Año:	2009
Nº Dictamen:	368/2009
Fecha:	27-5-2009
Nº Marginal:	II.345
Ponencia:	Sáez Lara, Carmen Castillo Gutiérrez, Manuel del. Letrado
Órgano solicitante:	Ayuntamiento de Almuñécar (Granada)
Nombre:	Resolución de contrato de gestión de servicios públicos. Limpieza y recogida de residuos urbanos. Incumplimiento del contratista. Obligaciones esenciales.
Voces:	ADMINISTRACIÓN LOCAL: Contratación administrativa. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: Objeto: Gestión de servicios públicos: Residuos urbanos. Resolución: Causas: Incumplimiento del contratista: Obligaciones esenciales.

Número marginal: **II.345**

DICTAMEN Núm.: 368/2009, de 27 de mayo

Ponencia: Sáez Lara, Carmen

Castillo Gutiérrez, Manuel del. Letrado

Órgano solicitante: Ayuntamiento de Almuñécar (Granada)

Cuestión sometida a dictamen y principales temas tratados: Resolución de contrato de gestión de servicio público.

Limpieza y recogida de residuos urbanos.

Incumplimiento del contratista.

Obligaciones esenciales.

TEXTO DEL DICTAMEN

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

Se somete al Consejo Consultivo la propuesta de resolución del contrato de gestión de servicio público de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos en el término municipal de Almuñécar (Granada), suscrito entre el Ayuntamiento de la citada localidad y la entidad mercantil S.I.E.M., S.L.

La pretendida resolución contractual debe ser enjuiciada desde la óptica del sistema de fuentes que rige la vida de los contratos administrativos.

1. Por lo que se refiere a las causas de resolución, teniendo en cuenta que el contrato se adjudicó el 7 de febrero de 2005, éste se sujeta al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, al Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), y supletoriamente, a las restantes normas del Derecho Administrativo, resultando de aplicación en defecto de éstas las normas del Derecho Privado (art. 7.1 del citado Texto Refundido).

Acerca de dicho texto legal y su aplicación a las Administraciones Públicas no estatales, debe decirse que el artículo 149.1.180 de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva para dictar la legislación básica sobre contratos, dejando en el ámbito de la disponibilidad de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas la asunción de la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución. A tal efecto, en el mismo artículo 1.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya se advierte que *"lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo establecido en la disposición final 1"*. Es esa disposición la que

procede a especificar qué preceptos de la Ley son de aplicación directa y general a todas las Administraciones Públicas por ser básicos y dictarse al amparo del artículo 149.1.180 de la Constitución, si bien la fórmula utilizada al respecto es la de declarar a la Ley en su integridad como legislación básica sobre contratos administrativos, con la excepción, no obstante, de los artículos o parte de los mismos que en dicha disposición final se enumeran, los cuales sólo serán de aplicación general *"en*
defecto de regulación específica dictada por las Comunidades Autónomas".

Por otra parte, el artículo 112.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, ya disponía que *"los contratos de las Entidades locales se rigen por la legislación del Estado, y, en su caso,*
por la de las Comunidades Autónomas en los términos del artículo 149.1.18ª de la Constitución, y por las *Ordenanzas de cada Entidad".*

En consecuencia, además de por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955), el contrato se rige por la normativa referida así como, en este caso, por el Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas y Técnicas que, como indicara este Consejo, entre otros, en sus dictámenes 53/1995 y 18/2000, define los derechos y obligaciones que asumen las partes en el contrato, constituyendo por ello la ley del mismo y vinculando por igual a la Administración y al contratista, en cuanto no se opongan a las normas imperativas del indicado sistema de fuentes [arts. 5.2 a) y 51.1 del TRLCAP].

2. Por otro lado, la tramitación del procedimiento de resolución debe ajustarse a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, dado que el procedimiento de resolución se inició el 16 de marzo de 2009, y por el referido RGLCAP, aplicable en la medida en que no se oponga a lo establecido en la referida Ley.

II

Una vez aclaradas tales cuestiones debe referirse este Consejo a su propia competencia para la emisión del dictamen solicitado, y sobre a quién corresponde la competencia para acordar la resolución de la concesión.

1. Respecto a la primera cuestión, debe recordarse que el artículo 195.3.a) de la Ley de Contratos del Sector Público requiere la intervención del Órgano Consultivo cuando en la interpretación, nulidad y resolución se formule oposición por parte del contratista, lo que sucede en el expediente sometido a dictamen del Consejo, pues aunque se muestra conforme con la resolución, no ocurre lo mismo con sus causas.

2. En relación con el órgano competente para acordar la resolución, el artículo 194 de la Ley de Contratos del Sector Público establece que el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de acordar la resolución del contrato.

Por su parte, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local dispone que el órgano de la Entidad Local competente para contratar podrá acordar la resolución del contrato, siendo en el supuesto examinado el Pleno.

III

En lo relativo al *iter* procedimental, se encuentra previsto en el artículo 109 del RGLCAP que, con observancia de las reglas establecidas en el artículo 195 de la Ley de Contratos del Sector Público, sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos de los artículos 87 y 197 de la Ley.

d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.

En nuestro caso, los antecedentes fácticos de este dictamen acreditan que el procedimiento administrativo seguido para la resolución se ajusta en términos generales a las previsiones normativas referidas, habiéndose otorgado audiencia al contratista y al avalista. Constan, asimismo, diversos informes emitidos por una asesoría jurídica externa al Ayuntamiento, previos al inicio del expediente. Aunque en rigor el informe jurídico debería haberse emitido una vez iniciado el procedimiento de resolución y por el Secretario de la Corporación municipal o por la Asesoría Jurídica del Municipio, lo cierto es que, en el presente caso, dicha omisión no ha causado indefensión al interesado, pues no se han tenido en cuenta en la propuesta de resolución otros hechos que los aducidos en el acuerdo de inicio del expediente.

IV

Antes de entrar en el análisis del fondo del asunto debe resolverse una cuestión previa planteada por el adjudicatario, relativa a que el procedimiento de resolución instado por la concesionaria antes del incoado de oficio, por falta de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión, ha de entenderse estimado por

silencio administrativo positivo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 30/1992.

Al respecto, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2008, que se pronuncia en los siguientes términos: *"La sentencia de 28 de febrero de 2007, dictada por el Pleno de esta* Sala Tercera del Tribunal Supremo, ya aclaró que el artículo 43 de la Ley 30/1992 no se refiere a *cualquier solicitud deducida ante la Administración, sino a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado. Esto es, a las solicitudes que determinan la iniciación de un procedimiento; no a las que se insertan en un procedimiento ya iniciado. De suerte que si éste, como ocurre en los procedimientos de contratación administrativa, se inicia de oficio (ver, por todos, los artículos 67.1 y 69.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), los efectos del silencio quedan regidos, no por aquel artículo, y sí por lo que dispone el siguiente artículo 44 de aquella Ley. Así, en la citada sentencia pueden leerse afirmaciones como las siguientes:*

"El escenario que contempla el legislador (de 1992 y de 1999) para regular el sentido del silencio no es un escenario de peticiones indiscriminadas a la Administración, sino de peticiones que pueden reconducirse a alguno de los procedimientos detectados e individualizados". "Para el legislador de 1999, como también para el de 1992, sólo cabe aplicar la ficción del silencio que establece la LPAC (Ley 30/1992) para los procedimientos regulados como tales por una norma jurídica". "La LPAC establece como regla el silencio positivo, pero parte de que esa ficción legal se aplica a procedimientos predeterminados". "La ejecución del contrato y todas sus incidencias debe reconducirse al procedimiento contractual de adjudicación del contrato, porque en ese expediente se recogen el conjunto de derechos y obligaciones de las partes".

Resulta evidente, entonces, que el régimen del silencio administrativo no resulta aplicable a la resolución del contrato. Pero es que, además de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo, cabría añadir que de conformidad con el artículo 59 del TRLCAP, la resolución de los contratos administrativos se configura como una prerrogativa de la Administración, que nace de la posición de supremacía de ésta en la relación contractual, de tal forma que el contratista no puede sustituir a la Administración en el ejercicio de tal prerrogativa, pues se configura como una potestad que sólo puede ejercerse por quien la detenta. Permitir lo contrario supondría dejar en manos del contratista la ejecución del contrato, lo que contravendría la naturaleza misma del contrato administrativo.

A mayor abundamiento, y en lo que al servicio público de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos respecta, el silencio positivo vendría exceptuado por la previsión contenida en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, al señalar que quedan exceptuados de esta previsión *"aquellos cuya estimación tuviera* como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o *al servicio público"*, pues quedaría en manos del contratista la prestación del servicio mismo.

En definitiva, la resolución del contrato no está estimada por silencio administrativo positivo, por las razones expuestas.

Resuelta dicha cuestión, procede entrar en el análisis del fondo del asunto, comenzando por la primera causa alegada, que no es otra que la planteada por el concesionario en su escrito de 8 de septiembre de 2008, del siguiente tenor: "En caso de no restablecimiento económico de la concesión en los términos solicitados, la continuación del servicio de limpieza viaria y de recogida de residuos sólidos del Municipio de Almuñécar se hace imposible ya que la concesionaria no puede, como de hecho está sucediendo, hacer frente al coste salarial de sus trabajadores que se ha visto enormemente aumentado por la aplicación del Convenio Provincial de Limpieza, anunciándose por la concesionaria que si esta situación persiste por actividad de la Administración solicita la correspondiente resolución culpable de la concesión e indemnización de daños y perjuicios".

El restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato de la concesión se solicita, única y exclusivamente, como resume de forma clara el adjudicatario en su escrito de alegaciones de 20 de abril de 2009, en base a "la aplicación del Convenio Colectivo de Trabajo para el sector de limpieza pública viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado de la provincia de Granada, aprobado en 6 de abril de 2006 y publicado el 27 de abril. Este Convenio Colectivo de Limpieza reducía la jornada laboral a 35 horas semanales con efectos a partir del 1 de enero de 2008, acordaba una subida salarial por encima del IPC además de una subida lineal de los salarios a partir del 2005. Todas estas revisiones salariales tenían carácter retroactivo y, por consiguiente, implicaban la obligación de incrementar los costes de personal de los contratos en ejecución, como es el nuestro. Ante el requerimiento del anterior Administrador de la concesionaria en orden al restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión, la Junta de Gobierno Local adoptó en 12 de septiembre de 2006 el acuerdo de supresión de una barredora, su conductor y cinco operarios del Servicio de Recogida de Residuos Sólidos Urbanos. Aún con este acuerdo de supresión de maquinaria y trabajadores, la concesionaria seguía insistiendo en que no era suficiente este acuerdo para el efectivo restablecimiento económico de la concesión".

En este sentido, hay que destacar que la empresa se encuentra con una situación que haría inviable la prestación del servicio, es decir, estaríamos ante un *factum principis*, posterior al contrato, que lo hace inviable en el futuro.

Llegados a este punto, conviene precisar algunas cuestiones sobre el *factum principis*.

El *factum principis* es una de las prerrogativas de la Administración que puede incidir desde fuera de la esfera contractual en la ejecución de los contratos administrativos. El elenco de aquéllas es bien conocido: a) poderes de dirección, inspección y control; b) poderes de interpretación unilateral del contrato y c) poderes de modificación del objeto del contrato. En estos últimos es donde se puede encuadrar el *factum*
principis
, junto al *ius variandi* y la revisión de precios por aplicación de la *doctrina del riesgo imprevisible*, si bien, se repite, desde la exterioridad del contrato, generando una lesión del crédito, pero de carácter extracontractual.

La naturaleza de las tres prerrogativas es común, en cuanto son técnicas que pretenden combinar en la célebre expresión de un clásico del Derecho Administrativo francés, la rigidez del servicio público al lado de la flexibilidad del contrato. Ahora bien, si su naturaleza es común, su estructura es muy distinta. En relación con el *ius variandi*, este Superior Órgano Consultivo ha tenido muchas ocasiones de pronunciarse, y sería ocioso detenerse con prolijidad en él; en todo caso, la prerrogativa así llamada es la de modificar el objeto del contrato para lo sucesivo, pero continuando éste en vigor, con la adecuada compensación al contratista, que a partir de una cierta cuantía de la modificación goza de la posibilidad de desvincularse del contrato; el *factum principis*, en cambio viene referido a medidas administrativas que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista, incluso sin culpa de éste; la revisión de precios por apariciones de riesgos imprevisibles supone la aparición de circunstancias sobrevenidas que puedan ser así calificadas.

Por esa distinta estructura, tanto sus condiciones de ejercicio como sus consecuencias son distintas. Aquí interesa señalar que tanto el *ius variandi* como la revisión de precios tienen predeterminadas causas y procedimientos para su ejercicio: necesidad de modificar el objeto contractual, en un caso, y específicos requisitos procedimentales, aparición de circunstancias imprevistas, en el otro, y también específicos requisitos procedimentales, redundando tanto el *ius variandi* como la revisión de precios en una variación de la prestación de la Administración y del contratista, o de la Administración, para el futuro contractual, o dicho de otro modo, restableciendo en un determinado sentido el conjunto de las obligaciones contractuales.

En comparación, el *factum principis* es de muy diversa estructura: es una medida imperativa y de obligado acatamiento que puede producir un daño especial al contratista, por lo que sus consecuencias hay que verlas más que en la perspectiva de la variación de obligaciones contractuales por la Administración que dan lugar a compensación, en la bien distinta de la responsabilidad de la Administración por su funcionamiento normal o anormal. De ello derivan algunas consecuencias de no poco calado para este dictamen, de las que resaltaremos dos: primera, por definición el *factum principis* es un mandato, que por su carácter saltuario o excepcional, se debe considerar caso a caso, y siempre como una incidencia *ab*
extra
sobre la economía contractual, lo que no es equivalente a las modificaciones de contenido obligacional del *ius variandi* o de la revisión de precios; segunda, la compensación por su ejercicio debe ser valorada no según las reglas de la *lex contractus*, sino por las de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas. A esta consecuencia no obsta que la compensación se efectúe con la revisión de precios, pero siempre después de haber calculado su monto desde las reglas de la expresada responsabilidad (STS de 1 diciembre de 1980).

De esta forma, en el presente caso es evidente que no nos encontramos ante el *factum principis*, pues no se trata de ninguna medida impuesta por la Administración que pudiera incidir en la economía del contrato, sino de un Convenio Colectivo provincial en el que la Administración no ha tenido intervención alguna. No resulta, por tanto, de aplicación la causa de resolución prevista en el artículo 167.d) del TRLCAP, en la medida en que la Administración no ha adoptado acuerdo alguno con posterioridad al contrato que incida sobre éste.

En relación con la posible incidencia de un nuevo convenio colectivo en el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2001 precisa que "no cabe trasladar, y ésta es la doctrina de aplicación a este supuesto, al ente público titular del servicio, en este caso, la Corporación Municipal, los efectos de un Convenio Colectivo de empresa pactado por el concesionario si dicho ente público no ha tenido intervenciones sobre esta acción... no puede admitirse que éste configure el contenido de la obligación municipal cuando el Ayuntamiento ha de pagar las elevaciones salariales con fondos públicos y no ha tenido participación en la gestión del Convenio".

Doctrina que resulta de aplicación al presente caso, puesto que el Ayuntamiento no ha tenido intervención alguna en la negociación del convenio colectivo en cuestión, de tal forma que no procede la resolución del contrato por la causa invocada por el concesionario.

Los otros incumplimientos contractuales por parte del Ayuntamiento, a que hace referencia el concesionario, ni se concretan ni se demuestran mediante documento alguno. En cualquier caso, se hace referencia a la demora en el pago, que sólo podría dar lugar a la resolución del contrato cuando fuera superior a ocho meses [art. 111.f) TRLCAP]; demora que en el presente caso no se ha producido.

Habiendo llegado a la conclusión de que no procede la resolución del contrato por la causa invocada por el contratista, debemos analizar ahora las causas de resolución invocadas por la Administración. De esta forma, el Ayuntamiento de Almuñécar fundamenta la pretensión de resolución del contrato en el incumplimiento de las

obligaciones esenciales de éste por parte del contratista, con apoyo en el artículo 111.g) y h) del TRLCAP, conforme a los cuales son causa de resolución de los contratos administrativos *"el* incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales" y *"aquéllas que se establezcan* expresamente en el contrato" .

La Administración se basa para ello en que la empresa concesionaria del servicio ha cometido múltiples incumplimientos recogidos como obligaciones en el Pliego de cláusulas administrativas y técnicas que rige el contrato: no devolución de contenedores a su origen; derramar líquidos en los lugares de recogida; no recoger líquidos derramados en los lugares de recogida; no dejar limpios los lugares de recogida; no proceder de forma que se eviten derrames y/u olor; no utilizar o hacerlo de forma ineficaz detergentes, bactericidas, germicidas o bolsas de basuras; no disponer (total o parcialmente) de servicio nocturno de recogida de residuos, incluida recogida puerta a puerta; no disponer (total o parcialmente) de servicio de recogida de enseres domésticos; no cumplir la mejora 10.1, consistente en descolmar/baldear/barrer alrededor de los contenedores selectivos; no cumplir la mejora 10.2, consistente en recoger los residuos depositados fuera de los contenedores selectivos; no cumplir parcialmente el refuerzo estival (11 de julio al 15 de septiembre); no realizar limpieza de carreteras con personal extra (4 operarios x horas/jornada); y no funcionamiento de barredora Hako 85 (operario no incluido).

Dichos incumplimientos aparecen debidamente documentadas en diversas actas de inspección.

Además, el Ayuntamiento imputa a la contratista el incumplimiento de una serie de obligaciones asumidas por ésta en el contrato, como son:

1) Inexistencia de las instalaciones ofertadas por la adjudicataria (implantación de un local de 292 m^2 y un solar-edificio de 1585 m^2). Compuesto por Zona administrativa, Salas de reuniones y Juntas, Servicios, aseos, vestuarios, parque de vehículos ligeros, lavaderos, mantenimiento de vehículos ligeros, almacén y otros. Solar situado en Pago Amatriche de 1500 m^2. Apartado 17.1.2 Pliego de condiciones Administrativas.

2) Implantación de puntos limpios, señalando que en los cuatro años que la empresa viene prestando el servicio no se han iniciado los trámites para ninguno de los dos puntos limpios ofertados. Apartado 17.1.2.4 Pliego de condiciones Administrativas.

3) En el apartado sobre ampliación de papeleras y contenedores selectivos, hasta la fecha, no se ha aportado ningún contenedor de los ofertados y en lo referente a papeleras no se han aportado las exigidas y correspondientes a los años 2006, 2007 y 2008.

4) Igualmente, se han incumplido una serie de mejoras valoradas entre los que se señalan: apartado 17.1.3. Pliego de condiciones Administrativas.

»a. Papeleras para el centro comercial abierto (2007-8).

»b. Aportación de contenedores (2006-7-8).

»c. Cubre contenedores.

»d. Papeleras especiales para animales.

»e. Motocicleta recoge excrementos.

»f. 10 papeleras para el casco antiguo.

»g. Mantenimiento de contenedores selectivos.

»h. 2 motocarros.

»i. 4 furgonetas.

»j. Equipo de localización de vehículos.

»k. Mantenimiento de contenedores.

»l. Instalación de cuatro puntos logísticos.

»m. Punto limpio residuos indústriales.

»n. Entrega de equipo informático para el ayuntamiento.

»o. Equipos informáticos para centros escolares.

»p. Campaña de concienciación entre escolares.

»q. Creación y mantenimiento de página web.

»r. Informe técnico de limpieza anual.

En este sentido, para apreciar la relevancia de estos incumplimientos ha de partirse de que, como ha puesto de manifiesto tradicionalmente el Consejo de Estado (dictámenes de 1 de marzo de 1979 y 9 de junio de 1988, entre otros), este Consejo ha recogido (dictámenes 124 y 128/1998, 58/2002 y 208/2006, entre otros), y ha declarado la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1992 y 20 de abril de 1999, entre otras), ha de tratarse de un incumplimiento grave o relevante y no de cualquier incumplimiento.

Centrándonos en el caso objeto de consulta, debe partirse de lo estipulado en el artículo 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas y Prescripciones Técnicas, en el que se dispone que el objeto del contrato se extiende a las siguientes prestaciones:

- Servicio nocturno de recogida de residuos sólidos urbanos.

- Servicio de Limpieza de las Vías Públicas:

- Barrido y limpieza de calles y plazas del Municipio.

- Servicio de recogida selectiva de cartón en el centro comercial abierto:

- Recogida selectiva de cartón en el centro comercial abierto.

- Servicio especial de recogida en establecimientos de hostelería del centro comercial abierto:

- Servicio especial de recogida en establecimientos de hostelería del centro comercial abierto en los días de Semana Santa y temporada estival.

- Servicio especial de recogida discrecional (satélite).

- Servicio de limpieza de la carretera nacional n-340 y carretera del Suspiro del Moro.

- Servicio de recogida para servicios varios (Mercados, Mercadillos, Supermercados, Hostelería, Recogida de cartones, etc.).

- Servicio de recogida de enseres domésticos.

Considerando las obligaciones impuestas al contratista y habida cuenta de la numerosa documentación que obra en el expediente, pese a las alegaciones realizadas por la empresa concesionaria, no puede entender este Consejo más que justificada la causa de resolución que se pretende por el Ayuntamiento de Almuñécar.

Son múltiples las deficiencias e irregularidades que se recogen de manera continuada y sistemática en los partes de la Inspección dirigidos a la empresa concesionaria en el periodo comprendido entre diciembre de 2007 a septiembre de 2008.

Del mismo modo, en informe, de fecha 4 de septiembre de 2008, del Servicio de Ingeniería del Ayuntamiento, se ponen de manifiesto otros incumplimientos contractuales, en relación con el pliego que sirvió de base a la adjudicación del concurso, relativos a la falta de instalaciones propias; puntos limpios, puesto que no se han ejecutado ninguno de los dos ofertados; ampliación de papeleras y puntos selectivos; no se han ejecutado otras mejoras extras ofertadas por un importe de 586.800.00 euros; no se han ejecutado las inversiones previstas en el Pliego en espacios libres y comunicación para los años 2007/08.

En suma, no nos encontramos ante un incumplimiento nimio, que no autorizaría la resolución del contrato, sino del incumplimiento de una obligación esencial, cual es la de cumplir el contrato y las condiciones pactadas.

Por todo lo anterior, a juicio de este Consejo Consultivo, procede acordar la resolución del contrato del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria de Almuñécar, por incumplimiento culpable del contratista, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 111.g) y h) del TRLCAP.

Al respecto ha de señalarse que no puede olvidarse la especial finalidad del contrato que nos ocupa, dirigido, *prima facie*, a la prestación de un servicio, pero destinado, en último término, a procurar la satisfacción de un particular interés público que subyace en aquella contratación, aspecto que, por supuesto, debe incidir en la posición de cada una de las partes y en los derechos y obligaciones que en virtud de la misma adquieren. Son, precisamente, la promoción y defensa de ese interés público las que justifican las especialidades que ofrece el régimen de los contratos administrativos respecto de las reglas generales sobre contratación del Derecho Común. Por ello, se coloca a las partes en una situación de desigualdad, mediante el otorgamiento a la Administración de unas potestades unilaterales en relación con la vida y efectos del contrato (*ius interpretationis, ius variandi*), extrañas a la naturaleza bilateral de la relación contractual, que se subsumen en el privilegio de la decisión ejecutoria. De esta forma, en este supuesto concreto, la contratista se sitúa en una posición de sujeción respecto de esas potestades administrativas, al tiempo que recae sobre ella la carga de impugnar los acuerdos

administrativos dictados en ejercicio de las mismas (art. 60 del TRLCAP).

Es, en definitiva, el fin de interés público, al que responde la contratación, el que modula los derechos y deberes que integran la posición del contratista, convirtiendo a éste en un colaborador de la Administración para la consecución de aquella finalidad, lo que conlleva una mayor carga de responsabilidad en cuanto al buen fin del negocio.

De esta forma, el contratista no puede condicionar el cumplimiento del contrato a la satisfacción de sus expectativas comerciales. En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 98 del Texto Refundido, la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, por lo que no resulta procedente atender las alegaciones de la concesionaria, sin perjuicio de que, como se verá, tenga derecho a percibir las cantidades que a su derecho correspondan.

V

En orden a los efectos de la resolución, este Consejo se remite a la doctrina sentada en el dictamen 613/2007, que abordó el problema del significado de la fianza en relación con la posible pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios de la Administración, y el de su diferenciación con las pretensiones restitutorias que pueden derivar de la resolución del contrato.

En el citado dictamen se expone que *"La redacción del artículo 7.1 de la LCAP, cuando indica las fuentes* de la reglamentación contractual, nos pone de manifiesto que todo lo relativo al iter procedimental de la *contratación que configuran los llamados "actos separables" (preparación y adjudicación) son de exclusivo dominio del Derecho Administrativo, y en especial de la Ley de Contratos; también lo es en todo lo referente a sus efectos y extinción, pero no es menos cierto que cuando la regulación administrativa sea insuficiente, bien porque lo sea la propia LCAP, bien porque lo sean "las restantes normas de Derecho Administrativo", se aplican las normas de Derecho Privado. En la práctica esta remisión de segundo grado al Derecho Privado no significa una aplicación de carácter residual de este; antes bien, dadas las lagunas de La LCAP en la regulación de aspectos sustantivos de la vida contractual, y de que la invocación de "las restantes normas de Derecho Administrativo" es habitualmente improductiva, por inexistencia de dichas "restantes normas" que regulen aquellos referidos aspectos, se debe convenir que cuando se trata de muchas cuestiones sustantivas, aunque sin abdicar de las singularidades del contrato administrativo el "fondo de soluciones" se encuentra en el Derecho Privado.*

En suma, la graduación de fuentes indicada por el artículo 7.1 de la LCAP, cuando se trata de la resolución del contrato administrativo, y de los efectos de la misma, conduce a la aplicación del artículo 113 de la LCAP, y las más de las veces, en caso de insuficiencia de su regulación, a la del artículo 1124 del Código Civil, norma cuya problemática intrínseca es grande, pero que hoy goza de una sólida doctrina jurisprudencial que la resuelve en sus más difíciles cuestiones. Empero, esta lineal conclusión debe ser matizada, por varias razones.

La primera de ellas es que un simple examen de las causas de resolución previstas en los artículos 111, 149, 167, 192 y 214 LCAP nos lleva a la conclusión de que el término resolución en este ámbito es muy heterogéneo, aunque siempre presidido por la salvaguarda del interés público, y como manifestación muy especial de este, la idea de continuidad del servicio; y por consiguiente, pese a la presencia de dichos principios, no hay un concepto general de resolución del contrato administrativo que se pueda reconducir de manera unívoca al concepto de resolución del artículo 1124 del Código Civil, salvo, precisamente, en los supuestos de incumplimiento del contratista, y ello con matices propios; y también, en alguna medida, aunque menor, con el incumplimiento de la Administración. Así las cosas, y para el supuesto sometido a dictamen, de nuevo parece que las cuestiones podrían solventarse partiendo de la aplicación del artículo 113.4 de la LCAP, y supletoriamente, del 1124 del Código Civil. No obstante, y aunque se acepte la premisa anterior, en el caso de incumplimiento del contratista como causa de resolución (que es, obviamente, el más próximo al supuesto de hecho del 1124 del Código Civil) surgen problemas, que se intentan despejar a continuación. Dos son los más importantes, a juicio de este Superior Órgano Consultivo. El primero, la naturaleza de la fianza definitiva y su relación con la indemnización de daños y perjuicios. El segundo, la ausencia total de regulación en la legislación administrativa de contratos de lo relativo a la eventual eficacia restitutoria de las prestaciones ya ejecutadas antes de la resolución contractual. Determinar su régimen es de todo punto necesario, ya que dicha eficacia opera ex tunc, es decir retrotrayendo sus efectos al momento inicial del contrato.

En lo que hace a la naturaleza de la fianza, hay que resaltar que nuestro Derecho Administrativo se aparta de la visión de la misma como una estimación anticipada y definitiva de los daños y perjuicios, sin que quepa exigir otros. Esta ha sido desde el primer momento la doctrina del Consejo de Estado, continuamente reiterada desde su dictamen de 30 de junio de 1967, entre otros. Pero hay más: el Consejo de Estado, y en los mismos dictámenes, ha considerado que la pérdida de la fianza está llamada a compensar el retraso en la ejecución de la obra o la prestación del servicio, que ha de implicar además la puesta en marcha de un nuevo procedimiento de contratación; el hecho del retraso en la obra o servicio y la necesidad de un nuevo procedimiento son perjuicios de difícil evaluación, y precisamente por ello son evaluados a priori con la fianza definitiva; pero si la Administración acredita que, aparte del retraso en la obra o en la prestación del servicio, y los gastos que le provoque un nuevo proceso de contratación, hay otros daños materiales "puede ejercitar cuántas acciones de resarcimiento le competan, de modo independiente a aquella fianza, sin que quepa, en definitiva imputar a la misma, el daño

sufrido" (dictámenes de 22 diciembre 1966, 16 enero 1969, 12 julio 1974, 2 de mayo 1975, entre otros). Nótese que esta doctrina se formula interpretando la ley de Contratos de 1965 en el sentido de que la fianza no es una pena convencional por el incumplimiento, que se agota en sí misma, esto es cláusula penal en el sentido del artículo 1152, párrafo primero del Código Civil, sino que responde a cubrir sólo los daños del retraso de la obra o la prestación del servicio; y la solución de aquella Ley es la que se ha trasladado al artículo 113.4 de la LCAP. Este es el sentido en el que ha de interpretarse la frase de este "en lo que excedan del importe de la garantía incautada". Ni que decir tiene que la prueba de la existencia de estos otros daños está rigurosamente a cargo de la Administración, habida cuenta de que los posiblemente mas importantes ya vienen cubiertos a priori por la fianza definitiva; y sin más carga procesal que declarar que el incumplimiento del contratista es culpable, y procediendo a la incautación de la fianza como una manifestación más de su privilegio de la decisión ejecutoria, facilitado porque la caución está en su poder.

En lo que se refiere a la eficacia restitutoria derivada de la resolución del contrato, bien distinta de la eficacia resarcitoria de los daños, la LCAP guarda silencio. No queda más remedio que acudir a las normas de Derecho privado, y concretamente al artículo 1124 del Código Civil. Su simple lectura indica que pedir la resolución es compatible con pedir el resarcimiento de daños. Dicho de otro modo, la pretensión de resolución y la pretensión de indemnización son distintas. Aquélla va encaminada a la eficacia liberatoria, es decir a la desvinculación de la relación obligatoria en la que las partes se encontraban, liberación que opera ex tunc, y trae aparejada que las prestaciones ejecutadas deben ser restituidas, y como sucede en el caso de la nulidad, si no pueden ser restituidas in natura, deberán serlo a través de su valor pecuniario. Esta eficacia restitutoria no debe ser confundida nunca con la eficacia indemnizatoria, aún en el caso de que las circunstancias determinen que la pretensión restitutoria surja exclusivamente a favor de uno de los contratantes; de hecho sus regímenes jurídicos son distintos, especialmente en el campo de la prueba, pues aquí no hay que demostrar la existencia de un daño, sino que se ha realizado una prestación; y si se demuestra que se ha realizado sin correspectivo, el hecho de que no se restituya nada a la otra parte, no convierte su exigencia en una partida de la indemnización de daños y perjuicios. Aplicada esta doctrina a la resolución del contrato administrativo significa que la Administración, si ha efectuado prestaciones a cambio de las cuales nada ha recibido, puede reclamarlas, y ello con independencia de la incautación de la fianza y la eventual exigencia de daños y perjuicios por encima de la cuantía de esta. Para efectuar esta reclamación debe liquidar el contrato, liquidación en la que puede valerse sin duda de sus privilegios de interpretación del contrato y de la decisión ejecutoria, saldando el valor de lo que ha prestado con el valor de lo que eventualmente haya podido recibir y ser de su provecho; y ello, se repite, aunque el contrato esté resuelto, dado que si no procede así podría enriquecerse injustamente a costa del contratista."

De conformidad con lo hasta aquí razonado, procede la liquidación del contrato con incautación de la garantía prestada y la valoración y cuantificación motivada de los supuestos daños y perjuicios ocasionados, con acreditación de las cantidades a favor del contratista por los trabajos efectuados y no pagados, y fijación de los saldos resultantes. A este respecto, este Consejo ha de manifestar que dicha fijación deberá hacerse en expediente contradictorio, con audiencia del contratista.

CONCLUSIÓN

Se dictamina favorablemente la resolución del contrato de servicio de gestión de servicio público de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos en el término municipal de Almuñécar (Granada), suscrito entre el Ayuntamiento de la citada localidad y la entidad mercantil S.I.E.M., S.L.