

DICTAMEN

Identificació expedient: Expedient 1966/2015 Resolució del contracte amb l'empresa Areva trading S.L per liquidació concursal.

ANTECEDENTS DE FET

En data 30 de juliol de 2015, es va iniciar el procediment en relació amb la possible resolució del contracte de concessió administrativa formalitzat en data 22 de novembre de 2010 entre l'Ajuntament de Cabrils i la societat Areva Trading, SLU pel que s'adjudica la concessió administrativa per l'execució de les obres i explotació d'un complex esportiu amb piscina coberta, per causa imputable al contractista, de conformitat amb l'article 246.2 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del Sector Públic, relativa a l'obertura de la fase de liquidació en el concurs de creditors d'Areva Trading SLU, la qual va tenir lloc per interlocutòria de data 20 de maig de 2015.

Tal com consta a l'expedient, s'ha donat el tràmit d'audiència al contractista, avalador, administrador concursal i demés interessats en el procediment i s'ha comunicat al Jutjat Mercantil núm. 4 de Barcelona.

Durant el termini d'audiència, no s'ha presentat per part dels interessats notificats, cap tipus d'al·legació en relació a l'acord adoptat.

Posteriorment la Comissió Jurídica Assessora va emetre informe favorable 367/2015, rebut per l'ajuntament en data 2 de desembre de 2015, RGE 5871/2015, sobre la proposta de resolució del contracte de concessió administrativa formalitzat en data 22 de novembre de 2010 entre l'ajuntament de Cabrils i l'empresa Areva Trading S.L, pel qual s'adjudica la concessió administrativa per a l'execució de les obres i explotació d'un complex esportiu amb piscina coberta.

En data 21 de desembre de 2015, el Ple de l'ajuntament de Cabrils va adoptar l'acord de resolució del contracte administratiu formalitzat en data 22 de novembre de 2010 entre l'Ajuntament de Cabrils i la societat Areva Trading, SLU pel que s'adjudica la concessió administrativa per l'execució de les obres i explotació d'un complex esportiu amb piscina coberta, per causa imputable al contractista, en concórrer les causes previstes a l'article 246.2 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del Sector Públic, es a dir, en haver-se declarat l'obertura de la fase de liquidació de l'adjudicatari en el procediment concursal 29/2015 la qual va tenir lloc per interlocutòria de data 20 de maig de 2015 del Jutjat Mercantil núm. 4 de Barcelona.

Posteriorment en data 29 de gener de 2016 RGE 383/206, l'Institut Català de Finances i Banc Sabadell van presentar recurs de reposició contra l'acord d'aprovació esmentat anteriorment.

FONAMENTACIÓ JURÍDICA

- I- La causa de resolució del contracte consisteix en la prevista a l'article 246.2 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del Sector Públic, relativa a l'obertura de la fase de liquidació en el concurs de creditors d'Areva Trading SLU, la qual va tenir lloc per interlocutòria de data 20 de maig de 2015.
- II- Els articles 83, 88.c), 195, 206 a 208 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del Sector Públic, quant a les causes de resolució dels contractes.
- III- Els articles 109 i següents del Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament General de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques,

- quant als tràmits per a la resolució dels contractes.
- IV- Article 275.3 del Text Refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, aprovat per DL 2/2003, de 28 d'abril, quant a l'exigència d'informe preceptiu de la Comissió Jurídica Assessora, en cas de resolució de contractes.
 - V- L'article 114 del Reial Decret Legislatiu 781/1986, de 18 d'abril, pel qual s'aprova el Text Refós de les disposicions legals vigents en matèria de Règim Local.
 - VI- L'article 22 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de bases de règim local, i l'article 52 del Text Refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, aprovat per DL 2/2003, de 28 d'abril, quant a la competència del Ple Municipal en matèria de contractació.
 - VII- El Reglament d'Obres, Activitats i Serveis dels ens locals de Catalunya, aprovat per Decret núm. 179/1995, en data 13 de juny.
 - VIII- El plec de clàusules administratives aprovades per l'Ajuntament de Cabriels i que regeixen la licitació del concurs per a la concessió administrativa per l'execució de les obres i explotació d'un complex esportiu amb piscina coberta.
 - IX- Contracte formalitzat en data 22 novembre 2010.
 - X- L'acord del Ple de l'Ajuntament de Cabriels de 30 de juliol de 2015.

Atesos els antecedents que consten en l'acord del Ple del dia 30 de juliol de 2015, i l'acord del Ple de data 21 de desembre de 2015 i vist l'informe de secretaria intervenció de data 8 de febrer de 2016, es considera que l'expedient s'ha tramitat d'acord amb la legislació aplicable i concorren les causes de resolució previstes legalment i d'obligat compliment i tot seguit es resolen les al·legacions presentades al recurs de reposició esmentat i que s'adjunta a la present proposta com a annex I d'acord amb l'informe emès per la secretària interventora, fonaments jurídics que es transcriuen a continuació:

"(...) l'empresa Banco de Sabadell S.A i l'Institut Català de Finances, en data 28 de gener de 2016 per correu administratiu, RGE 383/2016 de data 29 de gener de 2016 presenten conjuntament recurs de reposició contra l'acord esmentat en els següents termes:

**Primer.- L'acord adoptat és susceptible d'impugnació
Resposta al·legació primera.-**

Els recurrents al·leguen que l'acord és susceptible d'impugnació i que existeix absència de tota motivació i altres incompliments.

En relació amb la possibilitat d'interposar recurs, és d'aplicació l'article 117 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, que estableix:

"El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera expreso."

Es constata que la interposició del recurs de reposició s'ha produït en el termini legal corresponent.

En relació amb les afirmacions relacionades amb la falta de motivació i incompliments, aquestes no poden prosperar tal i com s'exposarà a continuació:

**Segon.- L'ICF i el Banc Sabadell reuneixen la condició d'interessats
Resposta al·legació segona.-**

L'Institut Català de Finances i el Banc Sabadell al·leguen que són interessats per impugnar l'acord en base a la seva condició de creditors hipotecaris, i per tant legítimats per impugnar l'acord de ple.

No podem obviar que la seva legitimació prové de la condició de **creditors hipotecaris**, d'acord amb el contracte d'hipoteca subscrit amb el contractista Areva Trading S.L , per tant la condició d'interessat es circumscriu a la defensa i protecció dels drets i interessos que derivin o puguin afectar al seu dret de crèdit, sense que en cap cas sigui possible al·legar la defensa de drets que corresponguin a tercers interessats de l'expedient que ni tan sols han presentat recurs administratiu.

Es convenient realitzar aquesta apreciació ja que de l'anàlisi de l'al·legació esmentada es desprèn la intencionalitat dels recurrents de ser considerats interessats a l'expedient administratiu amb caràcter universal, interpretació que no pot prosperar ja que per aplicació de l'article 31 b) de la Llei 30/1992, són interessats en el procediment:

b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

Per tant, d'acord amb el precepte invocat s'informa que la condició d'interessats es circumscriu a la defensa dels drets que eventualment puguin resultar afectats per la resolució, en aquest cas, el dret hipotecari, sense que pugui prosperar reclamació dels drets o interessos aliens o que corresponguin a tercers interessats de l'expedient.

**Tercer.- Insuficient motivació de l'acord impugnat
Resposta al·legació tercera.**

Al·leguen els recurrents que existeix una insuficient motivació de l'acord impugnat.

És important tenir present que la motivació de la present resolució contractual, és de caràcter legal, deriva de l'article 207.2 de la Llei 30/2007, per haver declarat el concurso i obertura de fase de liquidació(interlocutòria del Jutjat Mercantil 4 de Barcelona de data 20 de maig de 2015).

Art. 207.2 de la Llei 30/2007: "La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato".

La causa, per tant legal, de resolució contractual i que serveix de fonamentació per iniciar l'expedient de resolució del contracte administratiu es reitera no tan sols als diferents acords municipals, sinó com també als diferents informes jurídics i tècnics que consten a l'expedient administratiu i que a continuació es detallen:

- Informe de secretaria intervenció sobre procediment legal aplicable de data 23 de juliol de 2015 i 1 de setembre de 2015.
- Informe jurídic sobre la mesura cautelar a adoptar intervenció temporal del servei de data 17 de juliol de 2015.
- Informe econòmic de l'empresa EVE estratègia de data 27 de juliol de 2015
- Dictamen de la Comissió jurídica assessora 367/2015 RGE d'aquest ajuntament 5871/2015 de 2 de desembre de 2015.

Sorpren que els recurrents esmentin la existència d'un únic informe en l'expedient administratiu, quan l'administració no tan sols ha posat a disposició l'accés íntegre al contingut de l'expedient sinó també amb l'acord d'inici de la resolució contractual es va notificar la documentació de l'expedient, amb còpies fidedignes dels informes i documentació obrant fins a la data.

Qui subscriu el present informe, desconeix els motius que porten als recurrents a realitzar aquestes manifestacions errònies.

Tanmateix, és important tenir present que l'administració, rebut finalment el Dictamen preceptiu no vinculant de la Comissió jurídica assessora, i d'acord amb l'article 207.2 de la Llei 30/2007, no pot separar-se ni demorar injustificadament la tramitació administrativa, ja que és la pròpia llei de contractes del sector públic la que estableix com a causa de resolució del contracte **SEMPRE** l'obertura de la fase de liquidació del concurs.

Per aquest motiu anteriorment exposat, d'acord amb l'expressió jurídica in claris non fit interpretatio, l'administració ve obligada a complir amb el que disposa la Llei aplicable sense que es pugui separar mitjançant la tècnica interpretativa de la norma, d'allò que tan clarament ha establert el legislador.

Pretendre no adoptar un acord de ple en aquest sentit o demorar la tramitació d'una resolució contractual (els recurrents al·leguen una celeritat excessiva en l'adopció dels acords adoptats), seria contrari al principi de bona administració, incorrent no tant sols en dilacions indegudes que sens dubte perjudicarien el funcionament del servei públic i les relacions contractuals del concessionari amb l'administració i terceres persones, provocant una vulneració flagrant del principi de celeritat que inspira el procediment administratiu, article 74.1 de la Llei 30/1992:

Per aquests motius anteriorment esmentats s'informa que no pot prosperar l'al·legació relativa a la manca de fonamentació de la resolució adoptada.

<p>Quart.- l'assumpció de la gestió directa contravé la normativa vigent. Resposta al·legació quarta.-</p>

Els recurrents afirmen sense cap base probatòria que l'assumpció directa del servei contravé la normativa vigent i tot seguit transcriuen literalment en el seu recurs els articles: 188.5, 159.2 i 160 del Decret 179/1995, Reglament d'obres, activitats i serveis (ROAS), així com l'article 59 i 61 del Reglament de serveis de les corporacions local, Decret 17 de juny de 1955, normativa pre-constitucional no aplicable al cas de Catalunya, entenent-se com a normativa desplaçada en tot cas pel ROAS i El TRLCSP Decret legislatiu 3/2011, en aquests preceptes.

Al marge d'allò anteriorment exposat, és important tenir present que els recurrents parteixen d'afirmacions errònies, qui subscriu el present informe, desconeix els motius que porten als recurrents a manifestar amb aquesta manca de raonabilitat total i absoluta que l'administració s'ha separat absolutament del procediment aplicable en relació amb la tramitació de la implantació del servei mitjançant gestió directa.

Atès que aquesta afirmació, no es correspon a la realitat dels fets ocorreguts, aquesta manifestació no pot ser acceptada.

Tanmateix, es desprèn d'aquesta al·legació una interpretació tergiversada del contingut de l'informe de secretaria intervenció de data 23 de juliol de 2015 que pretenen realitzar els recurrents quan afirmen literalment que: "tal com s'ha esmentat anteriorment, vol novament recordar-se que la pròpia secretaria interventora de l'ajuntament va advertir en el seu informe de data 23 de juliol sobre la recuperació del servei mitjançant gestió directa per part de l'ajuntament de Cabriels que:

"No consta informe econòmic sobre la determinació del dèficit de l'explotació i per tant a criteri de qui subscriu el present informe no és possible realitzar cap acte de fiscalització sense que sigui possible verificar l'existència de crèdit adequat i suficient, ni valorar amb exactitud l'impacte pressupostari que representa l'assumpció d'aquest servei.

La determinació del dèficit mensual que comporta l'explotació del centre esportiu esdevé necessari per determinar l'existència o no de consignació pressupostària i per tant per valorar la capacitat de finançament i viabilitat econòmica de l'Ajuntament per fer front directament a una gestió deficitària del servei.

*Per aquest motiu, qui subscriu el present informe, adverteix que és necessari incorporar informe justificatiu del dèficit de l'explotació del servei, per valorar diligentment la possibilitat o no d'assumpció directa de la gestió deficitària que es presenta com a **mesura provisional**".*

Qui subscriu el present informe desconeix la finalitat que porta als recurrents a realitzar una interpretació tergiversada del contingut de l'informe jurídic de secretaria intervenció, de data 23 de juliol de 2015, doncs d'acord amb el tenor literal es desprèn de manera inequívoca que qui

subscriu l'informe demana la quantificació del dèficit mensual (per fer front a una gestió deficitària segons al·legava el propi concessionari), per tal de valorar **la viabilitat/impacte econòmic en la hisenda municipal de la mesura provisional que es pretenia acordar mitjançant la proposta que es presentava al Ple**, és a dir la intervenció temporal del servei, en cap cas es feia referència a l'avaluació econòmica d'una gestió directa derivada de la municipalització del servei.

D'acord amb els anteriors arguments exposats es comprova que no concorre la causa invocada de la nul·litat de ple dret art. 62.1 e) Llei 30/1992.

Cinquè.- Imprudència de la declaració de reversió Resposta al·legació cinquena.-

El recurrent al·lega que "gens es diu de forma expressa sobre els termes econòmics de la reversió i tampoc es motiva gens sobre l'apartat setè de l'acord, en el qual tan solament s'acorda iniciar els tràmits corresponents per a la liquidació econòmica definitiva del contracte resolent mitjançant la present resolució i liquidació econòmica de la mesura cautelar d'intervenció temporal del servei.

Per tant la succinta declaració continguda a l'apartat primer de l'acord recorregut en primer lloc s'ha de considerar invàlida per falta de motivació, tal com ja s'ha anunciat en el motiu tercer del present recurs".

El punt tercer del recurs presentat fa referència novament a la falta de motivació de l'acord impugnat, a risc de ser reiterativa s'informa que la motivació legal de l'acord és clara, inequívoca i manifestada de manera constant en cada acord municipal adoptat i als diferents informes jurídics i tècnics que consten a l'expedient administratiu, causa de resolució ope legis, article 206 lletra b) de la LCSP.

"Art. 206 Son causas de resolución del contrato:

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento".

Qüestionar la causa de resolució del contracte administratiu i per tant no adoptant en aquest sentit ni la resolució contractual ni la reversió dels béns que corresponen com a contracte de concessió, com pretenen els recurrents, Banc Sabadell i l'ICF en els seu escrit, contravindria de manera flagrant l'ordenament jurídic produint un perjudici greu en el patrimoni municipal, i el manteniment d'una situació jurídica fictícia amb el manteniment d'una relació contractual prohibida per l'ordenament jurídic, doncs la llei contractual aplicable considera causa de resolució ope legis l'obertura de la fase de liquidació, i la seva aplicació té un caràcter automàtic i indisponible per les parts que obliga a l'administració a iniciar el procediment de resolució contractual i resoldre, en ares de fer prevaldre i assegurar l'interès i ordre públic dels contractes administratius versus els interessos particulars econòmics que poden derivar de terceres persones.

Els recurrents al·leguen la imprudència de la reversió dels béns i drets tenint en compte que és d'aplicació l'article 169 del Reial Decret legislatiu 2/2000 i els plecs administratius que regeixen el contracte.

Abans de valorar el contingut d'aquesta al·legació, convé informar que esdevé necessari respectar i tenir present el règim jurídic aplicable al contracte administratiu objecte de la controvèrsia.

No podem obviar el principi de seguretat jurídica, ni pot prosperar el que pretenen els recurrents mitjançant un espigueig de la normativa contractual en vigor i derogada en funció del que els hi convé als seus interessos en cada moment, s'observa que en el present recurs invoquen indistintament diferents articles del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, 3/2011, de 14 de novembre, de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic i de la Llei

2/2000 Reial decret legislatiu de contractes de les administratius públiques, amb una clara intencionalitat de produir una confusió jurídica o tórum revolútum.

D'acord amb allò anteriorment exposat, no és baladí recordar als recurrents el que estableix la Disposició Transitòria primera del TRLCSP, 3/2011:

“Disposició transitoria primera. Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

S'informa en relació amb la clàusula 81 del Plec invocada pels recurrents, que d'acord amb el seu tenor literal aquesta és d'aplicació als casos de finalització pel transcurs del temps, és a dir transcorreguts en aquest cas dels 30 anys, no aplicable al cas que ens ocupa ja que aquest finalitza no pel transcurs del temps, sinó en virtut de l'obertura de la fase de liquidació, art. 206 b) de la LCSP.

Així, la Sentència del Tribunal Suprem de 2 de març de 1987 ja va sostenia el següent:

“És per aquesta concurrència d'interessos que sorgeix la qüestió de la reversió; perquè el concessionari tractarà d'emportar-les seves aportacions i la Administració concedent intentarà quedar-se amb elles per donar efectivitat al principi de continuïtat del servei públic en benefici del interès general; i aquesta lògica continuïtat del servei rebutja, en principi, la desintegració dels seus elements de prestació perquè l'Administració hi haurà de seguir donant el servei un cop acabada la concessió i per a això necessitarà normalment utilitzar els mateixos elements que integren la explotació, ja estiguin funcionant i adscrits al servei, ja estiguessin destinats a ell”.

Així, d'acord amb l'informe de la Junta consultiva de contractació administrativa del Govern de les Illes Balears, de data 30 de setembre de 2010 que disposa davant d'una consulta plantejada en matèria de reversió de béns del concessionari:

“D'acord amb la normativa esmentada, la reversió és, en essència, gratuïta i, amb caràcter general, es pot considerar que l'Administració no ha de satisfer cap import atès que cal entendre que, durant la concessió, el concessionari ha vist compensada la seva inversió , tot i que, segons el parer d'aquesta Junta Consultiva, s'ha d'estar al que resulti, en cada cas, de la liquidació del contracte”.

Per tot allò anteriorment exposat, es conclou que en aquest cas, l'acord de ple d'acord amb el que estableix la normativa aplicable no declara res més que la procedència de la reversió tenint en compte que el contracte finalitza per resolució contractual unilateral del contractista al haver incorregut en causa de resolució ope legis i serà en el moment que s'aprovi la liquidació econòmica del contracte, el moment per a la determinació si s'escau, de la valoració de la inversió que correspongui.

**Sisè.- Pel que fa a la cancel·lació d'hipoteca
Resposta al·legació sisena.-**

Els recurrents consideren que es vulnera l'ordenament jurídic, informen que per realitzar la cancel·lació es requereix fermesa de la resolució administrativa i previ dipòsit a favor si s'escau de les quantitats i eventuais indemnitzacions que l'ajuntament de Cabriils hagués d'abonar al concessionari.

Es recorda en aquest cas, que tant el punt quart relatiu als tràmits per iniciar la cancel·lació de la càrrega registral com el punt setè relatiu a la valoració dels danys i perjudicis i indemnitzacions que corresponguin a favor del concessionari o de l'administració, són acords que tal i com es transcriuen literalment no tenen cap efecte resolutori, sinó que en tant que acords d'incoació, s'adopten amb la finalitat d'iniciar el tràmit del procediment corresponent:

“QUART.-Iniciar, atenent l'establert a l'article 258 de la Llei 13/2003 els tràmits pertinents per determinar la cancel·lació de la hipoteca constituïda per part d'AREVA TRADING SLU sobre la concessió administrativa en data 28 de desembre de 2011 (...)
(...)

SETÈ.- Iniciar els tràmits corresponents per a la liquidació definitiva del contracte resolt mitjançant la present resolució i liquidació econòmica de la mesura cautelar d'intervenció temporal del servei”.

Aquest fet comporta que no es desprengui cap conseqüència jurídica desfavorable ni favorable pels interessats, en tant que amb els acords anteriorment esmentats, el Ple acorda iniciar el tràmit, posar en marxa el procediment administratiu i per tant no es pot interpretar ni realitzar la presumpció que produiran efectes desfavorables ni pel que fa a la cancel·lació de la càrrega ni l'eventual indemnització que resulti.

Tanmateix els recurrents invoquen en aquesta al·legació l'aplicació dels següents preceptes legals relatius als articles 262.2, 263.3 a) i 264.1 c) del TRLCSP, Text refós de la Llei 3/2011, de 14 de novembre, no aplicable en aquest contracte.

Es reitera, la importància de no confondre el règim jurídic de la llei aplicable al contracte objecte de la controvèrsia que ens ocupa, doncs és important que els recurrents tinguin present en tot moment el règim jurídic que s'aplica per defensar correctament els seus drets i interessos i les conseqüències que se'n deriven d'acord amb l'ordenament jurídic aplicable.

En aquest cas la normativa concordant seria:

Art. Invocats pels recurrents 262.2 TRLCSP = art. 256.2 Llei 30/2007

Art. Invocats pels recurrents 263.3 a) TRLCSP = no existeix equivalència a la Llei 30/2007

Art. Invocats pels recurrents 264.1 c) TRLCSP = no existeix equivalència a la Llei 30/2007

“Artículo 256.2 Derechos del acreedor hipotecario

2. Cuando procediera la resolución de la concesión por incumplimiento de alguna de las obligaciones del concesionario, la Administración, antes de resolver, dará audiencia al acreedor hipotecario por si éste ofreciera subrogarse en su cumplimiento y la Administración considerara compatible tal ofrecimiento con el buen fin de la concesión”.

Analitzat l'article 256.2 de la Llei 30/2007, s'informa que efectivament es va donar audiència als creditors hipotecaris, consta a l'expedient administratiu les notificacions practicades de l'inici de la resolució contractual, a l'ICF Registre general d'entrades de data 4 d'agost de 2015, número 0251E/2863/2015, i Banc Sabadell de data 4 d'agost de 2015, amb còpia del contingut íntegre de tot l'expedient administratiu, no obstant això, es constata que en cap cas ni durant la tramitació administrativa, ni durant la tramitació concursal, ni durant la fase prèvia a la declaració del concurs, constés en aquesta administració comunicació dels creditors hipotecaris ni de l'oferiment de la subrogació ni de l'execució hipotecària, davant l'impagament del crèdit per part del concessionari.

No és d'aplicació l'article que invoquen els recurrents 263.3 a) TRLCSP atès que no hi ha equivalència amb la Llei 30/2007 aplicable al contracte, ni tampoc l'administració ha acordat el segrest de la concessió sinó la intervenció temporal com a mesura cautelar.

Tampoc és d'aplicació l'article 264.1 c) invocat pels recurrents atès que no hi ha equivalència a la Llei 30/2007 aplicable al contractista i que regeix les relacions jurídiques derivades del present, a risc de ser reiteratius és important tenir present que d'acord amb la Disposició Transitòria primera del TRLCSP, 3/2011:

“Disposición transitoria primera. Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

A la vista dels arguments jurídics exposats no es pot concloure que els acords municipals concorrin en causa de nul·litat de ple dret, fet que haurà de comportar la desestimació de les al·legacions del punt Sisè.

**Setè.- Il·legal incautació de la garantia
Resposta al·legació setena.-**

Els recurrents consideren que existeix causa d'il·legalitat de la incautació de la garantia.

És qüestionable la legitimació de l'ICF en relació amb aquesta al·legació formulada, que res té a veure amb els seus drets i interessos en tant que creditor hipotecari.

És d'aplicació l'article 90 de la Llei 30/2007, que disposa:

- 1. 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.**
- 2. Aprobada la liquidación del contrato y transcurrido el plazo de garantía, si no resultaren responsabilidades se devolverá la garantía constituida o se cancelará el aval o seguro de caución.**

No obstant això, s'informa que de la lectura del punt de l'acord de ple relatiu a la incautació de la garantia s'observa que **resta condicionada**, tal i com disposa a: **“a fi de respondre dels danys i perjudicis ocasionats a l'Administració, sense perjudici de la subsistència de la responsabilitat del contractista en relació a l'import que excedeixi de la garantia incautada. Tanmateix, i de conformitat amb l'article 208.4 de LCSP el contractista perdrà definitivament aquesta garantia dipositada en cas de declarar-se culpable en el concurs de creditors tramitat davant el Jutjat mercantil núm. 4 de Barcelona i en cas de respondre pels danys i perjudicis ocasionats a conseqüència de l'execució defectuosa del contracte”.**

Es posa en coneixement que aquestes condicions queden reflectides a l'acord municipal, en espera que s'obtingui un pronunciament en seu mercantil sobre la culpabilitat del contractista i prèvia aprovació de la liquidació corresponent del contracte per danys i perjudicis, no sent possible a la vista dels fets argüits un pronunciament de retorn o execució per part de l'administració fins que es doni compliment als condicionats esmentats.

SUSPENSÍO DE L'ACORD

Per últim i en relació amb la suspensió de l'acord sol·licitada pels recurrents s'informa:

La suspensió sol·licitada constitueix una excepció al principi d'executorietat de l'acte administratiu, que reconeix l'article 57 de la Llei 30/1992, la qual procedeix únicament quan es

troben atesos els supòsits que permeten inferir que amb tal acte, es causin perjudicis que siguin irreparables o de difícil reparació.

L'article 111 de la Llei 30/1992, de 27 de novembre, assenyala que l'òrgan competent per resoldre el recurs, prèvia ponderació, suficientment raonada (exigència d'una motivació reforçada), entre el perjudici que causaria a l'interès públic o a tercers la suspensió i el perjudici que es causa al recurrent com a conseqüència de l'eficàcia immediata de l'acte recorregut, és a dir, s'admet la suspensió en virtut del *periculum in mora* i no sobre la base del criteri del *fumus boni iuris*, quan concorri alguna de les circumstàncies següents:

a) Que l'execució pugui causar perjudici d'impossible o difícil reparació.

b) Que impugnació es fonamenti en alguna de les causes de nul·litat de ple dret que preveu l'article 62.1 de la Llei 30/1992.

Els recurrents en la invocació dels articles 111.2, especifiquen amb caràcter general l'article 62 i en particular la lletra e) de la Llei 30/1992, és a dir haver-se adoptat l'acord prescindint absolutament del procediment, sense especificar o esmentar cap impossibilitat o dificultat per la reparació dels danys, i sense especificar o esmentar tampoc els perjudicis que comporten o podrien comportar la no suspensió de l'acord, aquesta especificació i concreció esdevenen necessàries per poder ponderar els perjudicis que si s'escau es podrien produir de continuar amb l'efectivitat de l'acord.

Al marge que la sol·licitud de suspensió de l'execució d'un acte tant pel fet que pugui produir danys d'impossible o difícil reparació com pels motius de nul·litat de l'article 62.1 de la Llei 30/92, requereixen que es demostrï de manera suficient, no bastant la simple al·legació per part del recurrent, sinó que les al·legacions han d'estar recolzades per indicis seriosos de versemblança i siguin ponderats per l'òrgan competent, abans d'adoptar la decisió de suspendre l'acte, és important tenir present que el perjudici seria mantenir de manera fictícia una relació contractual sota l'aparença de legalitat i confiança legítima de les administracions, que està afectada de causa de resolució ope legis, doncs aquí si que s'estaria produint perjudicis greus per l'interès públic, afectant no tan sols al funcionament del servei públic sinó també als creditors o proveïdors de l'empresa que incorren en causa de resolució contractual continua establint relacions comercials amb terceres persones i amb usuaris del servei públic, sense que això sigui possible des del punt de vista jurídic.

La valoració de la impossibilitat o dificultat de la reparació dels danys en relació amb l'interès públic, com a excepció a l'esmentada regla o principi general de l'executorietat dels actes administratius, obeeix al principi de seguretat jurídica i comporta que ha de realitzar-se d'una manera prudentment restrictiva, ja que en cas contrari la seva extensió més aviat generalitzada implicaria sense dubte un greu trastorn de l'activitat administrativa. És per això que l'apreciació de l'existència de perjudicis de difícil o impossible reparació és sempre de caràcter circumstancial referit a cada supòsit concret però, en tot cas, com posa de relleu una reiterada doctrina jurisprudencial (Actuacions de 16 de maig i 3 i 24 desembre 1990; 20 novembre 1992 i 7 i 28 de juny de 1993, entre altres), cal que qui sol·licita la suspensió suporti la càrrega de la prova de les dades de fet que integren el supòsit necessari per provocar la conseqüència jurídica suspensiva pretesa i que correspon apreciar l'òrgan jurisdiccional decisor, només limitat per les regles de la crítica sana (art. 117.3 CE i 632 LEC).

D'altra banda, es constata que l'òrgan de contractació no ha realitzat res més que allò que estableix la normativa contractual, sense que això es pugui identificar amb el supòsit de creació de situacions jurídiques irreversibles que poden fer ineficaz la futura resolució de l'acte administratiu, impossibilitant el compliment del mateix (criteri aquest el mantingut per la STS de 14-6-2006, referit al procés judicial), a més a més, s'observa que no hi ha risc evident o que pugui sorgir, en aquest espai de temps, i provoqui situacions irreversibles o de difícil o costosa irreversibilitat, aquests arguments argüits, comporten que la suspensió sol·licitada d'acord amb el criteri de qui subscriu el present informe, no tingui fonament legal per excepcionar el Principi d'autotutela declarativa de l'administració, segons el qual: "Els actes de les administracions públiques subjectes al dret administratiu es presumeixen vàlids i produiran efectes des de la data en què es dicten, llevat que s'hi disposi una altra cosa".

LEGISLACIÓ APLICABLE

Llei 30/2007, de contractes del sector públic.

Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques.

Reial Decret 817/2009, de 8 de maig pel qual es desplega parcialment la Llei 30/2007, de 30 d'octubre de contractes del sector públic.

Llei 30/1992, de 26 de novembre, del règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú.

Llei 22/2003, de 9 de juliol, Llei Concursal.

I als efectes oportuns s'emet el present informe amb caràcter no preceptiu ni vinculant, amb les observacions realitzades a les al·legacions presentades, sens perjudici d'altre millor criteri en Dret fonamentat o dels informes complementaris que pugui sol·licitar l'òrgan competent. No obstant això, el Ple acordarà allò que estimi més adient als interessos municipals."

Vist l'informe favorable de la Comissió Informativa celebrada en data 11 de febrer de 2016.

Per tot això, es formula al Ple la següent proposta d'acord:

PRIMER.- Denegar la suspensió de l'acte recorregut, atès que no hi concorren els requisits legals de l'article 111 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (en endavant, LPAC), segons els arguments jurídics transcrits i exposats literalment al present acord.

SEGON. Desestimar íntegrament les al·legacions presentades de manera conjunta per l'ICF i Banc Sabadell, RGE 2016/383 de data 29 de gener de 2016, d'acord amb els arguments jurídics exposats i que s'integren als fonaments jurídics de la present proposta als efectes de donar compliment a l'art. 54 de la LPAC, no essent possible la declaració de la nul·litat ni anul·labilitat de l'acord impugnat ni la devolució de la fiança.

TERCER.- Notificar als interessats que consten a l'expedient, a la Comissió jurídica assessora i al Jutjat Mercantil núm. 4 de Barcelona i al Jutjat Contenciós Administratiu núm. 1 de Barcelona, als efectes oportuns.

Cabrils, 12 de febrer de 2016

L'alcalde
Avelina Morales Serra