



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 3 2 1 / 2 0 1 6

(Sección 2ª)

La Laguna, a 5 de octubre de 2016.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Alajeró en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de "Limpieza de edificios e instalaciones municipales" suscrito, el 29 de febrero de 2016, con la empresa adjudicataria C.C.P.S., S.L. (EXP. 340/2016 CA)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado el 27 de septiembre de 2016 por el Alcalde del Ayuntamiento de Alajeró, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato de servicios de «Limpieza de edificios e instalaciones municipales».

2. La oposición del contratista determina la legitimación para la solicitud del dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 211.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSLP), y con el art. 109.1.d), asimismo básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

3. El contrato objeto del presente procedimiento de resolución fue adjudicado por Resolución de la Alcaldía de fecha de 22 de febrero de 2016, de lo que sigue que le es de aplicación la legislación contractual citada. Además, también resultan aplicables, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), y demás

---

\* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

acuerdos adoptados por las partes que rigen en el contrato y que constan en el expediente.

4. En la tramitación del procedimiento no se aprecia que se haya incurrido en deficiencias formales que produzcan indefensión o impidan un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado.

5. El procedimiento de resolución contractual se ha iniciado de oficio, por lo que está sujeto al plazo de 3 meses para resolver, de acuerdo con el art. 42.3.a) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), en virtud de la disposición transitoria tercera a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por lo que el 6 de octubre de 2016 se produce la caducidad de aquél.

No obstante, la Propuesta de Resolución acuerda la suspensión del plazo legal de tres meses para resolver y notificar la resolución del presente procedimiento. Tal acuerdo ordena su notificación al contratista y a los avalistas, pero no consta en el expediente acuse de recibo de tal notificación, por lo que la suspensión acordada no genera efectos.

Tal circunstancia obliga, en aras de la necesaria lealtad institucional, a emitir el parecer de este Consejo antes del vencimiento de tal plazo.

## II

Los antecedentes relevantes que están acreditados en el expediente remitido a este Consejo son los siguientes:

- Mediante Resolución de la Alcaldía de fecha de 22 de febrero de 2016 se adjudicó a la empresa C.C.P.S., S.L. el contrato de servicios de «Limpieza de edificios e instalaciones municipales», en el precio de 61.709,10 €, siendo 57.672,06 € el valor estimado y 4.037,04 € el IGIC y con una duración anual, sin perjuicio de su prórroga.

- Informe de fecha de 5 de julio de 2016 emitido por el responsable del contrato, en el que se recogen las incidencias que han surgido durante la ejecución del mismo, en concreto, las siguientes:

1. Con cargo a la bolsa de horas ofertadas (*1.000 horas valoradas en los criterios de adjudicación*) se solicita el 24.05.2016, con motivo de los actos del Día de Canarias, la limpieza de los inmuebles municipales descritos en el plano adjunto para los días: 28 de mayo, 8 horas; 29 de mayo, 21 horas; y 30 de mayo, 8 horas. Sin

embargo de los inmuebles solicitados sólo se limpian las instalaciones de la Casa Cultural de Alajeró y el Salón de Actos y los baños, empleando 12 horas (4 horas cada día) de las 37 solicitadas.

2. Con fecha de 06.06.2016, se recibe un escrito de una vecina del municipio mediante el cual denuncia que habiendo hecho uso de la zona recreativa El Paso el 04.06.2016, las mismas se encuentran en pésimas condiciones de salubridad (baños sucios y sin papel higiénico, fogones y suelo sucio), teniendo que hacer previamente la limpieza para poder utilizar las instalaciones.

3. Nuevamente, con cargo a la bolsa de horas se solicita el 15.06.2016 y con motivo de la celebración de las fiestas de Santa Ana en Imada, la limpieza de los inmuebles municipales descritos en el plano adjunto los días 18 de junio 12 horas y 19 de junio 12 horas. Sin embargo de los inmuebles solicitados sólo se limpian las instalaciones de la Casa Cultural de Imada y la Ermita de Santa Ana, empleando 6 horas (3 horas cada día) de las 24 solicitadas.

4. Con fecha de 04.07.2016, se presenta por otra vecina escrito en el que denuncia que habiendo hecho uso de la zona recreativa El Paso el pasado 03.07.2016, las mismas se encuentran en pésimas condiciones de limpieza (contenedores llenos de basura, baños sucios).

5. No se están limpiando los cristales exteriores de la segunda planta de la casa cultural de Playa de Santiago, edificio de Usos Múltiples y del Ayuntamiento.

6. Según denuncia un trabajador, desde que comenzó el servicio de limpieza, sólo se ha limpiado una vez el baño de las cocheras, encontrándose actualmente en pésimas condiciones higiénicas.

- Debido a tales incidencias (la empresa sólo admite que no se ha procedido a la limpieza de vías y espacios públicos a partir de la solicitud del 24 de mayo, mientras que del resto de incumplimientos sólo hay constancia de las denuncias de vecinos y trabajadores, pero del expediente no se desprende que estén acreditados), por el Sr. Alcalde se incoa procedimiento para la resolución del contrato de «Limpieza de edificios e instalaciones municipales», que se analiza.

- Alegaciones del contratista en las que manifiesta sobre el fondo del asunto lo siguiente:

- Que el supuesto incumplimiento esgrimido de contrario no es tal, ya que por la Corporación Local se pretende utilizar al personal adscrito al contrato adjudicado a

la entidad que representa el dicente, para realizar tareas ajenas al propio objeto del contrato.

A su juicio, el apartado 1 PCAP se concreta que el objeto del contrato al que se refiere el presente pliego es la realización del servicio de «Limpieza de edificios e instalaciones municipales» cuya codificación, según el Reglamento (CE) nº 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007 que modifica el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el vocabulario común de contratos públicos (CPV), es la siguiente: 90911200-8 Servicios de limpieza de edificios.

Además, en ese mismo apartado del PCAP se especifican los edificios e instalaciones a las que se constriñe el objeto del contrato licitado. Sin embargo, por parte de la Corporación municipal se pretende aplicar la bolsa de horas ofertada como mejora de forma absolutamente discrecional para la limpieza de espacios ajenos al contrato.

Esgrime que «aunque los contratos administrativos se celebran bajo el principio del “riesgo y ventura” del contratista (art. 98 TRLCAP), la finalidad pública que por medio contractual se trata de alcanzar impide mantener el desequilibrio de las prestaciones que se producen en los contratos de larga duración. En el orden del mantenimiento del equilibrio económico de los contratos administrativos surgen diversas aplicaciones del principio: a) la compensación por el ejercicio del “*ius variandi*”: correlativamente a la potestad administrativa de modificar el contrato ya perfeccionado (arts. 59 y 101 TRLCAP) surge el deber de indemnizar al contratista de la mayor onerosidad que la modificación comporta; b) el “*factum principis*”: alude a medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso y ello se canaliza a través de la revisión de precios; c) la doctrina de la imprevisión o del riesgo imprevisible cuyo juego es doble ya que puede actuar tanto a favor de la administración como a favor del concesionario».

Y continúa: «En el primer caso (*ius variandi*), la mayor onerosidad que comporte la modificación debe ser objeto de compensación íntegra. Por el contrario cuando la ruptura del equilibrio obedece a causas ajenas a los contratantes (*factum principis* y riesgo imprevisible) las consecuencias no se deben hacer recaer íntegramente sobre la Administración contratante. En todo caso, la compensación tiene lugar a través de la revisión de precios.

Por tanto, si la Administración desea ampliar el objeto del contrato a instalaciones diferentes a las previstas en los pliegos, deberá venir acompañada de la correspondiente compensación o, en su caso, revisión de precios. Hace notar que el mismo trabajador que ha sido contratado para la limpieza de edificios, no puede ser destinado a la limpieza de carreteras, por ejemplo, ya que para empezar estaríamos ante la obligación de aplicar convenios colectivos diferentes para poder dar escrupuloso cumplimiento a las normas laborales vigentes.

Respecto a los dos primeros servicios acometidos por la empresa, propiamente ajenos al objeto del contrato, se reserva el derecho de poder exigir a la Corporación Local la correspondiente compensación al haberse producido un enriquecimiento injusto, ya que entiende que la actuación de C.C.P.S., S.L. cumple los requisitos establecidos jurisprudencialmente para determinar que se ha producido un enriquecimiento injusto a favor de la Administración, que debe satisfacer pecuniariamente».

En apoyo de dicha tesis esgrime la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 48, de 6 de octubre de 2003 (recurso de casación núm. 1936/2000), en la que se recuerda (Fundamento de Derecho sexto): «La admisión, entre nosotros, de la figura del enriquecimiento injusto, tanto en lo que respeta a su construcción como a sus requisitos y consecuencias, es obra de la jurisprudencia civil. (...) La jurisprudencia del orden contencioso-administrativo, al menos, desde los años sesenta viene también admitiendo la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto a determinados supuestos en el ámbito específico del Derecho administrativo, especialmente proyectados, por su naturaleza revisora de la actuación administrativa, a las Administraciones públicas. Pero ya en dos conocidas sentencias de 22 de enero y 10 de noviembre de 1975, se produce su reconocimiento sobre la base de la concurrencia de ciertos supuestos o requisitos. El análisis de la referida jurisprudencia de esta Sala (cfr. SSTS, Sala 3ª, de 30 de abril y de 12 de septiembre de 2001 y 15 de abril de 2002, “*ad exemplum*”, admitiendo la figura en Derecho administrativo y acogiendo los criterios elaborados por la Sala 1ª de este Alto Tribunal) denota una consideración del enriquecimiento injusto como principio general o como supraconcepto, que le otorga una cierta identidad y unidad, aunque ello no supone que no se manifieste con una cierta autonomía y singularidad en su proyección a la actuación sujeta al Derecho administrativo. Pero, básicamente los requisitos establecidos por la jurisprudencia civil, acogidos expresamente por esta Sala, los que rigen y se aplican a los casos en que se reclama frente a la

Administración, eventual o supuestamente enriquecida sin justa causa. Desde la citada sentencia de referencia de 28 de enero de 1956, según la doctrina de la Sala primera y de esta misma Sala, pueden considerarse comorequisitos para la procedencia de la acción de enriquecimiento injusto o sin causa los siguientes: a) el enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido, constituido por cualquier ventaja o atribución patrimonial abocada a producir efectivos definitivos. b) El empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuniariamente apreciable, aunque entendido en su más amplia sentido siempre, que no provenga directamente del comportamiento de quien lo sufre. c) La relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, de forma que ésta sea el efecto de aquél. O, dicho en otros términos, que el enriquecimiento siga un correlativo empobrecimiento. d) La falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento».

«Esta línea jurisprudencial se ha seguido en sentencias más recientes del Tribunal Supremo: cif. en la sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de abril de 2005 (recurso núm. 930/2003), en la que se traen a colación otras sentencias de la misma Sala (por ejemplo, de 8 de julio y 19 de noviembre de 2004) de las que se desprende igualmente que el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no revelen una voluntad maliciosa del particular, “sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración” (FJ 6°), para en definitiva evitar una maquinación fraudulenta que impongan excluir la buena fe de la sociedad demandante o y eludir las exigencias formales procedimentales establecidas para asegurar los principios de igualdad y libre concurrencia que rigen en la contratación administrativa (STS -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7"- de 6 de febrero de 2004 (LA LEY 32108/2004), recurso de casación núm. 7346/1998, FJ 4°)».

Por todo ello, pide el archivo del presente procedimiento de resolución contractual.

- Finalmente, se emite la correspondiente Propuesta en la que se acuerda la resolución del «Contrato de Limpieza de edificios e instalaciones municipales» en base a los motivos expresados en la parte expositiva del acuerdo de incoación del procedimiento de 6 de julio de 2016, en los que, entre otros, se señalaba lo siguiente:

«La falta de ejecución del contrato por parte de la empresa adjudicataria constituye motivo suficiente para la resolución del mismo, puesto que esta Administración ha identificado dichos incumplimientos y aunque dicha conducta no aparece expresamente recogida como causa de resolución en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sin embargo resulta claro que la conducta del contratista puede incardinarse en el ámbito del artículo 223. f) del mencionado texto normativo que contempla como causa resolutoria “el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato».

También acuerda incautar la garantía definitiva prestada por la contrata, sin perjuicio de que si el importe de los daños y perjuicios causados superan el montante de esta garantía se tramite el oportuno procedimiento contradictorio para su determinación.

### III

1. Este Consejo no puede compartir la Propuesta de Resolución pues parece evidente que dentro del objeto del presente contrato no se encuentra la limpieza de las vías y espacios públicos, como pretende la Corporación municipal.

En efecto, establece la cláusula 1 PCAP que el objeto del contrato es la realización del servicio de «Limpieza de edificios e instalaciones municipales», correspondientes a los dos núcleos urbanos y a los barrios que se detallan a continuación:

PLAYA DE Santiago: casa cultural y oficina municipal, edificio de usos múltiples, campo de futbol, tanatorio, baños portátiles en la playa.

ALAJERÓ: Ayuntamiento, salón de actos y casa cultural, campo de futbol, archivo, baños cochera.

BARRIOS: zona recreativa de El Paso, casa cultural Imada, cancha, cuarto, plaza y escaleras.

El servicio a prestar alcanza la realización de todos y cada uno de los trabajos necesarios para conseguir el estado de limpieza en el más amplio sentido de la palabra.

Dichos trabajos de limpieza de edificios e instalaciones municipales consistirán diariamente en:

- Ventilación de los locales en los que existan ventanas.
- Vaciado y limpieza de papeleras. Reposición de bolsas de basura.
- Limpieza general de suelos y su fregado.
- Desempolvado de mesas y sillas.
- Limpieza y desinfección de los servicios sanitarios. Reposición de papel higiénico, del jabón de manos y del papel para limpiarse las manos, en su caso.
- Especial limpieza mediante medios adecuados en ordenadores, terminales informáticos y similares, teléfonos, fax, etc.

Además, el adjudicatario cuando sea necesario realizará los trabajos de: limpieza de ventanas, cristales, puertas, etc.

- Desempolvado de muebles, estanterías, libros, etc.

Los medios personales con los que deberá contar el adjudicatario del presente contrato deberán ser suficientes para el desempeño eficaz de las tareas de limpieza de las dependencias municipales señaladas, atendiendo a la frecuencia y tiempos estimados y horas semanales reflejadas en la tabla anterior. El empresario deberá proveer a su personal de los medios necesarios para la ejecución de sus tareas.

Dentro de ese objeto no se encuentra, como se puede comprobar, la limpieza de vías y espacios públicos, por lo que la mejora ofertada de 1.000 horas para PRESTACIÓN DE SERVICIOS ESPECIALES (LIMPIEZA EN FIESTAS Y ACTOS NO HABITUALES, cláusula 10 del PCAP), según dispone el contrato suscrito entre las partes, sólo se puede aplicar a las dependencias relacionadas en el pliego y en la realización de los trabajos que expresamente se describen.

Esos trabajos extraordinarios consistieron, según consta en las solicitudes contenidas en el expediente, además de en la limpieza de algunas dependencias municipales (casa de la cultura, salón de actos y baños, cancha, plaza y Ermita de Santa Ana, que si fueron limpiadas) en la limpieza de vías y espacios públicos con motivo de las fiestas de Carnaval 2016 y Semana Santa 2016 (trabajos que sí fueron realizados por la empresa), Fiestas Arguayoda 2016, Día de Canarias 2016 y Fiestas Imada 2016 (estas últimas rechazadas por la empresa porque no se encuentran los relacionados en el objeto del contrato).

Baste para llegar a esta conclusión aludir a que la limpieza de vías y espacios públicos requiere de personal cualificado, así como de técnicas y medios materiales distintos a los que se describen en el PCAP para la limpieza de dependencias, tal



como se puede comprobar en cualquier licitación pública de limpieza viaria o, como pone de relieve el contratista, de la aplicación de distintos convenios colectivos.

Un dato que hace presumir que la Corporación entendía que esos trabajos podían exceder de lo exigido por el PCAP lo encontramos en la solicitud de limpieza, con motivo de las Fiestas de Arguayoda, de las vías y espacios determinados, en la que expresamente el Ayuntamiento pone a disposición cepillo y manguera con la que realizar la limpieza de los espacios y el baldeo de la plaza, cuando la cláusula 1 PCAP establece, como se refirió anteriormente que «el empresario deberá proveer a su personal de los medios necesarios para la ejecución de sus tareas».

En consecuencia, este Consejo considera que no supone incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato calificadas como tales en los pliegos o en el contrato [art. 223.f) TRLCSP] la no realización de la limpieza de vías y espacios públicos ya que no se encuentran dentro del objeto del mismo, por lo que no concurre causa de resolución contractual.

Por otra parte, si bien «(...) el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento (...)» (art. 210 TRLCSP), no consta en el expediente informe jurídico que avale la interpretación del órgano de contratación.

2. Del expediente se constata que la empresa ha realizado los trabajos solicitados relacionados con las dependencias objeto del contrato. Los eventuales incumplimientos denunciados por vecinos (en la zona recreativa de El Paso) o funcionarios (baños de la cochera) no están acreditados, pues no basta ser alegados para constituir prueba de su realidad.

Como este Consejo ha manifestado, recurrentemente, en relación con la prueba en procedimientos administrativos, sin la prueba de los hechos es imposible que cualquier pretensión pueda prosperar. Toda la actividad de la Administración está disciplinada por el Derecho (art. 103.1 de la Constitución, arts. 3, 53, 62 y 63 LRJAP-PAC), incluida la probatoria (art. 80.1 LRJAP-PAC). Para poder achacar un incumplimiento de las obligaciones esenciales a un contratista de la Administración debe quedar acreditado su incumplimiento recayendo sobre la propia Administración la carga de la prueba.

Esta prueba puede ser directa o por presunciones, pero para recurrir a éstas es necesario que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano

entre un hecho probado y aquel cuya certeza se pretende presumir. No basta para ello meras afirmaciones no contrastadas, porque ésta no constituye prueba (art. 299 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC).

Al no quedar, a juicio de este Consejo, debidamente acreditado en el expediente el incumplimiento por parte del contratista de la limpieza de edificios y dependencias municipales objeto del contrato, no puede prosperar la pretensión de resolver el contrato.

Por todo ello, no se ajusta a Derecho la Propuesta de Resolución pues no concurre causa de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista de sus obligaciones esenciales.

3. Si no concurre causa de resolución contractual, tampoco procede que se incaute la garantía definitiva prestada por la contrata.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución que acuerda resolver el contrato de servicios de «Limpieza de edificios e instalaciones municipales» por incumplimiento culpable del contratista y la incautación de la garantía definitiva prestada no se ajusta a Derecho.