

## Dictamen jurídic

**Assumpte:** Execució Sentència Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) núm. 729/2020, que desestima els Recursos d'apel·lació formulats contra prèvia Sentència de 30 de juny de 2016 del Jutjat Contenciós-Administratiu núm. 4 de Barcelona. Anul·lació Acord EMD Valldoreix de 30 d'octubre de 2012, que modificava el contracte de concessió de complex esportiu.

### 1. Antecedents

En data **19 de juliol de 2012** la Junta de Veïns de l'Entitat Municipal Descentralitzada (EMD) de Valldoreix va subscriure un **Conveni** amb l'empresa Eventing Sports CINC SL, per modificar els termes de la concessió del complex esportiu de Valldoreix. El conveni fou recorregut per l'Associació de Veïns i Veïnes Progressistes de Valldoreix i el Sr. Pablo Alonso González, i en sessió plenària de data 30 d'octubre de 2012 es desestimaren en via administrativa els seus Recursos de reposició.

L'acord entre l'EMD i l'empresa es produïa com a via de formalització d'una **modificació del contracte de gestió de servei públic** del complex esportiu de Valldoreix que s'havia adjudicat per 25 anys el **30 de gener de 2003**, després del corresponent procediment de licitació. El contracte inicial suposava:

- a) *Posar en marxa un servei de **bar-restaurant** al principi de l'activitat.*
- b) *L'abonament a l'EMD d'un **cànon corresponent al 20% del resultat positiu del compte d'explotació de la concessionària**. El primer any es permetia un dèficit, però aquest no podia reiterar-se, de manera que un eventual dèficit continuat seria causa de resolució del contracte.*
- c) *La concessionària havia d'abonar les **despeses dels subministraments**.*

A partir d'aquestes previsions inicials, la **modificació pactada al 2012** significava introduir les següents modificacions:

1. Els **subministraments de gas i electricitat** serien a nom de la concessionària i l'EMD subvencionaria el seu cost amb 50.000 euros/any, revisables a l'alça o a la baixa anualment només a partir de gener/2014. El consum de les pistes de pàdel quedava exclòs de la subvenció, tenia un comptador diferenciat i seria abonat íntegrament per la concessionària.
2. El consum d'**aigua** continuaria essent abonat per l'EMD només fins a 8.800 m3. Si es superava aquest volum, ho abonaria la concessionària.
3. La concessionària podia afegir **4 pistes de pàdel més**, a afegir a la única existent inicialment. Abonaria el cost de la seva construcció.
4. La concessionària assumia inversions en **millora de les instal·lacions**, quantificades en 120.000 euros coincidents amb el compromís ofertat en el seu dia.
5. S'inclouïa la prestació gratuïta del **servei de natació** escolar al llarg de tot el curs, per a 100 alumnes d'una escola del municipi; a més de 2 dies/setmana pels alumnes de l'Associació pro Disminuïts Físics i Psíquics.
6. Desapareixia la previsió de resolució del contracte en cas de dèficit continuat.
7. **Desapareixia l'abonament del cànon del 20%** sobre el resultat positiu del compte d'explotació anual.

L'Associació de Veïns i Veïnes Progressistes de Valldoreix i el Sr. Pablo Alonso González impugnaren en via judicial la desestimació administrativa dels seus Recursos i en conseqüència la modificació del contracte, en considerar que s'estaven excedint els límits legalment establerts per a una modificació del contracte de concessió.

En data 30 de juny de 2016 el Jutjat Contenciós-administratiu núm. 4 de Barcelona dictà Sentència núm. 137/2016 favorable a l'Associació i al Sr. Alonso, estimant el Recurs i anul·lant l'acord de modificació del contracte.

L'EMD i l'empresa concessionària interposaren Recurs d'apel·lació contra la Sentència del Jutjat, i en data 24 de febrer de 2020 el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) ja desestimà els Recursos i ha confirmat la Sentència del Jutjat.

## 2. Objecte

L'Associació desitja conèixer quins han de ser els propers passos per tal d'executar el pronunciament judicial favorable a les seves pretensions, mentre es troba a l'espera de conèixer si l'empresa prepararà o no **Recurs de Cassació contra la Sentència del TSJC**. Ja es té constància que l'EMD no el presentarà, en haver estat rebutjada aquesta possibilitat en **sessió plenària del 27 d'abril de 2020**.

Es tracta, doncs, d'analitzar i decidir **en quins termes es podrà sol·licitar l'execució de la Sentència un cop aquesta sigui declarada ferma<sup>1</sup>**.

La intenció de l'Associació és exigir el màxim respecte a la legalitat sense perjudicar els interessos de la població de Valldoreix.

## 3. El detall dels pronunciaments judicials

Amb ànim clarificador, interessa deixar constància del que suposen els pronunciaments judicials continguts en les Sentències que ens ocupen.

La Sentència del TSJC, en desestimar íntegrament els Recursos d'apel·lació, confirma **l'ajust a dret de la Sentència del Jutjat contenciós-administratiu núm. 4** i alhora fa un exprés pronunciament relatiu a la manca d'acreditació de l'exigible concurrència d'interès públic en la pretesa modificació del contracte de concessió; també s'imposen les costes a la part apel·lant, amb un límit de 2.000 euros.

---

<sup>1</sup> Avui per avui deixem a banda l'eventualitat que el TS pogués admetre el Recurs de Cassació de l'empresa concessionària si és el cas, i deixés sense efectes les sentències prèvies. Aquesta hipòtesis es considera improbable i s'analitzaria només en cas que es produís i en atenció a les circumstàncies en què es desenvolupés el Recurs de cassació.

La prèvia Sentència del Jutjat núm. 4, ara confirmada pel TJSC, és la que de forma més detallada analitzà la controvèrsia, i expressament va establir:

- a) *És un contracte de concessió, per la qual cosa s'executa a **risc i ventura del contractista**.*
- b) *Un contracte només pot ésser modificat per raons d'interès públic i en els casos i forma previstos legalment. No es poden alterar les condicions essencials de la licitació i adjudicació, i entre elles hi ha (art. 107.3 TRLCSP<sup>2</sup>, aplicable al contracte que ens ocupa per raons temporals):*
  - b.1) *No és modificable la relació entre la prestació contractada i el seu preu, tal com hagi quedat definida per les condicions de l'adjudicació.*
  - b.2) *La modificació no pot ser igual o superior al 10% del preu, ni d'una sola vegada ni amb modificacions successives.*
  - b.3) *No es poden fer alteracions que, si haguessin estat conegudes per altres interessats o licitadors, haguessin donat lloc a altres ofertes per la seva part.*
- c) *El **reequilibri econòmic de la concessió està acotat** en l'article 282 TRLCSP, ja interpretat per la jurisprudència, i en el cas que ens ocupa no s'han respectat les seves previsions.*
- d) *Els possibles incompliments d'alguna de les parts o les dificultats econòmiques o problemes d'execució d'un contracte **no es poden resoldre per la via de la seva modificació**.*
- e) *Les **causes de resolució d'un contracte no es poden corregir** amb la seva modificació, i eliminar una causa no beneficia a l'Administració.*
- f) *Amb una modificació **no es podia afectar la construcció del bar-restaurant ni suprimir el cànon** a abonar per part del contractista. No s'ha acreditat una pretesa equivalència de prestacions entre el cànon i el servei de natació escolar, que per altra banda no sembla es pogués acreditar perquè s'apliquen criteris molt diferents de valoració.*
- g) *La **subvenció de 50.000 euros** a favor del contractista seria un ajut no autoritzat i a més és un abonament no previst inicialment i aplica un sistema diferent i nou de fixar les condicions de pagament dels subministraments.*

La conclusió del Jutjat és clara i contundent: el que es va fer mitjançant el Conveni impugnat era una autèntica novació del contracte inicial, no una mera modificació. Per tant, en via judicial s'anul·la i es deixa sense efectes la modificació de 2012.

---

<sup>2</sup> Text Refós de la Llei de contractes del sector públic 3/2011, de 14 de novembre.

#### 4. Efectes de l'anul·lació de la modificació

El fet que la modificació de 2012 hagi quedat anul·lada en via judicial obliga a **retornar a la situació inicial** del contracte. Ara bé, sembla acreditat que **aquest retorn seria insostenible**, en la mesura que fou l'esdevenir del contracte inicial el que precisament provocà un gran nombre de conflictes entre l'empresa concessionària i l'Administració, que acabaren donant lloc a la modificació.

En efecte, en la pròpia sessió plenària de l'EMD on es discutí la presentació o no de Recurs de cassació contra la Sentència del TSJC el 27/04/02020, els diversos intervinents reconegueren que en el seu dia "calia fer alguna cosa" davant la inadequació del contracte de 2003. També la pròpia empresa era partícip d'aquesta percepció quan inicià nombrosos fronts administratius i judicials de qüestionament de la relació contractual, finalment desistits quan es formalitzà el conveni de 2012 ara anul·lat.

En conseqüència, podem apreciar que en realitat, **objectivament, el contracte no pot retornar a la situació inicial i no pot ésser efectivament executat en els termes previstos en la seva licitació i adjudicació.** També hem d'entendre que en l'expedient administratiu ha de constar l'acreditació d'aquesta impossibilitat.

Essent així, i donat que és un contracte que es regeix per la **legislació vigent l'any 2003**, hem d'acudir al que en aquell moment establí la legislació de contractes administratius, concretada en el **Real Decret Legislatiu 2/2000**, de 16 de juny, text refós de la llei de contractes de les Administracions públiques, vigent des de 22 de juny de 2000 fins la seva derogació el 16 de desembre de 2011, quan va ser substituït pel Real Decret Legislatiu 1/2011.

En la norma esmentada (RDL 2/2000), és l'article 111 el que regula les **causes de resolució** d'un contracte, i entre elles les que **s'hagin establert expressament en el contracte** i els possibles **incompliments**.

També l'article 112.4 assenjala que el contracte es pot resoldre de **mutu acord només quan no hi hagi imputabilitat** de les causes al contractista:

*La resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución imputable al contratista y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.*

De manera més específica, en el cas de contractes de gestió de serveis públics com el que ens ocupa, l'article 167 preveu com a causa de resolució el **rescat del servei** per part de l'Administració i la seva supressió per raons d'interès públic; i també la **impossibilitat d'explotació si és conseqüència d'actuacions administratives posteriors al contracte**.

En el nostre cas, si acudim al **propi contracte** observem que, per a les causes de resolució, en la **clàusula 12a** es realitza una concreta remissió al **ROAS** (Decret 179/1995, Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals), sense perjudici de l'aplicabilitat de la legislació contractual:

**DOTZENA.-** La concessió objecte d'aquest contracte s'extingeix per alguna de les causes següents, i es regeix pel que estableix per a normativa general de contractació de les administracions públiques.

- a) Pel transcurs del període de temps pel qual s'atorga.
- b) Per incompliment molt greu de les obligacions essencials assenyalades en aquest plec de clàusules que afectin la continuïtat i regularitat de la prestació.
- c) Pel rescat de la concessió o la supressió del servei.
- d) Per les altres causes que estableixen els articles 239, 241 i 260 del ROAS.

Els mateixos preceptes s'esmenten en la **clàusula 14a dels Plecs**, fent referència als efectes dels articles 261 a 264 del ROAS, norma avui encara vigent que concreta el següent:

- L'article 239 es refereix a eventuals **incompliments de l'Administració**, que com a tals poden donar lloc a indemnització de l'altra part.

- L'article 241 concreta, com a causes d'extinció d'un contracte de gestió de serveis, entre altres: l'**incompliment de qualsevol de les parts** de les obligacions essencials fixades; el **rescat** o la **supressió del servei**; el **mutu acord**; les **actuacions empresarials** que posin en crisi la direcció i control de l'Administració. Aquestes causes es complementen amb les previstes a l'article 260, entre les que s'afegeix, entre altres, la **impossibilitat sobrevinguda** en la prestació si no fos imputable a les parts; o el **mutu dissens**.
- L'article 261 recull les **2 opcions d'extinció** per causa imputable a l'Administració o bé al concessionari. Si és imputable al concessionari es preveu determinar el valor de la concessió, si s'escau, i la convocatòria d'una nova licitació. És interessant observar que la previsió és licitar de nou amb el mateix plec de clàusules, ja que es parteix que el problema no serien els plecs sinó l'activitat del concessionari.
- Els articles 263 a 265 es refereixen al **rescat**, concepte referit a l'opció de l'Administració de resoldre unilateralment una concessió abans de finalitzar el seu termini, per assumir la gestió directa del servei o mitjançant òrgan dependent de l'Administració.

El conjunt de preceptes breument resumits és el **marc contractual i legal** en el qual l'EMD haurà d'encabir la **necessària extinció del contracte actual per donar pas a una nova licitació** que permeti salvar els obstacles existents, construint un model de gestió viable que permeti que l'adjudicatari pertinent pugui desenvolupar el servei sense les dificultats actuals.

En aquest sentit, no és a l'Associació Valldoreix a qui correspon determinar si l'empresa contractista li és o no imputable la impossibilitat de continuar el contracte, ni si els plecs de l'anterior licitació permetien o no la consecució d'un bon contracte de gestió, ni quin ha de ser el supòsit al qual calgui acollir-se en atenció a les **circumstàncies que es derivin de l'expedient**. Serà l'EMD qui, a la vista de tots els antecedents, podrà pronunciar-se.

En tot cas, val a dir que en la resolució de la problemàtica l'EMD haurà també de tenir en compte els criteris que es desenvolupen en el següent apartat.

## 5. Criteris aplicables a la resolució

### 5.1 Principi de risc i ventura del contractista

En tot contracte administratiu resulta aplicable l'anomenat **principi de risc i ventura**. Segons adverteix el Consell d'Estat en el seu Dictamen de 13 de març de 2003 (exp. 3344/2002)

*"el fonament d'aquest principi és triple: en primer lloc, el principi de **seguretat jurídica** (Dictamen número 50.293, de 5 de novembre de 1987); en segon lloc, el principi de **concurrència i la necessitat de no desvirtuar les garanties presents en l'adjudicació dels contractes de les Administracions Públiques (doncs una erosió del principi de risc i ventura podria fer il·lusòries les garanties que en la licitació s'oferiren a aquells licitadors que no resultaren adjudicataris), i en tercer lloc, la **protecció dels interessos de l'Hisenda pública**"*** (Dictamen de 13 de març de 2003 (Expedient 3.344/2002).

També la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat, en la seva Recomanació expedient 101/18 de 10 de desembre de 2018, explica: "A la immutabilitat del contracte s'ha d'afegir com a premissa essencial pròpia dels contractes públics l'**atribució al contractista del risc i ventura del contracte**. Així ho declara l'article 197 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic quan assenyala que "L'execució del contracte es realitzarà a risc i ventura del contractista, sens perjudici del establert per al contracte d'obres en l'article 239."

*"La concreció d'aquest principi suposa que el contractista assumeix els riscos normals que són inherents a l'execució del contracte, de manera que la mera variació de les circumstàncies en base a les quals es va firmar el mateix no permetria que el contractista pogués unilateralment la modificació del contracte. Assenyala el Tribunal Suprem que "en el què concerneix a les alteracions de l'economia del contracte, l'expressa aplicabilitat del principi de risc i ventura fa que el contractista, al igual que es beneficia de les majors avantatges que en relació amb les previstes li depari la dinàmica del contracte, ha de suportar la major onerositat que per a ell pugui significar*



*la seva execució” (STS de 20 de juliol de 2016). Aquesta mateixa sentència ens recorda que la proclamació legal del principi del risc i ventura porta inherent un element de aleatorietat dels resultats econòmics del contracte, aleatorietat que significa que la frustració de les expectatives econòmiques que el contractista va tenir en consideració per a consentir el contracte no l’allibera de complir l’estrictament pactat ni, consegüentment, el faculta per a apartar-se del vincle contractual o per a reclamar la seva modificació”.*

Veiem, doncs, que un concessionari no pot apartar-se de les condicions d’un contracte pel fet que s’hagin frustrat les seves expectatives de negoci, ni si hi ha hagut mala gestió i incompliments del contracte, circumstàncies que -insistim- en el nostre han de constar en l’expedient.

## 5.2 Necessitat d’estudi econòmic financer abans de la licitació, per conèixer el repartiment de riscos inicial entre Administració i concessionari

És important tenir en consideració que tota Administració pública que es decideixi a licitar un servei públic ha de fer-ho amb un previ anàlisi de les circumstàncies econòmiques i financeres del futur contracte.

Així, ja el Reglament General de Contractació de l’Estat Decret 3410/1975, aplicable al nostre cas per raons temporals, establia en el seu article 2009 i ss, que tot expedient de contractació havia de contenir una anàlisi dels aspectes jurídics, administratius i també econòmics relacionats amb l’explotació del servei, per garantir la viabilitat el contracte.

Per tant, en el nostre cas, és en la mesura que existeixi un bon estudi econòmic a l’inici de l’expedient, que els plecs de clàusules tècniques i administratives podran considerar-se adequades. Caldrà esbrinar si existeix aquest escenari de sortida del contracte a nivell econòmic financer i com s’havien repartit els riscos del contracte entre l’Ajuntament i el concessionari a l’inici de la relació.

En definitiva, la prèvia definició del repartiment de riscos resultarà essencial per determinar l'existència d'eventuals incompliments posteriors de les parts i establir les conseqüències de l'acreditada impossibilitat de modificació del contracte inicial.

### 5.3 Resolució anticipada del contracte

La concessió que analitzem hauria de finalitzar l'any 2028. Tanmateix, **quan un contracte no es pot modificar, s'ha de resoldre**. Així ho expressen els **articles 8.3 i 111 RDL 2/2000**. I en aquest punt és molt interessant incorporar el coneixement del que va significar la restricció de les possibilitats de modificació dels contractes públics que es va introduir l'any 2011 en el nostre ordenament jurídic. Fins aleshores les modificacions eren més tolerades, i va ser a partir de 2011 quan, en aplicació dels criteris derivats de les Directives europees aplicables, s'introduí un criteri clarament restrictiu a aquestes modificacions.

Davant d'aquesta restricció, va aparèixer una solució en favor dels contractistes. Així, si la modificació no era possible, havien d'arbitrar-se mecanismes per actuar quan un contracte no pogués continuar executant-se segons el que s'havia previst inicialment.

S'explica, entre altres, en el **Dictamen 811/2017 de 19 d'octubre, del Consell d'Estat**:

*"Com es sabut, la causa de resolució contractual aquí al·legada fou **introduïda per la Llei 2/2011, de 4 de març, d'Economia sostenible**. Com ressaltava el Consell d'Estat en el seu dictamen número 215/2010, de 18 de març (sobre l'avantprojecte d'aquesta llei), la reforma perseguia, de conformitat amb les exigències del Dret de la Unió Europea, una **restricció de les possibilitats de modificació dels contractes públics amb posterioritat a la seva adjudicació; com a complement d'aquest nou règim**, el legislador va introduir la causa de resolució analitzada, amb l'objectiu de permetre posar fi al vincle convencional en aquells supòsits en els que el contracte no pogués ser modificat, però tampoc executat en els termes inicialment pactats, motiu pel qual la resolució comporta, com a regla general, el dret del contractista a una indemnització del 3% de*

*l'import de la prestació deixada de realitzar, excepte que la causa de resolució li sigui imputable (article 225.5 del text refós de la LCSP)".*

A partir d'aquesta nova filosofia en la contractació pública, l'article 223.g del Real Decret Legislatiu 3/2011, Text refós de la Llei de contractes del sector públic (en endavant **TRLCSP**) va preveure la **resolució anticipada d'un contracte pels casos en què no fos possible modificar-lo:**

*g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I.*

Sobre com executar aquesta causa de resolució, l'article 225 del TRLCSP apartats 5 i 6 estableixen que:

*"5. Quan la resolució s'acordi per les causes recollides en la lletra g) de l'article 223, el contractista tindrà dret a una indemnització del 3 per cent de l'import de la prestació deixada de realitzar, excepte que la causa sigui imputable al contractista.*

*6. En el moment d'incoar-se l'expedient administratiu de resolució del contracte per la causa establerta en la lletra g) de l'article 223, es podrà iniciar el procediment per a l'adjudicació del nou contracte, si bé l'adjudicació d'aquest quedarà condicionada a la finalització de l'expedient de resolució. S'aplicarà la tramitació d'urgència a ambdós procediments".*

Podem observar l'especial interès de l'apartat 6 del precepte, que precisament preveu que es pugui iniciar una nova licitació, l'adjudicació de la qual quedarà condicionada a la finalització de l'expedient de resolució del contracte previ; i que es pot tramitar d'urgència si així es facilita la resolució de la problemàtica.

No hi ha dubte, doncs, dels efectes beneficiosos de la utilització dels criteris de l'article 223 i 225 TRLCSP al nostre supòsit. Per aquest motiu ens reafirmem en l'aplicabilitat dels principis que es

deriven d'aquesta regulació, i a aquests efectes resulta d'interès conèixer com s'ha posicionat el Consell d'Estat i també les comissions jurídiques assessores de la comunitat autònoma de Madrid i de Catalunya. Els seus pronunciaments han estat els següents:

**Dictamen 193/13, de 23 de maig, de la Comissió Jurídica Assessora de Catalunya:**

*"En concret, la proposta fonamenta la resolució en la causa prevista en l'article 223.g) del TRLCSP; això és, que el contracte es pot resoldre quan es dona la impossibilitat d'executar la prestació en els termes inicialment pactats, o la possibilitat certa de produir una lesió greu a l'interès públic si es continua executant la prestació en els termes pactats, quan no sigui possible modificar el contracte segons les previsions legals.*

*Aquesta causa de resolució contractual va ser introduïda per la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible, com a complement del nou règim, més restrictiu, de modificació contractual. Amb la inclusió de la nova causa, la legislació tenia l'objectiu de permetre finalitzar el vincle contractual en aquells supòsits en els quals el contracte no es pot modificar, si bé, al mateix temps, tampoc no es pot executar en els termes inicialment pactats.*

*En l'aplicació d'aquesta causa de resolució s'han d'acreditar o justificar diversos elements. En primer lloc, la impossibilitat de modificació; és a dir, que l'objectiu d'adaptar la relació contractual a les circumstàncies sobrevingudes no pugui encaixar-se en els supòsits de modificació previstos en l'ordenament, en concret en els articles 105 i següents del TRLCSP. En segon lloc, que es doni la impossibilitat d'execució en els termes inicialment establerts, o que es pugui produir una lesió greu de l'interès públic si es continua la prestació en els mateixos termes. En tercer lloc, l'examen d'aquestes circumstàncies s'ha de fer amb especial cura, ja que el destí normal d'un contracte és el seu compliment, i precisament aquesta és la via normal d'extinció, i, per tant, la resolució constitueix sempre una opció especial.*

*En relació amb la impossibilitat de modificar el contracte, es constata, en primer lloc, que la clàusula 1.21 del Plec de clàusules administratives particulars del contracte fa una simple remissió a la regulació legal sense incloure cap supòsit específic. A la vista d'aquesta regulació –article 107*

*del TRLCSP-, com que, segons s'indica en l'expedient, la minoració de les necessitats de vigilància se situa en el 40 %, la modificació pertinent afectaria en més del 10 % el preu d'adjudicació del contracte, i constituïria una modificació substancial que la llei prohibeix. En vista de les dades contingudes en l'expedient i, en particular, dels informes de la Direcció Gerència de 7 de febrer de 2013 i de la Secretaria delegada de 8 de febrer de 2013, queda acreditat que les necessitats de vigilància, com a conseqüència de la reorganització del servei –no-obertura al públic i només visita amb cita prèvia-, experimenten un fort decrement (de 3.186 hores a 1.270 hores), la valoració de les quals comportaria una modificació contractual clarament superior als límits legals. Així, doncs, l'adaptació del contracte no es podia efectuar mitjançant la seva modificació".*

Noti's que en el cas objecte d'aquest dictamen es donarien els tres requisits assenyalats en l'anterior Dictamen 193/13:

Primer.- Impossibilitat de la modificació del contracte.

La impossibilitat ha estat expressament **declarada en via judicial**, de manera que no hi pot haver cap discussió al respecte.

Segon.- Impossibilitat d'execució del contracte en els termes inicialment establerts

Les circumstàncies esdevingudes amb posterioritat a la formalització del contracte i que precisament donaren lloc a la seva modificació -avui anul·lada-, **acrediten que no era possible continuar l'execució tal com s'havia previst inicialment.**

Així, no es pot prestar materialment el servei en els termes inicialment pactats, de manera que els motius econòmics estan intrínsecament lligats als motius materials en la mesura que sense una cobertura econòmica suficient és impossible una prestació material idònia.

En aquest sentit, el Dictamen esmentat, de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya estableix que: "*Sobre això, cal esbrinar les característiques que ha de reunir la impossibilitat d'execució del contracte en les condicions pactades. Aquesta impossibilitat ha de*

ser tècnica o física. I no es pot entendre que la impossibilitat al·ludida compregui dificultats d'ordre de gestió pressupostària, simplement relacionada amb la consignació de despesa. Ara bé, seria diferent el cas en què les restriccions pressupostàries redefinissin el programa de la institució o activitat, i d'aquesta redefinició es derivés la impossibilitat, ja tècnica, de continuar la prestació en els termes pactats. Si així fos, s'estaria davant la causa de l'article 223.g) del TRLCSP'.

Terçer.- Examen d'aquestes circumstàncies fet amb especial cura

L'EMD, en iniciar l'expedient de resolució anticipada del contracte, haurà d'incloure-hi la deguda acreditació de què ha realitzat un **examen exhaustiu de les circumstàncies** que provoquen la impossibilitat de continuar amb l'execució del contracte, sense possibilitat de modificar-lo.

En aquest sentit, val la pena tenir en compte la posició expressada per la **Comissió Jurídica Assessora catalana** en el seu **Dictamen 107/2019, d'11 d'abril**:

*"Com s'ha vist, les clàusules transcrites del Plec no detallen –com demana l'article 106– d'una manera clara, precisa i inequívoca, les condicions en què es pot fer ús de la potestat de modificar el contracte. Per tant, cal acudir a l'article 107 (modificacions no previstes en la documentació que regeix la licitació), que només permet portar a terme la modificació quan es justifiqui suficientment la concurrència d'alguna de les circumstàncies que recull".*

*"No consta en l'expedient tramès l'inici d'un expedient formalitzat de modificació del contracte, però com s'ha exposat en el darrer paràgraf del punt V.2 d'aquest Dictamen, el cert és que, de les manifestacions contingudes en l'informe tècnic de 20 de març de 2018, prèviament reproduïdes, en què es posa de manifest que comunicades les incidències a la mercantil es van proposar alternatives amb el material que no van solucionar el problema, se n'extrau que hi ha hagut un intent, suficientment acreditat i rigorós, de modificar el contracte, però no ha estat possible trobar una via que ho faci viable. En conseqüència, la Comissió considera que concorre el primer pressupòsit per a aplicar l'article 223.g) del TRLCSP'.*

Així ho assenyala també el Dictamen 315/17, de 27 de juliol, de la Comissió Jurídica Assessora de la Comunitat de Madrid, quan diferencia entre un desistiment de contracte i l'aplicació del supòsit d'impossibilitat d'execució:

*"Por tanto, podemos concluir que el elemento diferenciador para determinar si estamos ante una u otra causa de resolución es, por un lado, que en el desistimiento el contrato puede seguir ejecutándose en los términos inicialmente pactados, la prestación es posible, pero razones sobrevenidas de interés público justifican y hacen necesaria su resolución por la innecesaridad o inconveniencia de la permanencia del contrato, y mientras persistan esas razones de interés público no podrá iniciarse un nuevo procedimiento de licitación. Es una causa de extinción definitiva del contrato. Sin embargo, en la imposibilidad de ejecución de la prestación inicialmente prevista el contrato, pese a ser necesario, este no puede seguir prestándose de la forma inicialmente prevista por lo que, al no poder modificarse, lo que procedería es su resolución, lo que no impediría una nueva licitación.*

*De esta forma, cuando sea necesaria la permanencia del contrato y, sin embargo, sea imposible ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o su ejecución en esos términos produzca una lesión grave al interés público, habrá de procederse a su modificación cuando esa posibilidad esté contemplada en los pliegos o en el anuncio de licitación o, si no estuviere previsto, en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107 (novación modificativa). Fuera de estos casos, deberá procederse a realizar la modificación proyectada mediante una **novación extintiva del contrato**, procediéndose a su resolución por la causa prevista en el artículo 223 g) TRLCSP, y al inicio de un procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato".*

Pel que fa al **reconeixement indemnitzatori**, semblaria que hi ha elements suficients en el cas que ens ocupa **per rebutjar qualsevol pretensió en aquest sentit per part de l'adjudicatari**, responsable dels defectes que han conduït a la impossibilitat de continuar el contracte en els termes pactats. En tot cas, insistim que aquesta consideració s'haurà de realitzar en el marc de l'expedient de resolució del contracte i **serà l'EMD** qui haurà d'exercir les seves competències a l'efecte.

## 6. Resum i conclusions

Per tal de facilitar la lectura i comprensió del contingut del present Dictamen, seguidament es realitza un breu resum del mateix i de les principals conclusions que se'n desprenen:

- a) El contracte litigiós fou subscrit el 30/01/2003 per a 25 anys.
- b) La modificació pactada entre l'EMD i la concessionària s'aprovà per la Junta de Veïns de l'EMD el 19/07/2012.
- c) La Sentència del Jutjat contenciós-administratiu núm. 4 de Barcelona de 30/06/2016 estimà el Recurs interposat per l'Associació de Veïns i Veïnes Progressistes de Valldoreix i el Sr. Pablo Alonso González, i va anul·lar l'acord de modificació del contracte.
- d) La posterior Sentència del TSJC de 24/02/2020 ha confirmat la Sentència del Jutjat. Estem a l'espera de conèixer si la concessionària presenta o no Recurs de cassació contra la sentència. Partim de la hipòtesi d'una inadmissió del Recurs en cas que fos presentat.
- e) Un cop ferma la Sentència del TSJC -bé pel transcurs del temps o bé per inadmissió de l'eventual Recurs de cassació-, pertocarà la seva execució. L'Associació pretén exigir el màxim respecte a la legalitat sense perjudicar els interessos de la població de Valldoreix.
- f) El Jutjat i el TSJC han estat contundents pel que fa a la impossibilitat d'acceptar una mera modificació del contracte per dur a terme les alteracions previstes l'any 2012 sobre les previsions inicials de 2003. Aquestes alteracions no es poden formalitzar amb una simple modificació.
- g) Sense les alteracions previstes el 2012 el contracte no es pot executar en condicions. Els motius que van conduir a la seva modificació i les circumstàncies que han de constar en l'expedient així ho acreditarien.
- h) Si no es pot retornar a la situació inicial, cal resoldre el contracte, en aplicació de la legislació de contractació pública vigent l'any 2003 i l'actual.
- i) La determinació de la causa de resolució aplicable és competència de l'EMD, de manera que l'Associació només esmenta les possibilitats existents tenint en compte el contracte i la legislació vigent.



- j) Els criteris aplicables a la resolució hauran de tenir en compte el principi de risc i ventura del contractista, l'estudi econòmic que es pogués realitzar abans de la licitació i que constaria a l'expedient i les causes de resolució anticipada vigents. Entre aquestes, val la pena destacar la impossibilitat d'execució en els termes inicialment pactats, supòsit aparegut per primer cop en la Llei 2/2011 d'economia sostenible però precisament destinat a donar resposta a tots els contractes que no poden ésser modificats però tampoc executats en els termes inicialment pactats.

L'aplicació del supòsit esmentat permetria l'inici d'un nou expedient de licitació, si bé l'adjudicació del nou contracte quedaria condicionada a la finalització de l'expedient de resolució.

- k) Per concretar la causa de resolució i procediment l'EMD haurà de fer un examen exhaustiu de les circumstàncies, i entre elles el rebuig a qualsevol pretensió indemnitzatòria de la concessionària si és responsable dels defectes que hagin conduït a la impossibilitat de continuar el contracte en els termes pactats inicialment.

Barcelona, 6 de juliol de 2020

Dolors Clavell Nadal  
Advocada especialista Dret Administratiu  
[dcn@clavellconsulting.com](mailto:dcn@clavellconsulting.com)