



ANTECEDENTES

PRIMERO.- El expediente del que trae causa el presente Dictamen ya fue objeto de consideración por el Consejo Jurídico en otro anterior, el 170/2006, cuyos antecedentes cabe dar aquí por reproducidos.

En aquella ocasión concluímos que el expediente carecía de una verdadera propuesta de resolución, requiriendo en consecuencia al Ayuntamiento consultante para que, por el órgano municipal competente, se dictara la correspondiente propuesta, que precisara y delimitara el objeto de la consulta, mediante la enumeración de las causas de resolución contractual que en ella se invocaran.

Asimismo, se requería a la Corporación Local para que completara la documentación remitida al Consejo Jurídico, informando tanto sobre la situación actualizada de la prestación del servicio, singularmente si las carencias o deficiencias puestas de manifiesto en el expediente habían sido corregidas por parte de la mercantil, como acerca de la situación procesal en que se encontraba el procedimiento ordinario seguido ante la jurisdicción contenciosa, por las diferencias entre la facturación de la empresa y los precios contractuales.

SEGUNDO.- Con fecha 1 de diciembre de 2006, el Alcalde-Presidente propone al Pleno de la Corporación la adopción del siguiente Acuerdo:

- 1.- LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO formalizado con la mercantil "U., S.A." del servicio de limpieza viaria en el Municipio de Los Alcázares, por los motivos que constan en el expediente.*
- 2.- Disponer la incautación de la garantía definitiva constituida por el contratista, por importe de 3.044.297 ptas. -18.296,60 euros.*
- 3.- Requerir a U., S.A. la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por importe de 3.531,40 euros, que exceden del importe de la garantía incautada.*
- 4.- Incorporar al expediente y a la presente propuesta el informe suscrito por el Técnico municipal, de los incumplimientos del contratista.*
- 5.- Interesar dictamen preceptivo del Consejo Jurídico en orden a acordar la resolución del contrato de limpieza viaria.*
- 6.- Que se libre certificación de los presentes para su traslado al Consejo Jurídico de la Región de Murcia, así como a la mercantil "U., S.A.". "*

Según consta en la certificación expedida por el Secretario de la Corporación, la propuesta fue aprobada por unanimidad.

TERCERO.- La referida propuesta, según se manifiesta de manera expresa en la misma, persigue dar cumplimiento a lo indicado en nuestro Dictamen 170/2006, incorporando en su relación de hechos un informe de los Servicios Técnicos Industriales -que no consta en el expediente remitido a este Órgano Consultivo-, acerca de la prestación del servicio a la fecha del informe -fecha que se desconoce, pues no se indica en la propuesta de resolución-.

De la trascipción que del informe contiene la propuesta destacan los siguientes extremos:

- "La falta de un mantenimiento adecuado y preventivo hace que las máquinas barredoras se encuentren en un estado deplorable, llegando a presentar un estado elevado de abandono y suciedad y en algunas ocasiones peligro para el trabajador y presentando además, deficiencias*

por las que se detecta un bajo rendimiento para el trabajo que debe desarrollar".

A continuación describe hasta 22 incidencias, relativas a desperfectos, averías y falta de medidas de seguridad, que se aprecian en las máquinas destinadas a la prestación del servicio, cuyo mantenimiento corresponde a la mercantil adjudicataria.

Como consecuencia de las continuas roturas de las máquinas, las horas de prestación del servicio disminuyen, afirmando que entre el 1 y el 16 de noviembre de 2006, las 14 averías sufridas determinaron una pérdida de 41 horas y 20 minutos; durante el mes de octubre, se dieron 32 averías, lo que mantuvo las máquinas fuera de servicio durante un total de 62 horas.

- Los residuos inertes procedentes de la limpieza viaria se depositan en los contenedores destinados a la recogida de residuos sólidos urbanos. Ello determina que se incremente el tonelaje de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos, cuyo coste asume el Ayuntamiento.

Esta afirmación se ve apoyada por la declaración de un trabajador de la contrata, quien expresamente manifiesta que "*la descarga del barrido de las máquinas barredoras sigue siendo en los contenedores de residuos sólidos urbanos como anteriormente se informó en otros informes por orden de la empresa adjudicataria*". Esta declaración, de fecha 24 de noviembre de 2006, no consta entre la documentación remitida al Consejo Jurídico.

- Concluye el informe que "*se observa un empeoramiento global del servicio dado las distintas deficiencias se puede concluir que globalmente las prestaciones del servicio con relación a otros informes de fecha 24 de noviembre de 2005, de deficiencias, remitidos a la Secretaría General, ha empeorado sensiblemente. El mantenimiento que se está realizando es inadecuado, sin medios suficientes y sólo para que funcionen las máquinas de un día para otro, lo que implica el elevado y continuo número de roturas y averías, produciendo una gran falta de rendimiento y eficacia en el servicio, así como un deterioro irreparable en las máquinas. Se ha de tener en cuenta, al mismo tiempo, los incumplimientos en relación a la seguridad y higiene para los trabajadores*".

A la luz de lo expuesto, la propuesta concluye que las carencias o deficiencias puestas de manifiesto en el expediente no sólo no han sido corregidas por parte de la mercantil sino que, por el contrario, han aumentado considerablemente.

CUARTO.- La propuesta se limita a remitir las causas de resolución a las enumeradas en el extracto de secretaría incorporado al expediente originalmente enviado al Consejo Jurídico, sosteniendo la procedencia de la resolución con base en el artículo 111, letra g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP).

Asimismo, afirma que ha de incautarse la fianza en virtud de lo dispuesto por el artículo 113.4 TRLCAP y atendido un informe del Ingeniero Técnico Municipal, de 28 de noviembre de 2006, que se incorpora al expediente, según el cual los daños y perjuicios ocasionados por U., S.A. como consecuencia de la prestación del servicio de limpieza viaria se cifra en 21.828 euros anuales, cantidad superior a la garantía depositada.

QUINTO.- La propuesta viene acompañada de la siguiente documentación:

a) Informe de Técnico Municipal, de 28 de noviembre de 2006, que cuantifica en 21.828 euros el coste anual de la práctica seguida por la mercantil de vaciar los residuos del barrido de las calles en los contenedores de residuos sólidos urbanos (RSU). El resultado de esta práctica es que tales residuos de la limpieza viaria son trasladados a vertedero por los camiones recolectores y computados como toneladas de residuos sólidos urbanos, que son pagadas por el Ayuntamiento al Consorcio de Gestión de Residuos Sólidos (C.), cuando tales residuos deberían trasladarse a vertedero por parte de U., que debería asumir su coste. Además, el vertido en los contenedores de RSU produce la rotura de éstos, dada la elevada densidad y

peso de los residuos vertidos en ellos por las máquinas barredoras.

b) Informe del Secretario de la Corporación, según el cual, a 30 de noviembre de 2006, el procedimiento ordinario número 630/2005, que se sigue en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Cartagena, a instancias de la mercantil, se encuentra pendiente de la celebración de vista, estando señalada para el día 20 de febrero de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se solicita con carácter preceptivo, al versar sobre un procedimiento en el que, pretendiéndose la resolución de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos, el contratista ha formulado oposición a tal medida, concurriendo con ello el supuesto previsto en los artículos 59.3 TRLCAP y 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), que exige el previo Dictamen del órgano consultivo correspondiente, en este caso, del Consejo Jurídico, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento.

Como ya se indicara en el mencionado Dictamen 170/2006, elemento esencial y necesario de la consulta a este Consejo Jurídico en materia de resolución de contratos administrativos ha de ser una propuesta que, con expresión concreta y detallada de hechos y fundamentos de derecho, precise y delimita el objeto de aquélla, mediante la enumeración de las causas de resolución contractual que se invoquen.

Esa propuesta, además, ha de preceder inmediatamente a la resolución contractual, la cual sólo podrá adoptarse cuando se haya formulado oposición por el contratista, tras la emisión del preceptivo Dictamen.

Estas premisas sirven de punto de partida para efectuar las siguientes consideraciones:

a) Según consta en la certificación elaborada por el Secretario de la Corporación relativa a la sesión del 1 de diciembre de 2006, la propuesta formulada por el Alcalde fue aprobada, "*en su integridad literal*", por el Pleno. El contenido del acuerdo adoptado tiene diverso alcance, pues si en el punto 5 se aprueba interesar este Dictamen "*en orden a acordar la resolución del contrato de limpieza viaria*", en sus puntos 1 a 3, ambos inclusive, se procede a resolver el contrato, incautar la fianza y requerir a la contratista una indemnización de 3.531,40 euros. La aprobación por el Pleno de la propuesta formulada por el Alcalde, incluidos por tanto los apartados 1 a 3 de la misma, en tanto que adoptada por el órgano de contratación, parece constituir un acto administrativo que, lejos de limitarse a proponer la resolución del contrato, lo resuelve con las indicadas consecuencias accesorias relativas a la garantía e indemnización de daños. De ser así, la decisión municipal de extinguir el contrato se habría adoptado ya, lo que convertiría en innecesario este Dictamen. Ahora bien, ello supondría la adopción de un acuerdo prescindiendo del procedimiento legalmente establecido para ello, pues el acto resolutorio del contrato se habría dictado con anterioridad a la emisión de este Dictamen preceptivo, determinando su invalidez. Por ello, la Corporación debería proceder a la revocación del referido acto administrativo (artículo 105.1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC), para, una vez recibido este Dictamen, acordar la resolución contractual con las determinaciones que se expresan en las consideraciones que siguen. En similares términos se pronunció este Consejo Jurídico en Dictamen 18/2000.

b) El trámite de audiencia.

Trámite preceptivo en los procedimientos de resolución contractual es el de audiencia del contratista, por así exigirlo el artículo 109 RCAP. En orden a entender debidamente efectuado el trámite y, atendida la finalidad que el mismo persigue, de hacer efectivo el principio contradictorio en los procedimientos de resolución contractual, debe llevarse a cabo una vez culminada la instrucción del procedimiento, e inmediatamente antes de la propuesta de resolución, como expresamente impone el artículo 84.1 LPAC. Esta exigencia supone que si, tras la audiencia ya concedida, se realizan nuevos actos de instrucción, será necesario dar traslado de los mismos a los interesados, mediante un nuevo trámite de audiencia.

En el supuesto sometido a consulta, si bien queda acreditado que se concedió audiencia a la contratista, con posterioridad se ha realizado un nuevo acto de instrucción a requerimiento de este Consejo Jurídico, como es el informe sobre la situación actualizada acerca de la prestación del servicio, que se ha incorporado a la propuesta de resolución y que, sin embargo, no consta haber sido trasladado a la adjudicataria con plazo para formular alegaciones sobre el mismo.

Del mismo modo, tampoco se ha dado traslado a la mercantil del informe que, fechado el 28 de noviembre de 2006, cuantifica los perjuicios ocasionados al Ayuntamiento como consecuencia de la ejecución del contrato.

Esta situación coloca a este órgano consultivo en la disyuntiva de devolver nuevamente el expediente al Ayuntamiento para que éste conceda un segundo trámite de audiencia, o bien dictaminar sobre la existencia de las causas de resolución indicadas por la Corporación Local, pero sin atender a las nuevas deficiencias en la prestación del servicio puestas de manifiesto en el primero de los informes referidos. Con este último proceder, entiende el Consejo Jurídico que no se causa indefensión a la mercantil, pues los elementos de juicio que se utilizarán para llegar a la decisión sobre el fondo serán los que ya conoce la empresa, y se evita una nueva demora en la resolución del procedimiento.

Las consecuencias derivadas de la ausencia del trámite de audiencia respecto del informe de 28 de noviembre de 2006, serán tratadas en la Consideración Novena de este Dictamen, a la cual nos remitimos.

TERCERA.- De las causas de resolución.

1. La propuesta de resolución no expresa las causas de extinción contractual invocadas por la Administración, limitándose a efectuar una remisión a las contenidas en el extracto de secretaría unido al expediente originalmente enviado al Consejo Jurídico.

Como ya indicamos en el Dictamen 170/2006, las causas de resolución deberían quedar claramente expuestas en la propuesta, y ello por evidentes motivos de seguridad jurídica, pues aquélla ya debe contener todos los elementos de la resolución, no pudiendo obviarse entre su contenido, precisamente, el fundamento de la extinción del contrato. En consecuencia, el acuerdo por el que la Corporación decida resolver el contrato deberá expresar las causas en que se basa la Administración municipal para adoptar tal decisión.

2. De conformidad con el extracto de secretaría a que remite la propuesta, las causas de resolución invocadas por el Ayuntamiento son las siguientes:

a) Artificial incremento de los tonelajes de RSU, debido al depósito en los contenedores destinados a tales residuos de los inertes recogidos en la labor de limpieza viaria.

b) El personal adscrito al servicio no lo presta de modo efectivo.

c) Recursos materiales inferiores a los que resultan de las condiciones de contratación.

Deficiente conservación de la maquinaria adscrita a la prestación.

d) Incumplimiento de las obligaciones de retirar malas hierbas y manchas de la vía pública.

El análisis de las causas de resolución enumeradas se realiza en las siguientes consideraciones.

CUARTA.- El vertido de los residuos procedentes de la limpieza viaria en los contenedores de RSU.

Según el Ayuntamiento, U. S. A. gestiona tanto el servicio de limpieza viaria como el de recogida de residuos sólidos urbanos. Al depositar en los contenedores de RSU los inertes (hojas, polvo, piedras, tierra, etc.) recogidos en la limpieza viaria, se mezclan con la basura doméstica, lo que tiene como resultado que esos inertes incrementan injustificadamente el tonelaje de recogida, transporte y tratamiento de RSU, pues son computados por la mercantil como RSU, facturando por duplicado un mismo servicio.

La mercantil, por su parte, alega que el Pliego de Condiciones Técnicas que rige el contrato no prohíbe que se puedan utilizar contenedores ni que el costo de su eliminación sea a cargo del contratista.

1. Del uso de los contenedores de RSU para verter los residuos procedentes del barrido de las calles.

Si bien es cierta la alegación del contratista acerca de la inexistencia de una prohibición expresa de utilizar los contenedores, también lo es que el servicio debe prestarse con arreglo a las obligaciones que, como gestor de residuos, le impone la legislación medioambiental. En este sentido, la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, otorga la condición de gestor de residuos a la persona o entidad, pública o privada, que realice cualquiera de las operaciones que componen la gestión de los residuos, sea o no el productor de los mismos (artículo 3, g), precisando que forman parte de esa gestión las labores de recogida, almacenamiento, transporte, valorización y eliminación de residuos (artículo 3, letra h). Que los residuos procedentes de la limpieza de las vías públicas tienen la condición de residuo urbano o municipal, lo que determina su incardinación dentro del ámbito de aplicación de la Ley, lo confirma su artículo 3, letra b).

De lo expuesto, puede concluirse sin dificultad que corresponde a la mercantil contratista la condición de gestora de residuos, lo que determina su sujeción a las obligaciones que a tales entidades impone la referida Ley, entre las cuales y por lo que aquí interesa ha de destacarse la prohibición de mezclar residuos que dificulten su gestión (artículo 12.2). Y no otra cosa es mezclar los residuos procedentes de la limpieza viaria con los residuos sólidos urbanos producidos en los domicilios particulares, cuyo tratamiento normativo es diferente, estableciendo regímenes distintos de gestión (Títulos II y III del Decreto 48/2003, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Plan de los Residuos Urbanos y de Residuos no Peligrosos de la Región de Murcia).

Los artículos 154.1 y 155.5 TRLCAP establecen que los contratos de gestión de servicios públicos se rigen por dicha Ley y *"por las disposiciones especiales del respectivo servicio"*. Esta previsión, que es una plasmación en el ámbito contractual administrativo de la norma contenida en el artículo 1258 del Código Civil, según la cual los contratos no obligan sólo a lo meramente pactado sino también a todo aquello que, según su naturaleza, sea conforme a la buena fe, al uso y a la Ley, amplía las obligaciones del contratista más allá de las que derivan de la legislación de contratos o de las concretas cláusulas contractuales, pues también le serán exigibles aquellas que se establezcan en la legislación aplicable al correspondiente servicio. Es evidente, además que, dado el carácter vicarial de la actuación del contratista en la ejecución del contrato, cuyo objeto no es otro que la prestación de un servicio público de titularidad administrativa, sería contrario al sometimiento pleno de la actuación de la Administración a la Ley y el Derecho (artículo 103.1 CE), principio íntimamente ligado a la concepción de nuestro Estado como Estado de Derecho, que la prestación del servicio público quedara fuera de dicha sujeción. En consecuencia, cabe considerar que el contratista viene obligado, en el desempeño de la prestación que constituye el objeto del contrato, a cumplir no

sólo aquello que de manera expresa le imponen las cláusulas o condiciones del contrato, sino también las prescripciones legales y reglamentarias que le sean de aplicación.

En relación con el supuesto sometido a consulta, desde el momento en que el vertido de los residuos procedentes de la limpieza viaria en los contenedores conlleva su mezcla con residuos diferentes, singularmente con los urbanos originados en los domicilios particulares, lo que dificultará la gestión de los heterogéneos residuos resultantes, se está incumpliendo por el contratista con la obligación que, en forma de prohibición, le impone el artículo 12.2 de la Ley 10/1998.

2. De las repercusiones económicas del vertido en los contenedores.

Sobre el incremento en el tonelaje de RSU que supone el vertido de las máquinas barredoras en los contenedores destinados a las basuras domésticas, con el consiguiente encarecimiento de su tratamiento y eliminación, debe recordarse que, en efecto, el contrato de recogida de RSU, del que también resultó adjudicataria U., S.A., considera como residuos sólidos urbanos "*todos los restos de alimentos, envases vacíos de alimentos manufacturados, cajas de cartón, trapos, ceniza, residuos y desperdicios normales de las viviendas e industrias, así como escombros y ramas procedentes de obras y jardines*" (Pliego de Cláusulas Administrativas, 1-A). Son estos residuos los que, una vez recogidos, habrán de someterse a transferencia mediante su transporte a vertedero, tratamiento y eliminación.

Según consta en el expediente del procedimiento resolutorio del contrato de recogida de RSU que une a la mercantil con el Ayuntamiento consultante, que también está pendiente del Dictamen de este Consejo Jurídico, el Ayuntamiento asume directamente el coste del tratamiento y eliminación de tales residuos en virtud del Acuerdo plenario de 18 de julio de 2002, por el que se aprueba una fórmula de revisión de precios del contrato que incluía este extremo. Sin embargo, no consta que deba asumir el coste del transporte y eliminación de los residuos procedentes del barrido de la vía pública, el cual corresponde a la mercantil en virtud del apartado 1.1 del Pliego de Condiciones Técnicas del contrato de limpieza viaria. En consecuencia, su mezcla con los residuos domésticos, en efecto, determina que se computen como tales y, en consecuencia, sea el Ayuntamiento el que sufrague su tratamiento.

Ahora bien, ese incremento de coste para el Ayuntamiento en la gestión de los residuos sólidos urbanos, sólo cabría entenderlo como un incumplimiento de las obligaciones esenciales del contratista y, en consecuencia, como causa de resolución del contrato de limpieza viaria, si se interpretara que la empresa no presta el servicio contratado en el extremo relativo al "*transporte de los residuos generados y la disponibilidad de vertedero o método de tratamiento de estos residuos*" (Pliego de Condiciones Técnicas del contrato de limpieza viaria, 1.1), toda vez que estas actividades no son realizadas por la mercantil en el ámbito del contrato de limpieza viaria, sino en el desarrollo del de recogida de RSU.

No obstante, lo cierto es que dicho servicio se presta de forma efectiva, teniendo la actuación de la mercantil una trascendencia puramente económica, en la medida en que el Ayuntamiento puede estar abonando un doble precio por el transporte y eliminación de los residuos procedentes del barrido. Y ello, en la medida en que lo hace a C., dada su indebida incorporación a los residuos de origen doméstico, y también lo abona a U., S.A. como parte del precio del contrato de limpieza viaria, a pesar de que la mercantil no desarrolla esos servicios en ejecución de dicho contrato, sino del de recogida de RSU.

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que, atendida esa trascendencia meramente económica, y dado que el servicio se presta de forma efectiva, la alegación de la Corporación consultante acerca del artificial incremento del tonelaje de RSU cuyo tratamiento tiene que sufragar, más que una causa de resolución contractual constituye una circunstancia que habrá de ser tenida en cuenta al momento de efectuar la liquidación de los contratos.

QUINTA.- Sobre el personal.

1. Afirma la Administración que el personal adscrito al servicio no lo presta de modo efectivo. En este punto, el extracto de secretaría alude al folio 801 del expediente, página que corresponde a un informe del Técnico Municipal, de fecha 25 de julio de 2005, que, además de otras deficiencias en el servicio, pone de relieve que los servicios no se prestan con el número de personal especificado en el pliego, aunque sí está contratado, aludiendo al absentismo laboral como causa del deficiente rendimiento del servicio.

Por la mercantil se alega de contrario que está contratado todo el personal exigido por el pliego y que el Ayuntamiento no especifica qué parte de aquél no está prestando los servicios.

En efecto, el incumplimiento contractual en este punto no cabe considerarlo acreditado, ante la falta de precisión y vaguedad en que incurre el Ayuntamiento, que omite identificar al referido personal, con sus nombres y apellidos y categoría profesional, períodos de ausencia del trabajo, etc.

Adviértase que, dadas las graves consecuencias que para el contratista se pretenden anudar a sus incumplimientos, éstos han de quedar suficientemente concretados y determinados en el expediente, no sólo como condición para su acreditación, sino también como requisito necesario para que la mercantil pueda alegar y probar de contrario.

2. En informe de 24 de noviembre de 2005, de los Servicios Técnicos del Ayuntamiento (folios 727 y ss), y en un escrito de los trabajadores a la Corporación Municipal denunciando las condiciones en las que han de desarrollar su trabajo (folio 744), se advierten indicios de incumplimiento de los deberes que, en materia de Prevención de Riesgos Laborales, incumben al empresario.

No obstante, el funcionario local que constata las circunstancias en que se prestan los servicios no las califica expresamente como vulneraciones de la normativa preventiva, lo que impide considerarlas a su vez incumplimiento de la obligación que el apartado 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares impone al contratista, respecto de la observancia de las obligaciones de seguridad e higiene en el trabajo, especialmente las medidas de prevención de riesgos laborales. Ello no obstante, sí podría el Ayuntamiento haber formulado la oportuna denuncia ante la Inspección de Trabajo, en orden a la averiguación y ulterior corrección de las conductas aparentemente contrarias a las normas de prevención.

SEXTA.- Deficiente conservación de la maquinaria adscrita a la prestación.

1. Esta causa de resolución se desarrolla en el extracto de secretaría en los siguientes términos:

"Dos máquinas barredoras se encuentran fuera de servicio (X y X), inutilizadas.

La máquina que sí presta el servicio está rota incumpliendo las exigencias de la seguridad y salud en el trabajo (folio 718 del expediente) siendo este informe premonitorio de la denuncia que obra al folio 811 del expediente del representante sindical de la empresa "U., S.A." en el sentido de que un trabajador, fruto de la deficiente reparación, quedó en situación de baja tras "clavarse unos tornillos de cinco centímetros de largo a causa de estas alteraciones de la maquinaria". Además se vierte aceite a la vía pública por su mala conservación, la maquinaria tiene un funcionamiento defectuoso, la barredora presenta roturas en la luna y sufre pérdidas de agua (folios 707 a 719 del expediente). El camión de recogida de papeleras, X, está oxidado presentando un estado deplorable. La barredora manual no funciona".

2. Las alegaciones de la mercantil en relación con tales deficiencias se refieren al ya citado informe de 25 de julio de 2005, donde se hace constar que:

- Las máquinas están rotas durante prolongados períodos de tiempo y no son sustituidas por otras.
- Las roturas afectan a los cajones de residuos y cristales de todas las máquinas.

- Una de las máquinas entregadas por el Ayuntamiento está inservible, contraviniendo el punto 13 del Pliego de Condiciones Técnicas.
- Las máquinas pierden aceite manchando las zonas pavimentadas, no siendo adecuado su lavado y pintado.

Respecto a tales deficiencias U., S.A. alega que:

- Las máquinas que eventualmente se averían no llegan en su mayoría a cumplir un período de inactividad de una jornada, siendo sustituidas por las dos barredoras y la fregadora que la empresa aportó sin coste adicional para el Ayuntamiento.
- Los pliegos no establecen ni el número de máquinas necesarias en cada momento, ni los períodos de inactividad ni la obligación de sustitución de las mismas.
- No se detallan las máquinas con deficiencias ni las fechas ni lugares en que se producen las manchas.
- No se incumple el apartado 13 del Pliego de Condiciones Técnicas, pues la máquina está inservible, al haber sido desmontada por orden del Ayuntamiento, para su reutilización como cargadora. Además, las máquinas aportadas por el Ayuntamiento tienen siete años de antigüedad, por lo que sus averías se deben a la fatiga de los materiales.

3. Frente a la alegación de falta de especificación de qué máquinas presentan qué deficiencias, existe un informe de los Servicios Técnicos Municipales de fecha 24 de noviembre de 2005 (folios 729 a 737), notificado a la mercantil el 19 de diciembre, en el que se recoge el resultado de la visita de inspección efectuada por un funcionario de tales servicios, acompañado por el Concejal Delegado y por el encargado de U., S.A., donde con especificación vehículo a vehículo, se detallan todas y cada una de las averías e irregularidades presentes en cada uno de ellos, aportándose incluso fotografías claramente expresivas del deficiente estado de conservación y mantenimiento de las máquinas.

Las numerosas deficiencias plasmadas en el informe pueden resumirse así:

- Pérdidas de aceite hidráulico que afectan a la vía pública, manchándola.
- Suciedad exterior e interior general.
- Puntos de oxidación.
- Roturas de tapicería, de parabrisas, ruidos elevados en el interior de las máquinas como consecuencia de desajustes, ruedas en mal estado, cerraduras de puertas rotas, con el consiguiente riesgo para la seguridad de los trabajadores.
- Deficiente rendimiento de las máquinas por pérdidas de agua en el sistema de barrido, lo que obliga a efectuar repostajes más frecuentes.
- Desajustes o ausencia de los mecanismos de retención del polvo, lo que provoca su salida al medio ambiente, con las consiguientes molestias para los vecinos.
- Desgastes, desajustes, torceduras en los sistemas de barrido, que impiden su funcionamiento óptimo.
- Averías que generan riesgo para la seguridad de los trabajadores, como la rotura del protector lateral de la cadena de arrastre del cepillo delantero central de una barredora.
- Las barredoras cedidas por el Ayuntamiento están inservibles.
- La barredora manual no funciona.

El camión de recogida de papeleras presenta un estado deplorable (desperfectos, roturas, abolladuras, óxido), perjudicando la imagen del Ayuntamiento.

En cuanto a la incidencia de las averías en el servicio, el referido informe indica expresamente que afectan al normal desarrollo del trabajo y son determinantes de una falta de rendimiento. Resulta significativa la relación de averías allí contenida, donde se constata que en el período comprendido entre el 4 y el 23 de noviembre de 2005, al margen de las dos barredoras cedidas por el Ayuntamiento que no pueden ser utilizadas por la entidad de sus desperfectos, existen

máquinas que son baja para el servicio por roturas los días 4, 5, 7, 8, 9, 14, 16, 22 y 23 de noviembre. En dos ocasiones, son hasta tres las máquinas que no pueden funcionar, lo que razonablemente puede impedir la limpieza de la vía pública con la periodicidad y frecuencia diarias exigidas en el Pliego de Condiciones Técnicas (1.1.7), y ello aunque alguna de ellas sea sustituida por la barredora o fregadora aportadas por la empresa.

Por otra parte, si bien dicha sustitución se produce cuando alguna de las máquinas es baja para el servicio, tal medida no puede suplir el deficiente rendimiento que las máquinas ofrecen en su funcionamiento diario, lo que inevitablemente redunda en la limpieza viaria.

4. El mal estado de conservación de las máquinas y su incidencia en la deficiente prestación del servicio es corroborado por el escrito que, firmado por once trabajadores, remite el representante sindical para la empresa en Los Alcázares (folio 744). En él se afirma que la empresa no responde a las demandas de los trabajadores acerca de la maquinaria, cuyo mantenimiento diario es inexistente. Ante la imposibilidad de contar de manera continuada con el mecánico de la empresa (uno para toda la Región), las máquinas se quedan paradas durante horas. Además, las reparaciones realizadas alteran el funcionamiento de la maquinaria, dificultando a los operarios la realización de su trabajo. De hecho, tales alteraciones son señaladas en el escrito como causantes de un accidente laboral. Tampoco puede realizarse con normalidad la limpieza de las máquinas, retirando el polvo y la suciedad incrustada en las rejillas, necesaria para que funcionen correctamente los sistemas de aspiración, debido a la saturación del pozo del lavadero.

Continúan los trabajadores señalando que el bajo rendimiento de las máquinas es el causante de las quejas vecinales. Denuncian, además, que la empresa "*hace caso omiso cuando le decimos que los vehículos arrojan en la vía pública alrededor de veinticinco litros diarios de aceite hidráulico (...) a las máquinas no sólo les cuesta trabajo arrancar, sino que durante la jornada de trabajo tenemos que hacer reparaciones con artilugios para poder terminar la misma*".

5. El deficiente estado de conservación de la maquinaria que revelan las actuaciones inspectoras de la Corporación consultante y que confirman las denuncias de los trabajadores adscritos al servicio, no resulta desvirtuado por las alegaciones de la empresa. Según ésta:

- Los pliegos no establecen el número de máquinas que deben estar disponibles en cada momento, los períodos de inactividad máximos ni la obligatoriedad de sustitución de dicha maquinaria.

En efecto, nada dicen las cláusulas y estipulaciones contractuales acerca de dichos extremos, si bien, debe recordarse, una vez más, que los contratos de gestión de servicio público se rigen, además de por la legislación de contratos, por las disposiciones especiales del respectivo servicio (artículos 154.1 y 155.5 TRLCAP), obligando no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley (artículo 1258 CC). Tratándose de un contrato de gestión de un servicio público como la limpieza viaria, el contratista viene obligado a prestarlo con el rendimiento y la eficacia necesarias que permitan alcanzar un estándar de calidad determinado no sólo por el propio Ayuntamiento en el ejercicio de sus funciones de dirección y control de la ejecución del servicio, inmanentes a su titularidad, sino también por la percepción social acerca del mismo (sería el "uso" a que alude el precepto citado). Y aparece acreditado en el expediente que son numerosas las quejas vecinales formuladas respecto al servicio, como consta en los informes de los días 18, 21 y 31 de julio, y 24 de noviembre de 2005, así como en el escrito de los trabajadores de la empresa.

- La máquina barredora se encuentra inservible como consecuencia de la orden dada por el Ayuntamiento de que fuera desmontada. Sin embargo, el Ayuntamiento niega que diera tales

instrucciones, lo que obligaría a la mercantil a probar su afirmación, lo que no hace.

- Las máquinas entregadas por el Ayuntamiento tienen siete años de antigüedad, justificando las averías que presentan por la fatiga de los materiales. Ha de recordarse aquí que la duración del contrato es de diez años, por lo que en el momento de concurrir a la licitación, la empresa ya debía saber que la maquinaria sufriría averías ligadas al paso del tiempo, no obstante lo cual acepta la obligación de mantenimiento que imponen los pliegos contractuales.

6. De conformidad con todo lo expuesto, cabe concluir que la empresa ha incumplido las obligaciones que, respecto a la conservación y mantenimiento de la maquinaria, le imponen el apartado 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de forma expresa, respecto de las máquinas barredoras cedidas por el Ayuntamiento, y la propia naturaleza del contrato, en la medida en que las averías y deficiencias advertidas en las máquinas derivan en la indebida prestación del servicio.

SÉPTIMA.- Incumplimiento de la obligación de retirar malas hierbas y manchas de la vía pública.

El extracto de secretaría de constante referencia alude expresamente a los apartados 1.1 y 5.1 del pliego de condiciones técnicas.

1. Malas hierbas.

El primero de los apartados, en efecto, establece dentro de los servicios obligatorios para el contratista, el de retirar las malas hierbas de bordillos, arbolado de aceras y sus alcorques, dentro del casco urbano y de las urbanizaciones. Se acredita en el expediente la existencia de malas hierbas en bordillos en informe de 14 de julio de 2005, con acta de inspección del día anterior y fotografías (C. H., día 13 de julio de 2005).

La mercantil afirma que no se establece en el contrato que todo el término municipal deba estar limpio de malas hierbas en todo momento.

Del apartado 1.1 del pliego de condiciones se desprende que sí existe obligación del contratista de extender la retirada de las malas hierbas a todo el ámbito del casco urbano y urbanizaciones, apreciándose en las fotografías adjuntas al acta de inspección del 13 de julio una calle perteneciente a una zona urbana consolidada donde, en efecto, existen hierbas en los bordillos de las aceras. Dado el tamaño de aquéllas, cabe deducir que las labores de limpieza sobre las mismas se han demorado en exceso, existiendo en consecuencia, un incumplimiento del apartado 1.1 del Pliego de Condiciones.

Ahora bien, en la documentación remitida a este Consejo Jurídico sólo queda acreditado un incumplimiento puntual, no reiterado en el tiempo ni en otros lugares del municipio, pues en ningún otro informe o acta de inspección de los que jalonan el expediente se alude a la existencia de malas hierbas en aceras o bordillos. En consecuencia, existe un incumplimiento contractual que no puede considerarse, por sí solo, como un incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales que habilitara a la Administración a resolver el contrato, si bien, sí puede ser considerado como una constatación más de la deficiente prestación del servicio que se va poniendo de manifiesto a lo largo del expediente.

2. Manchas en el asfalto.

El apartado 5 del Pliego de Condiciones circunscribe el servicio de limpieza de manchas en las vías públicas a aquellas que se hayan "*producido en la vía pública: aceite, gasoil, grasa, pintura o cualquier otro tipo de vertido que deba ser retirado, por accidentes, vuelco de vehículos, etc.*"

Si bien la redacción del apartado habilitaría una interpretación estricta, que limitara la obligación a aquellas manchas que tuvieran su causa en accidentes, vuelcos de vehículos, etc., tanto la Administración como la mercantil parecen considerar que, lejos de dicha limitación del objeto de la cláusula, tienen cabida en ella las manchas que se producen en el suelo como consecuencia del uso de los contenedores de RSU.

Consta en el expediente la existencia de dichas manchas en numerosos informes de los Servicios Técnicos municipales, acompañados de las correspondientes actas de inspección y fotografías. Así, en los informes de 18, 21 y 31 de julio de 2005. Éste último, en referencia a dos actas de inspección, afirma haberse detectado una gran mancha de lixiviados o detritus procedentes del contenedor y que no se ha limpiado, siendo el aspecto del lugar donde se ubican los contenedores deplorable, por los residuos y manchas sobre el asfalto y el terrazo del paseo, así como por el olor nauseabundo que existe alrededor de los contenedores, produciendo un rechazo por parte del usuario y reclamaciones constantes de los vecinos. En el acta de inspección que se adjunta al informe, de 29 de julio de 2005, se hace constar que existe un acta del 13 de julio, donde se constataron las mismas deficiencias en el mismo lugar, sin que hayan sido subsanadas.

En consecuencia, cabe considerar que existe un incumplimiento por el contratista de su deber de ejecutar el servicio en las condiciones establecidas por el contrato, en particular por el apartado 5.1 del Pliego de condiciones técnicas.

OCTAVA.- Causa de resolución contractual: existencia.

De conformidad con la propuesta incorporada al expediente, la causa de resolución esgrimida por el Ayuntamiento consultante para extinguir el contrato sería la contemplada en el artículo 111, letra g) TRLCAP, es decir, el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales. De lo expuesto en las consideraciones precedentes, cabe considerar que, en efecto, la mercantil adjudicataria ha incumplido determinadas obligaciones que le venían impuestas bien de manera expresa en el contrato, bien por la naturaleza del contrato.

Los diferentes incumplimientos que el Ayuntamiento de Los Alcázares pretende imputar a U., S.A. son de diversa consideración, como también lo es su eventual calificación como causa de resolución contractual.

En efecto, la desatención por la mercantil de determinados deberes bien no ha quedado acreditada (como las imputaciones referidas al personal de la contrata), o bien sí ha sido probada, pero sólo para poner de manifiesto incumplimientos meramente puntuales (así la no retirada de malas hierbas de la vía pública), que no resultaban suficientes, por sí solos, para considerar que la empresa había incumplido sus obligaciones contractuales esenciales. Sin embargo, el incumplimiento de los deberes de mantenimiento y conservación de las máquinas destinadas al servicio, determinante de su bajo rendimiento operativo, que queda ampliamente acreditado a través de los diversos informes de los Servicios Técnicos municipales, acompañados por las correspondientes actas de inspección y pruebas gráficas, sí cabe calificarlo como inobservancia de una obligación contractual esencial, al igual que el reiterado incumplimiento del deber de limpiar las manchas existentes en la vía pública. Se alcanza tal conclusión al comprobar que tales omisiones por parte del contratista repercuten negativamente en el servicio cuya correcta ejecución constituye la principal y esencialísima obligación contractual, dando lugar a una deficiente limpieza viaria, apreciada por la Administración contratante, los trabajadores de la contratista y por los destinatarios del servicio: los vecinos, cuyas quejas han sido reiteradamente puestas de manifiesto por los informes del Ayuntamiento e, incluso, por los trabajadores adscritos al servicio.

En consecuencia, estima el Consejo Jurídico que la Corporación Local consultante puede proceder a la resolución unilateral del contrato, atendido el incumplimiento, por parte del contratista, de sus obligaciones esenciales.

NOVENA.- Sobre la fianza, la liquidación del contrato y la indemnización de daños y perjuicios.

1. Dispone el artículo 113.4 TRLCAP que, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía

incautada.

Como se desprende del precepto trascrito, no todo incumplimiento contractual conlleva la potestad de la Administración de incautar la fianza, sino tan sólo aquél que puede calificarse de culpable. Nada consta en el expediente que permita considerar que el incumplimiento por la adjudicataria de sus obligaciones contractuales no responda a la propia voluntad de la empresa, a la dotación de medios para el servicio y a la organización de los trabajos que por la misma se haya decidido. En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que los incumplimientos contractuales acreditados en el expediente y que dan lugar a la resolución del contrato cabe calificarlos como culpables y, por consiguiente, procede la incautación de la fianza constituida en su momento.

2. La propuesta de resolución objeto de este Dictamen contiene la reclamación a la mercantil de una indemnización de 3.531,4 euros en concepto de daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento.

Se alcanza dicha cantidad con base en un informe elaborado por un Técnico Municipal, de fecha 28 de noviembre de 2006, que cuantifica los perjuicios en 21.828 euros. A esta cantidad se le resta el importe de la fianza cuya incautación se propone, arrojando el resultado de 3.531,4 euros. No consta que de dicho informe se diera traslado a la mercantil en trámite de audiencia.

Cabe recordar al respecto que es doctrina consolidada de este Consejo Jurídico (Dictámenes 75/2000, 103/2003, 82/2005, 165/2005 y 149/2006, entre otros), deudora de la del Consejo de Estado, que tanto la liquidación del contrato como la posible exigencia de indemnización de daños y perjuicios a la contratista, han de efectuarse conforme a un procedimiento que preceptivamente ha de incluir la audiencia de la concesionaria. Ello no obsta a la inclusión de dichas determinaciones dinerarias en la resolución que pone fin al procedimiento de extinción del contrato, pero para ello será necesario que durante la tramitación que conduce a dicha resolución, se haya garantizado la audiencia de los interesados respecto de aquellos extremos que fundamentan la liquidación y eventual exigencia de indemnización, lo que no consta que se haya realizado en el supuesto sometido a consulta.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 113.4 y 5 TRLCAP, ante el incumplimiento culpable del contratista procede la incautación de la garantía, debiendo indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de aquélla, y dado que el acuerdo de resolución contractual ha de contener pronunciamiento expreso acerca de la pérdida o devolución de la garantía, procede informar favorablemente la propuesta de resolución sometida a consulta, en tanto que propone la resolución del contrato y la incautación de la garantía, si bien la determinación del saldo resultante del contrato ha de efectuarse mediante un procedimiento "ad hoc" con audiencia de los interesados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 113 RCAP. Dicho procedimiento, en tanto que no conduce en sentido estricto a la resolución contractual, no exige como trámite preceptivo el Dictamen de este Consejo Jurídico.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- De conformidad con lo expuesto en la Consideración Segunda, el Ayuntamiento consultante debe proceder a la revocación del Acuerdo plenario de 1 de diciembre de 2006, en la medida en que aprueba resolver el contrato, incautar la fianza y requerir a la contratista el abono de los daños y perjuicios ocasionados.

SEGUNDA.- De actuar la Corporación según se indica en la Conclusión Primera, procede informar favorablemente la propuesta de resolución, en tanto que propone la resolución del

contrato y la pérdida de la garantía constituida.

TERCERA.- Debe eliminarse de la propuesta de resolución la exigencia del abono de una indemnización en concepto de daños y perjuicios, toda vez que no consta que se haya dado audiencia a la contratista, de conformidad con lo indicado en la Consideración Novena de este Dictamen.

No obstante, V.S. resolverá.

