



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 9 / 2 0 0 4

(Sección 1ª)

La Laguna, a 10 de junio de 2004.

Dictamen solicitado por el Sr. Presidente de la Mancomunidad de Ayuntamientos del Norte de Gran Canaria en relación con la *resolución del contrato de recogida de residuos sólidos urbanos y recogida selectiva de la Mancomunidad de Ayuntamientos del Norte de Gran Canaria con la Entidad Mercantil C. (EXP. 109/2004 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Por escrito de 17 de mayo de 2004, con entrada en este Organismo el 25 de mayo, el Presidente de la Mancomunidad de Ayuntamientos del Norte de Gran Canaria solicita por el procedimiento de urgencia, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c), 12.3 y 20.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, Dictamen preceptivo al amparo de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley 4/84, de 6 de julio, del Consejo Consultivo, 59.3.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (LCAP-2000) en relación a la Propuesta de Resolución (PR) por la que se pretende resolver el contrato administrativo de prestación de servicios de recogida de residuos sólidos urbanos y de recogida selectiva suscrito por la mencionada Comunidad y la empresa C.

2. El órgano de contratación de la Mancomunidad -la Junta plenaria (art. 8.i) de sus Estatutos- tomó razón de la PR redactada, al ser también el competente para la resolución (art. 59.1 TRLCAP-2000; art. 109.1 del Reglamento General de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre,

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

RCAP). Consta, así mismo, la preceptiva audiencia al contratista y al avalista, según exige el art. 109.c) RCAP.

II

1. La contratación suscrita entre la Mancomunidad y C. debe ser convenientemente analizada.

Inicialmente cada Municipio tenía suscrito un contrato de recogida de residuos sólidos domiciliarios con la empresa "C.", [Valleseco, 7 de noviembre de 1997; Firgas, 14 de noviembre de 1997; Teror, 26 de noviembre de 1997; Agaete, 14 de mayo de 1998; Santa María de Guía, 1 de abril de 1998; Moya, 15 de octubre de 1998; en Gáldar, la empresa concesionaria G.S.A. firmó el 11 de marzo de 1999 un "contrato de asistencia técnica con C.; San Nicolás de Tolentino (en el que consta en el expediente únicamente la oferta de la empresa C., de fecha 1 de octubre de 1999)]. Posteriormente, la Mancomunidad, en sesión celebrada el 26 de enero de 2001, aceptó "la cesión de la función (sic) de recogida de residuos sólidos urbanos de dichos Municipios, así como la recogida selectiva de residuos"; cesión que el Ayuntamiento de San Nicolás de Tolentino aceptó con fecha de 27 de septiembre de 2001, y en relación con el Ayuntamiento de Artenara, figurando en el expediente la contratación con "C." el 27 de mayo de 1999, adhiriéndose a la Mancomunidad el 12 de octubre de 2002.

Como consecuencia de tal cesión, la Mancomunidad "se subrogó en los contratos" en relación con los municipios de Agaete, Firgas, Moya, Teror, Santa María de Guía y Valleseco, prorrogándose hasta el 11 de marzo de 2009, por lo que tras la incorporación voluntaria a la Mancomunidad de los Ayuntamientos citados aquella es la Administración contratante. Así, en la sesión plenaria de la Mancomunidad celebrada el 12 de marzo de 2001 se acordó unificar los contratos.

La modificación inicial tuvo por alcance sustituir a los Ayuntamientos contratantes por la Mancomunidad, sin que alguna de las partes, incluido el contratista, se opusiera.

La Junta acordó "en función del interés público (...) unificar los contratos existentes en uno solo"; si bien no figurando en el expediente *contrato unificado* alguno cuyo objeto sea justamente la prestación del servicio en el territorio de los Municipios mancomunados y, en consecuencia, sea éste el contrato a resolver. Que

exista unificación material -al ser la Mancomunidad y la empresa C. las partes contratantes- no supone que exista unidad jurídica y así, pese a la unificación en la misma sesión de la Junta, se acuerda "ampliar los contratos actuales". Por otro lado, el acuerdo plenario de 12 de marzo de 2001 no contemplaba a los Ayuntamientos de San Nicolás de Tolentino ni al de Artenara.

No obstante, todos los pliegos son idénticos, salvo el concerniente al contrato suscrito por el Ayuntamiento de Gáldar, siendo distinto, particularmente, en las causas de resolución y en el plazo, que es de 10 años a diferencia de los demás que es de 5 a contar del día primero del mes siguiente a la firma del contrato [cláusula 11 de los Pliegos de los contratos suscritos por los Ayuntamientos de Agaete, Artenara, Fingas, Moya, Teror, Valleseco] o desde la fecha de su firma [Santa María de Guía], por lo que todos tendrían distintas fechas de finalización. Quizás por ello, se acordó la prórroga de los mismos hasta el 11 de marzo de 2009, que coincide con la fecha de vencimiento del contrato suscrito por el Ayuntamiento de Gáldar [cláusula séptima].

2. Dado que el 13 de noviembre de 2003 se adopta el acuerdo resolutorio, en el procedimiento de resolución se deberá estar a lo dispuesto en los citados TRLCAP, RDL 2/2000, de 16 de junio, modificada, entre otras, por las Leyes 22/2003, de 9 de julio y Ley 13/2003, de 23 de mayo, y RCAP-2001, -pese a que los contratos fueron suscritos entre los años 1997 y 1998- que es la normativa vigente cuando se ha iniciado el procedimiento revisor, por el alcance del Derecho transitorio de la mencionada Ley en los términos en que este Consejo lo ha interpretado [DCC 59/1995].

En la sesión de 12 de marzo de 2001, la Junta no sólo unificó los contratos, sino que decidió otras cuestiones como:

- "Ampliar los contratos actuales con la empresa (...) a la recogida selectiva de residuos de la totalidad de envases y residuos de envases incluidos el papel y el cartón de todos los Municipios" a excepción del de San Nicolás de Tolentino, con una duración de 8 años y un importe de 961.619, 37 € más IGIC.

- Prorrogar los contratos suscritos para la recogida de residuos urbanos hasta el "el 11 de marzo de 2009 en atención a las inversiones que el gestor tiene que realizar para la puesta en marcha de la recogida selectiva de residuos

[prevaleciendo] sobre los anteriores en todo aquello que resulte alterado por la presente"; y por un importe de 1.322.226, 63 € más IGIC.

- El precio del contrato será fijo los 4 primeros años, a partir del quinto, se revisará en función del I.P.C.

- La empresa C. "cubrirá el coste del diferencial que se produzca si la recogida de selectiva no alcanza los porcentajes mínimos acordados entre las partes para autofinanciar en función de la oferta presentada", excluyéndose del cálculo de residuos selectivos recogidos "el número de impropios recogidos por el gestor que sobrepasen las cifras establecidas por E.E. S.A. como aceptable.

- La Mancomunidad se reserva la posibilidad de "intervención directa en la gestión del servicio, siempre y cuando concurren razones de interés público que así lo indiquen, motivados por el incumplimiento reiterado del presente contrato o por el incumplimiento por el gestores de la legislación vigente".

- El gestor se compromete a presentar un informe mensual sobre el funcionamiento del servicio; y a transferir los avales suscritos en los diferentes contratos municipales de recogida domiciliaria a la Mancomunidad.

3. Según los acuerdos adoptados por la Junta el 12 de marzo de 2001, resultan los siguientes extremos:

- Se modificaron los contratos adjudicados -recogida domiciliaria de basura y otros enseres- concretando su objeto a la recogida selectiva de residuos. Se trata de una prestación, dotada de sustantividad propia, que debería haber sido objeto de una licitación y contrato independientes, a fin de no afectar a los principios de concurrencia y publicidad.

- La ampliación, en cuanto al objeto del contrato, no sólo consistió en la extensión del servicio a mayores prestaciones, sino que también se aumentó el precio de los contratos de recogida de residuos sólidos. Sin que conste en el expediente la adecuación con lo que la legislación de contratos establece para tal clase de incidentes contractuales [art. 59.3.b) y Disposición Adicional Novena.4 LCAP-2000].

III

1. Con estos antecedentes administrativos como premisa, debemos valorar el grado de adecuación jurídica de la PR formulada, que se fundamenta en el

incumplimiento de determinadas cláusulas del contrato, particularmente, de las incluidas en el mismo tras su ampliación.

Sobre tales causas, la contrata tuvo la oportunidad de presentar varios escritos en trámite de alegaciones y audiencia en relación con el acuerdo de la Junta, adoptado el 13 de noviembre de 2003 -notificado en la misma fecha-, de apertura del procedimiento de resolución y de secuestro de la concesión, al amparo del art. 133.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales [RSCL], "y por el plazo que dure la tramitación del expediente resolutorio del contrato", medida que, justamente, se adopta debido a la "gravedad de los incumplimientos y la intolerable degradación del servicio originado".

En este primer incidente, se decidió el secuestro de la concesión de forma inmediata sin que, como señala el art. 133.2 RSCL, el contratista "corrigiera la deficiencia". Ciertamente, la contrata se opuso tanto al secuestro como al inicio del expediente resolutorio; produciéndose, durante la ejecución de contrato, múltiples denuncias de funcionamiento anómalo del servicio por parte de vecinos y de los distintos Servicios de los Ayuntamientos mancomunados de una cierta entidad. La situación se hizo tan insostenible que debió acordarse el secuestro de la concesión sin audiencia de la contrata.

Debe partirse de entrada de que, si bien el Título III del RSCL -al que pertenece el art. 133- sigue vigente en lo que no se oponga a la LCAP-2000 y al RCAP [Disposición Derogatoria Única.f) de éste último], existe ordenación posterior, de carácter general y concreto, respecto de la mencionada técnica de secuestro, que no es otra que la intervención, a la que hacen referencia el art. 166 LCAP-2000 y la cláusula novena del modificado; por lo que debemos referirnos más a la intervención que al secuestro.

Según el precepto legal citado, para que la intervención fuera aplicable debería darse una perturbación grave "no reparable por otros medios en el servicio público y que la Administración no decidiese la resolución del contrato" hasta que la perturbación "desaparezca", debiéndose "en todo caso" abonar al contratista los daños y perjuicios que efectivamente se le hayan irrogado. Es decir, tanto el secuestro como la intervención tienen carácter provisional, duración limitada y fin concreto.

Y la mencionada cláusula novena de la ampliación del contrato dispone que "la Mancomunidad (...) se reserva la posibilidad de intervención directa en la gestión del servicio, siempre y cuando concurren razones de interés público que así lo indiquen, motivados por el incumplimiento reiterado del presente contrato o por el incumplimiento del gestor de la legislación vigente".

2. Constan en el expediente múltiples y variadas reclamaciones de los vecinos a sus Ayuntamientos y de éstos a la Mancomunidad denunciando incumplimientos de las obligaciones contraídas; quejas que se acompañaban, según los casos, de informes de la Policía Local, de reportajes fotográficos, actas de inspección sanitaria municipal, que acreditan el riesgo sanitario, y actas de inspección veterinaria municipal. Algunos Ayuntamientos contrataron servicios de recogida de basuras para atender el servicio no cubierto por la contrata. Incluso el Ayuntamiento de Firgas interesa el 29 de octubre de 2003 el rescate urgente de la concesión al quedar acreditado el tercer incumplimiento por la empresa de la recogida de basuras.

Según consta en el expediente, las razones alegadas frente a los incumplimientos del servicio fueron que el camión estaba averiado o que el chófer era nuevo. De manera obvia, el servicio se resintió, por otro lado, por la situación de conflicto laboral de la empresa por falta de abono de los salarios a los trabajadores.

Situaciones puntuales como las descritas no justifican las reiteradas denuncias de los Ayuntamientos que se hacen constar en las actuaciones. Desde luego, consta en las actuaciones que con fecha 1 de agosto, 9 de agosto y 24 de septiembre de 2002, la empresa fue advertida de incumplimientos de las cláusulas sexta, séptima, décima y duodécima, párrafo segundo, de la ampliación del contrato; incumplimiento de las mejoras primera, segunda, tercera, octava a decimoquinta del pliego de mejoras ofrecido por la empresa; estipulaciones segunda y cuarta de la addenda del contrato suscrita el 3 de mayo de 2001.

El 25 de octubre de 2002, tiene entrada en la Mancomunidad escrito de alegaciones de la contrata en el que manifiesta que, en su opinión, el grado de cumplimiento del contrato es "satisfactorio" dando una explicación, somera, en relación con el porcentaje de recogida selectiva de residuos [lo cual se debe a que no se les permite recoger residuos de las zonas industriales y comerciales (6ª), albaranes [pues los errores se deben a que se cumplimentan manualmente (7), informes mensuales (que se remiten a los Ayuntamientos, no a la Mancomunidad) y avales (de fácil solución si se cuenta con la colaboración de los Ayuntamientos). En el mismo

escrito -de entrada de 25 de octubre de 2002- la contrata apunta que la Mancomunidad debe "tener en consideración que existen (...) atrasos en el abono de las contrapartidas económicas".

Estas escuetas alegaciones se estimaron incompletas al no darse contestación a "ninguno de los incumplimientos", respuesta que se remitió a la contrata que lo recibió el 26 de diciembre de 2002.

Las deficiencias del servicio fueron puestas nuevamente en conocimiento de la contrata el 18 de noviembre de 2003 -mediante notificación del acuerdo de la Junta de 13 de noviembre, de secuestro de la concesión y de inicio de expediente resolutorio, previos los informes de la Gerencia y del Departamento de Residuos de la Mancomunidad-. La contrata -en escrito de entrada 14 de noviembre- alega que no se ha cumplido el procedimiento de secuestro; que la medida es irracional y que causa graves daños y perjuicios a la empresa; y que son dos miembros de la Mancomunidad los que "han colocado en una situación puntual de falta de tesorería (...) al no abonarle débitos contraídos desde ejercicios anteriores e incluso una Corporación municipal (...) no le paga los servicios que se prestan acumulando muchas mensualidades. Dichos miembros de la Mancomunidad han provocado, por su incumplimiento previo, la situación que ahora la Mancomunidad, sin tenerla en cuenta, traslada a esta empresa".

Mediante escrito de entrada de 1 de diciembre de 2003, la contrata remite las alegaciones propias del trámite de audiencia, en el que, nuevamente, además de cuestionar la forma en que se ha llevado el secuestro de la concesión y alegando que el problema de liquidez de la empresa se debe a la falta de pago de dos Corporaciones que forman parte de la Mancomunidad, responde de forma sumamente escueta a los incumplimientos notificados de las cláusulas 6 [no tenía experiencia en la recogida selectiva de residuos], 7 [casos puntuales], 10 [dado que las relaciones eran buenas, no se formalizaban por escrito las conversaciones sostenidas], y 12 [los avales siguen depositados en las diferentes Administraciones] de la ampliación del contrato; así como de la oferta económica [incumplida porque las previsiones en que fundamentaban distan mucho de la realidad siendo por ello inviable el cumplimiento de las mejoras a),b),c),e),f),g),h),i),j)]; la addenda al contrato, de 3 de mayo de 2001 [se ha repuesto entre un 5% y 7% de los contenedores]; la prevención de riesgos laborales y el incumplimiento de la normativa de recogida de envases [debido a la

contaminación en origen debido a la falta de concienciación ciudadana]. Respecto a otros incumplimientos (falta de medios; incumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social; recogida de trastos; limpieza de contenedores; mantenimiento del parque móvil; continuidad de la prestación del servicio debido a los preavisos de huelga por impago de salarios), la contrata alega que son debidos a "no haberse cumplido con las previsiones de financiación que se tenían previstas con la puesta en marcha de la recogida selectiva, además agravada por las deudas de los Municipios de Gáldar y Guía".

Mediante escrito de 18 de diciembre de 2003, la contrata remite a la Mancomunidad que la capitalización de la empresa para hacer frente a las deficiencias del servicio se condiciona al "restablecimiento del servicio" y a la "disposición para estudiar los precios pactados para adecuarlos a los costes de los servicios más un pequeño beneficio industrial (...) como medio alternativo al cobro de las cantidades que a su vez le debían otros clientes suyos, algunos miembros de esa misma Mancomunidad".

De las alegaciones de la contrata se desprende que la misma considera que el contrato es de gestión interesada y no de régimen concesional, estando fuera de toda duda que estamos ante un contrato concesional. La contrata no puede ignorar que el contrato fue adjudicado bajo el principio de riesgo y ventura [art. 24.d) de los Pliegos] por lo que no puede trasladar a la Administración, ahora la Mancomunidad, de forma automática y al margen de lo pactado todas las consecuencias y los efectos que se generan en la ejecución del contrato. La contrata conocía que las mejoras de la oferta tienen contenido contractual y que el error en las previsiones o la falta de una organización adecuada no pueden servir de aval para que la Administración supla los déficit económicos o la eventual falta de tesorería. Tampoco le excusa de sus obligaciones el incumplimiento de la Administración para justificar sus propios incumplimientos, salvo que el impago sea "cuantitativamente elevado y exageradamente prolongado", pues en la eventualidad antedicha a la contrata siempre le cabe la posibilidad de instar la resolución del contrato [STS de 3 de octubre de 1994, RJ 1994/7513].

La Administración, lógicamente, debe cumplir con sus deberes, particularmente abonar el precio de los servicios pactados, y ejercer las potestades que la Ley le otorga, como las de modificar y resolver los contratos con respeto al principio de buena fe.

3. Concorre tanto causa de resolución como base para el secuestro de la concesión. No todo incumplimiento contractual es motivo de resolución sino sólo aquéllos que en efecto ponen en entredicho el núcleo esencial de las obligaciones contraídas. Pero el Pliego es la "Ley del contrato" [STSJ del País Vasco] 599/2000, RJCA 2001/327] y al mismo deben someterse las partes.

Existen incumplimientos que no son merecedores de la resolución del contrato, sino, en su caso, de la aplicación de las medidas disciplinarias pertinentes [no remisión de informes mensuales a la Mancomunidad; no tramitar el envío de los avales desde los Ayuntamientos a la Mancomunidad]. Pero hay otros incumplimientos que por sí son suficientemente graves, no justificados por la contrata, que amparan el contenido de la PR.

La recogida selectiva de residuos permitía a la Mancomunidad la autofinanciación del servicio con el importe de la valorización de los residuos efectuada por la empresa "E.E. S.A.", pactándose porcentaje mínimo de recogida con garantía expresa de que, si no se lograba ese mínimo, la contrata "cubriría el coste del diferencial". Este compromiso fue incumplido por la contrata pues no cubrió ni mínimo, ni diferencial.

Obra por otra parte en las actuaciones documentación acreditativa de la pésima selección en origen de los residuos "que no llegan al Complejo medioambiental debidamente clasificados" (escrito del Consejero insular de Medio Ambiente dirigido a la Mancomunidad, con entrada el 16 de agosto de 2003, haciéndose eco de la queja del gestor del Complejo). En el escrito de este gestor se dice, además, que los residuos procedentes de los Ayuntamientos mancomunados llega con "el doble de peso que sería habitual para el volumen de clasificado a tratar, esto es debido a la cantidad de basura orgánica que transporta". Lo que implica el rechazo -que llega al 50%, cuando lo habitual es de un 35%- de los residuos procedentes de la Mancomunidad impidiendo que se llegue al porcentaje comprometido. Es más, la empresa "E.E. S.A.", tras dos muestreos en la planta de transferencia de los residuos acredita que los residuos procedentes del territorio de la Mancomunidad presentan unos porcentajes de "impropios" entre el 42% y el 49%, siendo el máximo convenido de un 25%.

El Consejero del Cabildo Insular en escrito de 13 de noviembre de 2003, dirigido a la Mancomunidad, insiste en la "mala calidad" de los residuos procedentes de la Mancomunidad.

La empresa alega que la razón de tal situación es debida a la mala concienciación de los vecinos. Claro que eso no explica porqué esa situación no se da en los demás Municipios. Ni nada se expresa de la campaña publicitaria de concienciación vecinal que la contrata incluyó en su oferta.

Más aún, en las actuaciones existen escritos -de un trabajador de la contrata y del Sr. V.N., cuya condición no consta- que son muy significativos y que no han sido cuestionados por la contrata. El primero dice que ha "recibido instrucciones para que en las Jornadas destinadas a recoger basura selectiva, se recoja ésta conjuntamente con la domiciliaria". El segundo, se autoinculpa de "mezclar basura selectiva con residuos sólidos urbanos para llegar así a la cantidad de toneladas de basura selectiva estimada por año".

Puede entenderse, pues, que hay incumplimiento de contrato, debiéndose recordar en este punto que el importe de la recogida selectiva es de 160 millones de pts./año más IGIC.

Existen otros incumplimientos como el de prestaciones mínimas de recogida de basura domiciliaria y trastos, como lo acreditan las múltiples denuncias de particulares y Administraciones, así como los informes policiales, médicos y veterinarios. La razón dada no es otra que la insuficiencia de medios, como lo acredita el informe del Interventor designado tras la intervención de la empresa, pues eran más los camiones averiados que los que estaban en funcionamiento. Incumplimiento que conforme a los Pliegos [art. 32] es causa expresa de resolución.

Como lo era también incurrir en alguna de las causas de incapacidad para contratar. Entre ellas, no hallarse al corriente de las obligaciones de Seguridad Social [art. 20.f) LCAP-2000], estando acreditado en las actuaciones que la contrata incumplió tales obligaciones dando incluso lugar a la apertura de un procedimiento de apremio y embargo -posteriormente levantado- de todo crédito que la Mancomunidad tuviera frente a la contrata.

La contrata, como se expresó, alegó en su defensa que había sido el impago por la Mancomunidad de algunas cantidades debidas el que dio lugar al anterior

incumplimiento; pero la demora o el incumplimiento por la Administración en el pago, siendo causa de resolución del contrato (art. 111.f) (cuando transcurren 8 meses conforme al art. 99.6 TRLCAP), no autorizan al contratista a retrasar o paralizar la ejecución del contrato y al hacerlo así incurre en causa de resolución.

En consecuencia, este Consejo Consultivo, Sección 1ª, considera que la Administración está facultada para resolver el contrato, incautar la fianza y exigir los daños o perjuicios causados (arts. 111.g) y h) y 113.4 TRLCAP).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución de resolver el contrato de recogida de residuos sólidos urbanos y recogida selectiva de la Mancomunidad del Norte de Gran Canaria es conforme a Derecho, estando facultada la Administración contratante para resolver el contrato, incautar la garantía y determinar los eventuales daños y perjuicios, sin perjuicio de las observaciones que se expresan en el Fundamento II de este Dictamen.