de prestación forzosa está fuera del ámbito del pacto prohibitorio de la cláusula 9ª del contrato que solo contempla la duración pactada del contrato y de sus prórrogas voluntarias (expresas o tácitas), pero no la situación de prórroga forzosa, unilateralmente impuesta por necesidades del servicio público y que si bien ha de ser acatada por el contratista, ello no impide que, sin embargo, hay de ser indemnizado -valga la expresión- por el mayor coste de los servicios etc. en los términos previstos en el art. 57.1.e del Reglamento y preceptos concordantes y en cuanto resulte aplicable en los términos expuestos por el Considerando 2º, de la sentencia apelada con lo preceptuado en el artículo 126.2.b del Reglamento de Servicios y Sentencia de la Sala de 14-10-1982 , etc..”

Los dictámenes de la Junta de Andalucía que hemos citado supra también han establecido que en los supuestos en los que la Administración impone la prórroga no se puede ocasionar un menoscabo patrimonial para el contratista. Así, en el Dictamen nº 631/2021 de 27 de julio, se afirma:

“Pues bien, siendo claro el interés público que faculta a la Administración para imponer a la contratista la continuidad en la prestación del servicio, convenida en los términos que ya hemos reproducido, no lo es menos que dicha situación no se puede prolongar sine die y sobre todo no puede originar un quebranto o menoscabo patrimonial para la contratista a la que se impone la llamada prórroga forzosa. En estos supuestos, la retribución del servicio prestado y la compensación de sobrecostes acreditados resulta justificada porque de otro modo se vulneraría la prohibición de enriquecimiento injusto, trasladando sobre la contratista esos mayores costes en una situación excepcional que parte, como venimos insistiendo, de la necesidad de asegurar la continuidad del servicio y se asienta, por ende, en razones de interés público. Desde la óptica aquí considerada lo relevante no es si la situación que lleva la prórroga forzosa responde a circunstancias sobrevenidas imprevisibles o la incuria o falta de diligencia de la Administración (aunque su concurrencia no resulta indiferente a otros efectos y debería valorarse en situaciones patológicas), sino la necesidad de retribuir el servicio forzosamente prestado, reconociendo la compensación procedente para que no se produzca el enriquecimiento de la

Administración, en detrimento de la contratista que prueba la existencia de pérdidas de explotación derivadas de la prestación unilateralmente impuesta por la Administración.”

Por su parte, el informe del Consejo Consultivo al que se alude en el informe provisional en ningún momento permite concluir que hay que devolver a la Administración las cantidades a las que se alude en el informe de la Agencia Valenciana Antifraude. Si es la Administración la que ha incumplido su obligación de licitar no puede beneficiarse por este hecho y colocar en peor situación jurídica al concesionario que, según la Agencia Valenciana Antifraude, únicamente tendría derecho a la retribución de los gastos.

Lo que declara la Junta Consultiva de contratación en el expediente 31/17 de 9 de mayo de 2019 es que *“una vez prolongada la obligación de prestación del servicio público a un contratista por causa imputable a la Administración, ésta debe compensar al contratista íntegramente por la totalidad de los gastos en que éste haya tenido que incurrir para asegurar la continuidad de la prestación.”* También señala que el principio rector de las relaciones entre las partes debe ser el de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración a costa del concesionario como consecuencia de su deber de continuar con la prestación del servicio, de modo que el concesionario debe ser adecuadamente retribuido:

“(…) el principio rector de las relaciones entre las partes debe ser el de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración a costa del concesionario como consecuencia de su deber de continuar con la prestación del servicio público. Por ello, la totalidad de los gastos que se generen en este nuevo periodo deben ser adecuadamente compensados y la forma correcta de hacerlo es atendiendo a las condiciones previstas en el contrato original (tales como reparación de instalaciones por obsolescencia, nuevos gastos derivados de incrementos de prestaciones, etc.) Esto no quiere decir, como hemos reiterado, que se siga cumpliendo el contrato primigenio, pues el mismo ya ha sido extinguido por el transcurso de su plazo máximo, sino que la nueva prestación que se ejecuta extramuros del contrato es, no obstante, similar a la que se amparaba en aquel, se origina en el contrato y debe cumplirse en la medida de lo posible conforme a las previas estipulaciones de las partes.

De este modo, si por causas excepcionales, durante el periodo imprescindible para paliar esa situación excepcional, y atendiendo a la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, se justifica que se prolongue la prestación del contratista, éste deberá ser adecuadamente retribuido, especialmente en el supuesto de que se altere el equilibrio económico en detrimento del contratista, el cual deberá restablecerse adecuadamente para subvenir a las necesidades que plantee la prestación del servicio en este periodo. Tal prestación excede del contenido del riesgo y ventura asumido por el contratista conforme al contrato ya extinguido y, por ello, es claro que no tiene que soportar las consecuencias económicas de una situación no imputable a él y que va más allá del contrato en los términos pactados.”

Cuando, como aquí sucede, el contratista ha actuado de buena fe, deben retribuirle todos los servicios prestados, de modo que no hay ningún perjuicio a la hacienda municipal.

Es más, en el supuesto de que la prórroga impuesta por la Administración incurriera en ilegalidad, esta circunstancia sería irrelevante desde la perspectiva de la responsabilidad contraída frente al contratista. Es más, si hubiera de cobrar relevancia, habría de hacerlo todo lo más para indemnizar todavía más que el beneficio industrial, como razona la jurisprudencia que, en caso de expropiación ilegal, reconoce el derecho a una indemnización equivalente al justiprecio expropiatorio incrementado en un 25 por 100. Véanse las SSTs de 25 de octubre de 1996 (recurso 13511/1991, Roj STS 5836/1996; ECLI:ES:TS:1996:5836) y 18 de enero de 2000 (recurso 9422/1996; Roj STS 171/2000, ECLI:ES:TS:2000:171).

Los requisitos en el ámbito administrativo del enriquecimiento injusto son el enriquecimiento patrimonial para una de las partes con el consiguiente empobrecimiento para la otra, relación de causalidad entre ambos, y el más importante de los mismos: la falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento siendo de interés acudir a los dictámenes n.º 38/2014, n.º 89/2015, n.º 102/2015 y n.º 267/2018, de 7 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

En relación la cuestión de fondo enmarcada en atención a lo dispuesto en el art 42 Ley 9/2017 de 8 de noviembre de contratos del Sector Público referida a los efectos de la declaración de nulidad que aquí se alega, hay que indicar que la derivación de la declaración de nulidad de la prórroga del contrato que se acordó, en el contrato entrará en fase de liquidación y las partes deberán restituirse las cosas recibidas en virtud del mismo; y de no ser posible, procederá la restitución a través del valor de las prestaciones, al margen de la indemnización por daños y perjuicios si media culpabilidad por alguna de las partes.

El consell jurídic consultiu de la Comunitat Valenciana deberá pronunciarse en relación a la determinación de la cantidad procedente por liquidación del contrato, esto es si procede abonar únicamente el coste efectivo en que haya incurrido el concesionario y si procede o no abonar el beneficio industrial.

Para la determinación de esa cuantía, habría que analizar el estudio económico que sirvió de base a la contratación de la concesión, y el nivel de ingresos y gastos que se hubiera previsto para determinar el equilibrio del contrato, así como la causa o causas de que no se hayan cumplido las previsiones, en su caso.

En relación la cuestión de fondo alegada de no descontar el beneficio industrial, cabe citar el Dictamen n.º 843/2017 el Consejo de Estado que afirmó:

Entiende el Consejo de Estado que, como indicara, entre otros, el Dictamen n.º 1.019/95, «*a nada conduce –antes bien, sería una formulación artificiosa– declarar la nulidad de una inexistente adjudicación contractual, pues aunque pudiera hacerse tal construcción, subsistiría la obligación de la Administración de satisfacer el precio del suministro [...] (y concluye): (.../...) 2.º Que, tras la tramitación del correspondiente expediente contradictorio, procede indemnizar a T. con un importe equivalente al coste de la prestación realizada, con exclusión del beneficio industrial, actualizado con el interés legal del dinero hasta la fecha en que se ponga fin al procedimiento*».

Teniendo en consideración:

“En cualquier caso, la empresa no fue ajena a la irregularidad detectada, pues sabía que el contrato menor en su día celebrado estaba expirado y no podía servir de cobertura a los servicios prestados”.

Por otro lado, el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen n.º 199/2020, de 25 de marzo, señala:

«en principio, la restitución solo puede comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero no los demás componentes retributivos propios de un contrato válidamente celebrado, dado que, al ser el contrato nulo, no produce efectos económicos propios del contrato eficaz, por lo que la obligación de devolver no deriva, en este caso, del contrato, sino de la regla legal (en este caso el art. 42.1 de la LCSP) que determina la extensión de la restitución únicamente al valor de la prestación, incluyendo, por consiguiente, todos los costes (y tan solo los mismos) soportados por quien la efectuó. Ya en su primera etapa expuso este Consejo Consultivo (Dictamen n.º 2/1995), que "no solo la Administración debe recibir el reproche por su irregular proceder, sino que también cabe reputar a los contratistas como cocausantes de la nulidad [...]". Así, este Órgano Consultivo ha señalado en reiteradas ocasiones que el contratista que consiente una irregular actuación administrativa, prestando por su parte unos servicios sin la necesaria cobertura jurídica sin oposición alguna, se constituye en copartícipe de los vicios de que el contrato pueda adolecer, dando lugar a que recaigan sobre él mismo las consecuencias negativas de tales vicios. **En esta dirección el Consejo ha insistido en que resulta improbable que quien contrata con la Administración desconozca, por mínima que sea su diligencia, que no puede producirse una contratación prescindiendo de todo procedimiento.** Solo se ha exceptuado la aplicación de dicha doctrina cuando se aprecian circunstancias que justifican el abono íntegro de la prestación, tal y como fue convenida, sobre todo cuando no puede calificarse al contratista como partícipe de la nulidad».

Postura favorable a la declaración de nulidad de la contratación descontando el beneficio industrial. Postura que se mantuvo en sus dictámenes n.º 405/2016 y n.º 174/2020, de 12 de marzo, al reconocer al contratista el derecho a percibir las cantidades correspondientes al valor de las prestaciones efectivamente realizadas y no abonadas, descontando el «beneficio industrial» y en la que se apoya esta AVAF sin perjuicio de las responsabilidades a exigir a las autoridades o funcionarios (SSTS de 3 de noviembre de 1980, 12 de junio de 1984, 6 de abril de 1987, 19 de noviembre de 1992 y 2 octubre de 2006).

El dictamen n.º 637/2019, de 3 de octubre, n.º 833/2018 y n.º 158/2019 del Consejo Consultivo de Andalucía en casos concretos de prórroga de contratos de servicio y por evidentes razones de interés público (servicio público vinculado estrechamente con la asistencia sanitaria) reconoce al contratista el derecho a percibir las cantidades correspondientes al valor de las prestaciones incluyendo el beneficio industrial. Importe a abonar que también se observa en la STS de 11 de mayo de 2004, afirmando que «la posibilidad de excluir del total de la liquidación de los contratos que hubieran sido declarados nulos el importe correspondiente al beneficio industrial determina la necesidad de fijar el quantum de tal beneficio en cada contrato», siendo necesario para el abono del beneficio industrial que concurren circunstancias que afecten tanto al concepto de interés público que concorra en el servicio objeto de la contratación, «como en la actitud mantenida por la empresa

con la que se celebró el contrato» (Dictamen n.º 546/2015, de 22 de julio, del Consejo Consultivo de Andalucía). Esta postura hizo que se rechazara incluir el beneficio industrial cuando la empresa era concedora de la ilegalidad de una contratación (Dictamen n.º 552/2016 del Consejo de Estado).

En este mismo sentido, Dictamen 02/2023 que concluye:

“(.../...) Segunda.- Se encuentra justificada la compensación de los gastos realmente soportados por el concesionario de un contrato de concesión de servicios adjudicado durante la vigencia de la ley de contratos 13/1995, cuando, extinguida la relación contractual, se le impone unilateralmente como manifestación del “factum principis” seguir prestando el servicio hasta tanto se produzca la adjudicación del nuevo contrato. Tercera.- Dicha compensación al concesionario de la gestión del servicio, no tendría sustento en instrumento contenido en la legislación de contratos, como podría ser el establecido en el artículo 164 de la ley de contratos 13/1995, pues no nos encontramos ante una prórroga, ni ante una modificación por razones de interés público que produzca afectación al régimen financiero del contrato, dado que la nueva obligación del concesionario nace extramuros de la relación negocial. Cuarta.- La compensación a favor del concesionario se fundamenta en la teoría del enriquecimiento injusto”.

Beneficio industrial sobre el que fijó doctrina el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en sus dictámenes n.º 275, n.º 276 y n.º 277/2018. Doctrina que supone el criterio según el cual «*la eventual improcedencia del abono exigiría un análisis completo de las circunstancias concurrentes que tampoco excluiría el de la conducta de la propia Administración, en cuanto sometida al principio de legalidad*».

La concesionaria finaliza sus alegaciones solicitando

En definitiva: como se desprende de estas alegaciones, aquí hay una cuestión de interpretación jurídica que nunca puede dar lugar a una causa de nulidad de pleno derecho, y que no tiene nada que ver con el ámbito de las competencias a las que se dedica la agencia antifraude. Dicho de otro modo: no se acredita ni existe el menor indicio de fraude o corrupción, no existe ninguna irregularidad administrativa y no se invoca ni concurre ninguna causa de nulidad de pleno derecho que pudiera justificar la revisión de oficio que sugiere el informe provisional de la Agencia.

A la vista de cuanto queda dicho, cabe desestimar las alegaciones efectuadas por el concesionario, por cuanto, partiendo de una calificación errónea del objeto del contrato en referido, sus alegaciones resultan erróneas al estar referidas a la figura del contrato de gestión de servicios públicos, en lugar del contrato de concesión de obra pública.

A los anteriores hechos, resultan de aplicación los siguientes,

Fundamentos de derecho

Primero.- Conclusión de las actuaciones de investigación

El art. 16 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre establece que, una vez finalizada la tramitación, el director o directora de la Agencia:

- “1. Deberá emitir un informe motivado sobre las conclusiones de las investigaciones, que deberá tramitar el órgano que corresponda en cada caso, el cual, posteriormente y en el plazo que se haya establecido en el informe, deberá informar al director o la directora de la Agencia sobre las medidas adoptadas o, en su caso, los motivos que le impiden actuar de acuerdo con las recomendaciones formuladas.*
- 2. Finalizará el procedimiento, en su caso, con archivo de las actuaciones. El archivo será comunicado al denunciante o solicitante en escrito motivado.*
- 3. Se iniciará un procedimiento sancionador de conformidad con lo dispuesto en esta ley.*
- 4. Si en el curso de las actuaciones emprendidas por la Agencia se observan indicios de que se hayan cometido infracciones disciplinarias, el director o la directora de la Agencia lo deberá comunicar al órgano que en cada caso corresponda. Si hay indicios de que hayan tenido lugar conductas o hechos presumiblemente constitutivos de delito, se trasladará de forma inmediata al ministerio fiscal o a la autoridad judicial y, en caso de que se pueda derivar una posible responsabilidad contable, se trasladará a la jurisdicción del Tribunal de Cuentas.*
- 5. La Agencia puede dirigir recomendaciones motivadas a las administraciones y a las entidades públicas en que se sugiera la modificación, la anulación o la incorporación de criterios con la finalidad de evitar las disfunciones o las prácticas administrativas susceptibles de mejora, en los supuestos y las áreas de riesgo de conductas irregulares detectadas.*
- 6. Si la relevancia social o la importancia de los hechos que hayan motivado la actuación de la Agencia lo requieren, el director o la directora puede presentar a la comisión parlamentaria correspondiente, a iniciativa propia o por resolución de Les Corts, el informe o los informes extraordinarios que correspondan.”*

Segundo.- Informe final de investigación

El art. 39 del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la Agencia de 27 de junio de 2019 (DOGV núm. 8582, de 2.07.2019), establece lo siguiente:

- “1. Concluidas las actuaciones de investigación, se elaborará un informe final en el que se detallarán sus resultados, contemplando los hechos y circunstancias constatados, las personas que hayan participado, colaborado o intervenido en los mismos, y su posible calificación jurídica, así como las posibles responsabilidades.*
- 2. El informe final de investigación será suscrito por la Agencia y en él se recogerán las alegaciones formuladas por las personas que pudieran resultar implicadas individualmente en los hechos objeto de investigación.*
- 3. Este informe final será comunicado a la persona que denunció los hechos que dieron lugar a la investigación, salvo que se exija el mantenimiento del secreto en aras al buen fin de la investigación en la Agencia o en otro órgano.”*

Tercero.- Finalización del procedimiento de investigación

El art. 40 del mencionado Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la Agencia, establece lo siguiente:

“1. Una vez finalizada la tramitación del expediente de investigación y sobre la base del informe final de investigación a que se refiere el artículo anterior, el director o directora de la Agencia, mediante resolución motivada podrá acordar:

a) El archivo de las actuaciones de investigación, que será comunicado a los denunciantes o solicitantes. Si se constatan datos, elementos o circunstancias determinantes de los que no se tenía conocimiento en el momento de acordar el archivo del expediente de investigación, podrá acordarse su reapertura.

b) La formulación de todas aquellas recomendaciones conducentes a la adopción de las medidas que se estimen convenientes, pudiendo sugerir la modificación, la anulación o la incorporación de criterios con la finalidad de evitar disfunciones o prácticas administrativas susceptibles de mejora, en los supuestos y las áreas de riesgo de las conductas irregulares detectadas.

c) Si se observan indicios de que se hayan cometido infracciones disciplinarias u otros hechos sancionables de acuerdo con la normativa sectorial, se comunicará al órgano competente.

d) Si se advierten acciones u omisiones de las previstas en los artículos 17 y siguientes de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, se propondrá el inicio del procedimiento sancionador correspondiente.

e) En caso de que se pueda derivar una posible responsabilidad contable, se dará traslado a la jurisdicción del Tribunal de Cuentas.

f) Si hay indicios de conductas o hechos presumiblemente constitutivos de delito, se dará traslado de forma inmediata al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial.

2. Los informes de investigación, las resoluciones motivadas que pongan fin al procedimiento de investigación y los que tengan naturaleza de recomendación o de remisión de las actuaciones al órgano competente, no son susceptibles de recurso, puesto que no declaran de manera definitiva la existencia de responsabilidad, ni la vulneración del ordenamiento jurídico, ni deciden el fondo del asunto. Tampoco las comunicaciones o requerimientos que se realicen en el marco del procedimiento de investigación pueden ser objeto de recurso. Todo ello sin perjuicio del respeto al derecho de defensa y al derecho de acceso a la información de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente.

3. En el supuesto de que la relevancia social o la importancia de los hechos que han motivado las actuaciones de la Agencia lo requieran, la directora o director podrá presentar a la comisión parlamentaria correspondiente, a iniciativa propia o por resolución de les Corts, el informe o los informes extraordinarios que correspondan.

4. La Agencia comprobará que las autoridades competentes aplican las medidas administrativas, financieras, legislativas o disciplinarias que les ha recomendado, realizando su seguimiento mediante las actuaciones que considere adecuadas. A tal efecto, la Agencia puede dirigir recordatorios a la máxima autoridad del organismo afectado y solicitarle la remisión de un plan

de implementación de las recomendaciones formuladas en el que se detallen las acciones, los plazos y las personas responsables de cada una de las actuaciones que hay que llevar a cabo, o bien las razones que le impiden adoptar las medidas propuestas.

5. En caso de que las autoridades afectadas no apliquen las recomendaciones propuestas ni justifiquen su inaplicación, la Agencia debe hacerlo constar en la memoria anual o en un informe extraordinario a les Corts, según corresponda. En cualquier caso, antes de hacer constar expresamente el incumplimiento, la Agencia debe comunicarlo, con la propuesta de memoria o informe, a la persona u órgano afectados a fin de que aleguen lo que crean conveniente.”

Cuarto.- Normativa específica de aplicación

Vistas las materias objeto de la alerta, como normativa específica de aplicación aplicable a la misma, mencionaremos la siguiente normativa sobre contratación administrativa y servicios públicos municipales, destacando de ella, sin carácter exhaustivo, algunos artículos que se entiende de interés recoger de forma expresa:

Primero. – Régimen jurídico de aplicación en materia concesión administrativa:

Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales [Permalink ELI: [https://www.boe.es/eli/es/d/1955/06/17/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/d/1955/06/17/(1)/con)]

“Artículo 60.

En lo que afecta al aspecto jurídico, la Memoria contendrá:

- 1.º Características del servicio y su encaje en los preceptos que determinan la licitud de la municipalización o de la provincialización.*
- 2.º Justificación de la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 46 y certificación literal de los acuerdos adoptados por la Corporación al autorizar o conceder el servicio establecido si se pretendiere la implantación de monopolio.*
- 3.º Determinación y razonamiento de la elección del sistema de administración del servicio entre los previstos por este Reglamento, y esquema de la Organización de la Empresa que hubiere de ser establecida.*
- 4.º Proyecto de Reglamento de prestación del servicio y de los Estatutos de la Empresa cuando hubiere de utilizarse alguna forma de sociedad mercantil.*
- 5.º Casos de cesación de la Empresa, conforme a lo que se consigna en este Reglamento, con indicación de las soluciones que hubieren de adoptarse en esos supuestos para que el servicio quede debidamente atendido.*

“Artículo 114.

- 1. Los servicios de competencia de las Entidades locales podrán prestarse mediante concesión administrativa, salvo en los casos en que esté ordenada la gestión directa.*
- 2. La concesión podrá comprender: a) la construcción de una obra o instalación y la subsiguiente gestión del servicio a que estuvieren afectas; o b) el mero ejercicio del servicio público, cuando no requiera obras o instalaciones permanentes o estuvieren ya establecidas.*
- 3. En virtud de lo dispuesto por la Ley de Régimen local, corresponderá exclusivamente al Ayuntamiento o a la Diputación, según los casos, el otorgamiento de las concesiones para prestar, dentro de su respectivo territorio jurisdiccional, los servicios que los artículos 101 a 103, 107 y 164 a 167 atribuyen a la competencia municipal, y los 242 a 245 y 285 y siguientes, a la provincial”.*

“Artículo 115.

En toda concesión de servicios se fijarán las cláusulas con arreglo a las cuales se otorgare, que serán las que se juzguen convenientes y, como mínimo, las siguientes:

- 1.ª Servicio objeto de la concesión y características del mismo.*
- 2.ª Obras e instalaciones que hubiere de realizar el concesionario y quedaren sujetas a reversión, y obras e instalaciones a su cargo, pero no comprendidas en aquélla.*
- 3.ª Obras e instalaciones de la Corporación cuyo goce se entregare al concesionario.*
- 4.ª Plazo de la concesión, según las características del servicio y las inversiones que hubiere de realizar el concesionario sin que pueda exceder de cincuenta años.*
- 5.ª Situación respectiva de la Corporación y del concesionario durante el plazo de vigencia de la concesión.*
- 6.ª Tarifas que hubieren de percibirse del público, con descomposición de sus factores constitutivos, como base de futuras revisiones.*
- 7.ª Clase, cuantía, plazos y formas de entrega de la subvención al concesionario, si se otorgare.*
- 8.ª Canon o participación que hubiere de satisfacer, en su caso, el concesionario a la Corporación.*
- 9.ª Deber del concesionario de mantener en buen estado las obras e instalaciones.*
- 10.ª Otras obligaciones y derechos recíprocos de la Corporación y el concesionario.*
- 11.ª Relaciones con los usuarios.*
- 12.ª Sanciones por incumplimiento de la concesión.*
- 13.ª Régimen de transición, en el último periodo de la concesión en garantía de la debida reversión o devolución, en su caso, de las instalaciones, bienes y material integrantes del servicio.*
- 14.ª Casos de resolución y caducidad.”*

“Artículo 126.

1. En la ordenación jurídica de la concesión se tendrá como principio básico que el servicio concedido seguirá ostentando en todo momento la calificación de servicio público de la Corporación local a cuya competencia estuviere atribuido.

2. En el régimen de la concesión se diferenciará:

- a) el servicio objeto de la misma, cuyas características serán libremente modificables por el poder concedente y por motivos de interés público; y*
- b) la retribución económica del concesionario cuyo equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial”.*

“Artículo 127

1. La Corporación concedente ostentará, sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes:

1.ª Ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionare directamente el servicio, las modificaciones en el concedido que aconsejare el interés público, y, entre otras:

- a) la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista; y*
- b) la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario.*

2.ª Fiscalizar la gestión del concesionario, a cuyo efecto podrá inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales y la documentación relacionada con el objeto de la concesión, y dictar las órdenes para mantener o restablecer la debida prestación.

3.^a *Asumir temporalmente la ejecución directa del servicio en los casos en que no lo prestare o no lo pudiere prestar el concesionario, por circunstancias imputables o no al mismo.*

4.^a *Imponer al concesionario las correcciones pertinentes por razón de las infracciones que cometiere.*

5.^a *Rescatar la concesión.*

6.^a *Suprimir el servicio.*

2. *La Corporación concedente deberá:*

1.º *Otorgar al concesionario la protección adecuada para que pueda prestar el servicio debidamente.*

2.º *Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual:*

a) *compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución; y*

b) *revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión.*

3.º *Indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios que le ocasionare la asunción directa de la gestión del servicio, si ésta se produjere por motivos de interés público independientes de culpa del concesionario.*

4.º *Indemnizar al concesionario por el rescate de la concesión o en caso de supresión del servicio.*

“Artículo 128.

1. Serán obligaciones generales del concesionario:

1.^a *Prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente, incluso en el caso de que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionaren una subversión en la economía de la concesión, y sin más interrupciones que las que se habrían producido en el supuesto de gestión directa municipal o provincial.*

2.^a *Admitir al goce del servicio a toda persona que cumpla los requisitos dispuestos reglamentariamente.*

3.^a *Indemnizar a terceros de los daños que les ocasionare el funcionamiento del servicio, salvo si se hubieren producido por actos realizados en cumplimiento de una cláusula impuesta por la Corporación con carácter ineludible.*

4.^a *No enajenar bienes afectos a la concesión que hubieren de revestir a la entidad concedente, ni gravarlos, salvo autorización expresa de la Corporación.*

5.^a *Ejercer, por sí, la concesión y no cederla o traspasarla a terceros sin la anuencia de la Corporación, que sólo podrá autorizarla en las circunstancias que señala el párrafo 2 del artículo 52 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales.*

2. La concesión otorgará al concesionario las facultades necesarias para prestar el servicio.

3. Serán derechos del concesionario:

1.º *Percibir la retribución correspondiente por la prestación del servicio.*

2.º *Obtener compensación económica que mantenga el equilibrio financiero de la concesión en los casos en que concurra cualquier de las circunstancias a que se refieren los números 2.º, 3.º y 4.º del párrafo 2 del artículo anterior.*

3.º *Utilizar los bienes de dominio público necesarios para el servicio.*

4.º Recabar de la Corporación los procedimientos de expropiación forzosa, imposición de servidumbres y desahucio administrativo para la adquisición del dominio, derechos reales o uso de los bienes precisos para el funcionamiento del servicio. (...).”

“Artículo 129

1. El concesionario percibirá, como retribución:

a) las contribuciones especiales que se devengaren por el establecimiento del servicio, salvo cláusula en contrario; y

b) las tasas a cargo de los usuarios, con arreglo a tarifa aprobada en la forma dispuesta por el artículo 179 de la Ley.

2. También podrá consistir la retribución, juntamente con alguno de los conceptos anteriores, o exclusivamente si el servicio hubiere de prestarse gratuitamente, en subvención a cargo de los fondos de la Corporación.

3. En todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial.

4. Si como forma de retribución, total o parcial, se acordare el otorgamiento de subvención, ésta no podrá revestir la forma de garantía de rendimiento mínimo ni cualquier otra modalidad susceptible de estimular el aumento de gastos de explotación, y, en general, una gestión económica deficiente por el concesionario y el traslado de las resultas de la misma a la Entidad concedente.

5. La retribución será revisable en los casos a que aluden los artículos 127 y 128”.

“Artículo 131.

1. El Pliego de condiciones detallará la situación y el estado de conservación en que habrán de encontrarse las obras y el material afectos a la concesión en el momento de reversión de la misma.

2. Con anterioridad a ésta, en el plazo que señalare el Pliego de condiciones y, en todo caso, como mínimo, en el de un mes por cada año de duración de la concesión, la gestión del servicio se regulará del modo siguiente:

1.º La Corporación designará un Interventor técnico de la Empresa concesionaria, el cual vigilará la conservación de las obras y del material e informará a la Corporación sobre las reparaciones y reposiciones necesarias para mantenerlos en las condiciones previstas.

2.º En caso de desobediencia sistemática del concesionario a las disposiciones de la Corporación sobre conservación de las obras e instalaciones o de mala fe en la ejecución de las mismas, la Corporación podrá disponer el secuestro de la Empresa y, si fuere preciso, solicitar del Ministerio de la Gobernación que continúe hasta el término de la concesión.”

Segundo: Regimen juridico actividades y servicios

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. [Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1985/04/02/7/con>]

“Artículo 25

1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo.

2. El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:

(.../...)

g) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano

(.../...)”

“Artículo 26.

1. Los Municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:

a) En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas.

b) En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes, además: parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos.

c) En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además: protección civil, evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.

d) En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y medio ambiente urbano.

2. En los municipios con población inferior a 20.000 habitantes será la Diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará la prestación de los siguientes servicios:

a) Recogida y tratamiento de residuos.

b) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales. c) Limpieza viaria.

d) Acceso a los núcleos de población.

e) Pavimentación de vías urbanas.

f) Alumbrado público.

“Artículo 85.

1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias.

2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) Gestión directa:

a) Gestión por la propia Entidad Local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública (.../...).

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos.

“Artículo 86.

1. Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial. Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.

2. Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable.

El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios. La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación del pleno de la correspondiente Corporación local, la aprobación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

3. En todo caso, la Administración del Estado podrá impugnar los actos y acuerdos previstos en este artículo, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo III del Título V de esta Ley, cuando incumplan la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local [Permalink

ELI:<https://www.boe.es/eli/es/rdlg/1986/04/18/781/con>]

“Artículo 96.

La iniciativa de las Entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea en régimen de libre concurrencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes”.

“Artículo 97.

1. Para el ejercicio de actividades económicas por las Entidades locales se requiere:

a) Acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una Comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico.

b) Redacción por dicha Comisión de una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Asimismo, deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicable a las necesidades generales de la Entidad local como ingreso de su Presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones.

- c) *Exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación, y por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y Entidades, y*
- d) *Aprobación del proyecto por el Pleno de la Entidad local.(.../...)*”.

Tercero. – Régimen jurídico revisión de oficio en el ámbito local:

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local [Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1985/04/02/7/con>]

“Artículo 53.

Sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de esta Ley, las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común”.

Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales [Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1986/11/28/2568/con>]

“Artículo 4.

1. El Municipio, la Provincia y la Isla gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, en los términos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y en su calidad de Administraciones Públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, les corresponden en todo caso:

(.../...)

g) La potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos.

(.../...)”.

“Artículo 218.

1. Sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, los órganos de las entidades locales podrán revisar sus actos, resoluciones y acuerdos, en los términos y con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

2. La solicitud de dictamen del Consejo de Estado, en los casos que proceda legalmente, se cursará por conducto del presidente de la Comunidad Autónoma y a través del Ministerio para las Administraciones Públicas”.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [Permalink ELI:

<https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/39/con>]

“Artículo 106. *Revisión de disposiciones y actos nulos.*

1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47. 1.

2. Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2.

3. El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.1 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

4. Las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

5. Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo.”

“Artículo 47. Nulidad de pleno derecho.

1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que tengan un contenido imposible.
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley”.

“Artículo 110. Límites de la revisión.

Las facultades de revisión establecidas en este capítulo no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público [Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2017/11/08/9/con>]

“Artículo 42. Efectos de la declaración de nulidad y efectos en supuestos de anulabilidad.

1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios solo afectará a estos y sus consecuencias.

3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

4. Los efectos establecidos en los apartados anteriores podrán ser acordados por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.”

Cuarto. – Régimen jurídico de la contraprestación económica (tarifas) a percibir por el concesionario y del Canon concesional a percibir por el Ayuntamiento de Benidorm:

Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales -TRLRHL [Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2004/03/05/2/con>]

“Artículo 20. Hecho imponible.

(.../....)

6. Las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la prestación de los servicios públicos a que se refiere el apartado 4 de este artículo, realizada de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta, tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario conforme a lo previsto en el artículo 31.3 de la Constitución.

En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión, sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 103 de la Ley de Contratos del Sector Público, las contraprestaciones económicas a que se refiere este apartado se regularán mediante ordenanza. Durante el procedimiento de aprobación de dicha ordenanza las entidades locales solicitarán informe preceptivo de aquellas Administraciones Públicas a las que el ordenamiento jurídico les atribuya alguna facultad de intervención sobre las mismas.”

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. [Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/12/17/58/con>]

“Artículo 66. Plazos de prescripción.

Prescribirán a los cuatro años los siguientes derechos:

- a) El derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación.
- b) El derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas y autoliquidadas.
- c) El derecho a solicitar las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, las devoluciones de ingresos indebidos y el reembolso del coste de las garantías.
- d) El derecho a obtener las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, las devoluciones de ingresos indebidos y el reembolso del coste de las garantías.

“Artículo 67. Cómputo de los plazos de prescripción.

1. El plazo de prescripción comenzará a contarse en los distintos casos a los que se refiere el artículo 66 de esta Ley conforme a las siguientes reglas:

En el caso a), desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo reglamentario para presentar la correspondiente declaración o autoliquidación.(.../...)

2. El plazo de prescripción para exigir la obligación de pago a los responsables solidarios comenzará a contarse desde el día siguiente a la finalización del plazo de pago en periodo voluntario del deudor principal.

No obstante, en el caso de que los hechos que constituyan el presupuesto de la responsabilidad se produzcan con posterioridad al plazo fijado en el párrafo anterior, dicho plazo de prescripción se iniciará a partir del momento en que tales hechos hubieran tenido lugar.

Tratándose de responsables subsidiarios, el plazo de prescripción comenzará a computarse desde la notificación de la última actuación recaudatoria practicada al deudor principal o a cualquiera de los responsables solidarios”

Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos

[Permalink

ELI

<https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/40>

“Artículo 1 Ámbito de aplicación

1. Esta Ley establece el régimen jurídico aplicable a los aparcamientos en los que una persona cede, como actividad mercantil, un espacio en un local o recinto del que es titular para el estacionamiento de vehículos de motor, con los deberes de vigilancia y custodia durante el tiempo de ocupación, a cambio de un precio determinado en función del tiempo real de prestación del servicio.

2. A los efectos de esta Ley, se consideran como modalidades de la prestación de este servicio:

a) Estacionamiento con reserva de plaza en el que el titular del aparcamiento se obliga a mantener durante todo el período de tiempo pactado una plaza de aparcamiento a disposición plena del usuario.

b) Estacionamiento rotatorio, en el que el titular del aparcamiento se obliga a facilitar una plaza de aparcamiento por un período de tiempo variable, no prefijado. En esta modalidad de estacionamiento rotatorio el precio se pactará por minuto de estacionamiento, sin posibilidad de redondeos a unidades de tiempo no efectivamente consumidas o utilizadas.

En conclusión, tras el estudio en detalle de la totalidad de la documentación requerida en la instrucción de la presente investigación así como la obtenida en fuentes abiertas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, modificada por la Ley 27/2018, de 27 de diciembre, tras el nombramiento efectuado mediante Resolución de 29 de mayo de 2017, de la Presidencia de Les Corts (DOGV núm. 8052, de 31.05.2017),

Por todo cuanto antecede, **RESUELVO:**

PRIMERO.- DESESTIMAR según lo expuesto anteriormente las alegaciones y consideraciones formuladas por el interesado al Informe Provisional de Investigación sin que las mismas desvirtúen las conclusiones alcanzadas en el informe provisional de investigación.

SEGUNDO. - FINALIZAR la tramitación del expediente de investigación realizando las siguientes **CONCLUSIONES FINALES:**

Tras el estudio en detalle de la totalidad de la documentación requerida y obtenida por esta Agencia en la fase de investigación del expediente referenciado en el encabezado, se concluye que se acredita la existencia de indicios de presunto fraude de ley en la actividad contractual llevada a cabo por el Ayuntamiento de Benidorm en relación con la orden de continuidad a la mercantil [REDACTED] de la concesión de explotación del estacionamiento subterráneo del Parque L'aigüera de dicho municipio con indicios de posible exigencia de responsabilidades por cuanto el citado acuerdo del Ayuntamiento Pleno de fecha 31 de mayo de 2021, sin motivarse debidamente la excepcionalidad en razones de interés público, incumple el acuerdo de 24 de febrero de 2020 por el que acuerda la gestión directa del servicio y el plazo informado por los técnicos municipales y supone la alteración de las condiciones iniciales de la licitación prolongando la duración del contrato más allá del plazo fijado en los pliegos que rigieron la licitación lo que supone una vulneración de los principios que rigen la contratación pública, principalmente el de igualdad de trato entre empresas, así como el de libre concurrencia lo que equivaldría a una nueva adjudicación producida de forma directa o sin concurrencia, lo que no se considera ajustado ni al clausulado que rige la concesión ni a la normativa contractual y en su consecuencia al margen del procedimiento aplicable a tal fin incurriendo por ello en el supuesto previsto en el artículo 47.1.e) de la LPACAP por una ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

Por otro lado, dicho acuerdo comportaría una ruptura del equilibrio económico financiero inicial de la concesión, en los términos en que fueron considerados para su adjudicación encubriéndose una modificación contractual de reequilibrio económico financiero de la concesión indebida en el régimen propio de contrato concesional sin acreditarse las causas previstas para ésta permitiendo el enriquecimiento a un particular a costa del interés general municipal quebrando las reglas de transparencia y concurrencia, alterando el valor estimado del contrato. En virtud del acuerdo señalado, adoptado por el Pleno de la Corporación de fecha 31 de mayo de 2021 se habría permitido a la mercantil [REDACTED] (en la actualidad [REDACTED]) la apropiación de recursos públicos procedentes de una relación jurídica vencida que habrían tenido que integrar la Tesorería de la entidad desde 1 junio de 2021 hasta 28 de febrero de 2023. Todo ello conforme al dictamen de la Junta Consultiva de Contratación del estado del expediente 31/2017 según el cual se debe compensar al contratista íntegramente por la totalidad de los gastos que éste haya tenido que incurrir para asegurar la continuidad de la prestación, por lo que, el exceso de ingresos recaudados por la mercantil sobre los gastos soportados cuantificaría el posible perjuicio para la Hacienda pública en un total de 603.192,40 euros.

TERCERO.-FORMULAR las siguientes recomendaciones al Ayuntamiento de Benidorm, tras la investigación realizada y la existencia de fraude en la actividad contractual constatada, en base a la potestad de esta Agencia recogida en el art. 16.5 de la Ley 11/2016, y del art. 40.1.b del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la Agencia, en desarrollo de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre de la Generalitat (DOGV núm. 8582, de 2.07.2019):

1ª. RECOMENDACIÓN: Instrucción por el Ayuntamiento de Benidorm del oportuno procedimiento de revisión de oficio del acuerdo adoptado por el ayuntamiento pleno de fecha 31 de mayo de 2021 por el que se acuerda la orden de continuidad a la mercantil [REDACTED] en el que deberá recabarse pronunciamiento expreso de cual sería la compensación al contratista durante el periodo de 1 de junio de 2021 a febrero de 2023; todo ello por estar incurso en la causa de nulidad a que se refiere el art 47.1 e) de la ley 39/2015 LPAC por ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido **sin perjuicio de la exigencia de las responsabilidades** que pudieran derivarse de las autoridades y del personal al servicio de las AAPP conforme a lo regulado en la disposición adicional vigésimo octava de la LCSP.

Plazos para el cumplimiento de la recomendación:

Se concede un plazo de 3 meses, a partir de la recepción de la resolución que ponga fin a la investigación, para que la entidad denunciada informe al director de la Agencia sobre la iniciación de las actuaciones recomendadas; o, en su caso, sobre los motivos que pudieran impedir actuar de acuerdo con tales recomendaciones.

Asimismo, se deberá informar por la entidad denunciada de la finalización de los citados procedimientos, adjuntando los correspondientes acuerdos del órgano competente, en el plazo de un mes desde su finalización.

En todo caso, en el plazo de 6 meses de iniciarse los correspondientes procedimientos, deberá comunicarse a la Agencia el estado de la tramitación del expediente o expedientes oportunos.

2ª. RECOMENDACIÓN: Acordada la nulidad, deberá instruirse expediente para exigencia de reintegro de ingresos indebidos percibidos por la concesionaria por el importe que no se incluya dentro de la indemnización derivada de la nulidad en los términos que sea informada por el Consell jurídic consultiu de la Comunitat Valenciana; todo ello en los términos del artículo 47 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. En caso de impago de estas, deberá exigirse procedimiento de apremio.

Plazos para el cumplimiento de la recomendación:

Se concede un plazo de 6 meses, a partir de la recepción de la resolución que ponga fin a la investigación, para que la entidad denunciada informe al director de la Agencia sobre la iniciación de las actuaciones recomendadas; o, en su caso, sobre los motivos que pudieran impedir actuar de acuerdo con tales recomendaciones.

Asimismo, se deberá informar por la entidad denunciada de la finalización de los citados procedimientos, adjuntando los correspondientes acuerdos del órgano competente, en el plazo de un mes desde su finalización.

En todo caso, en el plazo de 3 meses de iniciarse los correspondientes procedimientos, deberá comunicarse a la Agencia el estado de la tramitación del expediente o expedientes oportunos.

CUARTO.- Finalizar la fase de investigación en el expediente 2022/G01_02/000050, **abriendo la fase de seguimiento** de las recomendaciones formuladas a la entidad denunciada.

QUINTO.- Dar traslado al Tribunal de Cuentas, por si de las irregularidades apreciadas pudiera derivarse un menoscabo en los fondos públicos susceptible de generar responsabilidad contable por alcance en los términos previstos en el artículo 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

SEXTO.- Informar al Ayuntamiento de Benidorm, que la aportación a esta Agencia de la información sobre el cumplimiento o estado de situación de las recomendaciones deberá efectuarse en los plazos indicados en cada requerimiento o recomendación, a través de la Sede Electrónica de la Agencia Valenciana Antifraude (<https://sede.antifraucv.es>), utilizando el trámite "Instancia genérica" disponible en el Catálogo de Servicios de la Sede.

Para cualquier duda a este respecto puede ponerse en contacto con la Agencia a través de teléfono 962 787 450 o correo electrónico investigacio@antifraucv.es, indicando el número de expediente y referencia que figura en el encabezado.

Informar al Ayuntamiento de Benidorm que en caso de que no aplicar las recomendaciones propuestas, ni justificase su inaplicación, la Agencia deberá hacerlo constar en la Memoria anual o en un informe extraordinario a les Corts, según corresponda. En cualquier caso, antes de hacer constar expresamente el incumplimiento, la Agencia deberá comunicarlo, con la propuesta de memoria o informe, a la persona u órgano afectados a fin de que aleguen lo que crean conveniente. Todo ello en cumplimiento del referido artículo 40 del Reglamento de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.

SEPTIMO.-Notificar la presente resolución a la persona alertadora, así como a la entidad denunciada y restantes interesados, con indicación de que, contra la presente resolución, que finaliza las actuaciones de investigación con recomendaciones, no cabe recurso alguno; ello, de conformidad con lo establecido en el art. 40.2. del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la Agencia, puesto dicha resolución no declara de manera definitiva la existencia de responsabilidad, ni la vulneración del ordenamiento jurídico, ni deciden el fondo del asunto.

Todo ello sin perjuicio del respeto al derecho de defensa y al derecho de acceso a la información de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente.

En València, a la fecha de su firma electrónica.

El director de la Agencia

[Documento firmado electrónicamente]