



ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante Acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de Abarán, de 16 de abril de 2003, se adjudicó a la --, S.A. el contrato de gestión (de "arrendamiento") de los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y limpieza de centros municipales, por un precio anual de 793.157'60 euros, I. V. A. incluido, más los ingresos que corresponderían al Ayuntamiento por el reciclado de los citados residuos y la venta de los correspondientes productos, conforme con el convenio suscrito por el mismo con la empresa --, S.A. El plazo del contrato es de 20 años, contados a partir de su formalización, que tuvo lugar el 22 de mayo de 2003.

SEGUNDO.- Mediante dos escritos presentados en el Ayuntamiento el 9 de enero de 2008, determinadas personas físicas que dijeron comparecer como representantes de los trabajadores de la citada UTE, manifestaron que, en la indicada fecha, dichos trabajadores aún no habían percibido la nómina del mes de diciembre anterior, y que no se hacían responsables de cumplimiento del 100% del servicio, pues faltaba personal para cubrir el mismo, solicitando al Ayuntamiento que "*tome las medidas oportunas*".

TERCERO.- En oficio de la misma fecha, el Alcalde del Ayuntamiento de Abarán requiere a la citada empresa para que, a la mayor urgencia posible, antes de 24 horas, proceda a solucionar el problema descrito, de ser cierto o, en caso contrario, a poner en conocimiento del Ayuntamiento las justificaciones documentales pertinentes.

CUARTO.- Notificado por fax a la empresa dicho oficio, el 10 de enero de 2008 presenta al Ayuntamiento un escrito en el que solicita que se le dé traslado de los escritos de los representantes de los trabajadores a los que alude el oficio del Alcalde.

Asimismo, en otro escrito presentado en la misma fecha, la empresa alega lo siguiente:
"Que el Ayuntamiento es conocedor de la precaria situación económica actual del servicio. En reiterados escritos y reuniones hemos manifestado nuestra preocupación en relación con los siguientes temas:

- Retraso medio de 278 días (9 meses y ocho días) en hacer efectivo el pago de la facturación mensual, lo que contraviene el deber esencial para la administración de la financiación del servicio público.*
- No haber realizado el pago de los intereses de demora devengados en el transcurso de esta concesión, escrito nº 2629 de fecha 23-04-07 (y las anteriores actualizaciones) y el escrito nº 139 que actualiza los intereses de demora a fecha 31-12-07.*
- No haberse aprobado la 2^a, 3^a y 4^a revisión de precios y tenerse que dirimir en vía judicial, sin tener resolución firme en este sentido.*
- Sufrir la concesión un desequilibrio económico financiero desde el inicio de la actividad, que tiene como consecuencia un enriquecimiento injusto para la administración, derivado del absentismo estructural de la plantilla, que igualmente se está dirimiendo en vía contencioso-administrativa.*
- Existen, como hemos puesto recientemente de manifiesto, unas divergencias favorables a la empresa entre el cálculo que realiza el Ayuntamiento y el coste real, en referencia a los seguros sociales de los funcionarios, y que se descuenta mensualmente de nuestra*

facturación.

- La UTE ha debido solicitar en innumerables ocasiones financiación ajena, con la repercusión de costes financieros y costes indirectos que esto representa, para financiar el servicio, agotando prácticamente su capacidad de endeudamiento externo. Asimismo se ha debido de hacer cargo de las pérdidas no previstas de la concesión debidas al desequilibrio económico que afecta a la propia concesión, con aportaciones dinerarias de los propios socios de la UTE. Por todo lo anterior se ha llegado a una situación de extrema gravedad económica en el seno de la UTE que no nos ha permitido afrontar en tiempo la nómina correspondiente al mes de diciembre de 2007. No obstante ello, se están realizando todas las gestiones oportunas y posibles, en orden a sufragar la mencionada mensualidad en el más breve plazo de tiempo. A este fin sería necesario, como en buena lógica es fácil de comprender, que esta administración además de cancelar la deuda histórica que venimos soportando, abonase las cantidades debidas por intereses de demora hasta el momento, y la pronta resolución de la cuestión suscitada por las cantidades debidas por las divergencias del coste de la seguridad social de los funcionarios." (Esto último se refiere a determinados funcionarios -los que así lo solicitaron- afectos al servicio contratado que, conforme con lo estipulado en la Cláusula 17, m) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares -PCAP- del contrato, la concesionaria tomaba a su cargo a efectos de abonarles sus retribuciones, junto a su propio personal, y sin perjuicio de otros funcionarios también destinados al servicio que seguían dependiendo retributivamente del Ayuntamiento, aunque bajo las directrices de la empresa).

QUINTO.- El 11 de enero de 2008, el Alcalde dicta un Decreto en el que, entre otros extremos, y a la vista de los anteriores escritos, expresa lo siguiente:

"Considerando.- Que constituye obligación del contratista el cumplimiento de las obligaciones tributarias, de seguridad e higiene en el trabajo, de la seguridad social y cualquier otra exigible, quedando el Ayuntamiento exonerado de toda responsabilidad por este incumplimiento, según dispone la Cláusula 15^a del Pliego de Condiciones.

Considerando.- Que entre los derechos laborales esenciales de los trabajadores se encuentra la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida, tal y como dispone el artículo 4.2, f) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (...).

Visto.- Que el Pliego de Condiciones -Cláusula 16^a. 3, e)- califica como falta muy grave cualquier incumplimiento muy grave de las obligaciones que incumben al adjudicatario, debiendo considerarse que los hechos denunciados por los trabajadores constituyen infracciones de la máxima gravedad.

Considerando.- Que en el régimen de sanciones previsto en el Pliego de Condiciones se contempla como sanción para las infracciones muy graves la resolución del contrato con pérdida de la fianza prestada por el contratista.

Considerando.- Que el artículo 111, apartado g) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) establece como causa de resolución del contrato el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales distintas a las que aparecen señaladas en dicho artículo, debiendo considerarse como incumplimiento de una obligación esencial la falta de pago de las nóminas de los trabajadores que prestan el servicio contratado.

Considerando.- Que el procedimiento que habrá de seguirse para la resolución del contrato será el previsto en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Considerando.- La necesidad de adoptar, como medida cautelar urgente, con el fin de garantizar la debida continuidad en la prestación del Servicio, el abono por este Ayuntamiento de la nómina de aquellos trabajadores que han dejado de percibirla, y de continuar asumiendo

dicha obligación del contratista en tanto perdure el incumplimiento que motiva la incoación del presente expediente sancionador, compensándose las cantidades abonadas por este concepto en la factura mensual que se abona al contratista como parte del precio del contrato.

Con el fin de hacer efectivo el pago de la nómina de aquellos trabajadores con dependencia exclusiva del contratista, éste deberá poner a disposición del Ayuntamiento toda la información que resulte precisa a tal efecto.

Por todo lo anteriormente expuesto, en uso de las competencias atribuidas por la legislación vigente, por la presente,

RESUELVO

PRIMERO.- *Acordar el inicio del expediente sancionador en relación con el "Contrato administrativo para el arrendamiento de los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos y transporte hasta planta de tratamiento, limpieza viaria y limpieza de centros municipales en Abarán", de fecha de 22 de mayo de 2003, suscrito entre el Excmo. Ayuntamiento de Abarán y la Unión Temporal de Empresas integrada por las mercantiles --, S.A. y --, S.A., motivada por el incumplimiento de la obligación de pago a los trabajadores de la nómina correspondiente al mes de diciembre, tal y como se pone de manifiesto en el escrito de fecha 9 de enero de 2008, presentado por los representantes de los trabajadores, pudiendo comportar dicho expediente sancionador la resolución del contrato.*

SEGUNDO.- *Acordar como medida provisional el abono de las nóminas dejadas de percibir y, en su caso, de las que en lo sucesivo se devenguen por los trabajadores que prestan el Servicio, en tanto se mantenga la falta de pago por parte del contratista. Con el fin de hacer efectivo el abono de las retribuciones dejadas de percibir por parte de los trabajadores con dependencia laboral exclusiva del contratista, éste deberá facilitar a este Ayuntamiento toda la información que resulte precisa a tal efecto, en el plazo improrrogable de 24 horas. Para poder llevar a cabo esta medida, se procederá por parte del Ayuntamiento a la COMPENSACIÓN de las citadas cantidades con cargo a las facturas mensuales por la prestación del servicio, tanto pendientes de abono como futuras."*

SEXTO.- En escritos presentados el 16 y 17 de enero siguiente, diversos trabajadores de la empresa comunican voluntariamente al Ayuntamiento sus datos personales, una fotocopia de su nómina del mes de noviembre de 2007 y solicitan que se les ingrese a cuenta el importe de los salarios no abonados por aquéllo.

SÉPTIMO.- Mediante escritos presentados el 18 y 25 de enero siguiente, el director y el representante de la Asociación de Padres de los colegios municipales "Juan XXIII" y "San Pablo", respectivamente, comunican al Ayuntamiento que existen deficiencias en la prestación del servicio de limpieza en los mismos, solicitando que se subsanen.

OCTAVO.- En oficio de 22 de enero de 2008, el Alcalde comunica a la empresa que, al haber transcurrido el plazo otorgado en su momento para que ésta procediera a abonar a los trabajadores la nómina del mes de diciembre de 2007, sin haberlo efectuado (ni haber comunicado al Ayuntamiento los datos de aquéllos), la Corporación procedió a su abono con fecha 18 de enero pasado. El oficio asimismo señala que se acompaña a la empresa el correspondiente justificante de dichos pagos.

NOVENO.- El 29 de enero de 2008, la central sindical "Comisiones Obreras", presenta un escrito ante el Ayuntamiento en el que señala que la empresa concesionaria ha incurrido en diversos incumplimientos de orden laboral y que, ante la situación denunciada, se advierte de la posibilidad de emprender movilizaciones que podrían desembocar en una huelga indefinida de los trabajadores que prestan el servicio contratado.

DÉCIMO.- Habiendo sido notificado en su día a la empresa el Decreto de iniciación del procedimiento para la resolución contractual, mediante escrito presentado el 29 de enero de

2008 aquélla presentó alegaciones en oposición a dicha pretensión municipal; dichas alegaciones pueden resumirse en lo siguiente:

- El Ayuntamiento no facilitó a la empresa los escritos presentados por los trabajadores que fundamentan el procedimiento incoado, lo que le impide conocer con exactitud los términos denunciados y le causa indefensión.
- El órgano municipal competente para iniciar el procedimiento en cuestión es el Pleno del Ayuntamiento, y no el Alcalde, por ser aquél el que adjudicó el contrato de que se trata.
- Con fecha 18 de enero de 2008, la empresa procedió al abono de la nómina de sus trabajadores correspondiente al mes de diciembre de 2007 (es decir, el mismo día en que lo hizo el Ayuntamiento), con lo que únicamente se ha producido un retraso de 13 días en el pago de tales nóminas.
- A cambio, en los cuatro años de concesión transcurridos, el Ayuntamiento ha abonado las certificaciones mensuales a que viene obligado por el contrato con un retraso medio de 278 días, lo que ha generado unos intereses de demora, a 31 de diciembre de 2007, de 106.564,58 €, sin haberlos percibido todavía a pesar de haber sido reiteradamente reclamados. Añade que, en la actualidad, el retraso en el pago de las certificaciones es de seis meses. De este modo, continúa, tales incumplimientos municipales han motivado que deba ser la empresa la que afronte la financiación del servicio, lo que no le corresponde, habiendo agotado su capacidad de endeudamiento, con los consiguientes problemas de liquidez, que son los que han provocado el retraso en el abono de la nómina en cuestión; por ello, no puede imputársele incumplimiento culpable que justifique la resolución del contrato. Cita en apoyo de tales afirmaciones la STS, Sala 3^a, de 27 de febrero de 2001 y diversos dictámenes de órganos consultivos autonómicos. Añade que lo esencial es la obligación de pago del Ayuntamiento, como lo demuestra que el artículo 167 TRLCAP otorgue al concesionario la facultad de resolver el contrato cuando la demora en el pago por parte de la Administración supere los seis meses.
- Al incumplimiento municipal reseñado se añade el desequilibrio económico financiero de la concesión, así como que el Ayuntamiento no ha procedido a efectuar todas las revisiones de precios pendientes, cuestiones éstas que se encuentran en sede jurisdiccional (en concreto, en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Murcia, autos 195/07), y que le han generado pérdidas por importe de 1.093.627 €.
- La tipificación como falta muy grave del retraso en el pago de la nómina vulnera lo establecido en el artículo 129.1, de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La cláusula 16^a.3,e) PCAP invocada por el Ayuntamiento, que tipifica como infracción muy grave del concesionario (determinante de la resolución del contrato) "*cualquier incumplimiento muy grave de las obligaciones que incumban al adjudicatario*", es excesivamente genérica y carece de toda concreción, lo que resulta contrario a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia, citando al respecto varias sentencias.
- En todo caso, resulta desproporcionado tipificar como incumplimiento imputable al contratista y, además, considerarlo como infracción muy grave determinante de la resolución del contrato, un retraso que viene motivado por la falta de cumplimiento de las obligaciones de pago del Ayuntamiento.
- Considera que la denominada "*medida cautelar*" municipal, consistente en pagar directamente la nómina atrasada a los trabajadores de la empresa, carece de habilitación legal, pues la única medida de intervención municipal sobre el servicio prevista en la normativa de contratos administrativos es el secuestro de la concesión, que el Ayuntamiento no ha declarado, medida tras la cual sí podría asumir las obligaciones de pago con los referidos trabajadores.
- Por último, reitera lo expresado en el escrito que presentó al Ayuntamiento el 10 de enero de

2008 (Antecedente Cuarto).

UNDÉCIMO.- El 31 de enero de 2008, la empresa presenta otro escrito en el que solicita que el Ayuntamiento se abstenga de realizar descuento alguno en las certificaciones mensuales del servicio por razón de haber adelantado a sus trabajadores el pago de la nómina del mes de diciembre de 2007. Insiste en este escrito en la falta de habilitación legal del pago y que lo único previsto es el secuestro de la concesión. Añade que el fin alegado por el Ayuntamiento para justificar dicho pago es garantizar la continuidad del servicio, cuando la empresa no ha expresado en ningún momento su intención de dejar de prestarlo, no conociendo si los trabajadores se han manifestado a favor de la suspensión de sus labores. Reitera que la empresa abonó la nómina del mes de diciembre con fecha 18 de enero de 2008 en su condición de gestor del servicio y empleador de los trabajadores, insistiendo en la improcedencia de que el Ayuntamiento descuente de las certificaciones mensuales del servicio cantidad alguna por el indicado pago municipal, al ser nulo de pleno derecho.

DUODÉCIMO.- El 11 de febrero de 2008, el Director del colegio público "*Juan XXIII*" presenta un escrito en el que comunica al Ayuntamiento que la empresa concesionaria no limpia todos los días todo el centro, especialmente en el gimnasio; indica que puede que el centro necesite más horas de limpieza de las asignadas, pero también que en ocasiones se producen bajas entre el personal de dicha empresa que no son cubiertas de forma inmediata, por lo que le dedica ocho horas de media de servicio, cuando tiene asignadas doce horas.

DECIMOTERCERO.- Obra en el expediente una certificación del Tesorero Accidental del Ayuntamiento, de fecha 12 de febrero de 2008, en la que se hace constar que en 2007 se hicieron pagos a la concesionaria por importe de 592.110,13 € y, en 2008, de 144.941,39 €, de los que 24.179,91 corresponden al pago adelantado al personal de la empresa. Se adjunta a tal certificación determinada información contable, consistente en un listado de operaciones contables de pago relativas a diversas certificaciones mensuales del servicio, correspondientes a los años 2006 y 2007, según se deduce de su contenido.

DECIMOCUARTO.- Obra en el expediente un informe jurídico, suscrito por un abogado el 18 de febrero de 2008, cuyo objeto son las alegaciones presentadas por la concesionaria el 29 de enero anterior (Antecedente Décimo).

En síntesis, dicho informe expresa lo siguiente:

- Sobre la competencia del Alcalde para incoar el procedimiento de referencia, que es conforme con lo dispuesto en el artículo 21.1,a) de la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), pues al Pleno, como órgano de contratación que es, le corresponde la facultad de resolver el procedimiento, pero no necesariamente para iniciarla, que es un acto de trámite distinto.
- El retraso en el pago de la nómina en cuestión es reconocido por la empresa y, considerando que la percepción puntual de los haberes del trabajador es un derecho laboral esencial recogido en el Estatuto de los Trabajadores y que el contratista viene obligado al cumplimiento, entre otras, de sus obligaciones laborales, según la cláusula 15^a del PCAP, se está ante un incumplimiento contractual de la máxima gravedad.
- El contratista ha vuelto a demorarse en el pago de la nómina del mes de enero de 2008, por lo que es un incumplimiento reiterado y no aislado.
- La demora del Ayuntamiento en el pago de sus obligaciones económicas con la empresa no exime a ésta de las suyas, sin perjuicio del derecho que le pueda asistir para solicitar la resolución del contrato, que no ha ejercido hasta la fecha. Además, consta que el Ayuntamiento efectuó pagos importantes al contratista durante los años 2007 y 2008, según consta en la certificación del Tesorero aportada al expediente; en concreto, en noviembre y diciembre de 2007 se le abonaron 55.425,70 y 106.265,42 €, respectivamente, por lo que no se comprenden

los alegados problemas de liquidez para abonar las nóminas en cuestión.

- Por otra parte, el contratista no ha acreditado que la adopción de una medida tan drástica y traumática como es el impago de las nóminas a los trabajadores resulte ser una medida irremediable y absolutamente determinada por su situación financiera y las demoras del Ayuntamiento en sus obligaciones de pago, única circunstancia que, según una STSJ de Andalucía que cita, justificaría la conducta de la empresa a los efectos contractuales de que aquí se trata.

- Por último, señala que el pago directo del Ayuntamiento a los trabajadores de la nómina de diciembre de 2007 tenía la finalidad de prevenir una posible interrupción en el servicio, ante las manifestaciones de los representantes de los trabajadores por la situación creada, lo que resultaba una medida más proporcionada y adecuada a la situación que la más drástica del secuestro de la concesión. Y ello porque se estima que el impago de la referida nómina era un intento de la empresa de abocar a los trabajadores a la huelga (para así presionar al Ayuntamiento y conseguir sus reivindicaciones, se deduce).

DECIMOQUINTO.- El 25 de febrero de 2008 dos representantes de los trabajadores presentan un escrito al Ayuntamiento en el que vuelven a reiterar los incumplimientos de la empresa con éstos, así como la deficiente prestación del servicio que ello conlleva y las consiguientes quejas de los usuarios, solicitando de la Corporación que tome medidas directas para cubrir las necesidades de los empleados y las actuaciones que procedan respecto de la empresa.

DECIMOSEXTO.- Mediante escrito presentado el 29 de febrero de 2008, la empresa manifiesta lo siguiente:

"PRIMERA.-En este sentido, hemos de expresar que, en más de cuatro años de concesión, hemos recibido los pagos correspondientes a nuestras facturas mensuales con un atraso medio de 278 días. Debido a lo cual, esta Administración nos adeuda, en concepto de intereses de demora a fecha 28 de Febrero de 2008, la cantidad de 114.044,90 Euros. Y a pesar de reiterar esta circunstancia en más de 17 escritos presentados ante esta Administración (el penúltimo escrito de 23 de abril de 2007, número de entrada 2629, y el último de 10 de enero de 2008, número de entrada 139), no hemos percibido un solo Euro por dicho concepto de intereses de demora hasta el presente momento.

En la actualidad, percibimos el pago mensual de nuestras facturas con seis meses de atraso.

SEGUNDA.- Que debido a la reiteración de las causas expresadas en este y otros escritos, y que se deben dilucidar en vía judicial, hemos de abonar la nómina de enero en el periodo comprendido de fecha 29/02/08 a fecha 05/03/08, cuestión a la que procederemos, y por ello lo ponemos a conocimiento del Ayuntamiento a los oportunos efectos.

TERCERA.- Reiterar la petición a este ayuntamiento en el sentido de que financie el servicio, conforme a lo acordado en el contrato que nos une, y según imperativo legal. Que debe de igual forma realizarse el pago por parte del Ayuntamiento de los intereses de demora que nos son debidos (114.044,90 Euros) a fecha 29/02/08.

Por ello, solicita el abono de los indicados intereses de demora y el pago de las certificaciones atrasadas que les son debidas.

DECIMOSÉPTIMO.- El 3 de marzo de 2008, el Alcalde formula propuesta de resolución para acordar la resolución del contrato por incumplimiento del contratista de su obligación esencial de abonar puntualmente a los trabajadores afectos al servicio, de cargo de éste, las nóminas correspondientes a los meses de diciembre de 2007 y de enero y febrero de 2008, y para acordar asimismo la incautación de la garantía prestada por la empresa, sin perjuicio de su obligación de indemnizar los daños y perjuicios que hubiese causado, lo que se determinaría en el momento de la liquidación del contrato. Todo ello con base en las consideraciones expuestas en el informe jurídico de 18 de febrero anterior (Antecedente Decimotercero).

DECIMOCTAVO.- En sesión del 7 de marzo de 2008, el Pleno del Ayuntamiento acordó aprobar la referida propuesta, sin voluntad de que ello constituyese la resolución del procedimiento, por cuanto la última parte dispositiva del acuerdo es solicitar el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia sobre dicha propuesta.

DECIMONOVENO.- Mediante oficio registrado el 28 de marzo de 2008, el Alcalde del Ayuntamiento de Abarán solicita de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y un índice de sus documentos.

A la vista de los referidos antecedentes, procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, el versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento tramitado por el Ayuntamiento de Abarán para declarar resuelto un contrato administrativo, habiéndose formulado oposición a ello por el contratista, concurriendo así el supuesto previsto en los artículos 59.3,a) TRLCAP y 12.7 de la Ley 2/97, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

No es objeto de este Dictamen la cuestión relativa al pago realizado por el Ayuntamiento a determinados trabajadores de la contratista de sus retribuciones correspondientes al mes de diciembre de 2007, al tratarse de una cuestión distinta a la de la resolución contractual pretendida y no haber solicitado sobre ella el Ayuntamiento la emisión de Dictamen.

SEGUNDA.- Competencia y procedimiento.

I. Frente a lo alegado por el contratista, no existe reparo que oponer a la iniciación del procedimiento de referencia por parte del Alcalde. El TRLCAP únicamente establece que ha de ser el órgano de contratación (aquí, el Pleno del Ayuntamiento) el que debe, en su caso, *"acordar la resolución"* de los contratos administrativos (artículo 58.1); en lo demás, operan las normas de distribución competencial orgánica aplicables a la Administración de que se trate. En la Administración local, en caso de que no exista atribución específica a un determinado órgano municipal de la facultad de iniciar un procedimiento como el que nos ocupa, lo que no consta, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 21.1.a) LBRL, que atribuye al Alcalde las competencias que no estén asignadas a otros órganos municipales.

Por otra parte, resultaba innecesario e improcedente el sometimiento de la propuesta de resolución a su aprobación por el Pleno en el sentido con que ello se hizo, es decir, para que ratificara tal acto de trámite sin voluntad de resolver el procedimiento y con la determinación de someter dicha propuesta al Dictamen de este Consejo Jurídico. Una vez que el Alcalde formuló la propuesta de resolución, lo procedente hubiese sido recabar directamente el referido Dictamen para, después de su emisión, someter la propuesta final a la consideración del Pleno, si se pretendiese la resolución contractual.

II. En lo que atañe al procedimiento, no han de formularse reparos esenciales al mismo. Se advierte, no obstante, que en la propuesta de resolución objeto de Dictamen se incluye un hecho nuevo, utilizado para fundamentar la pretensión resolutoria municipal, que no ha sido puesto en conocimiento de la interesada a través de un nuevo trámite de audiencia y alegaciones, y que se refiere al retraso en el pago de la nómina de los trabajadores correspondiente al mes de febrero de 2008. (Tampoco se le comunicó a estos efectos el retraso en el pago de la nómina del mes de enero de ese año, pero sobre este hecho no era necesario dicho trámite porque fue reconocido anticipadamente por la empresa en el último escrito que presentó). Sin embargo, lo anterior no determina la retroacción de actuaciones para practicar un nuevo trámite de audiencia, pues el Ayuntamiento no acredita el retraso relativo a dicha nómina de febrero de 2008 (se limita a afirmar tal extremo en el informe jurídico que sirve

de base a la propuesta de resolución), lo que obliga a no tenerlo por probado y, en consecuencia, a descartarlo como justificativo de la resolución contractual pretendida.

TERCERO.- La resolución del contrato.

I. La potestad resolutoria conferida a la Administración en relación a los contratos sometidos al Derecho Administrativo se enmarca dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas, previstas en el artículo 59 TRLCAP y concebidas por la doctrina como facultades exorbitantes, cuyo ejercicio no se produce, con carácter general, de una manera automática, sino cuando lo exija el interés público implícito en cada relación contractual, fundándose así en el servicio objetivo a los intereses generales que el artículo 103 de la Constitución proclama de la actuación administrativa.

La existencia de estas prerrogativas no es incompatible con la noción de contrato configurada en el ámbito civil, al contemplar el propio Código Civil en su artículo 1.258 que la buena fe, el uso o la ley pueden imponer a las partes contratantes obligaciones que, aun no estando expresamente pactadas, deriven de la naturaleza de su contenido.

En este sentido, es necesario recordar algunos pronunciamientos de la Sala 3^a del Tribunal Supremo que conforman una jurisprudencia que ha de tomarse en cuenta para dar respuesta a la cuestión planteada.

Así, la STS, Sala 3^a, de 6 de abril de 1987, recordaba que *"si bien el artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales faculta a éstas para declarar la resolución del contrato cuando el contratista incumple las obligaciones que le incumben, la Jurisprudencia ha tenido que armonizar en ocasiones dicha facultad con el principio de buena fe y la equidad, evitando las situaciones de abuso del derecho o privilegio de la Administración, ponderando a efectos de esa facultad resolutoria el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del administrado contratista -Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983, 4 de Mayo de 1981- e incluso exigiendo a efectos resolutorios una actitud del infractor deliberadamente rebelde al incumplimiento de la obligación, para la que habrán de hacerse los oportunos requerimientos y mediar el cumplimiento por la Administración de las obligaciones a su cargo -Sentencia del mismo Tribunal de 11 de Noviembre de 1981".*

En la misma línea, y más recientemente, la STS, Sala 3^a, de 16 de mayo de 1997, señala lo siguiente:

"En cualquier tipo de contratación -artículo 1225 del Código Civil- y específicamente en la contratación administrativa -artículos 3 de la Ley de Contratos del Estado y 4 de su Reglamento-, los contratos han de cumplirse con sujeción a lo pactado, siempre bajo la cobertura jurídica de los principios de buena fe, equidad y mantenimiento del equilibrio económico entre las prestaciones, lo que obliga a una ponderación idónea a las circunstancias concurrentes en cada caso, en función de las desviaciones que se produjeren respecto a lo estrictamente convenido, ponderación que debe tener su máxima expresión cuando tales desviaciones devienen reales incumplimientos, generadores de una acción resolutoria contractual, habiéndose de precisar al efecto, que -Sentencia del Tribunal Supremo de 25 noviembre 1985- para el éxito de dicha acción es preciso que la parte que la ejercite haya cumplido las obligaciones que le incumbían. (...)"

Tal como tiene declarado la jurisprudencia de este Tribunal -Sentencias de 23 de febrero 1979, 16 octubre 1984, 11 de marzo 1985, etc.- el principio de conservación de los contratos válidamente celebrados restringe su posible resolución a los supuestos en que se potencie una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o se produzca un hecho obstáculo que lo impida de forma definitiva, siendo, en todo caso, el incumplimiento capaz de justificar la resolución contractual únicamente el que afecta a las obligaciones principales y no el que sólo incide en las accesorias o complementarias".

La STS, Sala 3^a, de 1999, en la misma línea, establece lo siguiente:

1) La lectura de los arts. 65 del RCCL y 75 de la LCE pone de manifiesto que la facultad de resolución contractual se hace depender sin más del incumplimiento. Con lo cual el problema se desplaza a determinar las características o el alcance que habrá de tener para que pueda justificar la decisión resolutoria.

Y sobre ello procede ya declarar que, a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser: que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación. (...)

3) En cuanto a los temas de si es exigible una especial rebeldía en la conducta de incumplimiento, y de si podría evitar la resolución contractual la mediación que en dicho incumplimiento hubiera podido tener un tercero, ligado al contratista pero ajeno a la Administración, es de aplicar la jurisprudencia sentada por la Sala Primera de este Tribunal Supremo sobre resolución contractual por incumplimiento.

En ella se resalta el abandono del matiz subjetivista, y la suficiencia, para aceptar tal incumplimiento, de que se haya producido un hecho obstaculizador al fin normal del contrato, frustrante de las legítimas expectativas de alcanzar el fin perseguido con el vínculo contractual. Y se resalta que no es preciso una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando que al incumplidor pueda atribuirse una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento en los términos que se pactó".

Esta doctrina debe conjugararse con la asimismo reiterada jurisprudencia que establece que "el fin del contrato privilegia a quien, en principio, protege el fin público que con la obra pretende conseguirse, de tal modo que el incumplimiento de las cláusulas contractuales por la Administración no habilita al contratista para incumplir, él, sus obligaciones" (STS, Sala 3^a, de 2-11-83); y, en análogo sentido, la STS, Sala 3^a, de 19-6-84, señala que "la demora en el pago de las certificaciones por la Administración no autoriza al contratista (...) a retrasar o paralizar la ejecución de las obras, ni tampoco legitima o justifica la invocación por aquél de la exceptio non adimpleti contractu en oposición a la facultad resolutoria de la Administración...".

De todo ello ha de extraerse la conclusión de que, si bien el incumplimiento de la Administración de sus obligaciones de pago no legitima al contratista para incumplir las suyas, tampoco es admisible que cualquier incumplimiento de éste pueda ser considerado suficiente para que la Administración resuelva, por tal causa, el vínculo contractual de que se trate; habrá de estarse a las circunstancias del caso concreto para ponderar el carácter principal o accesorio de las obligaciones incumplidas por el contratista y el alcance obstativo o no de tales incumplimientos en relación con el objeto y fines del contrato. Y todo ello con respeto al principio de buena fe contractual y la necesidad de que el ejercicio de la potestad resolutoria guarde la debida proporcionalidad entre la tutela del interés público y los derechos de los particulares.

II.- Partiendo de lo anterior, es necesario, en primer lugar, delimitar con precisión los incumplimientos que sirven de base a la pretensión resolutoria municipal:

1º. Los hechos por los que se pretende resolver el contrato de referencia se limitan, según la propuesta dictaminada, al retraso del contratista en el pago a sus trabajadores de las nóminas correspondientes a los meses de diciembre de 2007 y de enero y febrero de 2008. En este punto, y como se dijo en la precedente Consideración, debe descartarse el extremo relativo a la última nómina mencionada, pues sobre su retraso nada se prueba en el expediente.

2º. No se invoca, por tanto, el posible incumplimiento derivado de las denunciadas deficiencias en la prestación del servicio en algunos centros municipales (colegios públicos). En la hipótesis de que el Ayuntamiento pretendiese hacer valer tales hechos a los efectos que interesan, ello requeriría una instrucción adicional, pues resultaría imprescindible que los servicios municipales

encargados de la inspección y el control del cumplimiento del contrato elaboraran un detallado informe al respecto, en el que se comprobase y evaluase la magnitud de tales deficiencias, puestas en relación con la globalidad de las prestaciones objeto del contrato.

3º. Asimismo, tampoco se funda la propuesta en los incumplimientos laborales alegados por los representantes de los trabajadores distintos del referido retraso en el pago de las nóminas, y ello es lógico, pues, más allá de la relevancia que tales hechos pudieran tener a los efectos pretendidos, nada se ha acreditado al respecto.

III.- Delimitados así los hechos que deben ser objeto de análisis para determinar si, como pretende la propuesta dictaminada, son constitutivos de un incumplimiento contractual del concesionario susceptible de justificar la resolución del contrato por causa imputable al mismo, con incautación de la fianza prestada y la obligación de indemnizar al Ayuntamiento por los mayores daños y perjuicios eventualmente ocasionados, la respuesta a tal cuestión ha de ser negativa a la pretensión municipal, conforme con los criterios jurisprudenciales expuestos con anterioridad.

Así, debe tenerse en cuenta que la obligación de cuyo incumplimiento se trata no puede considerarse propiamente como una de las prestaciones que, en virtud del contrato, debe realizar el contratista en favor del Ayuntamiento; conforme con la Cláusula 1ª PCAP, éstas consisten en la realización de los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos y su transporte hasta la planta de tratamiento, la limpieza viaria pública municipal y la de los centros municipales. La obligación de cuyo incumplimiento se trata es una que tiene el contratista con sujetos distintos del Ayuntamiento; obligación, sin duda, de gran relevancia para que el contratista pueda cumplir con el objeto contractual (el impago de los salarios al personal que presta tales servicios puede desembocar, bien en su deficiente prestación, bien, en último extremo, en su total incumplimiento), pero, en rigor, no constituye un incumplimiento del objeto contractual.

Ello no quiere decir que en el clausulado del contrato no se puedan establecer obligaciones accesorias a las que conforman el objeto del mismo, y que se puedan calificar como esenciales a efectos de una eventual resolución del contrato, si son incumplidas por el contratista. Pero ello requiere, por evidentes razones de seguridad jurídica para este último, que así se establezca con la necesaria concreción y, además, que el efecto resolutorio previsto guarde la debida proporcionalidad entre la gravedad del incumplimiento que se tipifique y el fin público que con la resolución se pretenda conseguir.

Estas exigencias de concreción y proporcionalidad en la determinación de las obligaciones esenciales, cuyo incumplimiento puede acarrear la resolución de los contratos administrativos, no tienen su fundamento jurídico, como parece entender la empresa, en los límites constitucionales y legales de la potestad sancionadora de la Administración, pues en el ámbito contractual no se está ejerciendo propiamente tal potestad, motivo por el que éste se excluye del régimen jurídico del Título IX LPAC (artículo 127.3). Tales exigencias son, más bien, como ha señalado la jurisprudencia, una obligada consecuencia de la aplicación del principio de buena fe que ha de presidir el establecimiento y cumplimiento de las relaciones contractuales, y que en el ámbito administrativo también venían siendo reconocidas por la doctrina. Ésta, por otra parte, ya apuntaba el problema interpretativo que podía suscitarse en la aplicación de los apartados g) y h) del artículo 111 TRLCAP, el primero de los cuales, es decir, el relativo al incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato, es el invocado por la propuesta de resolución a los fines pretendidos.

En este sentido, se ha dicho que, de acuerdo con las STS de 21-11-2000, reflejada en otras de 11-10-1983 o 10-6-1996, en el artículo 111 del TRLCAP se incide para que sea eficiente como causa relevante de la resolución un incumplimiento esencial del contrato, al referirse el

precepto a las "obligaciones contractuales esenciales" o, sin duda de forma equiparada a éstas, a "aquellas que se establezcan expresamente en el contrato", en el sentido de que se establecen expresamente en el contrato como esenciales. De este modo, cuando el contrato lo define así expresamente no hay problema, pero cuando esto no es así, las dudas interpretativas del precepto se encuentran en el acotamiento de qué debe ser considerado esencial.

Probablemente a raíz de la problemática planteada, la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ha sustituido la prescripción hasta ahora vigente en el artículo 111, g) TRLCAP, para establecer en su artículo 206, g) como causa de resolución de los contratos administrativos "*el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*"; inciso este último revelador de la preocupación del legislador por acotar los posibles excesos que, en este punto, podían darse en la práctica administrativa a la vista de pliegos contractuales redactados sin atenerse a las exigencias de concreción y proporcionalidad antes apuntadas. Sobre esta innovación normativa ya se ha dicho por algún autor que la exigencia de previa tipificación ahora introducida refuerza la seguridad jurídica e impone un mayor rigor en la redacción de los documentos contractuales.

Buena muestra de las deficiencias que, con frecuencia, padecen los pliegos contractuales en estos extremos es, precisamente, el PCAP que rige el contrato que nos ocupa. Así, en su Cláusula 16^a, 2, c) establece como infracción grave, susceptible de dar lugar a la resolución del contrato, "*cualquier irregularidad del adjudicatario frente a los compromisos contractuales y contraídos*". Sin embargo, a los concretos efectos de fundar una eventual resolución del contrato, y conforme con lo anteriormente razonado, es evidente que dichas irregularidades sólo pueden consistir en incumplimientos relevantes de las obligaciones esenciales del contrato que resulten obstaculios para la realización del objeto contractual.

Este es el sentido, por lo demás, que ha de darse a la cláusula 16^a, 3, e) PCAP, asimismo invocada por la referida propuesta, que considera infracción muy grave "*cualquier incumplimiento muy grave de las obligaciones que incumban al adjudicatario*". En este caso, además, se advierte que el pliego señala que, de concurrir tal clase de infracciones muy graves, procederá "*en todo caso*" la resolución contractual, lo que resulta contrario al artículo 112.2, segundo párrafo, TRLCAP, que establece que, salvo en los supuestos de declaración de insolvencia del contratista y de concurso de acreedores con apertura de la fase de liquidación, en el resto de causas de resolución contractual del artículo 111 TRLCAP (incluidas, pues, las relativas al incumplimiento de obligaciones contractuales), el ejercicio de la acción resolutoria es de carácter potestativo y no obligatorio para la parte legitimada para ello.

De lo expuesto ha de extraerse una conclusión esencial a los efectos que aquí interesan y es que, como ya se apuntó al comienzo de este epígrafe, el ejercicio de la potestad administrativa de resolución de un contrato administrativo ha de sujetarse a unos límites derivados del respeto de la legalidad y del principio de buena fe contractual, tal y como viene siendo entendido por la jurisprudencia cuando se trata de extinguir un vínculo de esta clase. Ello puede suponer, en algunos casos, la proscripción de una interpretación literal de determinadas cláusulas del contrato y la necesaria limitación de su alcance, en el sentido apuntado de requerirse que el incumplimiento se refiera a una obligación esencial del contrato y sea obstáculo para la realización de las prestaciones en que consista su objeto.

De este modo, y por lo que concierne específicamente al contrato que nos ocupa, el mero hecho de que el contratista se haya demorado en el pago a sus empleados de las nóminas correspondientes a dos meses no puede ser considerado como un incumplimiento muy grave de sus obligaciones a efectos de facultar a la Administración a resolver dicho contrato, pues no

se refiere a una obligación esencial del mismo en el sentido exigido por la jurisprudencia antes señalada, es decir, que el incumplimiento se refiera a los compromisos que conforman la prestación debida al Ayuntamiento o, habría que añadir, que se trate de una obligación calificada en el PCAP como esencial a los precisos efectos de una eventual resolución del mismo, calificación que sería necesaria para tener la necesaria seguridad jurídica en esta trascendental cuestión.

No se excluye, pues, que en un contrato como el que nos ocupa la Administración pueda considerar que determinados incumplimientos de orden laboral del contratista con sus empleados tengan relevancia a los efectos de una eventual resolución del contrato, pues es posible que tales incumplimientos puedan poner en serio peligro la continuidad o la adecuada prestación del servicio. Lo que se quiere decir es que, a efectos resolutorios del contrato, y tratándose en principio las obligaciones laborales de unas relaciones jurídicas internas del concesionario con su personal, el incumplimiento al que se refiere la propuesta de resolución no puede considerarse como una causa que permita a la Administración declarar resuelta la concesión cuando ello no se estableció en el PCAP como obligación esencial a estos efectos resolutorios, sino como una obligación general más (cláusula 15^a).

IV.- A lo anterior ha de añadirse la persistente conducta incumplidora del Ayuntamiento en lo que atañe el pago de las certificaciones mensuales a que está obligado conforme con el contrato. En este sentido, resulta significativo que no niegue los retrasos en el pago de las cantidades a que se refiere el contratista en sus escritos de alegaciones. Aun cuando, como señala el Ayuntamiento, no existe una cumplida justificación de que la demora del contratista en el abono de las nóminas de referencia se deba necesariamente a problemas de liquidez derivados del retraso del Ayuntamiento en el pago de las certificaciones mensuales, no puede negarse que este continuado incumplimiento municipal, unido al de la falta de abono de los intereses de demora que dichos retrasos generan, ocasiona al contratista unos evidentes problemas para la financiación del servicio, introduciendo en la dinámica del contrato una importante alteración de sus presupuestos económicos, pues aun siendo usual en la Administración local la existencia de esta clase de retrasos, si no se compensan con el mecanismo previsto en la ley, es decir, con el abono de los intereses de demora correspondientes, el equilibrio económico de la concesión resulta difícilmente sostenible, y de ello es responsable, siguiera parcialmente, el mismo Ayuntamiento que pretende la resolución contractual imputando un incumplimiento, también de orden exclusivamente económico, a la empresa concesionaria.

En este sentido debe destacarse que, de la relación de certificaciones tramitadas para el pago en 2007 que se adjuntan a la certificación del Tesorero municipal reseñada en el Antecedente Duodécimo, se desprende que las certificaciones correspondientes a los meses de julio a diciembre de 2006 sufrieron una demora en el pago que oscila entre los cuatro y los ocho meses, aproximadamente, y las correspondientes a los meses de febrero, mayo, junio, julio y agosto de 2007 tuvieron una demora oscilante entre un mes y medio y cuatro meses y medio, aproximadamente, no constando la tramitación del pago de las certificaciones correspondientes a los meses de marzo, abril, septiembre, octubre y noviembre, todas ellas también incursas en mora en la fecha de expedición de dicho certificado (12 de febrero de 2008).

Aun cuando en este momento no proceda pronunciarse sobre la virtualidad resolutoria de estos y otros eventuales retrasos, en tanto no se dispusiere de un detallado informe municipal sobre las vicisitudes del pago de las correspondientes certificaciones, estas circunstancias permiten plantearse la eventual existencia de la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 167, a) TRLCAP, que faculta al contratista para resolver el contrato en caso de que la Administración incurra en demora superior a seis meses en la entrega a aquél de la

contraprestación a que se obligó según el contrato. Ciertamente, la empresa no ha hecho uso de tal derecho, como alega el Ayuntamiento, pero ello no excluye que lo pueda ejercer si, concurriendo la citada causa resolutoria, se viera abocado a ello por pretender el Ayuntamiento resolver el contrato por causa imputable a la misma o por no poder continuar con normalidad la ejecución del contrato; ejecución que es, al menos según afirma en sus escritos de alegaciones, su pretensión principal.

Quiere decirse con todo ello, en fin, que, sin perjuicio de lo dictaminado en este momento sobre la improcedencia de la resolución contractual por las causas expresadas en la propuesta objeto de análisis, el Ayuntamiento deberá en todo caso ponderar cuidadosamente el ejercicio de sus potestades de resolución del contrato frente a otras alternativas como, en hipótesis, la imposición de penalidades a la empresa, si ello fuera procedente, y sin perjuicio de tener que atender puntualmente sus obligaciones de pago con la misma.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- No procede acordar la resolución del contrato de referencia por causa de la demora del contratista en el pago a sus empleados afectos al servicio contratado de las nóminas correspondientes a los meses de diciembre de 2007 y enero y febrero de 2008, por las razones expresadas en las consideraciones Segunda y Tercera del presente Dictamen.

SEGUNDA.- Por lo anterior, la propuesta de resolución objeto del presente Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V.S. resolverá.