



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
JUNTA DE GOBIERNO LOCAL

[REDACTED], CONCEJAL SECRETARIO DE LA JUNTA DE GOBIERNO LOCAL DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE GRANADA

CERTIFICA: Que la **Junta de Gobierno Local**, en su sesión ordinaria celebrada el día **quince de enero de dos mil dieciséis**, entre otros acuerdos, adoptó el que con el **núm. 16**, literalmente dice:

“Visto expediente **núm. 101/2012** del Área de Contratación, relativo a la **Resolución del Contrato de Concesión para la gestión y explotación del Centro Deportivo Municipal “Periodista Antonio Prieto”**, teniendo en cuenta el informe del Área de Contratación de fecha 16 de noviembre de 2015, que textualmente dice:

“En relación con el procedimiento incoado mediante Resolución nº 706/2015 de fecha 23 de septiembre de 2015 del Teniente Alcalde Delegado de Presidencia, Contratación y Transparencia, por la que se inicia un procedimiento para la resolución del contrato de concesión para la gestión y explotación del Centro Deportivo Municipal “Periodista Antonio Prieto” por causa de incumplimiento de la obligación contractual de pago del canon concesional, se informa lo siguiente:

PRIMERO.- Antes de entrar en el examen de las diferentes alegaciones presentadas en el presente procedimiento procede hacer constar que con fecha de 6 de noviembre de 2015 se recibe comunicación de la mercantil HISPACOLEX SERVICIOS JURÍDICOS S.L. poniendo en conocimiento de esta Administración que por Auto de fecha 20 de octubre de 2015 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada declaró en concurso de acreedores a la mercantil SERVICIO GRANADA S.L. y designando a la arriba citada sociedad como administradora Concursal.

SEGUNDO.- Se han presentado alegaciones por parte de **[REDACTED]**, en representación de la mercantil “SERVICIO GRANADA, S.L.”, con C.I.F. B-70352661, a la Resolución nº 706/2015 de fecha 23 de septiembre de 2015 del Teniente Alcalde Delegado de Presidencia, Contratación y Transparencia, por la que se resuelve iniciar el presente procedimiento de resolución.

Las alegaciones en esencia son las siguientes:

2º.1.- Se alega que no existe un supuesto de incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, habida cuenta que el 16 de marzo de 2015 “SERVICIO GRANADA, S.L.” presentó solicitud de aplazamiento para el abono del canon por la explotación del Complejo Deportivo Antonio Prieto Castillo.

Mediante esta solicitud se interrumpía la obligación de abono del canon, en aplicación de la Ley 58/23003, de 1º de diciembre, General Tributaria y en el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, que establece:

“Artículo 52. Resolución de solicitudes de aplazamientos y fraccionamientos.

4. Si la resolución dictada fuese denegatoria, las consecuencias serán las siguientes:

a) Si la solicitud fue presentada en periodo voluntario de ingreso, con la notificación del acuerdo denegatorio se iniciará el plazo de ingreso regulado en el artículo 62.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.”

El artículo citado declara, que en aquellos supuestos en los que se haya solicitado un aplazamiento, que es con el acuerdo denegatorio cuando surge la obligación de pago, o, como señala el artículo 52, cuando se inicia el plazo de ingreso.

Entiende que en tanto no sea resuelta la solicitud de aplazamiento no puede entenderse incumplida la obligación de la concesionaria, y que el único incumplimiento que se está produciendo es el del Ayuntamiento, en concreto de su obligación de resolver la solicitud de manera expresa.



Apoya además su postura en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. Sección 3ª, núm. de recurso 1699/2010, de 16 de marzo de 2012 que señala: *“Sin embargo, en relación con la cuestión suscitada, relativa a la procedencia del devengo de intereses en los términos en que son calculados por la Administraciónen el presente caso la deuda tributaria queda en suspenso desde el momento en que se formuló la solicitud de aplazamiento y aunque ciertamente no consta que la Administración hubiera dictado resolución a la solicitud de aplazamiento, lo que impedía que se iniciase la vía de apremio...”*

Por ello entiende que la solicitud de aplazamiento suspendió la obligación de pago, impidiendo tanto el inicio de la vía de apremio, como la situación de incumplimiento del contrato.

En respuesta a esta alegación y al objeto de clarificar la cuestión entendemos que debe examinarse el canon concesional desde dos puntos de vista:

En primer lugar el canon debe ser examinado desde el punto de vista de mera de satisfacción de una deuda económica, es decir, del pago de las deudas tributarias cuya regulación se encuentra establecida en la Ley General Tributaria, Reglamento General de Recaudación del Reglamento General de Recaudación y demás normativa de aplicación.

Las alegaciones del contratista en ese sentido han sido contestadas en la Resolución del Titular del Órgano de Gestión Tributaria nº 602/2015 de fecha 4 de noviembre de 2015 en respuesta al recurso de reposición interpuesto por parte de la sociedad contratista contra providencias de apremio de la cuantía del canon, cuyos argumentos hacemos nuestros y que en parte se reproducen a continuación:

... en primer lugar hay que señalar que el motivo de oposición alegado frente a las Providencias de Apremio señaladas, se refiere a las solicitudes de fraccionamiento o aplazamiento de deudas en periodo voluntario, circunstancia que no concurre en las deudas cuyas Providencias se impugnan, ya que en todas ellas finalizó el plazo de ingreso en periodo voluntario, con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud del aplazamiento en el pago de las deudas. Así señala literalmente el artículo 167.3.b) de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria que: “contra la providencia de apremio sólo serán admisibles los siguientes motivos de oposición: b) Solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación en periodo voluntario y otras causas de suspensión del procedimiento de recaudación”.

Respecto de las solicitudes de fraccionamiento o aplazamientos de pago de deudas en periodo ejecutivo, el artículo 65.5 de la ya citada Ley General Tributaria, establece que: “La presentación de una solicitud de aplazamiento o fraccionamiento en periodo voluntario impedirá el inicio del período ejecutivo, pero no el devengo del interés de demora. Las solicitudes en periodo ejecutivo podrán presentarse hasta el momento en que se notifique al obligado el acuerdo de enajenación de los bienes embargados. La Administración tributaria podrá iniciar o, en su caso, continuar el procedimiento de apremio durante la tramitación del aplazamiento o fraccionamiento. No obstante, deberán suspenderse las actuaciones de enajenación de los bienes embargados hasta la notificación de la resolución denegatoria del aplazamiento o fraccionamiento”.

Ciertamente, dado que la solicitud fue presentada con fecha 16 de marzo de 2015, en lo que respecta a las deudas referencias 192-2-2014-357-0 y 129-2-2014-703997-0, que se encontraban pendientes de pago en periodo voluntario, no se ha dictado Providencia de Apremio alguna, siendo totalmente ajustado a derecho el proceder de esta Administración respecto de las deudas referencias 129-2-2014-646188-4, 129-2-2014-205661-1 y 129-2-2014-675712-2, en las que se encontraba vencido el plazo de ingreso en periodo voluntario en el momento de presentación de la instancia.

... Por último, en lo que concierne a la alegación relativa a la necesaria apertura de nuevo plazo de ingreso en periodo voluntario conforme al artículo 62.2 de la Ley General Tributaria, según señala el artículo 52.4 del Reglamento General de Recaudación del Reglamento General de Recaudación, esta se impone una vez la solicitud de fraccionamiento o aplazamiento de pago resulte desestimada, y solo respecto de las deudas que se encontraban en periodo voluntario de pago en el momento de la solicitud.”

A la vista de la Resolución expuesta queda aclarado que la solicitud de aplazamiento de pago de la deuda no supuso una suspensión con respecto a las deudas tributaria en las que se encontraba vencido el plazo de ingreso en periodo voluntario en el momento de presentación de la instancia, dejando patente la existencia de incumplimiento con respecto a esas deudas.





AYUNTAMIENTO DE GRANADA JUNTA DE GOBIERNO LOCAL

Pero aunque ese hecho supone apoyar la postura de esta administración, no deberíamos olvidar cual es la cuestión fundamental sobre el incumplimiento de una obligación de pago de un canon impuesta en una concesión administrativa y es que la misma debe examinarse desde una segunda perspectiva en su consideración de obligación contractual derivada de las determinaciones señaladas en los pliego de cláusulas administrativas particulares, pliego de prescripciones técnicas, oferta del adjudicatario y contrato que rigen la licitación.

Desde esta segunda visión jurídica recordemos que el Código Civil establece por un lado que *“los contratos son fuentes de obligaciones (art. 1089 CC) y por otro que las obligaciones dimanantes tienen fuerza de ley (art. 1091 CC).*

Así mismo, el art. 1254 del CC señala que *“el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”*

Es clásica en la doctrina española la definición de “contrato” como aquel acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica.

Además debe considerarse el contrato desde una doble perspectiva:

El contrato como acto jurídico: el contrato es una acción que tiene consecuencias jurídicas, es decir, dotada de efectos jurídicos.

El contrato como norma jurídica: el contrato es una regla de conducta, es decir, obliga a las partes a actuar de una manera determinada.

Aludiendo a la legislación especial de aplicación a este contrato el CAPÍTULO I del TÍTULO I del LIBRO IV del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP afirma en su art. 209 sobre vinculación al contenido contractual que *“los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas”.*

El artículo 208 del TRLCSP por su parte señala que *“los efectos de los contratos administrativos se regirán por las normas a que hace referencia el artículo 19.2 y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares”.*

Por otro lado el artículo 115. 2 del citado TRLCSP señala sobre los Pliegos de cláusulas administrativas particulares que *en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo.*

Una de esas condiciones características de las concesiones contractuales es la posibilidad de que el titular de un servicio público sometido a concesión establezca una cuantía a pagar por parte del concesionario de esos servicios a los efectos de compensación de los beneficios obtenidos en forma de ingresos por tarifas que dicho concesionario obtiene de los usuarios. La cuestión es que la Administración no sólo se limita a establecer la existencia de ese canon concesional sino que regula además cuestiones como los criterios para la fijación de la cuantía de dicho canon, causas que autorizan su modificación, plazos para su ingreso, procedimiento para llevarlo a cabo, efectos y consecuencias en caso de demora o falta de ingreso de ese canon.

Así se ha hecho con respecto al canon regulado en el presente procedimiento y en ese sentido con respecto a las consecuencias en caso de falta de ingreso de ese canon el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares señala que:

Cláusula 4.2. Canon fijo o participación a satisfacer a la Administración por el contratista.

El canon mínimo anual a abonar por el concesionario a la Administración será por importe de ciento mil euros (100.000 euros). Dicho canon será objeto de licitación al alza.

El canon que resulte de la adjudicación se revisará conforme a lo establecido en la cláusula 13 del presente Anexo I.

Cláusula 13.-Régimen de pagos.

El devengo del canon se producirá desde la fecha de formalización del contrato.

El canon se deberá ingresar en la Tesorería del Ayuntamiento en los términos que se indican a continuación:

I. El primer canon correspondiente al contrato, será satisfecho con la formalización del contrato, y por importe correspondiente al primer trimestre, el resto del importe conforme a lo indicado en el siguiente apartado.

II. El canon será satisfecho en cada fecha que corresponda, respecto de la formalización del contrato, por trimestres por adelantado, una vez conocido el Índice de Precios al Consumo correspondiente al ejercicio, esto es, el abono se realizará en todo caso tras conocerse el citado IPC.

El canon que el Adjudicatario satisfará anualmente al Ayuntamiento será el ofertado por el licitador, y será exigible por vía de apremio en caso de impago, pudiendo ocasionar la extinción del título concesional.

En el supuesto de inicio y extinción de la concesión, el canon se prorrateará en relación a los meses/días de funcionamiento. La falta de ingreso en los plazos señalados, y sin perjuicio de las consecuencias contractuales previstas, llevará consigo la exigencia de recargos de apremio previstos en el Reglamento General de Recaudación

Cláusula 4.2. 19.- Otras causas de resolución del contrato.

El impago de dos o más trimestres consecutivos del canon concesional facultarán al Ayuntamiento de Granada a resolver el contrato si así lo estima oportuno.

Desde esta perspectiva del contrato como fuente de obligaciones es como, entendemos, hay que abordar esta cuestión, porque lo que se ha producido es un incumplimiento de una obligación contractual, la de impago de diferentes cánones en los plazos determinados en los pliegos que rigen la licitación y que arrostra una serie de consecuencias bien definidas en el contrato, entre las cuales está la resolución del mismo.

La cuestión desde el punto de vista de las consecuencias contractuales es que se ha incumplido la concreta regulación definida en los pliegos para determinar cuando se producen las causas de la resolución contractual, y ello, sin perjuicio de las cuestiones que se aleguen con respecto al cumplimiento o no de la normativa reguladora del cobro de la deuda tributaria generada como consecuencia de la exigencia del canon.

Por tanto, sin entrar a discutir cuando la deuda con la hacienda pública podría haberse exigido o bien cuando debió de poder exigirse, lo cierto que existe un incumplimiento contractual en el mismo momento en que el concesionario no se ajustó al corpus contractual definido en los pliegos sobre el momento en que debía haber ingresado el canon.

Esta cuestión resulta clara en el propio pliego en la Cláusula 13 sobre el régimen de pagos que señala *“la falta de ingreso en los plazos señalados, y sin perjuicio de las consecuencias contractuales previstas, llevará consigo la exigencia de recargos de apremio previstos en el Reglamento General de Recaudación.*

Es claro, que el órgano contratante está asegurándose la obtención de la cuantía económica que supone el canon y que para ello se remite a los procedimientos que la normativa de la hacienda pública tributaria determina a tales efectos, con sus correspondientes plazos, procedimientos, recargos de apremio por retrasos y garantías para el sujeto pasivo obligado al ingreso, todo ello mediante uno de los procedimientos de ejecución forzosa de los actos administrativos, pero en todo caso deslindando estos efectos de... *“las consecuencias contractuales previstas”* por el incumplimiento de los requisitos temporales señalados establecidos en los propios pliegos contractuales y que recordemos se establecía en la mencionada cláusula 13 que señala *“El canon será satisfecho en cada fecha que corresponda, respecto de la formalización del contrato, por trimestres por adelantado, una vez conocido el Índice de Precios al Consumo correspondiente al ejercicio, esto es, el abono se realizará en todo caso tras conocerse el citado IPC”.*





AYUNTAMIENTO DE GRANADA
JUNTA DE GOBIERNO LOCAL

Así lo entiende el Consejo Consultivo Andalucía en su DICTAMEN Núm.: 160/2013, de 6 de marzo que, analizando un supuesto sustancialmente parecido expone:

“Entrando ya en el análisis de si procede o no la extinción de la concesión por incumplimiento de la concesionaria, el Ayuntamiento funda la resolución en el incumplimiento del abono del canon anual, así como en el incumplimiento de otras obligaciones contractuales esenciales.

En efecto, el Ayuntamiento de Marbella fundamenta su pretensión resolutoria en un informe del Tesorero Municipal, en el que se detalla que figura pendiente el pago del canon correspondiente a los ejercicios 2005 a 2010, ambos inclusive, por importe de 204.666,21 euros, así como una deuda en concepto de “Impuesto Construcciones, Obras e Instalaciones”, por un total de 14.557,93 euros.

En efecto, la cláusula octava del contrato de arrendamiento establece: «Canon: El concesionario, además de las cantidades que se indican en la cláusula décimo séptima, por el concepto que también se recoge en ella, satisfará al Ayuntamiento anualmente, por anticipado y dentro de los cinco días de cada periodo anual, un canon del 5% sobre el total de facturación que se produzca en dicho espacio de tiempo».

En efecto, entiende que “no se encuentra hoy en situación objetiva de incumplimiento respecto de la obligación de pago del canon concesional, al haberle concedido el Patronato de Recaudación Provincial el fraccionamiento a 24 meses de la deuda acumulada por dicho concepto, conforme a un plan o calendario de pagos que se inicia el 5 de septiembre de 2012 y finaliza el 5 de agosto de 2014”. Así, indica que “desde el 8 de marzo de 2012 las liquidaciones del canon concesional correspondientes a los ejercicios 2005 a 2008 se encuentran legalmente” fraccionadas y, por tanto, suspendidas.

Al respecto ha de señalarse que el cobro de la deuda y solicitud de aplazamiento y fraccionamiento es una cosa, y otra completamente distinta es el hecho objetivo de que por parte del concesionario se ha producido un más que evidente incumplimiento de su obligación de pago del canon, sin perjuicio de que la Administración haya solicitado el aplazamiento y fraccionamiento. De esta forma, es legítimo que por el concesionario se solicite el aplazamiento y fraccionamiento, pero ello no redime el incumplimiento contractual que se ha producido, y que legitima a la Administración para acordar la resolución del contrato, máxime cuando respecto de los cánones de 2009 y 2010, no se ha solicitado y, por ende, no se ha concedido, el aplazamiento, de tal forma que no cabe cuestionar en modo alguno que, al menos respecto al canon de dos años, existe un incumplimiento de pago.”

Por todo lo expuesto debe rechazarse esta alegación.

2.2.- En segundo lugar se alega la existencia de desviación de poder invocando la anulabilidad del acto señalada en el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común cuando la administración incurre en tal actuación.

Entiende que la desviación de poder parte de la base de que todo acto administrativo debe dirigirse a la consecución de un fin determinado por la norma que le atribuye facultad para actuar. De este modo si la autoridad u órgano administrativo se apartan de ese fin que condiciona el ejercicio de su competencia, el acto o la decisión que se adopte en consideración a un fin distinto deja de ser legítimo y debe ser anulado. Entiende que es lo que se ha producido en este caso porque la finalidad perseguida por parte del Ayuntamiento con la resolución contractual es distinta. No se trata de resolver un contrato como consecuencia de un incumplimiento inaceptable por parte de la concesionaria, ya que dicha situación se resolvería mediante la denegación de la solicitud de aplazamiento, el inicio de la vía de apremio, y en su caso la imposición de penalidades. Lo que realmente se pretende, es evitar los mayores costes que una hipotética resolución del contrato como consecuencia de la situación de concurso de la concesionaria supondrían para el Ayuntamiento, inventando una causa de resolución preexistente a la situación de concurso.

Debe rechazarse la existencia de esa pretendida desviación de poder. Ya se señaló en la Resolución que iniciaba este procedimiento y que archivaba el procedimiento de imposición de penalidades que una vez comunicado el decreto de inicio de imposición de penalidades y transcurrido el plazo señalado en el mismo para que se procediera a la realización de alegaciones o justificaciones por parte de la contratista, no se ha procedido por parte de la misma a justificar que se ha procedido al pago y a la puesta al día o actualización en el pago del canon concesional, limitándose a alegar que solicitó el aplazamiento de la deuda en marzo de 2015 cuando existían obligaciones incumplidas desde casi el inicio de la concesión. Recordemos que las



alegaciones de existencia de dificultades económicas no eximen al concesionario de su obligación del cumplimiento de sus obligaciones contractuales como se han reconocido en numerosos dictámenes de diferentes consejos consultivos.

Resulta en extremo evidente, en contra de la afirmación del alegante, que el incumplimiento de la obligación de pago de canon concesional, no sólo puede conllevar la imposición de penalidades con objeto de coadyuvar al contratista al cumplimiento de las condiciones contractuales sino que también puede dar lugar a la incoación de un procedimiento de resolución cuando resulta evidente que el de imposición de penalidades no va a corregir la actitud de la concesionaria en orden a su cumplimiento y cuando ese incumplimiento es sustancial, téngase en cuenta que en el presente caso la contumacia en el incumplimiento reiterado del pago es evidente (basta examinar el informe del Gerente de la Agencia Tributaria a fecha 31 de julio de 2015 que dio origen a tal procedimiento se constata la existencia de los siguientes impagos trimestrales:

- 1/10/2013 a 31/12/2013 con un importe por la deuda principal de de 44.739,18 euros y con recargo e intereses de demora de 46.976,14 euros.
- 1/7/2013 a 30/09/2013 con un importe por la deuda principal de de 56.250,00 euros y con recargo e intereses de demora de 59.062,50 euros.
- 1/1/2014 a 31/3/2014 con un importe por la deuda principal de de 56.362,50 euros y con recargo e intereses de demora de 70.684,07 euros.
- 1/4/2014 a 30/6/2014 con un importe por la deuda principal de de 56.362,50 euros y con recargo e intereses de demora de 69.502,77 euros.
- 1/7/2014 a 30/9/2014 con un importe por la deuda principal de de 56.362,50 euros y con recargo e intereses de demora de 69.139,89 euros.
- 1/10/2014 a 31/12/2014 con un importe por la deuda principal de de 56.362,50 euros y con recargo e intereses de demora de 59.180,63 euros.
- 1/1/2015 a 31/3/2015 con un importe por la deuda principal de de 56.362,50 euros y con recargo e intereses de demora de 59.180,63 euros.

En total las cantidades acumuladas de impago desde que se inició la concesión implican una cuantía de 433.726,63 euros) y tiene la entidad suficiente, como ya ha quedado acreditado, como para constituir una causa de resolución de entre las reconocidas en el pliego y normativa contractual. No, hay por tanto, como pretende el alegante ninguna “invención” de una causa de resolución, cuando esa causa de resolución está perfectamente reconocida en las cláusulas del pliego a las que nos remitimos y desde luego queda más que acreditado en el expediente.

La existencia de un procedimiento de declaración de concurso de acreedores de la empresa concesionaria no hace sino reafirmar la posición de esta Administración.

Resulta extraño el reproche de la concesionaria acusando a esta Administración de incurrir en desviación de poder en un intento de obtener una resolución culpable con el objetivo de posicionarse ventajosamente con el fin de obtener daños y perjuicios del contratista, sin duda con la pretensión de desviar la atención sobre el hecho de que a lo que realmente aspira la misma es a obtener una resolución contractual no culpable que le permita abandonar la concesión de un servicio público, con las consiguientes perturbaciones en la prestación del servicio a los ciudadanos y perjuicios económicos a este Ayuntamiento.

Recordemos que la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras la de 14 de diciembre de 2001) sobre desviación de poder exige que exista : *“un acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persigue un fin distinto del interés público querido por el legislador”*

Que lo que persigue en todo momento esta Administración es la satisfacción del interés público se pone de manifiesto de manera meridiana analizando un Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en concreto el número 266/2013 de 27 de noviembre de 2013 emitido para un caso en que la Mancomunidad de Servicios del Valle del Nalón pretendía la resolución de un contrato invocando la existencia de la causa de resolución consistente en la declaración de concurso de acreedores, cuando preexistía anteriormente una causa de resolución por incumplimiento culpable del contratista. Fue precisamente el Consejo Consultivo el que, invocando la tutela del interés público corrigió a la citada Mancomunidad, entendiendo que lo que procedía era la resolución contractual basándose en una causa de resolución culpable que se había producido con anterioridad en el tiempo:

Así el citado dictamen señala:





AYUNTAMIENTO DE GRANADA
JUNTA DE GOBIERNO LOCAL

“En relación con el fondo del asunto, hemos de indicar que, en caso de concurrir causa resolutoria, es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato....

... resulta que el contratista viene incumpliendo desde el segundo trimestre del segundo año de ejecución su deber de satisfacer el canon comprometido. La desatención de esta obligación constituye una causa especial de resolución, de conformidad con lo establecido en la cláusula 14 del pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobado para regir la contratación, cuyos efectos consisten, de ser imputable el incumplimiento a la culpa del contratista, en la incautación de la garantía definitiva para responder de los daños y perjuicios ocasionados...

No obstante, la resolución que se insta se fundamenta, en la declaración de concurso del adjudicatario, producida con posterioridad....

En definitiva, la Administración no puede acudir a la resolución fundada en la crisis empresarial –sin incautación de la garantía a menos que el concurso sea declarado culpable, según el artículo 208.4 de la LCSP antes señalado- cuando media u incumplimiento anterior al concurso, pues en tales situaciones el interés público exige esgrimir ese incumplimiento y ejecutar la garantía prestada, máxime cuando, de lo contrario, el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados afrontaría un severo riesgo de quedar desatendido.

Por ello, teniendo en cuenta el devenir de los acontecimientos que se refleja en el expediente, entendemos que la tutela del interés público exige que deba estarse a la causa especial de resolución que se ha producido antes en el tiempo, esto es, la establecida en la cláusula 14 del pliego, con las consecuencias que se señalan en la cláusula 32 del mismo documento.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede la resolución, por causa de la declaración de concurso del adjudicatario, del contrato de gestión del servicio público mancomunado de matadero, adjudicada a la empresa....., al concurrir una causa resolutoria anterior en el tiempo a la declaración de concurso.”

De lo expuesto no cabe sino concluir que cualquier resolución contractual basada en un concurso de acreedores (declarado con posterioridad) como pretende el concesionario, no sólo sería improcedente jurídicamente sino que atentaría gravemente contra el interés público cuya tutela corresponde a esta Administración.

TERCERO.- Por otro lado se ha presentado escrito de alegaciones por parte de #D. Javier López García de la Serrana#, en representación de HISPACOLEX S.L.P. administradora concursal de la concesionaria.

3.1.- Se alega que con carácter previo a la incoación del expediente de resolución contractual, la concesionaria había presentado ante el Juzgado de lo Mercantil de Granada la comunicación previa del concurso de acreedores y posteriormente la solicitud de concurso de acreedores, que habilitan a la Corporación Local para iniciar potestativamente expediente de resolución contractual por dicha causa pero en ningún caso por impago del canon o incumplimiento culpable del contratista.

Se alega la existencia de una previa causa de resolución a la que en el procedimiento incoado se establece por incumplimiento de ingreso del canon concesional dado que se alega se produjo una solicitud de declaración de concurso de acreedores con fecha de 16 de marzo de 2015, es decir antes de que se incoara el procedimiento de resolución por incumplimiento culpable del contratista por lo que entiende que procede la aplicación de esa causa por prelación temporal.

Con respecto a esta cuestión, lo relevante es la causa cuyo presupuesto haya concurrido antes en el devenir del contrato, con independencia del momento en que se invoque dicha causa.

Así lo entiende el Dictamen del consejo Consultivo de Andalucía número 104/1996 que considera que:

“resulta errónea la afirmación de la contratista sobre la prioridad de la resolución por mutuo acuerdo por haber sido esta causa cronológicamente la primera en producirse.

Ciertamente, cuando en un contrato concurren diversas causas de resolución susceptibles de producir efectos distintos hay que inclinarse por una de ellas, siendo lo más lógico que la preferencia se otorgue a la que primero se produjo en el tiempo. Pero esta prioridad ha de ser entendida en sentido material; esto es, se aplicará la causa cuyos presupuestos hayan concurrido antes en el devenir del contrato, con independencia del momento en que se invoque la causa. Así, aunque la contratista solicitara la resolución de mutuo acuerdo el 25 de abril de 1996, venía incumpliendo su obligación principal, la de ejecutar las obras, pese a las órdenes que para comenzarlas se le habían dado desde el Acta de comprobación del replanteo (que tiene fecha 15 de diciembre de 1995), siendo, por tanto, primera en el tiempo la causa fundada en este hecho y no la invocada por la empresa en su posterior escrito.

A la vista de los antecedentes obrantes en el expediente se puede comprobar que los pagos que ha hecho la concesionaria se han limitado a un ingreso mediante depósito previo de 56.250 euros y un pago correspondiente al segundo trimestre del 2013 por importe de 56.250 euros, con una cuantía total de 112.500 euros. Mientras que no se han ingresado los cánones correspondientes a los trimestres de 1/10/2013 a 31/12/2013 - 1/7/2013 a 30/09/2013 - 1/1/2014 a 31/3/2014 - 1/4/2014 a 30/6/2014 - 1/7/2014 a 30/9/2014 - 1/10/2014 a 31/12/2014 - 1/1/2015 a 31/3/2015. Se constata por tanto, la preexistente causa de resolución contractual por causa de incumplimiento de la obligación contractual de pago del canon concesional en relación con la que la declaración de concurso de acreedores, muy posterior en el tiempo dado que ésta se produjo con fecha de 20 de octubre de 2015, teniendo en cuenta además que la resolución por concurso de acreedores no es automática si no ha procedido a la apertura de la fase de liquidación como previene el 224.5 del TRLCSP.

3.2.- Por otro lado se alega la existencia de impago de canon alguno porque la concesionaria ya había solicitado el aplazamiento del pago de las deudas generadas.

Este argumento resulta rechazable por las razones expuestas con anterioridad por lo que nos excusa reproducirlas.

3.3.- Con respecto a la incautación de la garantía se cuestiona su procedencia, dado que la legislación que regulaba esta cuestión en el artículo 113,4 del anterior TRLCAP establecía que, cuando el contrato se resolviese por incumplimiento culpable del contratista, se le incautaría la garantía y, “además” debería indemnizar a la Administración los daños y perjuicios en lo que “excedan del importe de la garantía incautada.

Se recogía así la reiterada jurisprudencia que venía considerando que la garantía definitiva suponía una cuantificación anticipada de los daños, con frecuencia difícilmente objetivables, pero que no excluía reclamar del contratista todos los daños acreditados que superasen el importe de la garantía. Sin embargo el artículo 225 apartados 3 y 4 del actual TRLCSP establece que : “3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada. 4. En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que , en su caso, hubiese sido constituida. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.”

Se alega que se ha suprimido en el apartado 3º de la referencia del TRCLAP a la incautación de la garantía y la supresión del adverbio “además” en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios. Por lo tanto, se ha eliminado la incautación automática y sólo procede aplicar la garantía definitiva a la compensación de los daños y perjuicios, perdiendo así toda naturaleza punitiva y teniendo así una mera finalidad resarcitoria.

- Con respecto a este punto entendemos que no ha habido ningún cambio sustancial en la regulación.





AYUNTAMIENTO DE GRANADA JUNTA DE GOBIERNO LOCAL

En este sentido se han pronunciado diferentes Consejos consultivos, así el Dictamen 403/2012, de 16 de mayo, del Consejo Consultivo de Andalucía, los dictámenes 232/2012 y 447/2012 del Consejo Consultivo de Canarias, el Dictamen 85/2011 del Consejo Consultivo de Extremadura, los dictámenes 153/2010 y 481/12 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, el Dictamen 163/2012 del Consejo Consultivo de Aragón, el Dictamen 149/2011 de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, el Dictamen 575/2012 del Consejo Consultivo de Galicia, el Dictamen 261/2012 de la Comisión Jurídica de la Región de Murcia y el Dictamen 261/2011 de la Comisión Jurídica Asesora del País Vasco.

De acuerdo con esta posición, el artículo 225.3 del actual TRLCSP permite que la incautación de la fianza opere de forma automática, igual que con el TRLCAP, se demuestre o no que existen daños y perjuicios reales y efectivos que hayan de indemnizarse, dado que la incautación responde, en todo caso, de los perjuicios que es evidente que el incumplimiento del contrato imputable al contratista ha causado a la Administración.

De esta manera, la garantía definitiva operaría como un mínimo y si se demuestra la existencia de daños y perjuicios el contratista deberá indemnizarlos en lo que exceda del importe de la garantía incautada.

Así el Consejo Consultivo de Andalucía, en el Dictamen 403/2012, de 16 de mayo, manifestó lo siguiente:

En efecto, y por lo que hace a la naturaleza de la fianza, hay que resaltar que nuestro Derecho Administrativo se aparta de la visión de la misma como una estimación anticipada y definitiva de los daños y perjuicios, sin que quepa exigir otros. La fianza está llamada a compensar el retraso en la ejecución de la obra o la prestación del servicio, que ha de implicar además la puesta en marcha de un nuevo procedimiento de contratación; el hecho del retraso en la obra o servicio y la necesidad de un nuevo procedimiento son perjuicios de difícil evaluación, y precisamente por ello son evaluados a priori con la fianza definitiva; pero si la Administración acredita que, aparte del retraso en la obra o en la prestación del servicio, y los gastos que le provoque un nuevo proceso de contratación, hay otros daños materiales "puede ejercitar cuantas acciones de resarcimiento le competan, de modo independiente a aquella fianza, sin que quepa, en definitiva imputar a la misma, el daño sufrido". La fianza no es una pena convencional por el incumplimiento, que se agota en sí misma, esto es cláusula penal en el sentido del artículo 1152, párrafo primero, del Código Civil, sino que responde a cubrir sólo los daños del retraso de la obra o la prestación del servicio; ésta es la solución adoptada por el artículo 208.4 de la LCSP (con igual redacción que el actual 225.3 del actual TRLCSP); y éste es el sentido en el que ha de interpretarse la frase de "en lo que excedan del importe de la garantía incautada". Ni que decir tiene que la prueba de la existencia de estos otros daños está rigurosamente a cargo de la Administración, habida cuenta de que los posiblemente más importantes ya vienen cubiertos a priori por la fianza definitiva; y sin más carga procesal que declarar que el incumplimiento del contratista es culpable, y procediendo a la confiscación de la fianza como una manifestación más de su privilegio de la decisión ejecutoria, facilitado porque la caución está en su poder.

A mayor abundamiento, el contrato cuya resolución da lugar al presente informe, la confiscación de la fianza se encuentra prevista expresamente en la cláusula 15 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por las que se rige el contrato, en la que se dispone que "En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. La determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar el contratista se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración.". Cláusula que es acorde con lo dispuesto en el artículo 100, letra c), del TRLCSP, que, al regular las responsabilidades a que están afectas las garantías, establece que éstas responden "de la confiscación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido", así como con su artículo 102, interpretado a sensu contrario, donde se dispone que la garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, "o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista". Por todo ello, dado que, en el presente supuesto, el incumplimiento de la empresa contratista



no se debe a circunstancias ajenas a su voluntad, sino que son achacables a una conducta culposa de la misma según ha quedado acreditado en el expediente, concurren los requisitos legalmente exigibles para que la autoridad competente decreta, al resolver el contrato, la confiscación de la garantía.

Por lo expuesto la alegación es rechazable.

3.4.- Por último, el alegante quiere dejar constancia que por parte de la concesionaria y con el visto bueno de esta Administración concursal, el día 9 de noviembre de 2015 presentó ante esta Corporación Local, propuesta para la modificación del contrato de concesión, de tal forma que reduzca el canon anual al 15% de los beneficios de la concesionaria, por ser el único medio que permitirá dar cumplimiento al objetivo principal del contrato, esto es, fomentar el acceso a la promoción deportiva del mayor número de vecinos posible de la zona norte de Granada.

Tal solicitud de modificación debe ser sustanciada en el procedimiento oportuno con todas las garantías legales, y con las consideraciones jurídicas pertinentes, pero desde luego no es objeto del que nos ocupa y no desvirtúa, en modo alguno, los hechos que aquí se ponen de manifiesto.

Por todo lo expuesto se propone que por parte de la Junta de Gobierno Local se adopte el siguiente acuerdo:

Primero.- Acordar la resolución del Contrato de Concesión para la gestión y explotación del Centro Deportivo Municipal “Periodista Antonio Prieto”.

Segundo.- Acordar la incautación de las garantías definitivas constituidas en el Contrato de Concesión para la gestión y explotación del centro Deportivo Municipal “Periodista Antonio Prieto” por importe de 175.000,00 euros.

Tercero.- Ordenar al contratista la continuidad en la gestión del servicio, quedando obligado a adoptar las medidas necesarias e indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público y ello hasta tanto se formalice, en su caso, un nuevo contrato.

Todo ello sin perjuicio de acordar el inicio del procedimiento para la liquidación del presente contrato, de conformidad con la normativa de aplicación, una vez determinados los daños y perjuicios irrogados a la Administración Municipal.”

Así mismo a la vista del informe del Área de Contratación de fecha 12 de enero de 2016, que textualmente dice:

“En relación con el procedimiento incoado mediante Resolución nº 706/2015 de fecha 23 de septiembre de 2015 del Teniente Alcalde Delegado de Presidencia, Contratación y Transparencia, por la que se inicia un procedimiento para la resolución del contrato de concesión para la gestión y explotación del Centro Deportivo Municipal “Periodista Antonio Prieto” por causa de incumplimiento de la obligación contractual de pago del canon concesional, se informa lo siguiente:

Se ha recibido dictamen nº 871/2015 del Consejo Consultivo de Andalucía de fecha 21 de diciembre de 2015, en relación con el mencionado procedimiento.

El susodicho dictamen en su CONCLUSIÓN dictamina favorablemente el procedimiento de resolución del contrato de concesión para la gestión y explotación del Centro Deportivo Municipal “Periodista Antonio Prieto”

Por todo lo anterior es por lo que de conformidad con la propuesta del Teniente de Alcalde Delegado de Presidencia, Contratación y Transparencia, la Junta de Gobierno Local por unanimidad **acuerda:**

Primero.- Aprobar la resolución del Contrato de Concesión para la gestión y explotación del Centro Deportivo Municipal “Periodista Antonio Prieto”.

Segundo.- Aprobar la incautación de las garantías definitivas constituidas en el Contrato de Concesión para la gestión y explotación del centro Deportivo Municipal “Periodista Antonio Prieto” por importe de 175.000,00 euros.





AYUNTAMIENTO DE GRANADA
JUNTA DE GOBIERNO LOCAL

Tercero.- Ordenar al contratista la continuidad en la gestión del servicio, quedando obligado a adoptar las medidas necesarias e indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público y ello hasta tanto se formalice, en su caso, un nuevo contrato.”

Se certifica con la salvedad a que se refiere el artículo 206 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, y a reserva de los términos que resulten de la aprobación del acta correspondiente.

Y para que así conste, expide la presente de orden y con el Visto Bueno del Excmo. Sr. Alcalde, en Granada **quince de enero de dos mil dieciséis.**



Vº Bº
EL ALCALDE

