



DICTAMEN: 146/2018, de 12 de juliol

MATÈRIA: Contractes

DEPARTAMENT: Presidència

PONENT: Maria Mercè Darnaculleta i Gardella

DICTAMEN 146/2018, de 12 de juliol. Resolució d'un contracte adjudicat per l'Ajuntament de Creixell a l'empresa Privilege Class 1909, SL per a la gestió, mitjançant concessió, del servei d'escola bressol municipal

La Comissió Jurídica Assessora, reunida el 12 de juliol de 2018, amb la presidència de la Sra. Isabel Pont i Castejón, per substitució, actuant com a secretària la Sra. Francesca Mas i Casanovas, amb la participació de les Sres. i els Srs. Marta Franch i Saguer, Marc Marsal i Ferret, Joan Pagès i Galtés, Eva Pons i Parera, Sonia Ramos i González, Lluís Saura i Lluvià, Joan Manuel Trayter i Jiménez, i Antoni Vaquer Aloy, i essent-ne ponent la Sra. Maria Mercè Darnaculleta i Gardella, ha aprovat el Dictamen següent:

ANTECEDENTS DE FET

1. Per Decret de 6 de setembre de 2012, l'alcalde de l'Ajuntament de Creixell va resoldre adjudicar la concessió administrativa del servei públic de l'escola bressol municipal de Creixell a l'empresa Privilege Class 1909, SL, per dos cursos escolars; contracte que ambdues parts van formalitzar el 27 de setembre de 2012. D'acord amb el document signat, el contracte podia ser prorrogat d'una manera expressa per cinc cursos escolars més.
2. Entre d'altra documentació, l'expedient rebut incorpora el plec de clàusules administratives particulars que regeixen la concessió i una certificació del secretari municipal de conformitat amb la qual, el 21 d'agost de 2014, la Junta de Govern Local, amb l'informe previ desfavorable del secretari interventor, va acordar prorrogar el contracte per cinc cursos escolars més, des del curs 2014-2015 fins al curs 2018-2019.
3. Segons les dades de l'expedient, per mitjà d'un Decret d'alcaldia de 17 de juny de 2016 i, entre d'altres, l'Ajuntament de Creixell va requerir la concessionària per tal que presentés la justificació dels comptes certificats per un censor jurat de comptes o professional equivalent, corresponent als cursos 2014-2015 i 2015-2016.
4. Provenent de la Tresoreria General de la Seguretat Social, el 14 de febrer de 2017 es va registrar d'entrada a l'Ajuntament de Creixell una cèdula de notificació, per la qual es comunicava que el 8 de febrer de 2017 s'havia dictat una diligència d'embargament contra la concessionària, per un deute pendent de 26.531,04 euros, contret amb la Seguretat Social.
5. El 30 de març de 2017, l'empresa va presentar un informe especial de la concessió administrativa, emès per un auditor de comptes i advocat, en què, entre d'altres, reclamava

un import de 249.188,84 euros, pel deute de l'Ajuntament amb l'empresa, referit al dèficit de la concessió de l'escola bressol, sens perjudici de les indemnitzacions per danys i perjudicis que li poguessin pertocar.

6. A través d'un ofici de 3 d'abril de 2017, l'alcalde de l'ens local va comunicar a l'empresa que l'informe presentat no acomplia el requeriment municipal en què s'havia demanat una justificació dels comptes certificats per un censor jurat de comptes, per la qual cosa restava pendent de compliment allò que li havien requerit.

7. Amb la petició prèvia de l'Alcaldia, el mateix dia 3 d'abril de 2017, el secretari de la corporació va emetre un informe jurídic en què analitzava la problemàtica relacionada amb l'execució del contracte, i va concloure, entre d'altres, que estaven acreditades a l'expedient les circumstàncies dels incompliments respecte de les obligacions essencials de l'adjudicatari, que habilitaven l'Ajuntament per a iniciar un expedient de resolució de la concessió.

8. Mitjançant el Decret d'alcaldia de 4 d'abril de 2017, es va acordar incoar l'expedient per a resoldre la concessió, per incompliment culpable de la contractista de les obligacions contractuals essencials disposades a la clàusula 18, apartats 7, 8 i 12, del plec de clàusules, causa de resolució contractual que entenen que es corresponia amb la prevista en l'article 223, apartat h), del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, que aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSP).

9. Després que l'acord anterior es notifiqués als interessats, per un escrit presentat el 19 d'abril de 2017 el representant de la concessionària es va oposar a la resolució del contracte, en manifestar que en haver presentat les justificacions demanades havia acomplert les seves obligacions, i va al·legar que els incompliments de l'ens local vers les seves obligacions econòmiques –en haver deixat de pagar l'import del dèficit del servei– havia provocat el col·lapse financer i econòmic de la concessionària.

10. El 19 de maig de 2017, el secretari municipal va emetre un informe jurídic en què, després d'analitzar les al·legacions formulades, va concloure la procedència de desestimar-les d'una manera íntegra, en tractar-se de simples manifestacions respecte de les quals no s'havia aportat cap element de prova suficient per a desvirtuar els fets que van motivar la incoació del procediment, i per no existir el suposat incompliment de l'Ajuntament que s'adduïa.

11. El 22 de maig de 2017, l'Alcaldia va proposar desestimar íntegrament les al·legacions plantejades i resoldre el contracte formalitzat el 27 de setembre de 2012, per incompliment culpable de l'adjudicatària d'obligacions essencials, d'acord amb la causa de resolució contractual indicada; confiscar la garantia constituïda i exigir la indemnització dels danys i el rescabament dels perjudicis. Es va acordar, així mateix, elevar l'expedient a la Comissió Jurídica Assessora i suspendre el termini de resolució del procediment.

12. El 31 de maig de 2017 va tenir entrada al Departament de Governació, Administracions Públiques i Habitatge l'expedient tramitat i la petició de l'alcalde de l'Ajuntament de Creixell de trametre'l a la Comissió Jurídica Assessora, a fi d'emetre'n el dictamen preceptiu.

13. Per dos oficis de la subdirectora general d'Assistència Jurídica i Règim Local, de 19 de juny i de 28 de juliol de 2017, es va demanar una documentació addicional; peticions que es van atendre, respectivament, per dos escrits que van tenir entrada el 20 de juny i el 3 d'agost al Departament de Governació, Administracions Públiques i Habitatge.

14. El mateix dia 3 d'agost de 2017, la responsable de Patrimoni de les Entitats Locals, amb el vistiplau de la subdirectora d'Assistència Jurídica i Règim Local, va informar favorablement sobre la tramesa de l'expedient a la Comissió Jurídica Assessora.

15. Amb la petició prèvia formulada per l'Ajuntament de Creixell, tramesa per la consellera de Governació, Administracions Públiques i Habitatge, i registrada d'entrada a la Comissió el 21 de setembre de 2017, es va emetre el Dictamen 294/2017, aprovat en la sessió de 26 d'octubre de 2017, que va declarar la caducitat del procediment, sense entrar en el fons de les qüestions plantejades.

16. Per Resolució d'Alcaldia de 15 de febrer de 2018, es va declarar la caducitat del procediment de resolució del contracte, incoat el 4 d'abril de 2017 i, en el mateix acte, es va incoar un nou procediment per a resoldre el contracte de gestió indirecta del servei municipal de llar d'infants, per incompliment culpable de la contractista de les obligacions contractuals essencials, causa de resolució prevista en l'article 223 del TRLCSP.

17. En concret, es manifesta que s'havien incomplert les obligacions essencials establertes en els apartats 7, 8 i 12, de la clàusula 18 del plec de clàusules, consistents a facilitar informació del funcionament del servei, a requeriment de l'Ajuntament, presentació anual d'informació relativa al professorat i a l'alumnat, i fer-se càrrec de les obligacions en relació amb el pagament de salaris del personal i cotitzacions a la Seguretat Social.

18. Després de dos intents de notificació de la resolució anterior practicats al domicili de l'empresa afectada –tal i com així resulta de la diligència negativa de lliurament de notificació emesa per la Policia Local de Creixell–, consta que, el 28 de febrer de 2018, es va publicar l'edicte corresponent, sense que l'adjudicatari hagués comparegut en l'expedient ni hi hagués formulat al·legacions, segons es fa constar en la diligència de 27 de març de 2018, emesa pel secretari municipal.

19. El 28 de març de 2018, el secretari interventor municipal va informar sobre la resolució del contracte de concessió administrativa del servei públic de l'escola bressol municipal, per raó de l'incompliment culpable de l'empresa d'obligacions essencials, segons la causa que preceptua l'article 223 del TRLCSP.

20. Pel Decret d'alcaldia de la mateixa data de 28 de març de 2018, i un cop exposats els antecedents i els fonaments de dret, es va proposar la resolució del contracte adjudicat el 6 de setembre de 2012, per incompliment culpable de les obligacions essencials de la contractista, supòsit incardinable en la causa de resolució contractual assenyalada, i elevar l'expedient a la Comissió Jurídica Assessora, amb la suspensió correlativa del termini de resolució del procediment.

21. El 20 d'abril de 2018 va tenir entrada al Departament de Governació, Administracions Públiques i Habitatge l'expedient tramitat i la petició de l'alcalde de l'Ajuntament de Creixell de trametre'l a la Comissió Jurídica Assessora, a fi d'emetre'n el dictamen preceptiu.

22. Mitjançant un ofici de la responsable de Patrimoni de les Entitats Locals de la Direcció General d'Administració Local de 25 d'abril de 2018, es va sol·licitar a l'Ajuntament una documentació addicional, petició que consta atesa el dia 26 d'abril, a través de la plataforma EACAT.

23. El 30 d'abril de 2018, la responsable de Patrimoni de les Entitats Locals, amb el vistiplau de la subdirectora general d'Assistència Jurídica i Règim Local, va informar favorablement sobre la tramesa de l'expedient a la Comissió Jurídica Assessora.

24. El 25 de juny de 2018 va tenir entrada en aquest òrgan consultiu la petició de dictamen, formulada per l'Ajuntament de Creixell i tramesa per la consellera de la Presidència, i en la sessió del dia 28 de juny, el Ple de la Comissió la va admetre a tràmit i en va nomenar ponent.

FONAMENTS JURÍDICS

I. Objecte del Dictamen

És objecte d'aquest Dictamen la proposta de l'Ajuntament de Creixell de resolució del contracte de gestió del servei públic de l'escola bressol municipal, que es va adjudicar en la modalitat de concessió a l'empresa Privilege Class 1909, SL. El termini de la concessió és de dos anys, corresponents als dos cursos escolars següents a la data de posada en funcionament del servei (2012-2013 i 2013-2014), prorrogables a cinc anys més.

Les causes de resolució invocades són les previstes en l'article 223, lletres f) i h) del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSP), ja que l'Ajuntament addueix l'incompliment culpable del contractista d'obligacions contractuals essencials i altres causes establertes expressament en el contracte.

En concret, segons la proposta de resolució, el contractista ha incomplert reiteradament les obligacions contingudes en els apartats 7è, 8è i 12è de la clàusula 18 del Plec de clàusules

administratives, consistents a facilitar a l'Ajuntament la informació sobre el funcionament del servei que se li requereixi, presentar anualment la informació relativa al professorat i a l'alumnat, i fer-se càrrec de les obligacions relatives al pagament de salaris del personal i les cotitzacions a la Seguretat Social.

El mateix assumpte ja va ser objecte d'un dictamen anterior, el 294/2017, aprovat en la sessió de 26 d'octubre de 2017, que va declarar la caducitat del procediment, sense entrar en el fons de les qüestions plantejades. Arran d'aquell pronunciament, l'Ajuntament de Creixell va declarar la caducitat de l'expedient iniciat el 4 d'abril de 2017 i, en el mateix acte, va incoar el nou procediment per a la resolució del contracte, que és l'objecte del present pronunciament.

II. Intervenció de la Comissió Jurídica Assessora

La intervenció preceptiva d'aquest òrgan consultiu 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. En aquest cas, 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 (actualment, article 191.3.a) de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic –LCSP–), 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 mateix sentit s'expressa l'article 109.1.d) del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre (RGCAP).

En el present procediment, per bé que l'empresa no ha comparegut en l'expedient ni hi ha formulat al·legacions, sí que consta que, per mitjà d'un escrit presentat el 19 d'abril de 2017 – en el procediment anterior declarat caducat–, va oposar-se d'una manera expressa a la resolució contractual, per la qual cosa, i malgrat la incompareixença en el nou procediment, se n'ha de pressuposar l'oposició a la resolució contractual, tal i com així igualment ha considerat l'òrgan instructor.

III. Normativa d'aplicació

Respecte a la normativa o règim jurídic aplicable al contracte, tenint en compte que aquest es va adjudicar el 6 de setembre de 2012 i es va formalitzar el 27 del mateix mes, es regeix pel TRLCSP, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, vigent des del 16 de desembre de 2011; pel desplegament reglamentari parcial de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret 817/2009, de 8 de maig; pel desplegament reglamentari de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre (RGCAP); i per la normativa de règim local, integrada per la Llei 7/1985, de 2

d'abril, reguladora de les bases de règim local, el Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya (TRLMRLC), el Decret 179/1995, de 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals de Catalunya (ROAS), i el Decret 336/1998, de 17 d'octubre, pel qual s'aprova del Reglament de patrimoni dels ens locals. Així es preveu igualment en el Decret d'adjudicació de la concessió, en el contracte formalitzat per les parts i en el Plec de clàusules administratives particulars (clàusula 2, relativa a la naturalesa jurídica del contracte).

I pel que fa a la normativa d'aplicació al procediment de resolució –que s'ha de regir per la legislació vigent en el moment en què s'inicia–, ho és igualment el TRLCSP, per raons temporals, atès que la incoació de l'expedient va tenir lloc el 15 de febrer de 2018, quan encara no havia entrat en vigor la vigent LCSP, que ho va fer el 9 de març de 2018, amb posterioritat a l'inici de l'expedient que ara és objecte de dictamen.

IV. Consideracions de forma i procediment

IV.1. La competència per a incoar el procediment de resolució del contracte

La normativa reguladora de la contractació del sector públic no determina expressament l'òrgan competent per a incoar el procediment de resolució. En efecte, ni el TRLCSP ni l'RGCAP contenen cap precepte relatiu a aquest aspecte concret del procediment. No obstant això, segons ha afirmat aquesta Comissió (entre d'altres, dictàmens 383/2015, 6/2016, 336/2016 i 60/2017), en coincidència amb altres òrgans consultius (per exemple, amb un examen específic d'aquesta qüestió, *vid.* el Dictamen 140/1997, de 30 d'octubre, del Consell Consultiu d'Andalusia), davant la manca d'indicació legal expressa cal entendre que la competència correspon al mateix òrgan que la té atribuïda per a resoldre el contracte (articles 210 i 224.1 del TRLCSP; article 109 de l'RGCAP i article 261.3 del ROAS). Atès el caràcter bàsic de l'article 224.1 TRLCSP, la competència no correspon al Ple, com al·lega la concessionària invocant l'article 261.3 del ROAS, sinó a l'òrgan de contractació. En el cas examinat, és l'alcalde de l'Ajuntament de Creixell qui va adoptar l'acord d'adjudicació del contracte (Decret d'alcaldia de 6 de setembre de 2012) i també l'acord d'incoació del procediment de resolució contractual (Decret d'alcaldia de 28 de març de 2018), de manera que el procediment ha estat incoat per l'òrgan competent.

IV.2. El procediment de resolució del contracte

Segons l'article 224.1 del TRLCSP, la resolució del contracte s'ha d'acordar "seguint el procediment que les normes de desplegament d'aquesta Llei estableixi". En aquest sentit, la disposició final sisena del TRLCSP conté l'habilitació per a desplegar reglamentàriament el text legal: "S'habilita el Govern per dictar, en l'àmbit de les seves competències, les disposicions necessàries per al desplegament i l'aplicació del que estableix aquesta Llei." A manca d'aquest desplegament reglamentari, cal entendre feta aquesta remissió legal a

l'encara vigent RGCAP, en concret, a l'article 109 ("Procediment per a la resolució dels contractes").

Pel que fa a la documentació que conforma l'expedient, cal indicar que es troba degudament indexat i foliat.

De l'anàlisi de la documentació incorporada a l'expedient es constata que la tramitació seguida per l'Ajuntament de Creixell per a procedir a la resolució del contracte s'ajusta a les previsions contingudes en la normativa d'aplicació. En efecte, en l'expedient consten les actuacions següents: la declaració de caducitat de l'expedient incoat el 4 d'abril de 2017, d'acord amb el pronunciament de la Comissió en el Dictamen 294/2017 (així com la caducitat d'un altre expedient posterior, que es va incoat el 22 de desembre de 2017); la resolució d'incoació del nou procediment, amb la indicació dels incompliments que s'imputen a la contractista i la causa de resolució que s'invoça; un informe jurídic previ del secretari interventor municipal; els documents relatius a l'adjudicació i formalització del contracte, així com diversos documents posteriors que acrediten els incompliments del contractista que esmenta l'Ajuntament; la notificació de l'acord amb l'atorgament del tràmit d'audiència a la concessionària, que no hi va formular al·legacions, per bé que s'ha incorporat l'escrit d'al·legacions que va presentar en l'expedient ja dictaminat, oposant-se a la resolució contractual; l'informe jurídic del secretari de l'ens local (i també l'anterior informe jurídic, de 19 de maig de 2017, que analitzava i valorava les al·legacions formulades); i la proposta de resolució de l'alcalde.

Clou l'expedient la tramesa de la documentació anterior a la Comissió Jurídica Assessora per a l'emissió del dictamen preceptiu.

Tot i que en el decret d'incoació de l'expedient no es proposa confiscar la garantia –ni tampoc en la proposta de resolució–, s'ha de destacar que, segons les dades que resulten de l'expedient, la garantia definitiva en vigor va ser dipositada per la mateixa empresa adjudicatària a través de la carta de pagament de 5.037 euros.

IV.3. El temps en el procediment de resolució del contracte

Pel que fa al termini màxim per a resoldre i notificar la resolució del contracte, cal manifestar que, en defecte de previsió expressa en la normativa sobre contractació pública, és d'aplicació la legislació sobre procediment administratiu comú, en els termes establerts en el primer apartat de la disposició final tercera del TRLCSP, segons la qual: "Els procediments que regula aquesta Llei es regeixen, en primer terme, pels preceptes continguts en aquesta i en les seves normes de desplegament i, subsidiàriament, pels de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, i normes complementàries." En l'actualitat, la remissió feta a la derogada Llei 30/1992 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". I afegim,

en la lletra a), que aquest termini s'ha de computar "En els procediments iniciats d'ofici, des de la data de l'acord d'iniciació".

El còmput del termini de resolució, en aquest cas, de tres mesos, es pot suspendre tal com així es determina en l'article 11 de la Llei 5/2005, de 2 de maig, institucional de la Comissió, que estableix que l'òrgan que tramita el procediment, si el dictamen té caràcter preceptiu – com és el cas de la resolució contractual–, i és determinant per a la resolució del procediment, pot suspendre el termini de resolució fins que la Comissió Jurídica Assessora no emeti el dictamen o fins que no hagi transcorregut el termini per a emetre'l, suspensió que no pot excedir en cap cas dels tres mesos (article 22.1, lletra d) de l'LPAC).

Quant al concret expedient sotmès a dictamen, s'ha de precisar que es va incoar el 15 de febrer de 2018, es va suspendre el 28 de març de 2018, i es va registrar d'entrada al Departament de Governació, Administracions Públiques i Habitatge el 20 d'abril de 2018. I, després d'haver-se sol·licitat, el dia 25 d'abril de 2018, una documentació addicional –petició que va ser atesa–, es va emetre, el 30 d'abril de 2018, l'informe jurídic favorable, i l'expedient va tenir entrada a la Comissió el 25 de juny de 2018.

A la vista de les dates anteriors, el procediment iniciat el 15 de febrer de 2018 no ha caducat, en no superar-se la suma dels terminis màxims de tres mesos per a resoldre el procediment, més el de tres mesos de suspensió.

V. Consideracions sobre el fons de la qüestió

V.1. Els documents de l'expedient i la posició de les parts

a) En aquest expedient es proposa la resolució de la concessió administrativa del servei públic de l'escola bressol municipal, que l'Ajuntament de Creixell va adjudicar a l'empresa Privilege Class 1909, el 6 de setembre de 2012, per als dos cursos escolars 2012-2013 i 2013-2014, amb la previsió que podia ser prorrogat d'una manera expressa per cinc cursos escolars.

b) Del que resulta de la certificació del secretari municipal de 22 d'agost de 2014, la Junta de Govern Local, el 21 d'agost de 2014, va acordar prorrogar el contracte des del curs 2014-2015 fins al curs 2018-2019.

Cal posar de manifest que aquesta pròrroga es va adoptar amb l'informe previ desfavorable del secretari interventor, per causa que el concessionari no havia complert les condicions del Plec de clàusules jurídiques i economicoadministratives que regien la concessió, tot assenyalant que no s'havien abonat les quanties requerides de les despeses del concurs, per un import de 976,70 euros, que no s'havien fet càrrec de les despeses de subministraments d'aigua, telèfon, energia elèctrica i fotocopiadora, amb un deute total d'11.320,43 euros, i que

tampoc s'havia donat compliment a la clàusula 18.8, referida a la presentació de la informació acadèmica, econòmica i de gestió, a l'inici del curs, trimestral, i en acabar el curs escolar.

En l'acord finalment adoptat, es va fer constar que la decisió municipal sobre la pròrroga no es podia basar en el deute de la concessionària, i menys encara si es tenia en compte l'existència d'una situació de desequilibri pressupostari derivat de la situació del sector i motivat, entre d'altres, pel descens de les matriculacions i de l'aportació de la Generalitat. Així que, considerant la importància per al municipi de Creixell que es continués donant el servei, s'acorda signar un conveni per tal de formalitzar la pròrroga, en el que es faria constar "el reconeixement i pagament del deute o en el seu cas la regularització de l'aportació municipal per garantir l'equilibri de la concessió".

c) En data de 25 de setembre de 2015, la Diputació de Tarragona va resoldre declarar la pèrdua total del dret de cobrament de les subvencions concedides a l'Ajuntament de Creixell per als cursos 2012-2013 i 2013-2014 per a l'actuació "Escola Bressol", per manca de presentació de la documentació justificativa de la seva actuació. Segons l'informe del secretari interventor de 8 d'octubre de 2015, l'Ajuntament no va poder presentar aquesta documentació perquè la concessionària, tot i haver estat requerida en diverses ocasions, no va facilitar a l'Ajuntament la informació necessària, d'acord amb els paràmetres exigits. Consten a l'expedient dos escrits del secretari de l'Ajuntament de Creixell, de 9 de març de 2015 i 21 d'abril de 2015, en què reclamava a la concessionària aquesta documentació.

d) El 8 d'octubre de 2015 el secretari interventor de l'Ajuntament de Creixell va emetre un informe, adreçat a l'Alcalde, en el qual posava de manifest el perjudici econòmic de l'Ajuntament derivat de la pèrdua de la subvenció de la Diputació, que imputava a la concessionària i que considerava que aquesta havia de rescabalar.

e) El 10 de setembre de 2015 l'alcalde de l'Ajuntament va trametre dos requeriments a l'empresa Privilege Class 1909 per tal que, d'una banda, regularitzés el deute pendent amb l'Ajuntament en relació amb el pagament dels serveis de telefonia, energia elèctrica, aigua i fotocopiadora corresponent als cursos 2012-2013, 2013-2014 i 2014-2014, i que ascendien a 21.308 euros; i, d'una altra, lliurés els certificats d'estar al corrent de les obligacions tributàries i amb la Seguretat Social i d'haver formalitzat la pòlissa de responsabilitat civil corresponent.

f) En data de 28 de gener de 2016, l'empresa concessionària va enviar un escrit de resposta als diversos requeriments de l'Ajuntament, de sol·licitud d'informació i de pagament de deutes pendents, en el qual afirmava que, a causa del dèficit acumulat per l'empresa en els cursos 2012/2013, 2013/2014 i 2014/2015, s'havia trencat l'equilibri financer del contracte i la subvenció de l'Ajuntament s'havia d'incrementar d'una manera proporcional.

Segons els càlculs presentats per la concessionària, és l'Ajuntament qui té un deute pendent amb ella (que quantifica en 111.124 euros), i no a la inversa, de manera que reclama el

pagament d'aquest deute o, si escau, la compensació o anul·lació de les quantitats que li reclamen a ella (en concret, del deute pendent, que reconeix, de 21.308 euros).

g) El 26 de juliol de 2016, l'alcalde de l'Ajuntament de Creixell va emetre un decret en el qual, després de posar de manifest que l'empresa tenia un deute amb l'Ajuntament de 21.308 euros i que l'Ajuntament tenia pendent de fer efectiva la liquidació provisional de la subvenció de la Generalitat de Catalunya per a la llar d'infants per al curs 2015-2016, per un import de 18.725 euros, va resoldre compensar l'ingrés del deute pendent per la concessionària amb l'import degut per la liquidació provisional de la subvenció, i va requerir a l'empresa que abonés a l'Ajuntament la diferència (2.583 euros).

h) En data de 27 de juliol de 2016 l'administrador de l'empresa concessionària va presentar un recurs de reposició contra el decret d'alcaldia, en el qual sol·licitava cobrar l'import íntegre de la subvenció de 18.725 euros i deixar sense efecte la compensació del crèdit que establia el Decret d'alcaldia de 26 de juliol de 2016, amb el compromís de pagar el deute pendent.

i) En data de 14 de febrer de 2017, va tenir entrada a l'Ajuntament de Creixell una cèdula de notificació de la Tresoreria General de la Seguretat Social, per la qual es feia saber que, el 8 de febrer de 2017, s'havia dictat una diligència d'embargament contra la concessionària, per un deute contret amb la Seguretat Social de 26.531,04 euros. A l'expedient també consta una altra diligència d'embargament de crèdits anterior, d'11 de maig de 2016, per un import de 3.747,90 euros; i un certificat de 18 d'octubre de 2016 en què s'informava que la concessionària mantenia un deute amb la Tresoreria General de la Seguretat Social per un import de 14.918,49 euros.

j) A la documentació rebuda hi figuren, així mateix, d'altres requeriments i escrits que posen de manifest les relacions entre les dues parts signants. De la documentació aportada, se n'ha de destacar que l'empresa, en compliment d'un requeriment previ de l'ens local, va presentar, el 30 de març de 2017, un informe especial emès per un auditor de comptes i advocat, en què, entre d'altres, reiterava la reclamació d'un deute de l'Ajuntament amb l'empresa derivat del dèficit de la concessió de l'escola bressol, que es quantificava en 249.188,84 euros (petició que ja havia fet en un escrit anterior, presentat el 31 de maig de 2016). En aquest escrit demanava el pagament imminent del 50 % d'aquella quantitat, "a fi i efecte de no abocar a l'empresa concessionària a una insolvència que vindria causada per l'incompliment de l'Ajuntament en les seves obligacions contractuals [...]". L'informe aportat, entre d'altres aspectes valorats, verificava que el volum real d'alumnes havia estat del 50 % dels proposats per l'Ajuntament en el mateix concurs, cosa que justificaria que el dèficit no provingués d'una mala gestió de costos sinó per una estimació d'alumnes totalment desproporcionada, que va fixar inicialment en 74 alumnes/any, quan en realitat només se'n matriculaven al voltant de 35 cada any.

L'Ajuntament va considerar que aquell informe no acomplia el requeriment municipal, perquè no era una auditoria dels comptes de l'explotació de l'activitat, ni era una certificació d'un

ensor jurat de comptes, i, per mitjà d'un ofici de 3 d'abril de 2017, va informar la concessionària que restava pendent de compliment el que se li havia requerit.

En l'informe jurídic del secretari de l'Ajuntament, de 3 d'abril de 2017, es va analitzar la problemàtica relacionada amb l'execució del contracte, que podria donar lloc a l'aplicació de les mesures previstes al plec de clàusules pels supòsits d'incompliments, i es va concloure, entre d'altres, que estaven acreditades a l'expedient les circumstàncies dels incompliments respecte de les obligacions essencials de l'adjudicatari, que habilitaven l'Ajuntament per a iniciar un expedient de resolució de la concessió.

k) Arran de l'informe jurídic esmentat, en data de 4 d'abril de 2017, es va resoldre incoar el procediment de resolució del contracte de concessió administrativa del servei públic d'escola bressol municipal de Creixell a Privilege Class 1909, SL, que va ser declarat caducat per la Resolució d'Alcaldia de 15 de febrer de 2018, mitjançant la qual, alhora, es va incoar el procediment que ara és objecte de dictamen.

La causa de resolució invocada en el primer procediment de resolució contractual és la prevista en l'article 223, lletra h), del TRLCSP. Els motius concrets adduïts són l'incompliment culpable de la contractista de les obligacions contingudes en la clàusula 18 –"Obligacions de l'adjudicatari"–, apartats 7è, 8è i 12è del Plec de clàusules, que determinen les obligacions de facilitar a l'ens local la informació del funcionament del servei que se li requereixi, la presentació anual de la informació relativa al professorat i a l'alumnat, i fer-se càrrec de les obligacions en relació amb el pagament de salaris del personal i cotitzacions a la Seguretat Social. La Resolució d'alcaldia fonamenta aquests incompliments en els diversos requeriments als quals la societat no va donar compliment, i que van tenir com a conseqüència la pèrdua del dret de cobrament de dues subvencions, en els deutes de l'empresa amb la Seguretat Social, i en els pagaments autoritzats per l'Ajuntament i les compensacions de crèdit aprovades.

També es fa constar que en la clàusula 23, lletra A, apartat 10 del plec de clàusules administratives del contracte –relativa al règim sancionador– es tipifica com a infracció molt greu l'incompliment reiterat de les instruccions donades per la Corporació respecte a la gestió del servei; i que, d'acord amb el contingut de l'apartat 2 de la clàusula 24 –relativa a l'extinció del contracte–, l'existència de qualsevol de les infraccions qualificades com a molt greus pot donar lloc a l'extinció de la concessió per causes imputables a l'adjudicatari.

En el nou procediment de resolució contractual incoat, l'ens local no assenyala cap lletra en concret de les que consten en l'article 223 del TRLCSP com a causa de resolució en particular, però es refereix expressament a "l'incompliment culpable del contractista d'obligacions essencials del concessionari", concretades en els apartats 7è, 8è i 12è de la clàusula 18 del Plec, de manera que s'està invocant un incompliment previst en l'article 223.f) del TRLCSP.

l) En les al·legacions formulades el 19 d'abril de 2017 –en l'anterior procediment de resolució contractual que va caducar– l'empresa afectada va oposar-se a la resolució, en manifestar que havia presentat les justificacions demanades (despeses i ingressos del servei, informació del professorat i alumnat, i pagament de salaris i cotitzacions), així com l'informe elaborat per un auditor de comptes, i d'altra documentació que relacionava, per la qual cosa entenia que havia acomplert les seves obligacions; i que les diligències d'embargament cursades per la Seguretat Social van ser causades per l'incompliment previ de l'ens local de les seves obligacions econòmiques, de manera que va abocar l'empresa al col·lapse financer, cosa que no podia posteriorment ser utilitzat per a rescindir el contracte.

Va al·legar també que el responsable de perdre les subvencions no va ser l'empresa sinó el mateix Ajuntament, a qui responsabilitza de no haver mantingut l'equilibri financer de la concessió, en no haver complert amb els compromisos i obligacions de consignar partides suficients per a abonar els costos del servei i haver deixat de pagar el dèficit del servei, per la qual cosa entenia que era procedent el rescat de la concessió, que se li indemnitzés pels perjudicis soferts i que se li abonessin els imports pendents de pagament en concepte de dèficit acumulat del servei.

En aquest escrit d'al·legacions sol·licita l'anul·lació del Decret d'alcaldia de 27 d'abril de 2017, el rescat de la concessió i una indemnització de 248.188,84 euros.

m) El secretari interventor municipal, el 28 de març de 2018 va informar sobre la procedència de resoldre el contracte de concessió administrativa del servei públic de l'escola bressol municipal, per raó de l'incompliment culpable de l'empresa d'obligacions essencials, en els termes ja indicats. En aquest informe s'indica que es donen per reproduïdes les al·legacions presentades en el procediment anterior i, tot i que no les torna a analitzar, fa constar la seva desestimació íntegra.

En aquest darrer sentit, cal remetre's a l'informe de 19 de maig de 2017, que va analitzat i desestimar les al·legacions de la contractista per no haver-se acreditat, per mitjà de proves documentals, el compliment dels diversos requeriments de l'Ajuntament i, en particular l'obligació d'aportar la documentació justificativa de despeses i ingressos. Es considera, en particular, que l'informe especial emès per un auditor de comptes no pot suplir aquesta documentació, ja que "són treballs diferents a l'auditoria de comptes". També es posa de manifest que, ni en els plecs de clàusules ni en el contracte es preveu cap subvenció d'explotació del servei per raó de la qual l'Ajuntament pogués estar en deute amb la concessionària; i que el rescat és una facultat de l'ens local sobre la qual l'afectada no té cap disposició.

n) Clou l'expedient el Decret d'alcaldia de 28 de març de 2018, en què es proposa la resolució del contracte adjudicat el 6 de setembre de 2012, per incompliment culpable del contractista d'obligacions essencials, d'acord amb la causa de resolució contractual prevista en l'article

223 del TRLCSP; i s'acorda elevar l'expedient a la Comissió Jurídica Assessora, amb la correlativa suspensió del termini de resolució del procediment.

V.2. La procedència de la resolució del contracte

Com s'ha vist en l'apartat anterior, tant l'acord d'incoació del procediment com la proposta de resolució vinculen els fets mereixedors de la resolució del contracte a l'incompliment de determinades previsions que es contenen en el Plec de clàusules, sense especificar, com seria procedent, l'apartat concret de l'article 223 del TRLCSP en el qual s'empara la proposta. No obstant això, de la motivació efectuada en l'acord d'incoació i en la proposta de resolució queda clar que la proposta s'empara en "l'incompliment d'obligacions essencials del concessionari", concretades en els apartats 7è, 8è i 12è de la clàusula 18 del Plec de clàusules, de manera que s'invoça "l'incompliment de les restants obligacions contractuals essencials, qualificades com a tals en els plecs o en el contracte" i "les que estableix expressament el contracte", contingudes, respectivament, en les lletres f) i h) de l'article 223 del TRLCSP.

Les previsions dels apartats 7è, 8è i 12è de la clàusula 18 del Plec de clàusules, que l'Ajuntament de Creixell considera infringides, formen part del conjunt de les obligacions i requeriments que ha de complir el contractista, però no es configuren com de caràcter essencial en els plecs i el seu incompliment no està previst com a causa específica de resolució del contracte. Això fa necessari analitzar, en primer lloc, si els fets en els quals es basa la proposta de resolució autoritza la resolució contractual a l'empara de l'apartat f) de l'article 223 del TRLCSP, que considera causa de resolució del contracte "L'incompliment de les restants obligacions contractuals essencials, qualificades com a tals en els plecs o en el contracte".

La Comissió s'ha pronunciat en diverses ocasions sobre la interpretació de l'article 223.f) del TRLCSP, entre d'altres, en els dictàmens 5/2016, 138/2016, 139/2016, 146/2016 i, més recentment, en els dictàmens 188/2017 i 331/2017.

En el primer dels dictàmens citats, aquest òrgan consultiu va assenyalar que: «l'article 223.f) del TRLCSP indica les diverses causes que possibiliten que l'Administració resolgui un contracte, i són les que legitimen l'exercici d'aquesta significativa prerrogativa o privilegi. Entre les causes que s'estableixen *ope legis* hi ha, entre d'altres, la mort o incapacitat sobrevinguda del contractista o l'extinció de la seva personalitat jurídica, la declaració de concurs o insolvència, el mutu acord o la demora en el compliment dels terminis. En el punt f) també es preveu com a causa l'incompliment de les restants obligacions contractuals essencials, qualificades com a tals en els plecs o en el contracte. La redacció literal d'aquest punt porta a considerar, d'una banda, que les causes indicades en el mateix precepte són totes essencials, i d'una altra, que les que no s'hi indiquen requereixen per a poder considerar-se essencials que així s'hagi fixat expressament en el plec o en el contracte. En les normes reguladores vigents amb anterioritat al TRLCSP, també es preveïen causes nítidament assimilables a la

que avui es conté en el precepte referit. Així, l'article 111 del TRLCAP, en l'apartat g), i l'article 112.g) de l'LCAP (que és el que resulta aplicable per raons cronològiques a l'objecte de dictamen) determinaven com a causa de resolució "[...] L'incompliment de les obligacions contractuals essencials restants". Però, escau remarcar, així mateix, que en l'apartat h) d'aquelles normes es feia referència, addicionalment, a "Les que s'estableixin expressament en el contracte [...]". Aquesta al·lusió, com deia la Comissió en el Dictamen 205/2012, "va ser interpretada per la doctrina en el sentit que l'LCAP deixava per un costat cert marge d'apreciació de les obligacions que l'Administració considerava essencials, en virtut de la prerrogativa d'interpretar els contractes reconeguda en l'article 59.1 del mateix text legal, i, per un altre costat, permetia resoldre el contracte, per qualsevol causa recollida en una clàusula, sense necessitat que aquesta hagués estat qualificada expressament com a essencial. Aquests problemes d'interpretació s'han superat amb la nova legislació, el TRLCSP, ja que exigeix que es digui expressament que tenen aquest caràcter en els plecs o en el contracte".»

El Dictamen precitat, així com els dictàmens 315/2015, 137/2016, 138/2016 i 146/2016, tracten la qüestió de l'incompliment d'aquelles obligacions contractuals que, malgrat que no han estat qualificades d'essencials en els plecs, poden ser considerades com a tals, i, per tant, són causa de resolució del contracte. En aquests dictàmens, la Comissió ha assenyalat que preval la nota de l'essencialitat de l'obligació sobre l'aspecte formal. En concret, en el Dictamen 146/2016, la Comissió va assenyalar que "l'essencialitat no és una qüestió merament formal, d'haver designat com a essencials determinades obligacions, sinó que cal atendre el contingut de les obligacions en el marc de l'objecte i l'economia del contracte".

En aquest cas en concret es constata que totes les obligacions de l'adjudicatari, inclosa la prestació del servei sense interrupcions, s'estableixen a la clàusula 18 del Plec, sense que es faci esment al seu caràcter essencial o no. D'entre les obligacions que ha incomplert el concessionari n'hi ha algunes de particularment rellevants, que es deriven directament del TRLCSP, i que es reiteren en el Plec, com la prevista a l'apartat 12 de la clàusula 18, relativa al compliment de les obligacions laborals en matèria de salaris i Seguretat Social. Aquest incompliment està perfectament documentat a l'expedient. Altres incompliments tenen a veure amb el correcte exercici de les potestats de supervisió i inspecció del compliment del contracte per part de l'Ajuntament i amb la responsabilitat d'aquest sobre la correcta gestió del servei, com és el cas de les obligacions previstes en els apartats 7 i 8 de la clàusula 18, que obliga l'adjudicatari a "informar i facilitar a l'Ajuntament la documentació relativa al funcionament del servei quan aquest ho sol·liciti" i a trametre trimestralment i a l'inici i al final de curs diversa documentació relativa al funcionament del servei. El fet que la manca de compliment dels requeriments d'aportació de documentació per part de la concessionària hagi pogut desencadenar en una pèrdua de les subvencions concedides per la Diputació a l'Ajuntament de Creixell per als cursos 2012-2013 i 2013-2014 per a l'actuació "Escola Bressol", constitueix un clar indicatiu de la rellevància d'aquestes obligacions, que també es van incomplir.

En l'expedient queden acreditats nombrosos requeriments de l'Ajuntament que han estat desatesos, o només atesos parcialment, per part de la concessionària. Aquest incompliment de l'apartat 7 de la clàusula 18 s'ha de vincular amb l'apartat 10 de la clàusula 23, lletra A del Plec, que tipifica com a infracció molt greu l'incompliment reiterat de les instruccions donades per la Corporació respecte a la gestió del servei. En relació amb això, cal recordar que l'apartat 2 de la clàusula 24 –relativa a l'extinció del contracte–, estableix que “podrà donar lloc a l'extinció de la concessió per causes imputables a l'adjudicatari l'existència de qualsevol de les infraccions qualificades com a molt greus”.

Per tant, de conformitat amb la informació que consta en l'expedient i les consideracions indicades en relació amb els fets i la normativa aplicable, aquesta Comissió Jurídica Assessora estima que efectivament s'ha produït un incompliment d'obligacions essencials del contractista, així com una falta molt greu, susceptible de donar lloc a l'extinció de la concessió, de manera que cal informar favorablement sobre la proposta de resolució del contracte.

V.3. Els efectes de la resolució del contracte

Cal fer referència, finalment, als efectes de la resolució del contracte i, en particular, a la seva incidència sobre la garantia constituïda pel contractista.

Els efectes més rellevants de la resolució del contracte per incompliment culpable del contractista són la confiscació o pèrdua de la garantia definitiva prestada i la indemnització dels danys i perjudicis ocasionats a l'Administració. Com ja va dir aquest òrgan consultiu en el Dictamen 38/2017, la normativa contractual ha establert un estret vincle entre ambdues conseqüències de la resolució contractual, a través de la funció atribuïda legalment a la garantia definitiva i, més en concret, al valor atorgat a la seva confiscació en aquests supòsits d'extinció anticipada del contracte.

L'article 100 del TRLCSP (“Responsabilitats a què estan afectes les garanties”) disposa, en la lletra c), que la garantia respon, entre altres conceptes, “De la confiscació que es pot decretar en els casos de resolució del contracte, d'acord amb el que estigui establert en el mateix contracte o en aquesta Llei”. Aquest mateix text legal, en l'article 225.3, en el context de la determinació dels efectes de la resolució contractual per incompliment culpable del contractista, vincula la pèrdua de la garantia i la indemnització dels danys i perjudicis que la resolució hagi causat a l'Administració: “Quan el contracte es resolgui per incompliment culpable del contractista, aquest ha d'indemnitzar l'Administració pels danys i perjudicis ocasionats. La indemnització s'ha de fer efectiva, en primer terme, sobre la garantia que, si s'escau, s'hagi constituït, sense perjudici de la subsistència de la responsabilitat del contractista pel que fa a l'import que excedeixi el de la garantia confiscada.” A aquests efectes, segons l'article 225.4 del TRLCSP, “En tot cas l'acord de resolució ha de contenir pronunciament exprés sobre la procedència o no de la pèrdua, devolució o cancel·lació de la garantia que, si s'escau, hagi estat constituïda. Només s'ha d'acordar la pèrdua de la garantia

en cas de resolució del contracte per concurs del contractista quan el concurs hagi estat qualificat de culpable”.

En relació amb aquest aspecte cal posar de manifest que, a diferència del primer dels expedients objecte de dictamen per la Comissió, en què es va proposar també la confiscació de la garantia i l'exigència de la indemnització dels danys i el rescabament dels perjudicis – per raó dels ocasionats a l'ens local en la seva gestió d'obtenció i justificació de transferències i subvencions d'altres administracions–, en la proposta sobre la qual ara s'informa no figura cap d'aquests aspectes, de manera que aquesta Comissió tampoc s'hi ha de pronunciar.

En el recent Dictamen 77/2018, sobre una resolució contractual, ja s'ha dit que “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.”

En el present supòsit, i malgrat que l'Ajuntament hagi qualificat de culpable l'incompliment de l'empresa, l'eventual confiscació de la garantia i l'exigència de la indemnització dels danys i el rescabament dels perjudicis s'ha de determinar, si escau, en un procediment posterior.

En d'altres pronunciaments similars, la Comissió ja ha posat de manifest que la confiscació de la garantia no és un efecte automàtic de la resolució contractual, sinó que està subordinada a l'existència d'un incompliment culpable i a la determinació i quantificació dels perjudicis causats (entre d'altres, dictàmens 146/2016, 16/2017, 46/2017 i 283/2017). En el Dictamen 315/2017 es va assenyalar que “Per tal d'apreciar la culpabilitat del contractista, cal tenir en compte si aquest ha actuat d'una manera contrària a la bona fe, és a dir, “amb un patró de diligència comuna a l'estàndard ordinari de les obligacions imposades en el contracte (Sentència del Tribunal Suprem de 9 d'abril de 2008)” (dictàmens 315/2014 i 435/2014); i que “la importància de l'incompliment cal fonamentar-la en una conducta clarament contrària a la finalitat que persegueix el contracte formalitzat [...]”. En aquest cas, cal ponderar els efectes de l'incompliment de la concessionària amb l'eventual incidència de l'actuació de l'Ajuntament en els problemes financers que aquesta al·lega i justifica.

En qualsevol cas, aquesta ponderació no correspon realitzar-la en aquest moment sinó que, tal com la Comissió ha assenyalat, entre d'altres, en els dictàmens 16/2017, 283/2017 i 308/2017, cal que s'obri un procediment específic per a determinar, acreditar i valorar els danys i perjudicis que l'incompliment del contractista hagi pogut ocasionar a l'Ajuntament, amb les garanties i el contingut que estableix l'article 113 de l'RLCAP.

CONCLUSIÓ

S'informa favorablement sobre la resolució d'un contracte adjudicat per l'Ajuntament de Creixell a l'empresa Privilege Class 1909, SL, per a la gestió, mitjançant concessió, del servei d'escola bressol municipal.