



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero
Sr. Sobrini Lacruz, Consejero y
Ponente

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 11 de julio de 2018, ha examinado el *procedimiento de resolución de contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y Jardinería y Servicios qqqq, S.L.*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 22 de mayo de 2018 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de resolución del contrato del servicio de mantenimiento de jardines, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y Jardinería y Servicios qqqq, S.L.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 19 de junio de 2018, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 278/2018, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Sobrini Lacruz.

Primero.- El 19 de junio de 2017 el Pleno del Ayuntamiento de xxxx y Jardinería y Servicios qqqq, S.L. suscriben un contrato de servicios de mantenimiento de los jardines de la localidad.

El plazo de ejecución del contrato es de dos años, a partir del 1 de julio de 2017, con posibilidad de prórroga por otros dos años.

Segundo.- El 9 de marzo de 2018 el Secretario del Ayuntamiento emite un informe en el que pone de manifiesto deficiencias en el cumplimiento del contrato (hojas sin recoger, restos de materiales vegetales en sumideros, falta de podas, etc.). Se adjuntan 31 fotografías.

El 21 de marzo el Secretario hace constar que “dos personas de la empresa están tirando residuos de la poda desde su vehículo al contenedor municipal ubicado en la calle (...)”.

El 27 de abril el Secretario emite un nuevo informe en el que se advierte de varios incumplimientos en los trabajos de jardinería y al que se adjuntan 62 fotografías.

Tercero.- El 27 de abril el Jefe de Mantenimiento del Ayuntamiento informa que los incumplimientos, por la inactividad del contratista, podrían suponer un incumplimiento del contrato.

Cuarto.- Previo informe del Secretario, el 30 de abril el Pleno del Ayuntamiento acuerda iniciar un procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento del contratista, lo que conllevaría la incautación de la garantía y el resarcimiento de los daños y perjuicios si los hubiere.

Quinto.- Concedida audiencia al contratista y al avalista, el 11 de mayo aquel formula alegaciones a los incumplimientos expuestos por el Ayuntamiento y se opone a la resolución del contrato.

No constan alegaciones del avalista.

Sexto.- El 16 de mayo el Jefe de Mantenimiento emite un informe sobre las alegaciones formuladas y concluye que procede desestimarlas.

Séptimo.- En la misma fecha el Secretario-Interventor informa que, a la vista del informe del responsable del servicio, el contratista ha incumplido sus obligaciones esenciales, por lo que concurre la causa de resolución del artículo 223.f) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

Octavo.- El mismo día 16 de mayo el Alcalde dicta resolución por la que dispone que se solicite el dictamen del Consejo Consultivo, que se suspenda el plazo para dictar y notificar la resolución hasta la emisión del dictamen, que se remita a Secretaría el expediente para formular la propuesta de resolución y, con los informes anteriores, se traslade al órgano de contratación para la resolución que proceda.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para su dictamen, donde tuvo entrada el 22 de mayo.

Noveno.- El 18 de junio la Secretaria-Interventora del Ayuntamiento formula propuesta de resolución, en el sentido de desestimar las alegaciones formuladas por el contratista, resolver el contrato por los incumplimientos imputables del contratista –que se enumeran- subsumibles en la causa prevista en el artículo 223.f) del TRLCSP, incautar la garantía y reclamar al contratista los daños y perjuicios ocasionados por su inactividad.

Décimo.- Recibida la propuesta de resolución, el 19 de junio se admite a trámite la consulta.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i),3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.e), del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El contrato se rige por el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), el pliego de prescripciones técnicas (PPT), el TRLCSP, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), y 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. La aplicación del TRLCSP deriva de lo previsto en la disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), según la cual, "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".

3ª.- Por su parte, el procedimiento para el ejercicio de la facultad resolutoria se rige por la normativa vigente en el momento de su inicio. Así resulta de lo establecido en la disposición transitoria tercera, letra a), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ("A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior"), norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, según establece la disposición final cuarta, apartado 1, de la LCSP.

En este caso, el procedimiento de resolución contractual se ha iniciado bajo la vigencia de la nueva LCSP, por lo que deberá ajustarse a lo previsto en ella.

El artículo 191 de la LCSP ("Procedimiento de ejercicio") establece los siguientes trámites preceptivos para la resolución de un contrato: la audiencia al contratista, que en el presente caso se opone a la resolución; la audiencia al avalista, cuando se proponga la incautación de la garantía, de acuerdo con el artículo 109.1.b) del RGLCAP, sin que éste haya formulado alegaciones; y, cuando el contratista se oponga a la resolución del contrato, el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, trámite que se cumple con la emisión del presente dictamen.

4ª.- La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme disponen los artículos 190 y 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP.

5ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la resolución del contrato de servicio de mantenimiento de jardines, suscrito entre el Ayuntamiento de

xxxx y Jardinería y Servicios qqqq, S.L., por considerar el Ayuntamiento que la contratista ha incumplido sus obligaciones esenciales.

Sobre esta causa de resolución, es reiterada doctrina jurisprudencial y del Consejo de Estado la de que no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia. La resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que sea patente "una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista, como ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta Sala a tales efectos" (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2001).

Cierto es que las obligaciones cuyo incumplimiento se invoca no están calificadas expresamente como esenciales ni en los pliegos ni en el contrato. Ahora bien, ello no obsta para que, como se ha admitido por este y otros Consejos Consultivos, pueda atribuirse este carácter esencial a obligaciones no calificadas como tales en el contrato o en los pliegos. Así, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en su Dictamen 408/2011, de 20 de julio, alude a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por ejemplo SSTs, Sala 3ª, de 6/4/87 y 14/11/00), según la cual, para la calificación de una obligación como esencial "deben ponderarse las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, valorando, conforme a la buena fe y la equidad, el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del contratista. Además, se impone que por parte de la Administración se lleve a cabo una adecuada justificación del carácter esencial de cada uno de los incumplimientos alegados.". En el mismo sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 20/2011, de 12 de septiembre ("(...) la resolución por incumplimiento de obligaciones esenciales, calificadas con tales en los pliegos o el contrato, podría ser apreciada de forma automática, en tanto que en resoluciones por incumplimientos graves [y de naturaleza sustancial –Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000, citada en el Informe–] del contratista, corresponde a la Administración, motivando su decisión, identificar y calificar dichos incumplimientos").

Según se infiere del expediente y de los informes emitidos, en el presente caso existe una actitud descuidada y tardía del contratista en el cumplimiento de obligaciones recogidas en el contrato y en el Plan de Trabajo ofertado, determinante, por sí sola, de que no se esté logrando el objeto y finalidad del contrato, cual es el de mantener en buen estado los jardines y otros elementos a cuya conservación está obligado al contratista. Así, se afirma en los informes, frente a lo alegado por el contratista, que no se ha efectuado la recogida periódica de hojas y limpieza de las calles, ni la limpieza de papeleras, en las fechas indicadas (trimestral en los dos primeros casos y quincenal en el segundo) en el Plan de Trabajo ofertado (lo que ha propiciado su acumulación); que se están utilizando contenedores municipales para depositar restos de podas, pese a que en su oferta se indicaba que "No se utilizarán los contenedores del municipio por lo tanto no se generará gastos al ayuntamiento"; que no se han realizado actuaciones de desbroce, conforme al pliego y al Plan de Trabajo, ni la limpieza de alcorques en la fecha a que se comprometió en el Plan de Trabajo, ni el escarificado y perfilado de los jardines; que no se han efectuado tareas de mantenimiento de los rosales, lo que ha causado su total deterioro; que no se han realizado las podas anuales exigidas en el pliego ni el abonado con la frecuencia señalada en el Plan de Trabajo y que los tratamientos fitosanitarios "se han llevado a cabo a la recepción de la notificación de incoación del expediente de resolución del contrato y únicamente y de forma mínima en las zonas de zahorra de los jardines correspondientes a la urbanización (...), el resto no".

En el primer informe del Jefe de Mantenimiento (transcrito en el acuerdo plenario de inicio del procedimiento de resolución contractual) se señala que los incumplimientos alegados "supondrían la progresiva degradación de los jardines del municipio, llegando a su deterioro total en caso de continuar esta empresa con su mantenimiento, con el consiguiente perjuicio económico que conlleva para el municipio su recuperación"; deterioro que, según se indica en la propuesta de resolución, ha determinado que alguno de los jardines podría no recuperarse.

En virtud de lo expuesto, estos incumplimientos de sus obligaciones por la empresa, valorados conjuntamente, permiten considerar que se está produciendo el incumplimiento de su obligación contractual esencial, pues, aun cuando no está calificada como tal en el contrato, resulta evidente que la obligación esencial del contratista es el mantenimiento de los jardines y de otros

elementos del municipio en un estado de conservación adecuado. Y tal objetivo no se está consiguiendo debido a la actuación negligente, indolente o descuidada de la contratista, solo imputable a ella.

En definitiva, la actitud de la contratista determina un incumplimiento culpable de su obligación esencial, como es la prestación del servicio objeto del contrato, por lo que concurre la causa prevista en el artículo 223.f) del TRLCSP.

6ª.- El incumplimiento culpable de la contratista provoca, como efectos de la resolución, su obligación de indemnizar los daños y perjuicios que su actuación haya podido ocasionar a la Administración contratante, resarcimiento que deberá hacerse efectivo en primer lugar sobre la garantía definitiva que se hubiera constituido, *ex* artículo 225.3 del TRLCSP, "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 la fijación de la indemnización deberán tenerse en cuenta los daños que efectivamente se hayan producido y sean debidos a su actuación, sin que proceda el resarcimiento por deterioros no imputables a la contratista o que sean consecuencia de factores ajenos a su actuación.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede resolver el contrato del servicio de mantenimiento de jardines, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y Jardinería y Servicios qqqq, S.L.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.