



DICTAMEN: 77/2018, de 3 de maig

MATÈRIA: Contractes

DEPARTAMENT: Governació, Administracions Públiques i Habitatge - Ajuntament de l'Hospitalet de Llobregat

PONENT: Lluís Saura i Lluvià

DICTAMEN 77/2018, de 3 de maig. Resolució d'un contracte de serveis adjudicat per l'Ajuntament de l'Hospitalet de Llobregat a la mercantil Eucagest, SL, sobre la concessió dels serveis esportius del complex esportiu municipal l'Hospitalet Nord

La Comissió Jurídica Assessora, reunida el 3 de maig de 2018, amb la presidència del Sr. Albert Lamarca i Marquès, actuant com a secretària la Sra. Francesca Mas i Casanovas, amb la participació de les Sres. i els Srs. Maria Mercè Darnaculleta i Gardella, Francesc Esteve i Balagué, Marta Franch i Saguer, Alfredo Galán Galán, Marc Marsal i Ferret, Joan Pagès i Galtés, Eva Pons i Parera, Isabel Pont i Castejón, Joan Manuel Trayter i Jiménez, i Antoni Vaquer Aloy, i essent-ne ponent el Sr. Lluís Saura i Lluvià, ha aprovat el Dictamen següent:

ANTECEDENTS DE FET

1. Per Acord de 4 de novembre de 1994, el Ple de l'Ajuntament de l'Hospitalet de Llobregat va adjudicar a la mercantil Eucagest, SL, el contracte per a la gestió del servei públic d'esports al complex esportiu municipal l'Hospitalet Nord de la carretera nacional II. El 23 de novembre següent, es va formalitzar el contracte, el qual tenia una vigència de 25 anys.
2. El 4 de desembre de 2017, el director de l'Assessoria Jurídica de l'Ajuntament va emetre un informe jurídic sobre els incompliments de l'empresa en no realitzar el pagament del cànon concessional, i en què es conclou que cal iniciar la resolució del contracte, atès el caràcter d'incompliment d'una obligació essencial únicament imputable al concessionari.
3. El 5 de desembre de 2017, la Junta de Govern Local va acordar incoar el procediment per a resoldre el contracte de gestió del servei públic d'esports al complex esportiu municipal l'Hospitalet Nord, per l'incompliment greu de les obligacions essencials vinculades a l'abonament del cànon corresponent als anys 2012 a 2015. Amb el mateix acord es va donar el tràmit d'al·legacions al concessionari i a l'entitat Banco Bilbao Vizcaya Argentaria.
4. El 15 de desembre de 2017, mitjançant un correu administratiu, el contractista va presentar al·legacions a la incoació de l'expedient. L'entitat financera no en va presentar.
5. S'ha incorporat a l'expedient un certificat de 22 de desembre del viceinterventor de l'Ajuntament, en el qual es fan constar els deutes del concessionari amb l'Ajuntament.

6. El 16 de gener de 2018, el director de l'Assessoria Jurídica municipal va emetre un informe en què proposava desestimar les al·legacions presentades pel contractista, sol·licitar el dictamen de la Comissió Jurídica Assessora, suspendre el termini per a resoldre i notificar l'expedient, i notificar aquests acords als interessats.
7. El 25 de gener de 2018, la Junta de Govern Local va acordar desestimar les al·legacions presentades, suspendre el termini per a resoldre i notificar l'expedient, sol·licitar el dictamen de la Comissió Jurídica Assessora i notificar l'acord als interessats. El 26 de gener de 2018, aquest acord es va notificar al representant del contractista. Altrament, el 5 de febrer de 2018, la notificació va ser rebutjada per la concessionària i l'entitat avaladora.
8. El 12 de febrer de 2018 va tenir entrada al Departament de Governació, Administracions Públiques i Habitatge la sol·licitud del dictamen de la Comissió Jurídica Assessora, en què s'adjuntava una còpia de l'expedient de resolució, així com dels expedients de contractació i plecs de clàusules, de segrest de la concessió, d'equilibri financer i, també, dels processos judicials vinculats al cas.
9. El 15 de febrer de 2018, la responsable de Patrimoni de les Entitats Locals, amb el vistiplau de la subdirectora general d'Assistència Jurídica i Règim Local, va emetre un informe favorable a la tramesa de l'expedient instruït a la Comissió Jurídica Assessora, per tal d'emetre el dictamen corresponent.
10. En data 8 de març de 2018, va tenir entrada a la Comissió Jurídica Assessora la petició de dictamen formulada per l'alcaldeessa de l'Hospitalet de Llobregat i tramesa per la secretària general del Departament de Governació, Administracions Públiques i Habitatge, per autorització de signatura.
11. En la sessió de 15 de març de 2018, el Ple de la Comissió va admetre a tràmit la petició referida i en va nomenar ponent.

FONAMENTS JURÍDICS

I. Objecte del Dictamen i intervenció de la Comissió Jurídica Assessora

Mitjançant el Departament de Governació, Administracions Públiques i Habitatge, s'ha tramès a aquesta Comissió Jurídica Assessora la petició de dictamen que formula la Junta de Govern Local de l'Ajuntament de l'Hospitalet de Llobregat corresponent a l'expedient de resolució d'un contracte adjudicat a l'empresa Eucagest, SL, per a la gestió del servei públic d'esport al complex esportiu municipal l'Hospitalet Nord, situat a la carretera nacional II, s/n.

Aquest contracte es va adjudicar per l'Acord de 4 de novembre de 1994 del Ple de l'Ajuntament, i el 23 de novembre següent es va formalitzar, amb una durada prevista de 25 anys.

La resolució del contracte es fonamenta en l'incompliment d'una obligació essencial, com és la manca de pagament del cànon, per part de la contractista, durant els darrers anys; pagament que és previst en el contracte.

La intervenció preceptiva de la Comissió deriva de l'article 8.3.e) de la Llei 5/2005, de 2 de maig, reguladora de la Comissió Jurídica Assessora, que n'estableix la intervenció preceptiva quan es tracta de resolucions de contractes en els casos que preveu la normativa de contractació administrativa. El dictamen de la Comissió té caràcter preceptiu de conformitat amb l'article 211.3.a) del text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSP), aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, que, per a l'exercici de la prerrogativa de resolució de contractes, disposa la intervenció preceptiva de l'òrgan consultiu quan hi ha oposició del contractista. En el present cas, l'empresa s'oposa a la resolució del contracte, perquè afirma que no es compleixen els supòsits habilitants per a resoldre el contracte, ja que existeixen diversos recursos contenciosos administratius que tenen una incidència directa en l'expedient, i que subsidiàriament es resolgui per incompliment culpós per ambdues parts del contracte.

II. Normativa aplicable al contracte

Respecte a la normativa o règim jurídic aplicable al contracte, tenint en compte que aquest es va adjudicar el 7 d'abril de 1994 i es va formalitzar el 23 de novembre següent, es regeix pel Decret 923/1965, de 8 d'abril, que va aprovar el text articular de la Llei de contractes de l'Estat. Tot i que en l'actualitat aquesta llei no és vigent, atesa l'aprovació de successives lleis de contractes del sector públic, la disposició transitòria primera de l'ara vigent Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, estableix que "Els contractes administratius adjudicats amb anterioritat a l'entrada en vigor d'aquesta llei es regeixen, pel que fa als seus efectes, compliment i extinció, inclosa la seva modificació, durada i règim de pròrrogues, per la normativa anterior". Per tant, en el cas que s'examina, en els aspectes substancials s'aplica la Llei de contractes de l'Estat de 1965, tal com s'indica en la clàusula 2 del mateix document contractual.

III. Aspectes procedimentals

La proposta que formula l'Ajuntament de resoldre el contracte subscrit amb l'entitat mercantil Eucagest, SL, ha donat lloc a dos expedients. El primer va ser objecte del Dictamen 309/2017 i el segon és el que s'analitza en aquest Dictamen.

III.1. El primer expedient de resolució del contracte

En el primer expedient, que es va iniciar el 9 de maig de 2017, l'Ajuntament va fer valer les causes d'incompliment següents: l'impagament del cànon de la concessió; el cobrament de preus públics superiors als establerts mitjançant ordenança i tarifes; l'existència de deutes amb els proveïdors imprescindibles per a prestar els serveis; existència de deutes amb l'AEAT; incompliments d'obligacions relacionades amb el manteniment de les instal·lacions; obstrucció a les potestats de fiscalització inherents a tot contracte de concessió; incapacitat econòmica sobrevinguda del contractista, i manca d'actitud diligent de l'empresari.

El Dictamen 309/2017, sense entrar a analitzar el fons de l'assumpte, va informar desfavorablement sobre la proposta de resolució, en atenció a diverses qüestions procedimentals suscitades en la tramitació municipal del procediment.

D'entrada, el Dictamen exposava que, com que el procediment de resolució contractual es va incoar el 9 de maig de 2017 i el termini per a resoldre'l expirava el 9 de novembre, coincidint amb la data en la qual s'aprova el dictamen de la Comissió, "[...] serà procedent [per l'Ajuntament] en el cas en qüestió declarar la caducitat de l'expedient, un cop aquesta s'hagi produït, sens perjudici que en el nou expedient que es pugui instruir calgui tenir en compte allò disposat en l'article 95.3, paràgraf segon, de l'LPAC, quan estableix que es poden incorporar a l'expedient els actes i els tràmits el contingut dels quals s'hauria mantingut igual si no s'hagués produït la caducitat, i que s'haurà de donar compliment als tràmits d'al·legacions, proposició de prova i audiència a l'interessat. Dit l'anterior, i en vista de la circumstància que s'acaba d'explicar, aquesta Comissió entrarà a valorar la resta d'aspectes procedimentals i, si escau, el fons de l'assumpte".

En relació amb els aspectes procedimentals, el Dictamen posava en relleu la manca d'un informe jurídic, en dir, en el fonament jurídic IV.2: "Així doncs, a la vista de la previsió de l'article 109.1.c) del Reglament de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, en el cas que s'incoés, en els termes indicats anteriorment, un nou procediment de resolució contractual, caldria incorporar aquest informe jurídic emès per l'òrgan que tingui atribuïda la funció d'assessorament jurídic a l'expedient, amb caràcter previ al tràmit d'audiència als interessats."

També va detectar –fonament jurídic IV.3– que el tràmit d'audiència que s'havia dut a terme era incomplet, en els termes següents: "Doncs bé, en el cas sobre el qual es dictamina aquesta Comissió considera que no es compleixen els condicionants temporals necessaris per a entendre correcte l'oferiment del tràmit d'audiència, ja que, com s'ha indicat, en el moment en què es va produir aquest tràmit la instrucció no es podia entendre que hagués finalitzat, tal com denota la incorporació a posteriori de diversos informes tinguts en compte en la proposta de resolució. Aquestes circumstàncies generen una indefensió material dels interessats, en no poder-se pronunciar sobre la totalitat de l'expedient, tal com ha quedat finalment conformat (dictàmens 38/2014 i 55/2015, entre d'altres)."

Donada la circumstància que en l'expedient s'exposava l'existència de diversos recursos contenciosos administratius interposats per la contractista contra decisions preses per l'Ajuntament en el marc del contracte, el Dictamen afirmava, en el fonament jurídic IV.4, el següent: "Tal com s'ha apuntat anteriorment, tots tres procediments estan directament vinculats amb l'execució del contracte que és objecte de resolució; per la qual cosa els pronunciaments que puguin recaure en cadascun d'aquests procediments judicials tindran una evident incidència en aspectes directament vinculats amb els motius que l'Administració argumenta com a causes de resolució. Arribats a aquest punt, s'ha d'indicar que la Comissió Jurídica Assessora, per tal de poder exercir la seva activitat dictaminadora prevista en la Llei 5/2005, de 2 de maig amb plenes garanties, necessita de tots els elements que porten causa a l'expedient sotmès a dictamen, el que ha determinat que en expedients de resolució contractual com aquest, però també en altres àmbits, es consideri com a prematura l'emissió d'un dictamen quan estan pendents de resolució recursos administratius o contenciosos administratius vinculats directament a la matèria sobre la qual versa el dictamen (entre d'altres, dictàmens 200/2015, 190/2016 i 281/2017). Addicionalment, cal destacar que, en el present cas, malgrat que no es produeixi la resolució del contracte, el segrest de la concessió per part de l'Ajuntament acordat el 20 de desembre de 2016 garanteix la continuïtat del servei i la seva correcta prestació, per la qual cosa es pot afirmar que resta protegit l'interès general."

Pel que fa a les consideracions sobre els aspectes procedimentals que s'han resumit, la Comissió no va analitzar el fons de l'assumpte i va informar en sentit desfavorable sobre la proposta de resolució tramesa.

III.2. El segon expedient, que és objecte d'aquest Dictamen

En vista del Dictamen 309/2017, la Junta de Govern Local va acordar, en data 5 de desembre de 2017, incoar un nou expedient de resolució del contracte, que és el que ara se sotmet a dictamen.

Tanmateix, a diferència del que es feia valer en el primer expedient, en aquest només s'invoca una única causa de resolució: l'impagament del cànon de la concessió en el període 2012 a 2015. Per tant, en el present cas, la Comissió Jurídica Assessora s'ha de centrar –en el punt IV, relatiu a les consideracions sobre el fons de la qüestió– en la causa relativa a l'impagament del cànon, sense perdre de vista les consideracions que es van fer en el Dictamen 309/2017, en especial la referent a la litispèndia dels contenciosos, atès que la resta de consideracions que es van fer han estat bé recollides, bé esmenades (l'informe jurídic, la no concurrència d'una caducitat imminent i la realització d'una audiència amb garanties).

La normativa, pel que fa al procediment de resolució que resulta d'aplicació, és el TRLCSP –disposició transitòria primera–, atès que la incoació de l'expedient va tenir lloc el 5 de desembre de 2017, quan encara no havia entrat en vigor l'ara vigent Llei 9/2017.

Pel que fa al termini màxim per a resoldre i notificar la resolució del contracte, convé recordar que la normativa sobre contractació pública que resulta d'aplicació no estableix expressament cap termini. En conseqüència, en defecte de previsió expressa, és d'aplicació la legislació sobre procediment administratiu comú, en els termes establerts en el primer apartat de la disposició final tercera del TRLCSP. En l'actualitat, la remissió s'ha d'entendre feta a la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPAC), l'article 21.3 de la qual estableix que, "Quan les normes reguladores dels procediments no fixin el termini màxim, aquest és de tres mesos".

En data 25 de gener de 2018, es va suspendre el termini per a resoldre l'expedient amb motiu de la petició del dictamen a la Comissió Jurídica Assessora. L'expedient es va incoar el 5 de desembre de 2017; per tant, el termini per a resoldre i notificar s'exhaurirà el 5 de juny de 2018.

L'expedient s'ha tramès també en format CD i consta degudament indexat i foliat. Juntament amb la documentació que conforma l'expedient de resolució del contracte, s'adjunten com a documentació annexa cinc toms o volums de documentació: tom I, "Contracte"; tom II, "Segrest"; tom III, "Equilibri financer"; tom IV, "Processos judicials", i tom V, "Plecs de clàusules".

Pel que fa als tràmits seguits en aquest segon procediment, consta un informe inicial en què l'Administració posa de manifest l'incompliment per part del contractista relatiu a l'impagament del cànon de la concessió, i s'ha incorporat també a l'expedient un certificat dels deutes a càrrec de la concessionària.

La contractista va presentar, el 15 de desembre de 2017, un escrit d'al·legacions, incorporat a l'expedient. També hi consta un informe de data de 16 de gener de 2018, de la Direcció de l'Assessoria Jurídica municipal, en què es desestimen les al·legacions presentades.

Hi consta, igualment, la proposta de resolució, aprovada per la Junta de Govern Local en la sessió de 25 de gener de 2018, en la qual es desestimen les al·legacions formulades per Eucagest, SL, i s'acorda sol·licitar l'informe preceptiu a aquest òrgan consultiu, així com declarar suspès el termini de resolució fins que no s'emeti l'informe preceptiu.

Per tant, es constata que s'ha tramitat un expedient contradictori seguint les previsions establertes legalment.

IV. Consideracions sobre el fons de la qüestió

IV.1. L'objecte del contracte i la causa de resolució adduïda per l'Ajuntament

D'acord amb el plec de clàusules administratives particulars (PCAP) que regeix el contracte, l'objecte de la concessió és la gestió del complex esportiu de l'Hospitalet Nord; gestió que s'atorga amb la finalitat prioritària que qui resulti adjudicatari presti els serveis esportius previstos per l'Ajuntament sense excloure altres activitats complementàries previstes en el plec (clàusula primera). I en la clàusula segona es diu que el complex esportiu comprèn els edificis, les instal·lacions i els equipaments que es detallen en l'annex III del PCAP. El termini de la concessió és de 25 anys a comptar des de la signatura del contracte, que va ser el 23 de novembre de 1994.

Com ja s'ha avançat, la causa que motiva la incoació del procediment de resolució del contracte és l'incompliment, per l'adjudicatària del servei, de l'obligació de pagar el cànon concessional, i es considera que la manca de pagament del cànon esdevé l'incompliment d'una obligació essencial, i, per tant, causa de resolució del contracte.

Segons ressurc en l'informe emès pel director de l'Assessoria Jurídica de l'Ajuntament en data 4 de desembre de 2017, a partir del certificat emès pel viceinterventor municipal en data 30 de novembre del mateix any, el fet constitutiu d'incompliment contractual es concreta en l'impagament dels cànon concessionals corresponents als anys 2012, 2013, 2014 i 2015, que en el moment d'iniciar l'expedient no solament són vençuts, líquids i exigibles, sinó que es troben en via de recaptació executiva, i ascendeixen, tenint en compte el principal, els recàrrecs i els interessos, a 349.069,15 euros, sens perjudici que, al mes de febrer de 2017, s'ha reclamat a la contractista el pagament de l'any 2016 (78.020,74 euros).

IV.2. L'oposició que formula a la resolució l'adjudicatària del servei

La contractista, en l'escrit presentat el 15 de desembre de 2017, manifesta que els impagaments porten causa d'una sèrie de circumstàncies que no són imputables a l'empresa, sinó a l'Ajuntament. Manifesta que el complex del poliesportiu i les seves instal·lacions s'havia construït amb notables deficiències que han obligat l'empresa a suportar el cost d'unes obres de reparació, les quals són pròpies del titular de la instal·lació i no del gestor; carències i deficiències que s'han anat agreujant amb el pas dels anys i que l'Ajuntament s'ha negat a atendre. Considera, per tant, que la resolució del contracte respon a un exercici desproporcionat de les facultats de què disposa l'Administració, que amb la seva inactivitat ha validat, tot i que d'una manera impròpia, l'actuació del concessionari.

També argumenta que l'impagament del cànon no és un incompliment essencial perquè no està recollit com a tal en el plec de clàusules, la qual cosa desautoritza la proposta, en considerar que el no pagament del cànon té la naturalesa d'obligació essencial.

Es posen de manifest irregularitats en el rescat de la concessió que va efectuar l'Ajuntament; mesura que, des de l'11 de desembre de 2017, s'ha deixat sense efecte, i es considera que el rescat ha tingut com a única finalitat intervenir el servei per a obtenir informació i trobar noves causes que emparessin la resolució del contracte.

Finalment, es diu que l'Ajuntament no ha fet res per a cobrir el deute pendent pel cànon, i que en tot cas es va produir un desequilibri econòmic financer que va ser reconegut en seu contenciosa. Es manifesta que l'impagament del cànon ha estat provocat directament per la negativa de l'Ajuntament de reconèixer el desequilibri.

En la mesura que aquestes al·legacions reflecteixen una situació de conflicte entre la concessionària i l'Ajuntament, que han acabat en seu judicial, i vista la importància que els dona l'adjudicatària, cal fer-ne, tot seguit, una síntesi per tal de valorar, en el punt IV.4, quina incidència poden tenir per a justificar la manca de pagament del cànon concessional durant els darrers anys.

IV.3. Els procediments judicials relacionats amb el cas

En relació amb els antecedents judicials que formen part de l'expedient de resolució de contracte, cal indicar que, tot i que no s'incorpora íntegrament la documentació de cada recurs contenciós administratiu, és suficient per a fer la valoració a què s'ha fet referència en el darrer paràgraf del punt anterior.

Els antecedents judicials d'interès incorporats són els següents:

L'any 2015, Eucagest va demanar a l'Ajuntament una interpretació de la clàusula 31 del contracte, sobre la retribució que el concessionari havia de percebre per les hores que l'Ajuntament utilitzava les instal·lacions. Contra la desestimació presumpta d'aquesta petició es va interposar un recurs contenciós administratiu (437/2016), en què el Jutjat núm. 3 va dictar la Sentència 237/2017, de 28 de juliol, que desestimava la demanda.

Amb ocasió d'unes obres de substitució del sistema de refrigeració, aigua sanitària i calefacció que va dur a terme la concessionària perquè estaven en molt mal estat, l'Ajuntament, en una resolució de 7 d'abril de 2015, es va donar per assabentat de les obres, per un import de 958.158,27 euros (IVA inclòs), i va reconèixer que hi havia un sobrecost de 55.877,33 euros, que se li faria efectiu. Contra aquesta resolució, l'empresa va interposar un recurs contenciós administratiu, que es va tramitar, amb el núm. 216/2015, al Jutjat núm. 2 de Barcelona, en què demanava una part de la inversió –concretament, 440.915,12 euros–, per a restablir el desequilibri econòmic que la despesa citada ocasionava a la concessionària. El litigi va finalitzar amb la Sentència 175/2017, de 30 de juny, que desestimava el recurs. No consta en l'expedient el recurs d'apel·lació formulat, contra aquesta sentència, per l'empresa, però sí que hi consta incorporat l'escrit d'oposició de l'Ajuntament al recurs esmentat.

La Junta de Govern local de l'Ajuntament, en data 12 de desembre de 2014, va aprovar l'inici del procediment per a la contractació del serveis esportius, recepció i atenció al client, serveis de neteja, manteniment i control, promoció comercial i conducció del Poliesportiu Municipal Fum de l'Estampa. Eucagest va recórrer el Plec de clàusules administratives particulars davant el Tribunal Català de Contractes del sector Públic i posteriorment davant la jurisdicció contenciosa administrativa. El recurs es tramita davant la Secció Cinquena de la Sala contenciosa administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (recurs ordinari 200/2015), sense que consti que s'ha dictat sentència.

La Junta de Govern local, en sessió del dia 20 de desembre de 2016, va acordar el segrest de la concessió, que comportava la intervenció del servei i abastava tots els àmbits de l'Administració i gestió de la concessió, en els termes que explicitava l'acord. Les raons adduïdes per al segrest es basaven en l'incompliment de la normativa sanitària, incompliments relatius al pla de manteniment i neteja, incompliment en matèria d'assegurances, i en el fet que l'empresa havia incorregut en causa de dissolució, per raó de les pèrdues obtingudes en exercicis anteriors. Contra aquesta decisió, Eucagest, SA, va presentar un recurs contenciós administratiu, que es tramita davant el Jutjat Contenciós Administratiu núm. 11 de Barcelona, del qual no consta que hagi recaigut sentència. Consten els escrits de demanada i contestació a la demanda, així com els escrits relatius a la peça separada de suspensió instada per la reclamant. Es destaca el darrer document, que és la petició per part del Jutjat Contenciós Administratiu núm. 15 de Barcelona, al Jutjat Mercantil núm. 6, de Barcelona, de certificació del concurs voluntari instat per Eucagest, SL (interlocutòries 593/17-M).

IV.4. La procedència de la resolució del contracte que conté la proposta de l'Ajuntament

Com ja s'ha avançat, a diferència del primer expedient de resolució del contracte, en aquest només s'addueix una causa de resolució: l'impagament del cànon concessional en els termes que certifica el viceinterventor municipal i que han estat exposats en el darrer paràgraf del punt IV.1 d'aquest Dictamen.

Tenint en compte la posició de l'empresa en el seu escrit d'al·legacions, el punt IV.3 d'aquest Dictamen conté una succinta explicació dels litigis que enfronten la concessionària amb l'Ajuntament de l'Hospitalet de Llobregat, tot i que només alguns tenen relació directa amb les causes d'oposició que la contractista addueix per posar en relleu que no és procedent la resolució del contracte.

De l'examen conjunt tant de les al·legacions de l'empresa en l'expedient de resolució del contracte com de les circumstàncies que s'expliquen en els escrits administratius i processals que s'han aportat a l'expedient, es pot deduir que és molt possible que les instal·lacions sobre les quals la concessionària havia de prestar el servei exigien quelcom més que un manteniment, como ho posa en relleu el contingut del recurs contenciós administratiu 216/15, que revela una despesa molt important de la concessionària, de la qual pretenia una recuperació parcial a expenses de l'Ajuntament, precisament basada en el fet que les obres

que va realitzar tenien un contingut que anava més enllà del mer manteniment de les instal·lacions. La realitat, però, és que, amb independència que les pretensions de la concessionària van ser desestimades pels tribunals, aquestes diferències res tenen a veure amb la causa de resolució que és objecte d'aquest expedient.

Més properes a la causa de resolució que l'Ajuntament fa valer ara són les circumstàncies de fet que van justificar el segrest de la concessió, vinculades a incompliments d'obligacions que tenen un contingut econòmic, com s'ha exposat en analitzar l'acord de la Junta de Govern Local de 20 de desembre de 2016, i la dada que Eucagest, SA, va presentar concurs voluntari. Sigui com sigui, aquestes circumstàncies, tot i que poden explicar que la concessionària hagi deixat d'abonar el cànon concessional, no eliminen l'obligació de pagar-lo en els termes que preveu el PCAP, per la qual cosa, tot seguit, s'analitza en quina mesura l'impagament, demostrat i no negat, del cànon concessional, permet, en aquest cas, resoldre el contracte de gestió del servei que pretén l'Ajuntament de l'Hospitalet de Llobregat.

L'article 75.1 del Decret 923/1965 considera com a causa d'extinció del contracte de gestió de serveis públics la resolució per incompliment de l'empresari. Per la seva banda, l'article 223.1 del Decret 3410/1975, de 25 de novembre, pel qual s'aprova el Reglament general de contractació de l'Estat, considera causa d'extinció la mateixa que l'article 75.1 del Decret 923/1965, i l'article 229 diu que quan el contracte hagi estat deferit mitjançant l'abonament per l'empresari d'un cànon periòdic i aquest incorregués en mora, l'Administració podrà exigir el cobrament en via de constrenyiment, sense perjudici de la facultat de declarar la resolució per causa d'incompliment.

La clàusula 11^a del PCAP, diu que *“El canon de la concesión que, en su caso se apruebe en el procedimiento de licitación se abonará por anualidades durante los primeros sesenta días de cada año”*. I la clàusula tercera del contracte diu que *“El canon anual que ha de satisfacer Eucagest S.A. al Ayuntamiento, consiste en el 5 % de los ingresos brutos de la explotación de la concesión. Deberá hacerse efectivo durante los 60 primeros días de cada año”*.

Com és sabut, els contractes administratius han de complir-se d'acord amb les clàusules que ells mateixos incorporen i dels plecs particulars de clàusules administratives i prescripcions tècniques, però en el règim jurídic de la seva vida, de la seva execució, s'inclouen una sèrie de potestats administratives que la llei qualifica de prerrogatives, entre aquestes la resolució anticipada del contracte per part de l'Administració. La seva justificació és garantir una major protecció jurídica de l'interès públic que constitueix l'objecte del contracte.

És cert que, com diu l'empresa, el PCAP no configura el pagament del cànon concessional com una obligació essencial, l'incompliment de la qual permet la resolució del contracte. D'altra banda, la normativa de contractació estatal que regeix el contracte, de l'any 1965, tampoc configura la possibilitat que els plecs de clàusules poguessin incloure determinades obligacions amb caràcter de essencials, l'incompliment de les quals justificués, sense més, la resolució del contracte. Però també ho és que aquesta Comissió ha considerat l'impagament

del cànon concessional com un incompliment d'una obligació que s'ha de qualificar d'essencial, encara que no estigui configurada així en el PCAP. Així, en el Dictamen 230/2016, en el qual s'analitzava la resolució d'un contracte de gestió del servei públic d'explotació d'un bar i un local cívic i sociocultural, es diu: "A la vista de l'anterior, és procedent indicar que a l'expedient queda plenament acreditat que l'adjudicatària ha incorregut en un incompliment contractual pel que fa al pagament del cànon o lloguer mensual." I més endavant afegeix: "Arribats a aquest punt, s'ha d'indicar que, tal com afirma l'Ajuntament, el pagament del cànon i dels subministraments (en aquest cas, elèctric) constitueix una obligació essencial del contractista i que el seu incompliment comporta la resolució del contracte, tal com ha afirmat en diverses ocasions aquesta Comissió (dictàmens 13/2014 i 100/2016)."

D'altra banda, en el Dictamen 100/2016, sobre la resolució d'un contracte de la mateixa naturalesa, es diu: "L'obligació del pagament del cànon concessional es recull en la clàusula 17.4.b).10: abonar semestralment el cànon de la concessió el primer dia de cada mes a partir de la data que correspongui. Tenint en compte els fets descrits, els plecs del contracte i el TRLCSP, cal afirmar que els incompliments contractuals esmentats del concessionari comporten la resolució del contracte (art 111.g) del TRLCSP)."

Existeixen nombrosos pronunciaments jurisdiccionals que declaren resolt un contracte per no haver-se abonar el cànon. Així, la Sentència núm. 160/2012, de 17 juliol, del Tribunal Superior de Justícia de Extremadura (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 1a) afirma que "*Es causa de resolución del contrato el incumplimiento de la obligación básica del concesionario consistente en el pago del canon (cláusula sexta, que además incluye los gastos de energía eléctrica). No estamos ante la aplicación del régimen sancionador sino ante la resolución del contrato que se produce por el incumplimiento de una las obligaciones básicas del contrato como es la prestación del servicio a la que el contratista se obligaba, siendo este incumplimiento causa de resolución, conforme a lo establecido en el artículo 111 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (RCL 2000, 1380 y 2126) , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Con independencia de la razón que determinase el impago, lo cierto es que el objeto del contrato deo de cumplirse, por lo que ante el incumplimiento reiterado de la obligación básica del contrato, existía causa de resolución y el Ayuntamiento procedió a la resolución del contrato. Por lo expuesto por los motivos que se argumentan en la propia sentencia y que damos por reproducidos, procede la desestimación del recurso*".

En igual sentit, la Sentència núm. 496/2006, de 29 maig, del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 1a) que diu: "*En cambio, si resulta acreditado, de los términos del contrato, que concurre la causa prevista en el art. 112.g de la Ley 13/1995 que debe dar lugar a la resolución del contrato por el incumplimiento culpable del contratista de las obligaciones esenciales del contrato, como es la falta de pago del canon mensual, horario mínimo de apertura al público y la falta de personal mínimo dedicado de una manera permanente a la explotación del bar restaurante*".

Considerant, per tant, que no és necessari que el pagament del cànon estigui prefigurat com una obligació essencial en el plec de clàusules, cal determinar, ara, quina és la intensitat de l'incompliment que s'ha produït en aquest cas per valorar si justifica la resolució que conté la proposta de resolució.

Amb aquesta finalitat resulta d'interès la Sentència de 10 març de 1999 del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 7a), que demana que l'incompliment sigui greu i de naturalesa substancial quan diu: *“En efecto, no existe una deficiencia patente en los trabajos realizados por el contratista que permitan constatar la imputabilidad de una responsabilidad a éste, por lo que era inaplicable al caso la causa de resolución contractual prevista en el artículo 52.1 de la Ley de Contratos del Estado, ya que a tenor de dicho precepto, es causa de resolución del contrato de obras el incumplimiento de las cláusulas contenidas en el mismo, pero es también conocida la interpretación jurisprudencial que no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial, extremos que no se producen en la cuestión examinada.”*

En el present expedient resta acreditat que el cànon concessional s'ha deixat de pagar des de l'any 2012, que és un període molt llarg de temps, i hi ha hagut una oposició reiterada de l'empresa a satisfer-lo, situació que ha obligat l'Ajuntament a iniciar el procediment de recaptació fins i tot en via executiva. L'obligació de pagar el cànon és una obligació substancial del mateix negoci jurídic de concessió de la gestió del servei públic, i és la prestació de caràcter econòmic principal que té la prestadora del servei amb l'Ajuntament, l'incompliment de la qual dona lloc a la resolució del contracte, sense que s'hagi de fer cap referència, en aquest dictamen, a la confiscació de la fiança, ja que ni l'Ajuntament ni el concessionari en fan expressa referència.

CONCLUSIÓ

És procedent informar favorablement sobre la resolució d'un contracte de serveis adjudicat per l'Ajuntament de l'Hospitalet de Llobregat a la mercantil Eucagest, SL, sobre la concessió dels serveis esportius del complex esportiu municipal l'Hospitalet Nord.