

Dictamen n.º: **150/22**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **15.03.22**

DICTAMEN de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 15 de marzo de 2022, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Madrid a través del consejero de Administración Local y Digitalización, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre la resolución del contrato administrativo de Gestión del Servicio Público de recogida de ropa usada, Lote 2 Este, al existir oposición por parte del contratista.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 10 de febrero de 2022 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Madrid.

A dicho expediente se le asignó el número 74/22 y la ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Carmen Cabañas Poveda, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 15 de marzo de 2022.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

Previo el desarrollo del correspondiente procedimiento de licitación y adjudicación, con fecha 5 de octubre de 2018 fue adjudicado el lote 2 del contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión, denominado *“Gestión del Servicio Público de recogida y gestión de ropa usada, a adjudicar por procedimiento abierto, con reserva de mercado para empresas de inserción”*, a la empresa Servicios Ecológicos Recuperalia S.L, en adelante *“la contratista”*, mediante Decreto de la delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, siendo formalizado el contrato el día 8 de noviembre de 2018.

El contrato se adjudicó por un precio unitario de 1.773,00 euros por contenedor y año, a abonar al Ayuntamiento de Madrid, con un plazo de ejecución de cuatro años, a partir del 19 de diciembre de 2018, prorrogable por un máximo de dos.

Para responder del cumplimiento del contrato, el adjudicatario constituyó garantía definitiva por importe de 66.202 €, mediante carta de pago de 27 de junio de 2018 y garantía complementaria de 82.375,40€, de la misma forma, con fecha 13 de agosto de 2018.

De acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares rector del contrato- en adelante PCAP-, el objeto del contrato, consiste en *“la gestión del servicio público (modalidad concesión), a través de entidades gestoras adecuadas, de la recogida y posterior gestión de la ropa usada y residuos textiles (encuadrados dentro de la definición de residuo doméstico por la Ley 22/2011 de Residuos y Suelos Contaminados) recogida en determinados puntos en el término municipal de la ciudad de Madrid o que se entregan al Ayuntamiento mediante solicitud de recogida domiciliaria.*

Se encuentra incluido en el objeto del contrato el suministro y mantenimiento de 1.150 contenedores específicos para este tipo de material.

Comprende igualmente la posterior recogida, transporte y tratamiento de los mencionados residuos, desde las instalaciones municipales, mercadillos municipales o ubicaciones en la vía pública, en las que se depositan transitoriamente, hasta plantas de separación en las que se efectuarán la clasificación del material para su posterior reutilización, reciclado o eliminación”.

Por su parte, la cláusula 12 de los PCAP indica que:” la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, según lo dispuesto en el artículo 215 del TRLCSP”.

En cuanto a la resolución contractual, la cláusula 15 dispone: “Son causas de resolución del contrato las recogidas en los artículos 223, excepto en sus letras d), e) y 286 del TRLCSP, así como las siguientes:

- El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 21 del Anexo I, sobre la procedencia de la subcontratación.*

- La obstrucción de las facultades de dirección e inspección de la Administración.*

- El incumplimiento de la obligación del contratista de guardar sigilo respecto de los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato y de los que tenga conocimiento con ocasión del mismo.*

- El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.*

- La previstas en el apartado 19 del Anexo I.*

- La declaración de caducidad en los supuestos y de conformidad con lo previsto en los artículos 136 y 137 del RSCL”.

Por su parte, las causas particulares de resolución contractual, recogidas en el apartado 19 del anexo I de los PCAP, son:

- La falta de abono del canon en el plazo establecido.
- El incumplimiento de los compromisos de reutilización o reciclaje.
- Incumplir la normativa laboral, la de salud laboral o la medioambiental.
- El abandono total o parcial del servicio, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondieran.
- No disponer o no encontrarse operativos las instalaciones o los 175 recipientes exigidos en los pliegos de prescripciones técnicas.
- No disponer de vehículos o sistemas calificados como ECO o “cero emisiones”, en los plazos establecidos.
- No efectuar las campañas de publicidad comprometidas.
- El incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución de los artículos 16 y 17 de los PPT.

El 27 de marzo de 2020 se solicitó, por parte de la contratista la suspensión del contrato de referencia hasta la finalización del estado de alarma sanitaria por la pandemia del coronavirus, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, siendo esta solicitud informada favorablemente por los servicios técnicos municipales, al no tratarse de un servicio esencial y ante la obligación

de preservar la salud de las personas involucradas en la ejecución del contrato y la del conjunto de la población.

Mediante la Instrucción 4/11 de 11 de mayo de 2020 del director general de Servicios de Limpieza y Residuos, sobre medidas extraordinarias como consecuencia del coronavirus, de aplicación a la recogida de residuos y limpieza viaria en Madrid, se reestableció en esa fecha el servicio de recogida de ropa usada, excepto el de recogida a domicilio, que no se reanudó hasta el 29 de junio de 2020.

La emisión de abonarés a la empresa contratista durante los meses de marzo, abril y mayo se ajustó a los días efectivos en los que el contrato no estuvo suspendido y al número de contenedores que permanecieron accesibles a los usuarios durante ese periodo de tiempo, determinando una reducción del canon a abonar en los meses en los que no se pudo prestar el servicio.

La empresa adjudicataria comunicó mediante escrito de fecha 24 de junio de 2020, que debido al cierre de fronteras derivado de la crisis del coronavirus no podía realizar el tráfico de residuos de ropa usada y le resultaba imposible satisfacer el canon contractual estipulado, solicitando por ello la exoneración del mismo hasta la reactivación de la economía. El 16 de agosto de 2020, vía e-mail, la empresa insistió en lo indicado en el anterior escrito, solicitando el reequilibrio del contrato, proponiendo que se reconociera que la actividad había estado suspendida desde el 15 de marzo al 21 de junio de 2020 y, por tanto, se la exonerara del abono del canon durante este período y se le redujera en un 40% desde el 22 de junio, hasta que pudiera reanudar la actividad económica con normalidad.

La Dirección General de Servicios de Limpieza y Residuos emitió informe contestando al primer escrito, en sentido contrario a la solicitud, porque los abonarés correspondientes a marzo, abril y mayo

ya se habían ajustado a los días de prestación efectiva del contrato y al número de contenedores que habían permanecido accesibles.

Asimismo, se argumentaba que la empresa adjudicataria era la responsable de la ejecución del servicio, debiéndose hacer cargo de la gestión y optimización de las actividades, contando con la libertad de organización necesaria para establecer la forma de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción empresarial y con los datos de la economía y el comercio, pero siempre observando el cumplimiento de los pliegos de condiciones que rigen el contrato; limitándose el ayuntamiento a disponer de la estructura técnica de supervisión e inspección de los trabajos.

Posteriormente, y como contestación al correo de fecha 16 de agosto de 2020, se indicó a la contratista que la facturación se había realizado en función de los contenedores que estuvieron operativos, por lo que deberían justificar la reducción del canon que proponían, así como acreditar las pérdidas invocaban como causantes del pretendido desequilibrio, en la globalidad del contrato.

Con fecha 1 de diciembre de 2020 se remitió copia de un burofax de la empresa adjudicataria, comunicando que, al no recibir los abonarés de marzo y abril de 2020, interpretaban que el Ayuntamiento les había exonerado del pago. La contratista solicitaba que también se le exonerara de los pagos correspondientes a los meses de mayo y junio ya que, según indicaba, el cierre de fronteras con Marruecos les impedía el tráfico de residuos de ropa usada y la obtención de ingresos, señalando que en caso contrario presentarían demanda invocando razones de fuerza mayor.

La Dirección General de Servicios de Limpieza y Residuos contestó, mediante escrito de fecha 17 de diciembre de 2020, señalando que el abonaré de marzo estaba pendiente de emisión por motivos técnicos, no habiéndose emitido el de abril por haber estado

suspendido el servicio. Respecto al canon de mayo y junio se indicó a la contratista que no se encontraba exonerada del pago, debido a la continuación de la prestación del servicio en los contenedores que quedaron accesibles para la ciudadanía, durante esos meses.

El 8 de febrero de 2021 la empresa presentó burofax aportando documentación acreditativa de las pérdidas ocasionadas por la pandemia del SARS-COV-2, lo que justificaría, a su criterio, el reequilibrio económico del contrato solicitado y la exoneración del canon, desde marzo de 2020. Finalmente indicaba su voluntad de no resolver el contrato y, subsidiariamente, proponía que se resolviese de mutuo acuerdo y sin penalidades a su cargo.

La Dirección General de Servicios de Limpieza y Residuos, mediante informe de fecha 18 de marzo de 2021, analizó el desarrollo del contrato y las solicitudes del contratista, concluyendo la improcedencia del reequilibrio, por cuanto la cláusula 12 del PCAP establece expresamente que este contrato se ejecutaría a riesgo y ventura del contratista.

Además, descartaba la aplicabilidad del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, prevista para los contratos de concesión de servicios -entre otros-, en el Real Decreto 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, pues según se indica en la norma referenciada, tal mecanismo únicamente procedería cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiere apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación creada por la COVID-19. En el presente supuesto no se considera que se hayan dado tales circunstancias pues, durante la suspensión contractual ya se vino aplicando de oficio la compensación correspondiente, al no girar abonarés al concesionario durante los días en que estuvo suspendido el servicio y, una vez reanudado, tampoco se

giraron cobros por los contenedores que no estaban accesibles al uso público.

El régimen genérico del reequilibrio económico contractual, tampoco procedería por las mismas razones y, además, por no considerar concurrentes ninguno de los presupuestos normativos al efecto, incluida la fuerza mayor, no considerando la crisis sanitaria de la COVID-19 encuadrable en tal concepto, en su consideración contractual y a los efectos de este contrato, que ya se había ido adaptando a las circunstancias de hecho sobrevenidas por la pandemia.

Como conclusión del análisis, el referido informe indicaba que consultado el estado de las liquidaciones de los abonarés girados por el Ayuntamiento de Madrid, la contratista los había dejado de pagar incluso desde antes de que se decretase la crisis sanitaria, en concreto desde diciembre de 2019. Añade que la deuda generada desde marzo de 2020, hasta enero de 2021, asciende a 561.783,63 € y que los abonarés correspondientes a los meses de diciembre de 2020, enero y febrero de 2021, por importe de 185.721,75 €, se encuentran impagados y en vía de apremio.

Por todo lo expuesto, el informe concluye que los impagos de la contratista no obedecen exclusivamente a la crisis sanitaria derivada de la COVID-19, sino que se derivan fundamentalmente de la situación de cierre de la frontera con Marruecos y, para salvaguardar los intereses municipales, propone al órgano de contratación la rescisión del contrato por incumplimiento culpable del contratista de una condición esencial, consistente en el pago del precio establecido, con la subsiguiente incautación de las garantías depositadas y de los 419 contenedores instalados en la vía pública y dependencias, por ser elementos indispensables para la continuación de la prestación del servicio fundamental de recogida y reciclaje de la ropa y calzado

usados, valorándose los mismos de cara a efectos de realizar la liquidación de la deuda pendiente.

Con sustento en dicho informe, mediante Decreto del delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 8 de abril de 2021, se acordó iniciar el procedimiento de resolución del lote 2 del contrato de gestión de servicio público que nos ocupa, por incumplimiento por parte del contratista del pago del precio establecido.

Mediante diligencia de 13 de abril de 2021, notificada electrónicamente a la contratista el día 16 del mismo mes y año, la jefa del Departamento de Contratación municipal, remitió a la contratista copia del documento de informe-propuesta de resolución y del decreto de incoación del procedimiento, concediéndole trámite de audiencia por plazo de 10 días hábiles, para que prestare su conformidad, o efectuase cuantas alegaciones tuviera por conveniente, de conformidad con el artículo 191 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y el artículo 97 del R.D 1098/2001, de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

El 29 de abril de 2021 la contratista formuló alegaciones a la propuesta de resolución, insistiendo en que su incumplimiento se debía valorar teniendo en cuenta que se había incurrido en él por motivos de fuerza mayor, considerando que la crisis sanitaria derivada de la COVID-19, constituye un supuesto de fuerza mayor, por su imprevisibilidad e inevitabilidad y que tal caracterización, excluye la responsabilidad contractual en las relaciones entre privados y también con el sector público.

Explica que todos los impagos deben su razón de ser a la pandemia y a sus consecuencias -siendo el cierre de fronteras con Marruecos una de ellas- y en referencia del canon de los tres meses anteriores a la declaración del estado de alarma, señala que al girarse las correspondientes facturas con posterioridad, su impago también se motivó por la falta de liquidez derivada por la crisis económica que se produjo.

Como consecuencia de todo ello plantea la necesidad de renegociar los términos del contrato, para lograr el equilibrio de las prestaciones que, según mantiene, se habría perdido a resultas de la incidencia económica de la pandemia.

Consta la emisión de un nuevo informe técnico por parte de la Dirección General de Servicios de Limpieza y Residuos de fecha 6 de mayo de 2021, analizando las alegaciones. En el mismo se indica que:

- El efecto del estado de alarma en la prestación de este servicio, ya se consideró por el Ayuntamiento de Madrid, eliminando o reduciendo el canon, cuando el servicio se vio suspendido total o parcialmente.

Además que, desde el 29 de junio de 2020, el servicio se presta con relativa normalidad, de modo que la contratista recoge la ropa usada de los contenedores instalados en la vía pública, pero continua sin abonar al Ayuntamiento el canon estipulado en el contrato.

- Que para poder apreciar fuerza mayor y exonerar del cumplimiento contractual por mor del efecto de la pandemia, el art. 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, reclama que la pérdida de actividad sea una consecuencia directa o inmediata de la COVID 19 o de las medidas adoptadas para hacerle frente, enumerando las circunstancias o medidas apreciables:

la suspensión o cancelación de actividades, el cierre temporal de locales de afluencia pública, las restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, la falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados.

Ninguna de estas circunstancias se han producido en este caso y excepto en el periodo en que estuvo suspendido el servicio, y por tanto, no se giraron abonarés a la concesionaria, el servicio se presta en la actualidad en las mismas condiciones en que se firmó el contrato y, según se indica, la empresa podría haber buscado mercados alternativos al de Marruecos, tanto nacionales como extranjeros, para la venta de los textiles recogidos, cuyas fronteras comerciales continuaran abiertas, como están haciendo los otros concesionarios del contrato de ropa usada en los lotes 1 y 3.

La adopción de medidas de compensación de los periodos de suspensión del servicio, adoptadas *motu proprio* por el Ayuntamiento de Madrid y la evidencia de la continuidad posterior del servicio- al menos en la parte que beneficia a la contratista: la recogida del textil; que no así en la contrapartida del pago del canon-, impiden admitir cualquier suerte de reequilibrio por motivo de la crisis sanitaria, pues el artículo 34 del Real Decreto 8/2020, exige a estos fines, la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación creada por la COVID o las medidas adoptadas para combatirlo.

- Que la alegación de falta de liquidez para hacer frente a los cánones de los tres meses previos a la declaración del estado de alarma, ya revela una administración deficiente del contrato, previa a la situación de pandemia.

- Finalmente, en cuanto a la aplicación del reequilibrio a la concesión, conforme a las previsiones generales de la normativa contractual, se apela a la letra del artículo 282.4 b) del TRLCSP, de interpretación estricta, que plantea la indicada posibilidad con relación exclusiva a situaciones en que la administración haya motivado el desequilibrio económico o a supuestos de fuerza mayor que la norma tasa, circunscribiéndose a incendios causados por la electricidad atmosférica, fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

Por todo lo expuesto, el informe propone al órgano de contratación la desestimación de las alegaciones presentadas.

Consta emitido informe favorable a la propuesta de resolución, por parte de la Asesoría Jurídica municipal, con fecha 1 de junio de 2021, con la única observación de la necesidad de efectuar la valoración de los daños y perjuicios ocasionados a la administración, que habrán de ser indemnizados.

A la vista de lo indicado, se recabado un informe técnico sobre la indemnización por daños y perjuicios y la incautación de la garantía, en la resolución del contrato del lote 2 del contrato de gestión del servicio público de recogida y gestión de residuos de ropa usada, que ha sido emitido el 7 de junio de 2021.

El 8 de junio de 2021, se solicitó informe de la Intervención Delegada de Junta de Gobierno municipal, emitiéndose el día 10 de junio. En el mismo se indicó que debería incluirse en el expediente la descripción de los cálculos que cuantificaran los cánones dejados de abonar por el contratista, con señalamiento de importes y meses. También denotó algunas discrepancias contables en el cálculo de la

incautación de la garantía y recordó la necesidad del presente dictamen, en caso de desacuerdo con la empresa contratista.

En cumplimiento de lo dispuesto en el referido informe de la Intervención Delegada de la Junta de Gobierno, se elaboró un nuevo informe técnico, de 31 de agosto de 2021, relativo a los cánones dejados de abonar y a la indemnización por daños y perjuicios e incautación de la garantía propuesta, indicando que la indemnización por daños y perjuicios, debía calcularse como la diferencia entre el coste de las labores no desarrolladas y la amortización residual de los recipientes y que se debería detraer de las garantías depositadas, siendo, por tanto, el importe de la garantía a devolver el resto.

Los días 1, 2 y 8 de septiembre de 2021, se emplazó para cumplimentar el trámite de audiencia a la entidad adjudicataria del contrato.

En fecha 15 de septiembre de 2021 la contratista formuló alegaciones a la nueva propuesta de resolución, insistiendo en sus planteamientos iniciales y oponiéndose también a los cálculos efectuados para la incautación de la garantía, con particular mención a ciertos gastos por la limpieza de los contenedores, que se indicaba por la administración municipal que había tenido que realizar al haber descuidado esa obligación la empresa contratista, así como a la incautación misma de los 419 contenedores instalados en el municipio de Madrid.

Un nuevo informe técnico de la Dirección General de Servicios de Limpieza y Residuos, de fecha 21 de septiembre de 2021, da contestación a esas alegaciones, desestimándolas.

Resueltas las observaciones efectuadas por la Intervención Delegada de Junta de Gobierno municipal, la interventora general

suscribió informe de control, con resultado favorable, de fecha 23 de septiembre de 2021.

Finalizada la instrucción del procedimiento, el delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, formuló propuesta de resolución contractual disponiendo desestimar las alegaciones presentadas por la empresa contratista en virtud de los motivos indicados en los informes técnicos de la Dirección General de Servicios de Limpieza y Residuos de fecha 6 de mayo de 2021 y 21 de septiembre de 2021, acordar la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista fundado en el impago del canon concesional y la incautación parcial de la garantía definitiva depositada de conformidad con el informe técnico de la Dirección General de Servicios y Limpieza de fecha 30 de agosto de 2021 y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 225.3 del TRLCSP, devolviendo a la contratista el resto del importe de la garantía constituida.

Con fecha 29 de octubre de 2021, se solicitó el correspondiente dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, emitiéndose el Dictamen 602/21, de fecha 16 de noviembre de 2021, en el que previa la adecuada argumentación se concluyó que el procedimiento de resolución contractual analizado había caducado.

En su virtud, mediante Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad de fecha 26 de noviembre de 2021, se acordó la caducidad del procedimiento de resolución del contrato.

Entre tanto, según consta en el expediente, se ha conocido con posterioridad que la concesionaria interpuso un recurso contencioso-administrativo, contra la desestimación presunta por silencio administrativo de su solicitud del mes de junio de 2020 y que, posteriormente ha desistido de su impugnación, reservándose para la eventual impugnación de la resolución contractual, según ha comunicado el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 9 de

Madrid, determinando el archivo del procedimiento judicial- folios 335-344 y 356-357, del expediente-.

En fecha 30 de noviembre, por parte de la Dirección General de Servicios de Limpieza y Residuos del Ayuntamiento de Madrid se emite nuevo informe propuesta de resolución del contrato mencionado, puesto que la empresa adjudicataria, Servicios Recuperalia, S.A. continúa sin abonar los abonarés presentados, desde diciembre de 2019.

Mediante Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad de fecha 2 de diciembre de 2021, se acuerda el inicio de un nuevo procedimiento de resolución del contrato.

En fecha 9 de diciembre de 2021 se da traslado de trámite de audiencia al adjudicatario del contrato del nuevo informe- propuesta de resolución contractual, así como del Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y del Acuerdo de caducidad del procedimiento anteriormente indicado. Consta el recibo de la comunicación el día 1 de diciembre de 2021- folio 382-.

En uso del mencionado trámite, con fecha 27 de diciembre de 2021, la empresa Servicios Ecológicos Recuperalia, S.L. ha formulado alegaciones a la propuesta de resolución, insistiendo en sus argumentos iniciales sobre la excepcionalidad de la situación motivada por la pandemia, considerando que encaja en el concepto de fuerza mayor, que excepciona la obligatoriedad del cumplimiento en sus propios términos de las obligaciones contractuales y que, por tanto, lo precedente sería el reequilibrio de las prestaciones, aunque manifiesta que el ayuntamiento no se ha avenido a desarrollar negociaciones al efecto.

Como conclusión a todo ello solicita la contratista que se acuerde el reequilibrio contractual y, subsidiariamente que se resuelva el contrato por acuerdo entre las partes, de forma inmediata y sin incautación de garantías de ningún tipo, por cuanto considera que no ha mediado incumplimiento culpable por su parte, además de cuestionar la necesidad de limpiar los contenedores por la administración municipal.

Analizando las alegaciones referenciadas, se ha incorporado al procedimiento un informe técnico por la Dirección General de Servicios de Limpieza y Residuos de fecha 27 de diciembre de 2021, que insiste en que a pesar de que Recuperalia recoge la ropa usada de los contenedores instalados en la vía pública desde el inicio del contrato, no abona al ayuntamiento desde diciembre de 2019 hasta la fecha, el canon estipulado en el mismo, siendo esa una causa expresa de resolución recogida explícitamente en los pliegos rectores, a los que se remite el propio contrato suscrito por las partes.

El informe insiste, además, en los argumentos ya desarrollados en el precedente informe de 21 de septiembre de 2021, destacando que la excepcionalidad de la situación ya fue abordada *motu proprio* por el Ayuntamiento de Madrid, que tomó medidas extraordinarias para considerar el efecto económico en los contratos afectados por la declaración del primer estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 (Real Decreto 463/2020) y así, en el caso del contrato que nos ocupa, el Director General de Servicios de Limpieza y Residuos ordenó la suspensión del servicio entre el 15 de marzo y el 11 de mayo de 2020 y la emisión de abonarés a la empresa Recuperalia durante los meses de marzo, abril y mayo, ajustándose escrupulosamente los días efectivos en los que el contrato no estuvo suspendido y al número de contenedores accesibles a los usuarios en esos días (puesto que varios de los contenedores se encontraban en instalaciones que permanecieron cerradas al uso

durante un tiempo superior), determinado *de facto*, una reducción del canon a abonar en el periodo en el que no se pudo prestar el servicio. También se contestan las alegaciones relativas a la incautación parcial de la garantía que se propone.

Por virtud de todo ello, el informe propone al órgano de contratación la desestimación de todas las alegaciones presentadas por la contratista, así como la no procedencia de la solicitud de reequilibrio, ni la resolución por mutuo acuerdo de las partes.

Con posterioridad, el 29 de diciembre de 2021, mediante resolución de la jefa del Servicio Jurídico de la Contratación del consistorio, ha dispuesto:

-Desestimar las alegaciones presentadas por la empresa Servicios Ecológicos Recuperalia, S.L. en virtud de los motivos indicados en el informe técnico de la Dirección General de Servicios de Limpieza y Residuos de fecha 27 de diciembre de 2021.

-Proponer la resolución, por incumplimiento culpable del contratista, del contrato de Gestión del servicio público de recogida y gestión de residuos de ropa usada (Lote 2), que fue suscrito con la mercantil Servicios Ecológicos Recuperalia, S.L.

-Proponer la incautación a la empresa de la garantía definitiva y de la garantía complementaria constituida, hasta el importe de 87.944,08 €, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, con sustento en el informe técnico de la Dirección General de Servicios y Limpieza de fecha 30 de noviembre de 2021 y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 225.3 del TRLCSP, con devolución a la contratista del restante.

Por la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del consistorio se ha remitido la propuesta para

informe a la Asesoría Jurídica municipal, determinando el subsiguiente informe favorable, de fecha 29 de diciembre de 2021- folios 431-440-.

Previa su solicitud, en referencia a la correspondiente fiscalización previa; el día 29 de diciembre de 2021, la Intervención General del Gobierno municipal ha informado de conformidad el expediente correspondiente a la resolución del contrato, con la única advertencia de la necesidad de recabar el presente dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, al objeto de constatar su existencia y su carácter favorable.

Con fecha 11 de enero de 2022 se acordó por el delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad la suspensión del procedimiento para la emisión del presente Dictamen por la Comisión Jurídica Asesora. Tras requerirse por esta Comisión Jurídica Asesora el correspondiente complemento de expediente y según resulta de la documentación recibida el día 3 de marzo; fue el día 17 de febrero de 2022, cuando se puso a disposición de la mercantil contratista la notificación electrónica de la indicada suspensión.

A la vista de tales antecedentes formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d) de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “3. *En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d) Aprobación de pliegos*

de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público”.

La solicitud de dictamen del alcalde de Madrid se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del consejero de Administración Local y Digitalización en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA (*“Las solicitudes de dictamen de las Entidades Locales se efectuarán por los Alcaldes-Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración Local”*).

SEGUNDA.- Refiriéndonos en primer lugar a la normativa aplicable al régimen sustantivo del contrato, debemos hacer notar las peculiaridades temporales que afectan a esta contratación, ya que si la adjudicación del contrato se produjo el día 5 de octubre de 2018, encontrándose vigente la nueva Ley de Contratos del Sector Público 9/2017, de 8 de noviembre, en adelante LCSP/17, que se produjo el 9 de marzo de 2018; sin embargo, los PCAP y los PPT de este contrato fueron elaborados y también aprobados -según figura en el expediente-, el 6 de marzo de 2018, antes de la entrada en vigor de la referida LCSP/17.

En aplicación estricta de la disposición transitoria primera, punto 2º, *sensu contrario* de la LCSP/17: (*“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*), debiera considerarse aplicable al presente contrato la vigente normativa contractual, en cuanto a su ámbito material; aunque en esa situación llegaríamos a la incongruencia de tener que forzar la aplicación de una normativa que siquiera contempla la modalidad

contractual en que se encuadró este contrato que, de conformidad con sus pliegos rectores, se trata de un contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión.

A la vista de todo ello y siguiendo el criterio mantenido en el Dictamen 549/13, de 13 de noviembre, del anterior Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, deberemos matizar la aplicación automática de las consecuencias de la disposición transitoria reseñada, para el caso de discrepancias esenciales entre la normativa tenida en cuenta y expresamente prevista al elaborar y aprobar en los pliegos y la que correspondiera por la aplicación de la normativa contractual posterior, correspondiente a la fecha de adjudicación del contrato. En esta misma línea, el Informe 43/2008, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado argumentó lo siguiente: *“esta conclusión debe ser matizada para el caso de que la mención en los pliegos de algún elemento contractual pueda determinar con arreglo al régimen de la legislación anterior la producción de efectos distintos de los que deberían producirse al amparo de la actual. En tal caso, los efectos derivados de esta circunstancia deberían regirse por la norma vigente en el momento de aprobarse éstos, aun cuando, con arreglo a la Ley actual tales efectos del tratamiento de la cuestión en los pliegos puedan ser distintos”*.

Por razón de todo lo expuesto, consideramos de aplicación en el aspecto material de la resolución, el régimen sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (RD 817/2009) así como el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre (RGLCAP), además de las particulares

previsiones contenidas en los pliegos y resto de documentos contractuales.

Debe recalcar que el criterio indicado para este caso no modifica el que con carácter general mantiene esta Comisión Jurídica Asesora sobre la interpretación de la disposición transitoria primera de la vigente LCSP/17, recogido – por ejemplo- en el Dictamen 140/20 de 19 de mayo; no obstante el carácter no pacífico de la transitoriedad de la citada norma, como se puso de manifiesto en el informe 2/2020, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre interpretación de la disposición transitoria primera de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado con el voto particular de la Abogacía General y la Intervención General.

Con independencia de lo expuesto, la normativa que ha de regir el procedimiento de resolución contractual es la vigente en el momento de su iniciación, según criterio constante de esta Comisión.

De esa forma, dado que el acuerdo de inicio del procedimiento es de fecha 2 de diciembre de 2021, será de aplicación en este aspecto la LCSP/17, cuyo artículo 212.1 establece que: *“la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”*. Ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio, debe considerarse, asimismo, lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”* en lo que no se oponga a la ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.1.e) de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid

y en el Acuerdo de 4 de julio de 2019 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de organización y competencias del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad el órgano competente para proceder a la adopción del acuerdo de resolución del contrato, sin perjuicio de la posible delegación es la Junta de Gobierno Local.

El plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio a instancia de las administraciones autonómicas o locales, como es el caso, es una cuestión que ha resultado fundamentalmente afectada por la declaración de inconstitucionalidad del artículo 212.8 de la LCSP/17, efectuada por la STC 68/2021, de 18 de marzo.

Como ya se explicó con detenimiento en el precedente Dictamen 602/21, emitido por esta Comisión de 16 de noviembre, al que nos remitimos en este asunto, emitido con ocasión del procedimiento iniciado el 8 de abril de 2021, que era materialmente idéntico al presente; siendo la normativa de la Comunidad de Madrid en materia de contratación muy escasa y limitada prácticamente a la regulación de algunos aspectos organizativos, procede en esta situación aplicar el artículo 21 de la LPAC, como normativa básica y, por tanto, considerar de aplicación el plazo de tres meses, tras pasados los cuales se produce la caducidad del procedimiento.

En el caso que ahora nos ocupa, el procedimiento se inició el 2 de diciembre de 2021 y se ha dictado resolución de 11 de enero de 2022, disponiendo la suspensión del procedimiento desde la fecha de petición del dictamen preceptivo a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, hasta la fecha en la que sea recibido dicho dictamen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.1 d) de la LPAC.

En cuanto al momento en que opera la suspensión del plazo para resolver, según se viene manteniendo por esta Comisión, entre otros en

el Dictamen 562/19, de 26 de diciembre, deberá considerarse el momento en que la solicitud del dictamen adquiere una trascendencia externa al propio órgano solicitante, pues ello otorga mayores garantías de control, según también se indicó en el Dictamen 516/20, de 10 de noviembre.

En este caso, el 17 de febrero se trasladó efectivamente para su conocimiento al contratista el referido acuerdo de suspensión del procedimiento, por lo que teniendo en cuenta esa fecha -que es la que consta reflejada como de *“puesta a disposición”* de la correspondiente notificación electrónica, que se aceptó el día 22 de febrero de 2022-; debemos concluir que el mismo no se encuentra caducado, aunque ya se habrían consumido 2 meses y 12 días, del plazo total de 3 meses de aplicación al presente, por aplicación de las reglas de cómputo de los artículos 30 y 31 de la LPAC y, en particular de la contenida en la letra c) del 31.1, que indica: *“El inicio del cómputo de los plazos que hayan de cumplir las Administraciones Públicas vendrá determinado por la fecha y hora de presentación en el registro electrónico de cada Administración u Organismo...”* que, además, resulta coherente con el criterio interpretativo mantenido por esta Comisión para los casos de notificación efectuada por correo, respecto de los que se ha mantenido que debía considerarse *“...la fecha en que la solicitud de Dictamen fuera registrada de salida en el correspondiente registro público”*, según consta, entre otros, en el Dictamen 516 / 20, anteriormente citado.

Además, debe recordarse que el artículo 21.1, letra d) de la LPAC, exige que tanto la petición del informe (en nuestro caso, el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora) como su posterior recepción, se comuniquen a los interesados lo que, según doctrina reiterada de este órgano consultivo, afianza la seguridad jurídica y la transparencia del procedimiento, de modo que la falta de comunicación de la recepción del Dictamen y, por tanto de la continuación del procedimiento,

determinaría la falta de la eficacia interruptiva del mismo, esencial para evitar la caducidad del procedimiento, que como ya se indicó deberá finalizarse completamente dentro de un plazo de 3 meses.

Por lo que respecta al desarrollo del procedimiento, el artículo 191.1 de la LCSP/17 prevé que se dé audiencia al contratista. En el expediente que se analiza, con independencia de las efectuadas en el precedente procedimiento caducado que no difiere sustancialmente del presente; consta concedido el correspondiente trámite de alegaciones a la mercantil contratista, el día 13 de diciembre, habiéndose efectuado las mismas el día 27 de diciembre de 2021.

De otra parte, dado que en el presente caso, las garantías se constituyeron por el propio contratista, según resulta de las correspondientes cartas de pago, no aparece un interesado diferente a quien dar audiencia, de conformidad con las previsiones del artículo 109 del RGCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 191.2 de la LCSP/17 y, en el ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, son necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, constando en el expediente que se ha recabado el informe de la Asesoría Jurídica y el informe de la Intervención Municipal, ambos de fecha 29 de diciembre de 2021.

En relación con la incorporación de informes después del trámite de audiencia, es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora (así el Dictamen 294/19, de 11 de julio, el Dictamen 397/16, de 8 de septiembre y el Dictamen 516/16, de 17 de noviembre, entre otros) que la audiencia a los interesados debe practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución, sin que puedan incorporarse con

posterioridad informes que introduzcan hechos nuevos, de manera que si los informes citados añaden hechos nuevos o argumentan cuestiones nuevas para la resolución, generan indefensión al contratista y lo procedente es la retroacción del procedimiento. Sin embargo, cuando los informes no introducen cuestiones o hechos nuevos, aunque se hayan emitido con posterioridad al trámite de audiencia, no generan indefensión al contratista y, en consecuencia, no procede la retroacción del procedimiento. Este era el criterio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que ha hecho suyo esta Comisión Jurídica Asesora en los citados dictámenes y que resulta corroborado por el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) que solo admite como informes posteriores al trámite de audiencia, el informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico y el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que estos formaran parte del procedimiento, en cuanto que estos informes y dictámenes se limitan al análisis de los aspectos jurídicos sin que puedan introducir hechos o cuestiones nuevas. Dado que el informe de la Intervención no introduce ningún hecho nuevo que pueda causar indefensión a la empresa adjudicataria, de acuerdo con la doctrina expuesta, debe considerarse correctamente cumplimentado el trámite de audiencia.

Finalmente, se ha incorporado al expediente administrativo la oportuna propuesta de resolución, en la que se desestiman las alegaciones de la contratista y, en razón de la existencia de oposición de su parte, de conformidad con el apartado tercero del artículo 191.3 de la LCSP/17, se ha recabado el preceptivo el dictamen de este superior Órgano Consultivo Autonómico.

TERCERA.- Conceptualmente, la resolución de los contratos es una de las prerrogativas de las que dispone la Administración en la fase

de ejecución de los contratos administrativos ligada a la obligación de la Administración de velar por la satisfacción del interés público, que motivó la celebración del contrato.

En coherencia con tal misión, al igual que recoge el artículo 1124 del Código Civil respecto de las obligaciones sinalagmáticas, la Administración puede optar por exigir el cumplimiento del contrato (por ejemplo, mediante la imposición de penalidades) o bien proceder a su resolución. Deberá optar por esta posibilidad tan sólo en casos de incumplimientos graves, como ya declaró el Tribunal Supremo en las sentencias de 16 de mayo de 1997 (recurso 12.105/1991) y 29 de mayo de 2000 (recurso 5639/1994). En definitiva, la decisión corresponde a la Administración y con ella habrá de buscar que el incumplimiento contractual origine el menor daño posible al interés público –sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de septiembre de 2003 (recurso 1892/1995)-.

Para la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de marzo de 2017 (recurso 1053/2016), la resolución requiere un incumplimiento grave, básico, en cuanto al no ejecutarse la conducta en qué consistía la prestación que conformaba el objeto contractual, quedaría frustrada su finalidad objetiva, sin que baste para justificarla el incumplimiento de simples obligaciones accesorias o complementarias. La sentencia concluye que, por tanto, la concurrencia de varios incumplimientos durante un extenso periodo de tiempo, pero que no afectan a la esencia de lo pactado, no permite la resolución, sino que aconseja la adopción de medidas menos gravosas.

En su Sentencia de 8 de marzo de 2018 (recurso 921/2015) el Tribunal Superior de Justicia de Madrid recuerda la doctrina fijada en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004, en cuanto a que: *“(...) la resolución implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado, que constituye un modo anormal de terminación de la*

relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal. De acuerdo con dicha naturaleza el incumplimiento que justifica la resolución ha de ser sustancial, no basta con cualquier apartamiento de las obligaciones asumidas en el contrato, sino que ha de afectar a la obligación esencial de una de las partes en el caso de obligaciones bilaterales o recíprocas. Esto es, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto de la Sala Tercera como de la Primera del Tribunal Supremo, ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato o haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista. O, dicho en otros términos, también en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones, que no impidan por su entidad alcanzar el fin del contrato”.

CUARTA.- Para analizar si existe en este caso ese incumplimiento sustancial requerido para resolver el contrato, ha de partirse del análisis de los pliegos contractuales aplicables que, según reiterada jurisprudencia, constituyen la ley del contrato y, una vez aprobados, vinculan tanto a los contratistas como a la propia Administración contratante.

En el presente, la propuesta de resolución considera que procede la resolución del contrato toda vez que la contratista ha incurrido en una causa de resolución prevista al efecto y particularmente recogida en el apartado 19 del anexo I de los PCAP, rectores del contrato de gestión del servicio público de recogida y gestión de residuos de ropa usada, expediente: 300/2017/02844. En concreto: *“La falta de abono del canon en el plazo establecido”*.

La indicada falta de abono del precio, resulta ser –además– una de las obligaciones esenciales del contrato, por cuanto define las características de la onerosidad de este, cuyo objeto mismo y esencia económica consiste en la retirada de ciertos residuos textiles/ropa usada, a cambio del abono de un precio -canon- por parte del contratista, ante la rentabilidad consustancial a la ulterior comercialización de esos residuos que podrá efectuarse por su parte.

De otra parte, a la vista de los Pliegos de este contrato, también resulta inherente a sus características, la independencia y libertad del contratista para decidir la forma de rentabilizar esos elementos textiles, pues el contrato que nos ocupa es de gestión de servicio público – en modalidad de concesión-, responsabilizándose la empresa concesionaria de la ejecución de la prestación de la retirada de los residuos y de hacerse cargo de su gestión y optimización, si bien contando con la libertad de organización necesaria para establecer la forma de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa, con el único límite del puntual cumplimiento de los pliegos de condiciones y del resto de la legalidad vigente, pero sin constreñir a la empresa contratista a la hora de decidir los cauces/formas de comercialización, reutilización o reciclaje; limitándose el ayuntamiento a verificar y asegurar que se dé cumplimiento a todo ello y a cobrar el canon correspondiente.

En este sentido, la empresa se obligaba, de conformidad con la oferta que la hizo merecedora de la adjudicación contractual, a abonar 1.773€ por contenedor y año

Según resulta acreditado en el expediente, a pesar de que la contratista recoge la ropa usada de los contenedores instalados en la vía pública desde el inicio del contrato, no abona al Ayuntamiento de Madrid el canon estipulado, desde diciembre de 2019, momento este anterior a la primera declaración del estado de alarma.

Además y en particular referencia a los impagos afectados por las restricciones de la pandemia de la Covid-19, según se ha reflejado documentalmente y constatado en los informes de la Dirección General de Servicios de Limpieza y Residuos, los abonarés emitidos y cursados para su cobro a la empresa contratista durante los meses de marzo, abril y mayo de 2020 se ajustaron a los días efectivos en los que el contrato no estuvo suspendido y al número de contenedores que permanecieron accesibles a los usuarios durante ese período de tiempo, efectuándose una reducción del canon a abonar en los meses en los que no se pudo prestar el servicio, para salvaguardar el adecuado equilibrio contractual y evitar un enriquecimiento injusto de las arcas municipales.

Resulta especialmente relevante que la contratista no niega sustancialmente sus incumplimientos, sino que trata de justificarlos apelando a la falta de liquidez de la empresa subsiguiente a la contracción de la economía derivada de la pandemia y a las limitaciones impuestas en los intercambios comerciales internacionales con Marruecos, por motivos de salud pública, desconociendo la virtualidad del principio de riesgo y ventura, de aplicación al contrato.

Efectivamente, el artículo 215 del TRLCSP establece el principio del riesgo y ventura en la ejecución de los contratos, que también aparece recogido en la cláusula 12 del pliego de cláusulas administrativas de aplicación a este contrato.

En su virtud, según ha indicado esta Comisión, entre otros en el Dictamen 349/20, de 25 de agosto, debe entenderse que la falta de rentabilidad del contrato no puede ser invocada por el contratista para justificar los incumplimientos contractuales.

El Tribunal Supremo en sentencias de 28 de octubre de 2015 (rec. 2785/2014) y 20 de julio de 2016 (rec. 339/2015) ha establecido que: 1)

el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa; 2) la contratación administrativa se caracteriza por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista y esa aleatoriedad significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación; 3) en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("*ius variandi*" o "*factum principis*"), o por hechos que se consideran "*extramuros*" del normal "*alea*" del contrato, por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo -como pretende la contratista en el presente supuesto, apelando al reequilibrio-, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "*ius variandi*", "*factum principis*" y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Pues bien, en el caso que nos ocupa no ha existido ninguna actuación de la Administración que haya desequilibrado el contrato y la excepcionalidad de la situación generada por la pandemia y sus efectos ya se ha compensado de oficio por la propia administración municipal, que ha reducido los cánones que ha girado para su cobro a la contratista, en sintonía con la efectiva disponibilidad del material textil reciclable/comercializable, por su parte.

El hecho de que el contratista no haya obtenido los beneficios que deseaba puede deberse tanto al riesgo existente en todo contrato como, incluso, a su mala gestión o a la falta de iniciativa para modificar los procedimientos y cauces comerciales previamente utilizados para obtener un beneficio a partir de los residuos textiles, objeto del contrato.

Por todo ello, no cabe entender que las alegaciones de la contratista puedan desvirtuar la causa justificativa de la resolución contractual planteada por la administración, que se considera concurrente y de suficiente entidad para determinar la resolución contractual que se propone.

QUINTA.- Por último, ha de hacerse una referencia a la incautación de la garantía definitiva, toda vez que el artículo 225.4 del TRLCSP establece que el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía.

El artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente: *“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”*.

En idéntica forma, los pliegos de este contrato establecen que: *“En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiera constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad el contratista en lo que se refiera al importe que exceda de la garantía incautada. La determinación de los*

daños y perjuicios que deba indemnizar el contratista se llevará a cabo por el órgano de contratación, en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasionen para la Administración”.

Según lo expuesto, deberemos circunscribir las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a su obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación deberá ser parcial, procediendo la devolución de la garantía, en la suma restante.

En el caso que nos ocupa, el informe-propuesta de resolución del contrato, suscrito por el director general de Servicios de Limpieza y Residuos, con fecha 30 de noviembre de 2021- folios 363-376-, justifica y motiva cumplidamente el importe de la fianza cuya incautación se propone, explicando: *“Para el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios, únicamente se van a considerar las prestaciones no realizadas y el hecho, favorable al concesionario, de que los contenedores no se encuentren totalmente amortizados. Dado el interés municipal en retener los 419 contenedores instalados en la vía pública y dependencias por ser elementos indispensables para la continuación de la prestación del servicio fundamental de recogida y reciclaje de la ropa y calzado usados, se considerará el importe de la parte no amortizada de la inversión en contenedores a efectos de disminución de la indemnización por daños y perjuicios.*

En el presente contrato, se establecían una serie de prescripciones para la prestación del servicio. Hay que señalar que los contenedores de ropa y calzado usado se han seguido vaciando, si bien, las prestaciones relacionadas con el mantenimiento y limpieza de los situados, no se han llevado a cabo, lo que redundará en una imagen descuidada de los

recipientes, que ha obligado al Servicio de Limpieza Urgente a realizar unas tareas de lavado sustitutorias, para garantizar el adecuado uso de los contenedores, así como la adecuada imagen del espacio público.

En el estudio económico del expediente de licitación se establecía que, ‘el coste (de lavado) para recipientes ubicados en la vía pública se sitúa en torno a los 0,08 €/litro y año. Es decir, para cada recipiente con capacidad media de 2.000 litros, el coste anual se sitúa en 160 €/contenedor y año’.

Teniendo en cuenta que el lote 2 dispone de 419 unidades, esto supone un coste anual de 67.040 euros.

Dado que desde diciembre de 2019 no se han realizado labores de lavado y saneamiento de los contenedores, y suponiendo que el contrato se rescinda finalmente el 1 de marzo de 2022, el importe de daños y perjuicios se valora en 150.794,08 euros.

La amortización lineal de los 419 contenedores, cuyo precio unitario ascendía a 750 euros, a fecha de 1 de marzo de 2022 supondrá una amortización ejecutada de 251.400,00 euros, y por tanto, una amortización remanente de 62.850,00 euros.

Por tanto, la indemnización por daños y perjuicios se calcula como la diferencia entre el coste de las labores no desarrolladas y la amortización residual de los recipientes, lo que supone un importe de 87.944,08 euros, que se deberá detraerse de las garantías depositadas, siendo, por tanto, el importe remanente de la garantía a devolver 60.633,32 euros”.

La valoración efectuada ha estado sometida a la debida audiencia y contradicción de la contratista, constando el informe-propuesta que la incluye entre la documentación remitida a la empresa, en el trámite de audiencia concedido el 9 de diciembre de 2021, que fue aceptado el día

13 del mismo mes y año- folios 377 al 381-, dando así cumplimiento a las previsiones del artículo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las AA.PP.: (*“En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”*) y también del art. 114.2º 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, que establece que la resolución del contrato se entiende sin perjuicio de la obligada audiencia del contratista y de las responsabilidades e indemnizaciones a que hubiere lugar.

Según se ha indicado, en el caso que nos ocupa, el contratista se opone a la incautación misma de la garantía, insistiendo en no admitir la concurrencia de una causa de resolución contractual culpable y, subsidiariamente, rechaza que le sean repercutidos los gastos de limpieza de los contenedores, labor que por lo demás no niega que fuera realizada por la administración municipal, aunque señala: *“...únicamente se recibieron tres avisos, y cuando fueron a atenderse, los operarios del Ayuntamiento estaban limpiando ya los contenedores”*.

A la vista de lo expuesto, se hace evidente que en el cálculo de la indemnización la administración ha mantenido un criterio de prudencia y proporcionalidad, considerado las prestaciones no realizadas, el hecho favorable al concesionario, de que los contenedores no se encuentren totalmente amortizados y asumiendo la ejecución material de su limpieza -cuyo coste repercute-, previo requerimiento a la contratista para que fuera ella quien lo efectuara, al menos en tres ocasiones.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede acordar la resolución del contrato de *“resolución del contrato administrativo de Gestión del Servicio Público de recogida de ropa usada, Lote 2 Este”*, con incautación de las garantías definitivas constituidas, por importe de 87.944,08 euros, que se deberá detraer de la garantía depositada, según se indica en este dictamen.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 15 de marzo de 2022

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 150/22

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid