

En Logroño, a 15 de septiembre de 2020, el Consejo Consultivo de La Rioja, constituido en Logroño telemáticamente (al amparo del art. 17.1 de la Ley 40/2015), con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. Pedro María Prusén de Blas y D<sup>a</sup> Amelia Pascual Medrano, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D<sup>a</sup> Amelia Pascual Medrano, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**60/20**

Correspondiente a la consulta formulada por el Consorcio de Aguas y Residuos de La Rioja (CARR), a través de la Consejería de Sostenibilidad y Transición Ecológica (CSTE), sobre la *Reclamación de responsabilidad patrimonial Eco/Explot/2/2018 presentada, por la empresa RGSL contra el referido CAAR, como titular del E.R., y contra la empresa concesionaria del mismo, TRSL, por daños y perjuicios que entiende causados por la transmisión de una plaga de cucarachas en las balas de papel-cartón retiradas de las instalaciones del referido E.; y que valora en 238.935,21 euros, más intereses legales.*

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Preliminar**

#### **1. Siglas y abreviaturas.**

En el presente dictamen, se utilizan las siguientes siglas y abreviaturas:

- ACSL= empresa especializada en dicho control.
- A.C.= antes de Cristo (era cronológica ordinaria).
- AHA= Antecedente de hecho del asunto (en este dictamen), indicando su numeración.
- APCAR= Administración pública de la CAR.
- art/s.= artículo/s.
- A.= A.e.f.p.p.c.
- BGB= *Bürgerliches Gesetzbuch*, Código civil alemán.
- CAAR= Consorcio de Aguas y Residuos de La Rioja.
- CAR= Comunidad Autónoma de La Rioja.
- cc.= concordantes.
- Cc= Código civil español vigente.

- CCAA= Comunidades Autónomas.
- CCom.= Código de Comercio español vigente.
- ce.= corrección de errores.
- CE= Constitución española.
- CEC= Condiciones específicas de contratación pactadas en este caso entre TRSL y RGSL
- CEE= Comunidad Económica Europea
- CER= Catálogo europeo de residuos, LER.
- cfr.= confróntese, véase.
- CGC= Condiciones generales de contratación de RSU observadas usualmente por el CARR.
- CICM'80= Convención internacional de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercancías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980.
- cit.= citado/a/s.
- CPC= Condiciones particulares de contratación pactadas en este caso entre el CARR. Y RGSL.
- CSTE=Consejería de Sostenibilidad y Transición Ecológica (a la que está adscrito el CAAR).
- CTR= Centro de tratamiento de residuos (vertedero).
- DA= Disposición adicional.
- DD= Disposición derogatoria.
- Dec.= Decisión (de la CEE o UE)
- DF= Disposición final.
- DG= Dirección General.
- DGSP= DG de Salud Pública (del Gobierno de la CAR).
- Digesto*= Digesto, se cita por la edición ordinaria de Th. Mommsen, traducción de A. D'Ors.
- DMR'08= Directiva UE núm. 98/2008, de 19 de noviembre, del Parlamento y del Consejo, de residuos) más conocida como *Directiva marco de residuos*, modificada por el RUE 1357/2014.
- DT= Disposición transitoria.
- Dto= Decreto (normalmente, del Gobierno de la CAR).
- Dto. 4/98= Decreto (del Gobierno de la CAR), 4/1998, de 23 de enero, por el que se constituye el CARR y se aprueban sus Estatutos (ECARR); modificado por Decretos (del Gobierno de la CAR) núms. 3/1999, de 5 de febrero, 71/2007, de 17 de julio, 53/2009, de 17 de julio y 49/2011, de 6 de julio.
- Dto 44/14= Decreto (del Gobierno de la CAR) 44/2014, de 16 de octubre, por el que se regulan las actividades de producción y gestión de residuos y su registro.
- Dva.= Directiva (de la CEE o UE).
- EAR'99= Estatuto de Autonomía de La Rioja vigente (en la redacción dada al mismo por la LO 2/1999, de 7 de enero).
- ECARR'98= Estatutos del CARR, aprobados por Dto 4/98.
- E.= E.E.SA (empresa sin ánimo de lucro formada y financiada por las empresas que generan embalajes de cartón para gestionar colectivamente un SIG o SCRAP destinado a la recogida y tratamiento de los mismos en sus propias instalaciones).
- Ecoparque*= *Ecoparque Rioja* (instalación del CARR, sita en *La Rad de Lasuen* o *Rad de Varea s/n*, 26142 Villamediana de Iregua (La Rioja), cerca de Logroño, destinada al tratamiento de RSU no especiales y gestionada por TRSL, empresa concesionaria del CAAR).
- EM= Exposición de motivos.
- ETMR= *Especificaciones técnicas para materiales recuperados*, en este caso las elaboradas con carácter general por E., para fijar las condiciones objetivas (dimensiones de embalaje, peso, humedad y otras) que deben reunir los RSU (en este caso, los consistentes en envases de papel y cartón) que, procedentes de recogida multi-material, sean generados por un *operador* (en este caso, TRSL) en plantas de selección de RSU (en este caso, el *Ecoparque*) de las que deban salir para ser retirados por un transportista y entregados a un *destinatario* (en este caso, RGSL) que asume su valorización o eliminación final en el marco de un contrato de tratamiento regulado por el RD 180/2015.

- Eu.= P.C.E.SA (adquirida en 2019 y mediante OPA, por la multinacional británica D.S.S.P.), empresa de reciclaje de RSU designada, a efectos de trazabilidad, por RGSL, como reciclador final del cartón adjudicado por el CARR en el primer trimestre de 2018.
- ex= preposición latina que indica procedencia y que se emplea como sinónimo de “según se dispone en” o “según se desprende de”, por referencia a un precepto que se cita a continuación.
- FAS (*free alongside ship* (franco al costado del buque designado en el puerto convenido) cláusula de Derecho marítimo usual en los contratos mercantiles de transporte que, según los *Incoterms*, significa que el precio de la mercancía se entiende calculado cuando ésta se encuentra en el lugar convenido para su entrega, situada junto al medio de transporte del comprador y lista para ser cargada, por lo que el coste de situarla allí es de cargo del vendedor, pero el de cargarla corresponde al comprador.
- FOB= *free on board* (franco a bordo del buque designado en el puerto convenido), cláusula de Derecho marítimo usual en el contrato mercantil transporte que, según los *Incoterms*, significa que el precio de la mercancía se entiende calculado cuando ésta se encuentra en el lugar convenido y ya a bordo del medio de transporte del comprador, es decir, una vez cargada, por lo que incluye el coste de la carga, el cual queda así a cargo del vendedor.
- FJ= Fundamento/s jurídico/s o de Derecho (de un dictamen o sentencia).
- fol/s.= Folio/s (del expediente).
- Incoterms= Reglas oficiales de la Cámara de Comercio Internacional para la interpretación de términos comerciales.
- i.f.= *in fine*, al final.
- IPSL= I.P.SL (empresa especializada en peritaciones de daños).
- IPTSSR= Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de La Rioja.
- IRSAL= Instituto Riojano de Salud Laboral.
- ISPLN= Instituto de Salud Pública y Laboral de Navarra
- IVA= Impuesto sobre el valor añadido.
- kgr..= kilogramo/s.
- LALR'03= Ley (de la CAR) 1/2003, de 3 de marzo, de Administración local de La Rioja.
- LBRL'85= Ley (estatal) 7/1985, de 2 de abril, de Bases del régimen local.
- LCAP'95= Ley (estatal) 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas, modificada por Ley (estatal) 53/1999, de 28 de diciembre
- LCAP'00= Ley (estatal) de Contratos de las Administraciones públicas, texto refundido aprobado por RDLeg. 2/2000, de 16 de junio.
- LCSP'07= Ley (estatal) 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público.
- LCSP'11= Ley (estatal) de Contratos del Sector público, texto refundido aprobado por RDLeg 3/2011, de 14 de noviembre.
- LCSP'17= Ley (estatal) 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público.
- LCU'07= Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, Texto refundido aprobado por RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre.
- LEC'00= Ley (estatal) 1/2000, de 17 de enero, de Enjuiciamiento civil.
- LECrim= Ley de Enjuiciamiento criminal.
- LER= *Lista europea de residuos* (que asigna un código numérico a cada tipo de RSU), establecida por la Dva CEE 442/1975, modificada por la Dva 689/1991, puesta en funcionamiento mediante varias Dec CEE, de la Comisión (en concreto, las núms: i) 532/00, de 03-05-2000; ii) 118/01, de 16-01-2001; iii) 119/01, de 22-01-2001; y iv) 573/01, de 23-07-2001); y traspuesta al ordenamiento interno español en el Anexo 2 de la Orden MAM/304/2002, de 8 de febrero (BOE núm 43 de 19-02-2002, ce, BOE núm. 61, de 12-03-2002), y aplicable, en la forma establecida por la Dec. 955/14, de 18-12-2014, desde 01-06-2015.
- LERE'97= Ley (estatal) 11/1997, de 24 de abril, de Envases y residuos de envases, parcialmente derogada y vigente en el resto, pero deslegalizada al rango reglamentario por la DD única.2 LRSC'08.

- LJCA'98= Ley (estatal) 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.
- LMAR'17= Ley (de la CAR) 6/2017, de 8 de mayo, de Protección del medio ambiente de La Rioja.
- LMi'73= Ley (estatal) 22/1973, de 21 de julio, de Minas.
- LO= Ley Orgánica.
- LPAC'15= Ley (estatal) 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (vigente).
- LPAC'92= Ley (estatal) 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (derogada por la LPAC'15).
- LPAP'03= Ley (estatal) 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas.
- LPD'94= Ley (estatal) 22/1994 de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (derogada por la LCU'07).
- LPR'05= (Ley (de la CAR) 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de la CAR.
- LR'98= Ley (estatal) 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, derogada por la DD única LRSC'11.
- LRSC'11= Ley (estatal) 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y suelos contaminados.
- LRSL= *Limpiezas Rubio SL* (empresa especializada en desinsectación y control de plagas).
- LRSU'75= Ley (estatal) 42/1975, de 19 de noviembre, de desechos y residuos sólidos urbanos (derogada).
- LIVA= Ley (estatal) 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el valor añadido.
- LOPJ'85 = Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- LSC'10= Ley (estatal) de Sociedades de capital, texto refundido aprobado por RDLeg 1/2010, de 2 de julio.
- LSDAR'94= Ley (de la CAR) 7/1994, de 19 de julio, de Saneamiento y depuración de aguas de la CAR.
- LSP'15= Ley (estatal) 40/2015, de 30 de noviembre, de Régimen jurídico del Sector público.
- LSPR'03= Ley (de la CAR) 3/2003, de 3 de marzo, de organización del Sector público de la CAR.
- mts= metros lineales.
- LVBC'03= Ley (estatal) 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo (derogada por la LCU'07).
- OAC-Tudela= Oficina de Atención Ciudadana del Gobierno de Navarra en Tudela.
- Orden TED/426/2020= Orden TED/426/2020, de 8 de mayo, por la que se establecen los criterios para determinar cuándo el papel y cartón recuperado destinado a la fabricación de papel y cartón deja de ser residuo con arreglo a la LRSC'11.
- OTV= *operaciones de tratamiento*, y, en concreto, *de valorización de RSU* previstas en la Dec. CEE 350/1996, de 24 de mayo, de la Comisión, por la que se modificaron los Anexos IIA y IIB de la Directiva CEE 442/1975, del Consejo, relativa a los RSU, tal y como fueron traspuestas por el Anexo I-B (*operaciones de valorización*) de la Orden MAM/304/2002, de 8 de febrero, que publicó en España las operaciones de valorización y eliminación de RSU y la LER.
- PBT= Pliego de bases técnicas de la concesión administrativa de gestión del *Ecoparque* a TRSL.
- p.e.= por ejemplo.
- PEMAR'16-22= Plan estatal marco de gestión de residuos para el periodo 2016-2022, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 06-11-2015.
- PDR= Plan/es Director/es de Residuos de La Rioja, para el periodo interanual que se indica.
- PDR'16-26= Plan Director de Residuos de la CAR para el periodo 2016-2026 (vigente), aprobado por Dto.(del Gobierno de la CAR) 39/2006, de 21 de octubre.
- PDS= Plan Director de Saneamiento de Aguas Residuales de La Rioja.
- PE= Polietileno (componente de los plásticos en sus diversas variantes).
- PEAD= Polietileno de alta densidad (variedad de plástico empleado en tapas de botellas y artículos de limpieza de diversos colores).

- PEBD= Polietileno de baja densidad (variedad de plástico empleado en algunos empaques y bolsitas).
- PET= Polietileno tereftalato (variedad de plástico empleado en botellas de bebidas y algunos alimentos, de color transparente, verde o marrón).
- RD= Real Decreto.
- RD 429/1993= RD 420/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial (derogado).
- RD 1507/2000= Texto consolidado y actualizado del RD 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en arts 1.2., 11.2, 11.5 LCU'07 y normas concordantes.
- RD 1481/2001= RD 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que (en desarrollo de la LR'98), se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero; modificado, en sus Anexos I, II y III, por Orden AAA 661/2013 de 18 de abril; y desarrollado por Orden MAM/304/2002, de 8 de febrero, por la que se publican las operaciones de valorización y eliminación de residuos y la lista europea de residuos.
- RD 180/2015= RD 180/2015, de 13 de marzo, por el que (en desarrollo de la LRSC'11) se regula el traslado de residuos en el interior del territorio del Estado; derogado por RD 553/2020.
- RD 463/2020**, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 67, de 14 de marzo); **modificado**: i) por **RD 465/2020**, de 17 de marzo (BOE núm. 73, del 18); ii) por **RD 476/2020**, de 27 de marzo (BOE núm. 86, del 28) que, además, lo prorrogó (*1ª prórroga*) hasta 12-04-2020, al amparo de la autorización del Congreso, conferida por Acuerdo de su Pleno de 25-03-2020 (BOE núm. 86, del 28); iii) por **RD 487/2020**, de 10 de abril (BOE núm. 101, del 11) que, además, lo prorrogó (*2ª prórroga*) hasta 26-04-2020, al amparo de la autorización del Congreso, conferida por Acuerdo de su Pleno de 09-04-2020 (BOE núm. 101, del 11); iv) por **RD 492/2020**, de 24 de abril (BOE núm. 115, del 25) que, además, lo prorrogó (*3ª prórroga*) hasta 10-05-2020; v) por **RD 514/2020**, de 8 de mayo (BOE núm. 129, del 9) que (siguiendo el *Plan de desescalada* aprobado por Acuerdo de 28-04-2020, del Consejo de Ministros), además, lo prorrogó (*4ª prórroga*) hasta 24-05-2020, al amparo de la autorización del Congreso, conferida por Acuerdo de su Pleno de 06-05-2020 (BOE núm. 129, del 9); vi) por **RD 537/2020**, de 22 de mayo (BOE núm. 145, del 23), que además lo prorrogó (*5ª prórroga*) hasta 07-06-2020, al amparo de la autorización del Congreso, conferida por Acuerdo de su Pleno de 20-05-2020 (BOE núm. 145, del 23); y vii) por **RD 555/2020**, de 5 de junio (BOE núm. 159, del 6) que, además, lo prorrogó (*6ª prórroga*) hasta 21-06-2020, al amparo de la autorización del Congreso, conferida por Acuerdo de su Pleno de 03-06-2020 (BOE núm. 159, del 6). Todo ello con rango de ley (ex STC 83/2016, F.J. 10). Nota: la fase de *nueva normalidad* sanitaria, posterior a este estado de alarma se reguló en el RDL 21/2020, de 9 de junio (BOE núm. 163, del 10).
- RD 553/2020= RD 553/2020, de 2 de junio, por el que (en desarrollo de la LRSC'11) se regula el traslado de residuos en el interior del territorio del Estado; deroga el RD 180/2015.
- RDLeg.= Real Decreto Legislativo.
- RERE'98= Reglamento de la LERE'97, aprobado por RD 782/1998 y modificado por RD 252/2006.
- REPACAR= Asociación Española de Recuperadores de Papel y Cartón.
- RGSL= R.G.SL (empresa de gestión de residuos, reclamante).
- RUE= Reglamento de la UE.
- RUE 1013/2006= Reglamento UE 1013/2006, de 14 de junio, sobre RSU.
- RSU= Residuos sólidos urbanos.
- SCRAP= *Sistema Colectivo de Responsabilidad Ampliada del Productor* (versión legalmente ampliada del SIG).
- s.e.u.o= salvo error u omisión.

- SIG= *Sistema integrado de gestión* (formado y financiado por las empresas que generan ciertos RSU especiales para cuyo tratamiento colectivo en sus propias instalaciones constituyen y financian una entidad sin ánimo de lucro miento, como *E.*, para cartónaje, *Ec.*, para cristal o *Sigfito*, para productos fitosanitarios).
- SNSL= *S.N.SL* (empresa gestora de un vertedero para eliminación de residuos).
- ss.= siguientes.
- STS=Sentencia del Tribunal Supremo.
- SUFISA= *V.S.U.M.SA*, del grupo *S.V.*
- t= Tonelada/s (1.000 Kg).
- Tit.= Título.
- TRSL= *T.R.S.L.* (empresa concesionaria del *Ecoparque*).
- TSJ= Tribunal Superior de Justicia-UNE-EN-643= Norma europea de calidades estándar de papel y cartón para reciclar.
- UE= Unión europea.
- UNav.= Universidad de Navarra.
- UNE-171210= Norma europea de buenas prácticas para el control de plagas, desinsectación, desratización y desinfección.

## 2. El sistema de recogida y tratamiento de RSU en la CAR (aspectos fácticos).

Para comprender la relación de hechos que seguidamente ofreceremos, conviene abocetar antes el **contexto** en el que los mismos se desarrollan y que está constituido por el **sistema de recogida y tratamiento de RSU en la CAR**; pero, como dicho sistema será expuesto, en sus *aspectos jurídicos* en el FJ.2, baste ahora con aludir a sus principales *aspectos fácticos*, que son los siguientes:

### A) Los RSU de la *fracción resto*.

El vigente PDR'16-26 prevé que, en la CAR, los RSU consistentes en cartónaje (papel y cartón) que no sean objeto de recogida *selectiva* (como sucede con el cartónaje de origen *comercial*, que es recogido en los contenedores *azules* y gestionado luego por la entidad *E.* encargada del correspondiente SCRAP), sino *indiscriminada* (como acaece con el cartónaje de origen *doméstico* integrado en la denominada *fracción resto* o de *basurama*, que es depositada en los contenedores *grises* o *marrones* y que, por tanto, puede incluir materia orgánica) sean recogidos por los Ayuntamientos (aunque actualmente sólo lo hace así el de Logroño a través de una empresa concesionaria de este servicio) o por el CARR (Consorcio de la CAR formado en **1998** entre el Gobierno autonómico y todos los Ayuntamientos riojanos, que asume su recogida en el resto de Municipios ); y, en todo caso, entregados al referido CARR para su tratamiento.

### B) Su selección en el *Ecoparque*.

El tratamiento de los RSU que le son entregados es efectuado por el CARR en sus propias instalaciones denominadas *Ecoparque Rioja* (en lo sucesivo, *Ecoparque*), ubicadas

cerca de Logroño (en concreto en el paraje denominado *La Rad de Lasuén* o *Rad de Varea s/n*, perteneciente al municipio riojano de Villamediana de Iregua).

Según el citado PDR'16-26, el *Ecoparque* es el centro regional de referencia para el tratamiento de RSU de recogida no selectiva. Sus instalaciones fueron, por encargo del CARR, proyectadas, en **2002**, por la empresa A.S.A, que también asumió inicialmente su gestión, quedaron inauguradas en **2005** y están en pleno funcionamiento desde **2007**.

Previo una nueva licitación, el CARR, encargó la explotación del *Ecoparque* a la empresa SUFISA quien, a tal efecto, constituyó la mercantil TRSL (cfr. fol. 226) a la que, por Acuerdo de **03-12-2009**, la Junta de Gobierno del CARR, adjudicó un contrato de concesión, por 20 años, del servicio de *clasificación, reciclaje y valorización de RSU municipales en La Rioja (Ecoparque)*, atribuyendo a dicha concesionaria (según la Base 3.2.2 PBT) “*la gestión y control de salidas de los subproductos reciclables de separación obligatoria, y en general la gestión de la recuperación de los materiales reciclables*” (cfr. fol. 320).

Para el tratamiento de los RSU que le competen, el *Ecoparque* cuenta con varias *líneas* de selección, cuyo objeto es clasificarlos para separar los inutilizables (que son destinados a su eliminación en un vertedero autorizado), de los susceptibles de valorización y recuperación, es decir, de algún aprovechamiento económico mediante su venta a empresas especializadas para su posterior reciclado y comercialización o para ser empleados como combustible o abono. De estas *líneas*, sólo nos interesan ahora la *línea gris* (para RSU domésticos depositados indiscriminadamente en contenedores *grises* y *marrones*) y la *línea amarilla* (para RSU domésticos depositados en contenedores *amarillos*, destinados a plásticos y envases).

### **C) Los RSU consistentes en cartón.**

El cartón (RSU consistentes en papel y cartón) generado en el *Ecoparque* procede, en su mayor parte, de la *línea gris* y, en menor medida, de la *línea amarilla*.

La selección, enfardado, almacenamiento para entrega y carga (en camiones del comprador) de este cartón compete a TRSL; su venta por toneladas de fardos, compete al CARR; y su recepción, transporte y posterior almacenamiento y utilización competen al comprador que haya sido seleccionado por el CARR para retirar determinado volumen de fardos producidos en el *Ecoparque* durante un también determinado periodo de tiempo.

Estas operaciones se realizan en ejecución de dos contratos (en rigor, como luego veremos, un único contrato que consta de dos fases contractuales) que detallan sus condiciones jurídicas generales y particulares. El primero de dichos contratos (en rigor, la primera fase contractual) se formaliza entre el CARR, como vendedor del cartón

generado en el *Ecoparque*, y una empresa, oficialmente acreditada como gestora de RSU, la cual, previa licitación y adjudicación, lo compra y retira del *Ecoparque* para su comercialización posterior. El segundo contrato (en rigor, la segunda fase contractual) se formaliza entre dicha empresa compradora y TRSL, como gestora del *Ecoparque*, y tiene por objeto regular la retirada, carga, transporte y trazabilidad posterior del cartón comprado hasta su destino final, es decir, hasta que pierda la condición de RSU (por re-comercialización, transformación en abono o combustible o eliminación en un vertedero autorizado).

### **3. El presente caso.**

El expediente que nos ha sido remitido se refiere a una reclamación presentada, contra el CARR y TRSL, por RGSL, como empresa compradora de varias partidas de cartón generado en el *Ecoparque*, por los daños y perjuicios que entiende causados por la aparición, en los fardos comprados, de una plaga de cucarachas (que los dejó inutilizables para re-comercializar y obligó a su eliminación) y que, además, se propagó luego por los almacenes de dicha empresa compradora (con los consiguientes gastos y costes derivados de la desinfestación de locales, eliminación de materiales infestados y lucro cesante durante el periodo de desinfestación).

#### **Primero**

#### **Relación cronológica de los hechos**

##### **1. Ordenación del expediente remitido.**

El referido expediente es muy voluminoso (consta de 800 fols) y de difícil consulta y cita debido a que muchos documentos aparecen varias veces repetidos, en todo o en parte, como anejos de otros y reproducen, reiteradamente y con distinta ordenación, diversos correos electrónicos cruzados entre las partes, los cuales son citados, total o parcialmente, en muchas ocasiones en informes y otras comunicaciones de diversas fechas y con dudas sobre bastantes cifras referentes a cuantificaciones y valoraciones. Incluso se han incorporado documentos que nada tienen que ver con este asunto (así los incluidos en los fols.642 a 656) y que deben ser extraídos del mismo. Estas circunstancias (que también son reconocidas por el CARR en un informe, cfr. 369) ha exigido a este Consejo un gran esfuerzo de ordenación, depuración, clarificación y análisis.

Como resultado de ese trabajo, en los apartados que siguen, hemos ordenado cronológicamente, para mayor claridad, los hechos relevantes que resultan del citado expediente.

## 2. Sospechas previas sobre la existencia de plaga de cucarachas en el *Ecoparque*.

A) En el expediente, figuran un hecho que induce a sospechar que, entre **noviembre de 2017** y **diciembre de 2018**, se registró una inusual presencia de cucarachas en el *Ecoparque*.

En efecto, en **noviembre de 2017**, la IPTSSR recibió una denuncia de los propios trabajadores del CARR sobre la existencia de una plaga de cucarachas en el *Ecoparque*, a consecuencia de la cual se requirió a TRSL para que aplicase, de forma inmediata, un procedimiento de exterminio y control de plagas suficiente y adecuado, que debía estar cumplido el día **01-12-2017**.

Este hecho resulta: i) de un informe de la IPTSSR (registrado de salida el 17-10-2019 y que sería incorporado al expediente en la fase probatoria a la que luego se alude, fols. 667-668); ii) de los correos electrónicos cruzados el 27-06-2018 entre RGSL y el CARR (a que también luego aludimos); y iii) de un informe de ACSL (empresa encargada de la desinfección del *Ecoparque*) en el sentido de que, en el año **2017**, **no hubo plaga** alguna de insectos rastreros (cfr. fol. 419), aunque se reforzaron las actuaciones mediante “tratamientos **quincenales** durante los meses de **octubre** y **noviembre**, debido a la **eclosión de insectos** en diversas zonas del parque” (fol. 431).

B) Pero también consta en el expediente que el *Ecoparque* cuenta con un *Plan de control de plagas* que se traduce en un tratamiento continuo de carácter **mensual** (fols. 417-418), de cuya ejecución se encarga la citada empresa especializada ACSL, la cual (en diversos informes, certificados y otros documentos obrantes en los fols. 412-483), tras expresar las características biológicas de las cucarachas y las técnicas de la lucha contra las mismas, manifiesta, respecto al año **2018**, que realizó en el *Ecoparque* las siguientes operaciones de *desblatización* (de *Blatella*, cucaracha, concretamente de la especie *germánica*, Linnaeus, 1767, que es la detectada en este caso):

1/ De *comprobación* de ausencia de plaga, llevadas a cabo mediante nebulización de las instalaciones en los meses invernales cuando es menor la proliferación de la especie (concretamente efectuadas en los días 17-01-2018, 21-02-2018 y 20-03-2018);

2/ De *prevención* de la aparición de plaga, llevadas a cabo mediante fumigación intensiva de instalaciones en los meses primaverales cuando se gestan las ninfas de la especie (concretamente efectuadas en los días 13-04-2018, 30-04-2018 y 15-05-2018);

3/ De *tratamiento* llevadas a cabo mediante desinsectación de las instalaciones en los meses estivales propicios a la aparición de ejemplares (concretamente efectuadas los días 14-06-2018, 10-07-2018 y 06-08-2018; y

4/ De *revisión* del tratamiento, llevadas a cabo mediante comprobación de las instalaciones con desinsectación de sus zonas de acceso, efectuadas en los meses de otoño cuando la climatología no favorece la proliferación de la especie y se trata de que no penetren ejemplares (concretamente llevadas a cabo los días 10-09-2018, 16-10-2018, 05-11-18 y 12-12-2018).

C) Estas operaciones de ACSL en 2018: i) constan en un informe pericial de ACSL de 03-07-2019 (fols. 413-417); iii) se ajustaron a la Norma UNE 171210 de buenas prácticas en la materia; iii) resultan adveradas en un informe del ISPLN (cfr. fols. 32 y 33); iv) fueron supervisadas por el Gerente del CARR que, en diciembre de 2018, giró una visita al *Ecoparque* con una Técnico del IRSAL (fol. 668); y v) permitieron a la citada empresa concluir (en su precitado informe pericial) la **suficiencia** de los tratamientos aplicados y la **inexistencia de plaga** en el *Ecoparque* en el año **2018** (fols. 449 y 467), hecho éste adverado (en un informe técnico del CARR de 13-09-2019 a que luego aludiremos) mediante tres certificaciones de dos empresas que aseguran haber retirado cartónaje enfardado del *Ecoparque* en 2017 y 2018, sin ninguna incidencia (fols. 485-487).

### 3. Invitación del CARR para presentar ofertas de retirada de cartónaje.

El **27-12-2017**, el CARR (cfr. fol. 378) invitó, a varias empresas (por fax o correo electrónico y, con carácter general, mediante un anuncio o publicado en su *web*), a que, hasta el 09-01-2018, presentasen ofertas para retirar unas **420 t.** de papel y cartón enfardado, en que se estimaba, aproximadamente, el volumen que se generaría en el *Ecoparque*, como recuperación de RSU procedentes de la *fracción resto* (de la línea *gris* y, en una pequeña parte, de la línea *amarilla*), durante el primer trimestre de 2018 (es decir, entre 01-01-2018 y 31-03-2018).

Es importante resaltar que (como señalan sendos correos electrónicos de 23 y 24-04-2018, dirigidos por el CARR a RGSL y obrantes en los fols. 125 y 127 del expediente y a los que luego aludiremos de nuevo) que la expresada cuantificación en toneladas sólo expresa la *producción aproximada* de RSU de cartónaje que se estima que el *Ecoparque* generará durante el periodo que se indica en las condiciones para la presentación de ofertas (un cálculo que tiene que ser siempre aproximado porque depende de la operatividad de las instalaciones, según tengan una mayor o menor flujo de entrada y reciclaje de RSU), de suerte que la cantidad que había de retirar quien resultase adjudicatario no era exactamente la citada de 420 t, sino la que correspondiere al total de los ***pedidos de retirada que TRSL haga al adjudicatario en el periodo adjudicado***. RGSL era plenamente consciente del carácter aproximado de esa estimación, como lo prueba un correo electrónico de 25-04-2018 en que reconoce ante el CARR que “*los datos ya sabemos que son aproximados*”.

#### 4. Condiciones de retirada del cartónaje ofertado por el CARR.

A) En la citada invitación (y en la comunicación de adjudicación de 10-01-2018 a que luego aludiremos), figuraban las siguientes **condiciones particulares** de esta contratación (cfr. fols. 379 a 384):

**-Cuantificación.** Las **420 t.** de cartónaje ofrecidas serán **puestas a disposición** del adjudicatario, en balas o fardos de 1,5x1x1 mts, a razón de unas **140 t.** al **mes**, en cada uno de dichos tres primeros meses de 2018.

**-Garantía.** El adjudicatario se obligaría a presentar previamente, en cualquier forma admitida en Derecho, una **garantía** por un importe (IVA incluido), calculada en función del volumen de material que se previera retirar en el trimestre. En el caso que nos ocupa, el importe se estimó en la misma cantidad que el precio ofrecido, es decir, en 21.420 euros, como enseguida se expone.

**-Embalaje.** El material será enfardado en el *Ecoparque* por y a cuenta de la empresa concesionaria del mismo (TRSL) que irá almacenando allí mismo los fardos o balas resultantes. El CARR comunicará a TRSL la identidad de la empresa adjudicataria.

**-Puesta a disposición.** El adjudicatario debe indicar previamente por fax al CARR la cantidad mínima de material que retirará por viaje. Cuando TRSL haya conseguido almacenar un número suficiente de balas para ser retiradas, avisará al adjudicatario que las tiene en el *Ecoparque* a su disposición y que autoriza su retirada, debiendo entonces el adjudicatario comunicar la fecha y hora en que efectuará la retirada del material y llevarla a cabo dentro de las **48 h.** siguientes a la recepción de dicho aviso.

**-Carga.** La carga del material será efectuada ordinariamente por TRSL por su cuenta y con sus propios medios ordinarios (palas elevadoras y aparatos mecánicos), ya que ordinariamente, como enseguida se expresa, el precio es FOB; salvo que se precisen otros especiales (por ejemplo, contenedores transportables), en cuyo caso los mismos deberán ser aportados en un plazo de **2 días** por el adjudicatario y a su costa (es decir, en tales casos, el precio es FAS).

**-Entrega.** El control de salida del *Ecoparque* exigirá al transportista del adjudicatario la firma de un *albarán* o documento similar acreditativo de la entrega y salida del material, indicando su fecha, el peso y número de balas y el tipo material retirado

**-Transporte.** El traslado del material comprado desde el *Ecoparque* hasta las instalaciones propias del adjudicatario se realizará por éste con sus propios medios (camiones, etc.) y a su costa.

**-Trazabilidad.** El adjudicatario queda obligado a presentar al CARR, dentro de los primeros **5 días** del mes posterior al de cada retirada de material, los correspondientes *certificados de trazabilidad* exigidos por la normativa vigente (Tit. VI LRSC'11) para permitir el seguimiento del producto desde que fuera retirado del *Ecoparque* hasta que fuera entregado a un recuperador final, pues todos los intervinientes en el proceso de reciclado de RSU, incluidos los intermediarios y las empresas de transporte, deben estar oficialmente autorizados como *gestores de residuos*.

**-Precio.** La oferta será de precio para material cargado sobre el camión (es decir, precio FOB, ya que el vendedor asume el coste de la carga efectuando ésta a través de su concesionaria TRSL), salvo que el comprador deba aportar a su costa medios especiales de carga (en cuyo caso, el precio es FAS,

pues el comprador asume el coste de los medios y operaciones de carga) y neto (es decir, sin IVA, ya que el cartonaje está exento *ex art. 84.2,c) LIVA*). El precio de adjudicación será pagado por el adjudicatario previa presentación de tantas *facturas* emitidas por el CARR como viajes de retiradas de material del *Ecoparque* efectúe el adjudicatario (aunque el CARR tiene la facultad de **agrupar** en una sola factura el importe de varios viajes). Estas facturas deben ser atendidas por el adjudicatario antes de **1 mes** desde su fecha de emisión. Previa autorización del adjudicatario, el CARR podrá **compensar** el importe de las facturas con el de devolución de la garantía cuando esta haya sido prestada en efectivo.

**-Duración.** El contrato tiene una duración trimestral, limitada al primer trimestre de 2018, por lo que la retirada de todo el material comprado debe ser efectuada por el adjudicatario entre los días **15-01-2018** y **31-03-2018**, ajustándose, además a los **apremios temporales** previstos para cada retirada de material (como los precitados: i) de efectuarla antes de las 48 h siguientes al aviso de puesta a disposición del material; ii) de facilitar antes de 2 días medios de carga especiales cuando estos sean precisos; iii) de presentar los certificados de trazabilidad en los 5 primeros días del mes posterior; y iv) de pagar las facturas del precio antes de un mes desde su emisión, individual o agrupada, por el CARR.

**-Ofertas.** Las ofertas, aceptando las condiciones expresadas, podían presentarse hasta las 12 h del **09-01-2018**, teniendo los interesados la posibilidad (previo aviso con **48 h.**, de antelación) de visitar antes las instalaciones del *Ecoparque* para “**comprobar la calidad de los materiales recuperados**.”

**B)** En el informe técnico de 13-09-2019 (fols. 356-375) a que luego aludiremos, se insiste en que las precitadas **condiciones particulares** no aluden a la **calidad** del material ofertado porque presuponen que las empresas del sector conocen que se trata de cartonaje procedente de RSU no seleccionados en origen sino incluidos la *fracción resto* y, por tanto, obtenido tras su separación de la *basura-masa* en las *líneas gris y amarilla* del *Ecoparque*.

## **5. Oferta de retirada del cartonaje presentada al CARR por RGSL.**

El **29-12-2017**, RGSL remitió al CARR, por correo electrónico, su **oferta** (fols. 385-389), aunque la misma está antedatada pues aparece fechada en Andosilla (Navarra) el 08-01-2018, ofreciendo: i) pagar 51 euros por tonelada retirada; ii) registrar las retiradas efectuadas en su *web* para facilitar la facturación al CARR; iii) atender, antes del día 10 de cada mes y dentro de los 60 días contados desde la fecha de emisión de cada una de ellas el pago de las facturas que el CARR le gire, a una cuenta bancaria que indica; y iv) señalar como reciclador final del material a la empresa entonces denominada *Eu.*.

## **6. Visita previa al Ecoparque no efectuada por RGSL.**

No consta en el expediente que RGSL utilizara la facultad conferida a los oferentes de visitar previamente las instalaciones del *Ecoparque* para verificar la calidad de los materiales que allí son recuperados.

## 7. Adjudicación a RGSL del contrato de retirada de RSU.

El **09-01-2018**, el Técnico de RSU del CARR emitió un informe (fols. 390-392) proponiendo la **aceptación** de la oferta de RGSL por ser la de precio más alto de las cuatro que se presentaron. El mismo 09-01-2018, el CARR **adjudicó** a RGSL “*la retirada del 100% del material reciclable recuperado en la línea gris de la instalación (Ecoparque) denominado Papel y cartón (en lo sucesivo, en este dictamen, cartonaje) durante el periodo comprendido entre 15-01-2018 y 31-03-2018, al precio de 51 euros/tonelada (IVA excluido)*” (fol. 393-394).

## 8. Comunicación a RGSL de la adjudicación del contrato de retirada de RSU.

El **10-01-2018**, la adjudicación fue **comunicada** a RGSL por fax (fol. 29 y 395), indicando que el precio que por el cartonaje adjudicado debía pagar RGSL al CARR ascendía a **21.420 euros** (420 t. x 51 euros/t.), aunque, en rigor, el precio total de adjudicación fue de 57.810 euros, porque comprendía partidas de otros materiales (aluminio y plásticos) distintos al que ahora nos ocupa.

En la misma comunicación, se requirió a RGSL para que, en el plazo de 10 días, es decir, antes del **22-01-2018**, presentase la **garantía** por dicho importe total, pues era requisito previo para poder comenzar las retiradas de material. Es de señalar (cfr. fol. 348) que, en dicho mes de **enero de 2018**, RGSL no presentó en plazo la expresada garantía ni efectuó retirada alguna de material en el *Ecoparque*, aunque, como enseguida indicaremos, esta última circunstancia se explica porque la adjudicación de este contrato a RGSL no pudo ser comunicada oficialmente por el CARR a la gestora del *Ecoparque* (TRSL) hasta el día 06-02-2018 (en el que, como veremos, RGSL presentó finalmente la garantía al CARR).

## 9. Contrato de tratamiento de RSU entre RGSL y TRSL.

El **15-01-2018**, aunque, como acabamos de indicar, la adjudicación del contrato por el CARR a RGSL todavía no era conocida oficialmente por TRSL, sí lo era oficiosamente pues, para ir adelantando trámites y que la prevista carga y transporte de los RSU adjudicados se ajustase a la normativa vigente (RD 180/2015, de 13 de marzo, sobre traslado de RSU), la empresa RGSL (como *destinataria* del RSU que se le había adjudicado) y TRSL (como *operadora* del RSU adjudicado, al ser la concesionaria de la gestión del *Ecoparque* que lo genera) firmaron (cfr. fols. 410-411) un *contrato de tratamiento* de RSU (en rigor, como luego veremos, una segunda fase contractual), que regula los siguientes aspectos:

**-Objeto.** TRSL se obligó a que los RSU fueran precisamente del tipo 191201 LER (cartonaje o papel-cartón, en lo sucesivo, en este dictamen, cartonaje), procedentes de la *línea gris* del *Ecoparque*, y que se ajustasen a las ETMR del sector del cartonaje (definidas por E.), las cuales, básicamente,

requieren: i) que éste sea enfardado en balas según las diversas calidades de papeles y cartones; ii) que las balas tengan una calidad mínima de 5.01 según la Norma UNE-EN 643 (*Lista europea de calidades estándar de papel y cartón para reciclar*); iii) que las dimensiones de los fardos se fijen en función de la prensa de compactación que posea la planta (en este caso, del *Ecoparque*); iv) que cada envío sea identificado por *camión completo* (es decir, no por camión de contenedor), indicando las balas que lleva, el tipo de material cargado, su fecha de embalado, la planta de origen, y su peso aproximado; v) que la humedad máxima de los fardos sea del 10%; y vi) que los materiales impropios (flejes, arena, metales, plásticos y, en general, todo lo que no sea papel-cartón) no supere el 3% del peso total.

**-Carga.** RGSL aceptó que el objeto del contrato fuera el referido material y se obligó a retirarlo del *Ecoparque*, entre los días 15-01-2018 y 31-03-2018, a razón de 6 viajes de *camión completo* al mes, con una cantidad de carga estimada en 17,9 t por viaje (lo que supone 324 t), hasta completar la cantidad de 420 t. adjudicada (aunque ésta cantidad no se expresa numéricamente en este contrato –segunda fase contractual-, sino en el de compraventa previamente adjudicado –primera fase contractual- al que antes nos hemos referido).

**-Operaciones.** RGSL se obligó también a someter los RSU recogidos a OTV (operaciones de tratamiento y valorización), en concreto a las incluidas (según la normativa reguladora citada al explicar dicha sigla) en el grupo **R** (*reciclado y recuperación*), subgrupos **R-1** (dirigidas a utilizar principalmente el RSU como *combustible u otro medio generador de energía*) y **R-3** (dirigidas a la someter al RSU a transformaciones biológicas para obtener *abonos u otras sustancias orgánicas no disolventes*).

**-Recepción.** Ambas partes aceptaron sujetarse al **régimen de carga, recibo o rechazo** del material, establecido (como señala el art. 6.3 del RD 180/2015), por un lado y con carácter general, en el propio RD 180/2015 (que dedica a esta cuestión los tres primeros núms. de su art. 6), y, por otro y con carácter especial, en el propio contrato que nos ocupa; régimen éste que, en consecuencia, se resume en las siguientes obligaciones:

1/ Que, cuando se han producido suficientes fardos retirables de cartón en el *Ecoparque*, TRSL trasladará (normalmente, por correo electrónico) a RGSL: i) una **solicitud de retirada** (en rigor, una **notificación de disponibilidad**) en la que indicará el volumen en t. y el número de camiones precisos para cargarlas; y ii) un modelo de **solicitud de recogida** que tiene que ser rellenado por RGSL y remitido por ésta a TRSL, indicando en el mismo las matrículas de los camiones y la fecha de recogida y cuyo objeto es que TRSL tenga preparados los fardos para cargar y permitir el control de acceso y salida de los camiones en las instalaciones del *Ecoparque*.

2/ Que, antes de iniciar la carga y el traslado de los RSU, el *operador* (TRSL) cumplimentará el *documento de identificación* de los mismos y lo entregará al transportista (art. 6.1).

3/ Que, una vez efectuado el traslado, el transportista entregará dicho documento al *destinatario* (RGSL) de los RSU (art. 6.2).

3/ Que éste último (RGSL) dispondrá de un **plazo de 30 días**, desde la recepción de los RSU, para efectuar en ellos las **comprobaciones** necesarias y para adoptar alguna de las siguientes decisiones (art. 6.3):

**-Aceptar** los RSU por entender que los mismos son de recibo (por cumplir las expresadas ETMR), en cuyo caso remitirá al *operador* (TRSL) el precitado *documento de identificación*, indicando dicha aceptación, en el bien entendido de que la *recepción* de dicho documento

por el *operador* (TRSL) implicará la acreditación documental de la **entrega** de RSU (prevista en el art. 17 LRSC'11).

**-Rechazar** los RSU por entender que los mismos no son de recibo (por incumplir las expresadas ETMR), en cuyo caso remitirá al *operador* (TRSL) el reiterado *documento de identificación*, indicando dicho rechazo, en el bien entendido de que la recepción del mismo por el operador (TRSL) implicará la **devolución** de los RSU al lugar de origen, donde dicho operador (TRSL) tendrá que: i) **volver a hacerse cargo** de los mismos; ii) almacenarlos; y iii) proveer, conforme a la normativa vigente, a su valorización mediante otras alternativas o a su eliminación, obligaciones éstas que, si no son cumplidas por el operador (TRSL), tienen que serlo por el destinatario (RGSL), pero entonces a cuenta y cargo del operador (TRSL), según establece el art. 7.1-b) del RD 180/2015.

4/ Que, con fines de **trazabilidad** y seguimiento del ciclo de tratamiento, reciclaje o eliminación de los RSU, el destinatario (RGSL) o, en su caso, el operador (TRSL) tienen la obligación (regulada en el RD 180/2015) de entregar a la autoridad administrativa competente un *certificado* expresivo del destino final de los RSU.

## **10. Garantía (de cumplimiento del contrato con el CARR).**

El **06-02-2018**, RGSL presentó al CARR, como **garantía** del cumplimiento de su contrato con el referido CARR, un **aval** del Banco Popular (fol. 399) por importe del citado precio total de adjudicación. Esta presentación se hizo con 17 días de retraso respecto al precitado término fijado al respecto, periodo este de demora equivalente a un 20% de la duración del contrato y que (según el informe técnico del CARR de 13-09-2019, obrante en los fols. 348-351), se tradujo también en un retraso en el comienzo de las retiradas del material.

El mismo día 06-02-2018, al haber sido presentada la garantía, el CARR **comunicó** oficialmente a TRSL que RGSL era una de las empresas adjudicatarias de contratos de retirada de RSU del *Ecoparque* y, en consecuencia, podía comenzar las retiradas del material adjudicado (fol. 491, 516 y 517).

## **11. Retiradas.**

### **A) Ritmo de retirada.**

El mismo día **06-02-2018**, TRSL trasladó, por correo electrónico, a RGSL la *solicitud de retirada* (en rigor, notificación de aviso contractual de puesta a disposición) por la que TRSL había preparado en el *Ecoparque* a disposición de RGSL 20 t. de cartón prensado en fardos, equivalentes a la capacidad de carga de 3 camiones (fol. 491, 515-517). A esa primera *solicitud*, siguieron otras cuya justificación documental TRSL ha aportado al expediente (cfr. fols. 518-563), sin contradicción por parte de RGSL.

El ritmo de retirada del material que observó RGSL es reflejado en los siguientes cuadros, tomados del precitado informe técnico del CARR de 13-09-2019 (fols. 348-351 y 401-404), cuya veracidad tampoco ha sido cuestionada por RGSL.

**1/ Cuadro del volumen de cartonaje retirado del *Ecoparque* por RGSL.**

|               | Retirada de papel y cartón (kg) |                |              | Desglose de retiradas por líneas (kg) |               |                |
|---------------|---------------------------------|----------------|--------------|---------------------------------------|---------------|----------------|
|               | Previstas                       | Realizadas     | Pendientes   | LG                                    | LA            | Total          |
| Enero 18      | 150.000                         | 0              | 150.000      |                                       |               | 0              |
| Febrero 18    | 150.000                         | 46.960         | 253.040      | 46.960                                |               | 46.960         |
| Marzo 18      | 150.000                         | 140.120        | 262.920      | 120.660                               | 19.460        | 140.120        |
| Abril 18      | 0                               | 155.520        | 107.400      | 155.520                               |               | 155.520        |
| Mayo 18       | 0                               | 106.340        | 1.060        | 83.380                                | 22.960        | 106.340        |
| Junio 18      | 0                               | 0              | 1.060        |                                       |               | 0              |
| <b>Total:</b> | <b>450.000</b>                  | <b>448.940</b> | <b>1.060</b> | <b>406.520</b>                        | <b>42.420</b> | <b>448.940</b> |

**Notas nuestras:** i) LG= Línea gris; LA= Línea amarilla; iii) volumen en kg, que hemos reducido a t. en el dictamen.

**2/ Cuadro de las fechas de retirada del cartonaje del *Ecoparque* por RGSL.**

| Pedido (fecha) | Pedido (referencia)     | Retirada (fecha) | Retirada (kg) | Demora retirada (día) |
|----------------|-------------------------|------------------|---------------|-----------------------|
| 6/feb/18       | PAPEL-CARTON LG FEBR/01 | 9/feb/18         | 12.420        | 3                     |
|                |                         | 14/feb/18        | 10.760        | 8                     |
| 6/feb/18       | PAPEL-CARTON LG FEBR/02 | 19/feb/18        | 12.260        | 13                    |
|                |                         | 21/feb/18        | 11.520        | 15                    |
| 6/feb/18       | PAPEL-CARTON LG FEBR/03 | 1/mar/18         | 11.460        | 23                    |
|                |                         | 5/mar/18         | 11.020        | 27                    |
| 15/feb/18      | PAPEL-CARTON LG FEBR/04 | 6/mar/18         | 10.780        | 19                    |
|                |                         | 9/mar/18         | 11.560        | 22                    |
| 15/feb/18      | PAPEL-CARTON LG FEBR/05 | 12/mar/18        | 10.620        | 25                    |
|                |                         | 14/mar/18        | 11.480        | 27                    |
| 15/feb/18      | PAPEL-CARTON LG FEBR/06 | 15/mar/18        | 10.540        | 28                    |
|                |                         | 16/mar/18        | 11.060        | 29                    |
| 15/feb/18      | PAPEL-CARTON LG FEBR/07 | 19/mar/18        | 9.940         | 32                    |
|                |                         | 21/mar/18        | 11.060        | 34                    |
| 15/feb/18      | PAPEL-CARTON LG FEBR/08 | 23/mar/18        | 11.140        | 36                    |
|                |                         | 3/abr/18         | 12.140        | 47                    |

|           |                          |           |        |    |
|-----------|--------------------------|-----------|--------|----|
| 26/feb/18 | PAPEL-CARTON LG FEBR/09  | 4/abr/18  | 10.340 | 37 |
|           |                          | 5/abr/18  | 10.980 | 38 |
| 26/feb/18 | PAPEL-CARTON LG FEBR/10  | 6/abr/18  | 9.800  | 39 |
|           |                          | 9/abr/18  | 11.000 | 42 |
| 26/feb/18 | PAPEL-CARTON LG FEBR/11  | 10/abr/18 | 10.940 | 43 |
|           |                          | 11/abr/18 | 10.460 | 44 |
| 26/feb/18 | PAPEL-CARTON LG FEBR/12  | 12/abr/18 | 11.640 | 45 |
|           |                          | 16/abr/18 | 10.980 | 49 |
| 26/feb/18 | PAPEL-CARTON LG FEBR/13  | 18/abr/18 | 10.560 | 51 |
|           |                          | 20/abr/18 | 12.540 | 53 |
| 2/mar/18  | PAPEL-CARTON LA MARZO/01 | 20/mar/18 | 8.940  | 18 |
|           |                          | 28/mar/18 | 10.520 | 26 |
| 2/mar/18  | PAPEL-CARTON LA MARZO/02 | 7/may/18  | 10.200 | 66 |
|           |                          | 31/may/18 | 12.760 | 90 |
| 5/mar/18  | PAPEL-CARTON LG MARZO/01 | 23/abr/18 | 10.780 | 49 |
|           |                          | 27/abr/18 | 11.820 | 53 |
| 5/mar/18  | PAPEL-CARTON LG MARZO/02 | 30/abr/18 | 11.540 | 56 |
|           |                          | 2/may/18  | 12.080 | 58 |
| 5/mar/18  | PAPEL-CARTON LG MARZO/03 | 3/may/18  | 10.980 | 59 |
|           |                          | 9/may/18  | 11.400 | 65 |
| 5/mar/18  | PAPEL-CARTON LG MARZO/04 | 11/may/18 | 12.600 | 67 |
|           |                          | 15/may/18 | 11.940 | 71 |
| 5/mar/18  | PAPEL-CARTON LG MARZO/05 | 17/may/18 | 11.820 | 73 |
|           |                          | 24/may/18 | 12.560 | 80 |
| Mínimo:   |                          |           |        | 3  |
| Máximo:   |                          |           |        | 90 |
| Media:    |                          |           |        | 42 |

**Notas nuestras:** i) *Pedido* indica la fecha en que TRSL avisó a RGSL que tenía a su disposición la correspondiente partida de cartonaje en el *Ecoparque* lista para ser retirada; ii) *Retirada* indica la fecha que RGSL retiró la partida avisada; iii) *Demora*, es el número de días transcurrido entre el aviso y la retirada de cada partida; iv) volumen en kg, lo hemos reducido a toneladas (t.) en el dictamen.

## B) Dudas sobre el volumen que debía ser retirado.

En el expediente (fols. 121a 128), lucen una serie de correos electrónicos cruzados entre RGSL y el CARR entre los días 19 y 26-4-2018, **sobre la cantidad de t. de fardos**

**de cartonaje recogidas y pendientes de recoger** a fecha (aproximada) de 15-04-2018, de los que resulta lo siguiente:

-Que el CARR entendió que, a dicha fecha, RGSL tenía pendientes de recoger una cantidad de entre 220 t. (fol. 124) y 255,64 t (fol. 129), calculada, no sobre las 420 t. adjudicadas (que correspondían a un cálculo de producción estimativo en el momento de la invitación para presentar ofertas de retirada), sino sobre las 460 t. en que, aproximadamente, se estima el cartonaje generado en el *Ecoparque* durante el periodo adjudicado y que RGSL debe retirar (fol. 129).

-RGSL entiende que, a dicha fecha, había recogido aproximadamente 295 t. (fol. 122), lo que supondría tener pendientes de recoger unas 125 t. de las 420 t adjudicadas; y que el exceso (de unas 100 t.) que pretende el CARR que sea recogido por RGSL se debe, no tanto a una mayor generación de cartonaje durante el periodo adjudicado, sino a que, en el *Ecoparque*, quedaban entonces unas 100 t. de cartonaje *procedente de periodos anteriores al de la adjudicación*.

-Que el CARR zanjó la incidencia respondiendo a RGSL que “*no os corresponde retirar*” esas 100 t. (fol.129).

-Que, no obstante, RGSL acudirá, como luego veremos, a esta incidencia para alegar, en la reclamación que nos ocupa, que la plaga surgida en verano del 2018 puede explicarse por la existencia en el *Ecoparque*, ya en abril de 2018, de 100 t. de fardos de cartonaje procedentes de periodos anteriores al adjudicado.

### **C) Medios de transporte.**

Como antes hemos expuesto, el contrato de tratamiento de RSU suscrito entre TRSL y RGSL preveía cargas, a razón de 6 viajes de *camión completo* al mes, con una cantidad de carga estimada en 17,9 t. por viaje (lo que supone 324 t.), hasta completar la cantidad adjudicada (estimada en 420 t.).

El reiterado informe técnico del CARR de 13-09-2019 (fols. 348-351) entiende que, por *camión completo*, se entiende un *camión-trailer*, que es el transporte habitualmente usado para este material y cuya capacidad de carga es de unas 20 t./viaje; pero RGSL retiró el material con *camiones-contenedor*, cuya capacidad de carga es de unas 10 t./viaje, por lo que, para atender cada petición de TRSL, fueron necesarias dos retiradas por parte de RGSL, lo que, según dicho informe, explicaría, en parte, las demoras de RGSL en la retirada del material.

### **D) Resumen.**

Según estos cuadros, ascendiendo el 100% de lo adjudicado a 450 t, (aunque, por ser aproximado, podrían haber sido en este caso hasta 460 t.) y concluyendo el 31-03-2018 el plazo oficial de retirada del material, se obtienen los siguientes datos:

1/RGSL recogió en *camiones-contenedor* (no en *camión-trailer*) las siguientes toneladas (t.) de cartón en el *Ecoparque*: i) ninguna, en **enero** de 2018; ii) 46,96 t, en **febrero** de 2018; iii) 140,12 t, en **marzo** de 2018; iv) 152,52 t, en **abril** de 2018 (ya fuera del plazo de recogida antes citado, que concluyó el 31-03-2018; y v) 106,34 t. en **mayo** de 2018 (fuera del referido plazo de recogida, pues las últimas retiradas se produjeron en los días 11, 15, 17 y 24 de mayo de 2018)

2/ RGSL: i) **recogió en plazo** (oficial), el **41,57%**, en concreto **187,08 t.** (46,96 + 140,12); ii) **fuera de plazo** (oficial), el **58,19%**, en concreto **261,86 t.** (155,52+106,340); y iii) **en total**, el **99,76%**, equivalente a **448,90 t.** quedando sólo **pendiente** de recoger el **0,35%**, en concreto, **1,06 t.** para completar el 100% de las **450 t.** adjudicadas.

3/ RGSL incurrió, en las retiradas del cartón adjudicado, en **demoras** (partiendo del plazo oficial de retirada que finalizaba el 31-03-2018) cifradas entre un mínimo de 3 y un máximo de 90 días, que suponen una demora **media** de **42 días**.

4/ El precitado informe técnico del CARR advierte que esta **demora** en las retiradas de material (la última se realizó el 20-05-2018, cuando el plazo oficial había concluido el 31-03-2018) determinó que el tiempo de almacenamiento en el *Ecoparque* del material comprado se extendiera **casi dos meses más** que el contractualmente establecido, circunstancia esta que contribuyó al posible deterioro oculto del material.

## 12. Facturas por la retirada.

Entre 01-03-2018 y **01-06-2018** (según consta en una ficha de terceros del CARR fechada en 31-12-2019), para cobrar el precio de adjudicación, el CARR emitió y giró a RGSL seis facturas por un importe total de **22.895,94 euros**, de los que: i) **2.394,96 euros** fueron **pagados** el **05-06-2018**; y ii) **20.500,98 euros** están **pendientes de pago**; todo ello, con el siguiente detalle:

| Nº factura  | Fecha de emisión | Material     | IVA (%) | Importe (€ c/IVA) | Fecha límite para abono | Fecha de abono | Retraso (días) |
|-------------|------------------|--------------|---------|-------------------|-------------------------|----------------|----------------|
| 01/03/18 LG | 08-03-18         | Papel-Cartón | 0 %     | 2.394,96 €        | 08-04-18                | 05-06-18       | 58             |
| 01/04/18 LA | 12-04-18         | Papel-Cartón | 0 %     | 992,46 €          | 12-05-18                | Pendiente      |                |
| 01/04/18 LG | 12-04-18         | Papel-Cartón | 0 %     | 6.153,66 €        | 12-05-18                | Pendiente      |                |
| 03/05/18 LG | 11-05-18         | Papel-Cartón | 0 %     | 7.931,52 €        | 11-06-18                | Pendiente      |                |
| 02/06/18 LA | 13-06-18         | Papel-Cartón | 0 %     | 1.170,96 €        | 13-07-18                | Pendiente      |                |
| 01/06/18 LG | 13-06-18         | Papel-Cartón | 0 %     | 4.252,38 €        | 13-07-18                | Pendiente      |                |

### **13. Plaga de cucarachas: incidencias entre 17-05-2018 y 02-01-2019.**

#### **A) Manifestación de la plaga.**

-El **17-05-2018** (fecha de la penúltima retirada de material), RGSL remitió un correo electrónico al CARR, indicando que *“en los fardos de cartón que...estamos retirando, vienen muchísimas...cucarachas...creo que tenéis...una plaga o algo, porque están venga a salir de los paquetes”*.

-El **18-05-2018**, el CARR respondió con otro correo electrónico, indicando que *“el gestor de la planta (TRSL) nos había advertido que los retrasos en la retirada del papel y cartón podía provocar esta situación”*.

#### **B) Desinfestación de las instalaciones de RGSL.**

-El **18-06-2018**, RGSL contrató a la mercantil LRSL, especializada en desinsectaciones y control de plagas, para que procediera a desinfestar y tratar las instalaciones de RGSL en San Adrián y Andosilla (Navarra), en las que RGSL había almacenado el material comprado a CARR y retirado en el *Ecoparque*. (cfr. fol. 140).

-El **19-06-2018**, RGSL envió un nuevo correo electrónico al CARR en el que, tras informar del incremento del grado de afectación de la plaga, solicita un certificado de la última fumigación que hubiera sido efectuada en el *Ecoparque* *“para que la empresa que hemos contratado sepa cómo tratar el tema”*.

-El **20-06-2018**, el CARR remitió, en otro correo electrónico, *“los certificados de los últimos tratamientos de control de plagas...realizado(s) en la planta”* y que habían sido efectuados en el *Ecoparque* por la empresa ACSL.

-El **22-06-2018**, RGSL remitió al CARR un nuevo correo electrónico en el que: i) requiere al CARR para que retire de las instalaciones de RGSL todo el cartón vendido, pues entiende que el mismo ha sido *“entregado contaminado”* y que es *“total”* la *“inhabilidad del mismo”* (fol.21); ii) comunica al CARR que ha contratado con LRSL la fumigación de las instalaciones de RGSL afectadas por la plaga y que RGSL repercutirá en el CARR los costes correspondientes. Este correo no fue inmediatamente contestado porque el técnico del CARR al que iba dirigido se encontraba de vacaciones (fol.39).

-Entre **23-06-2018** y **25-06-2018**, LRSL procedió a desinfestar y tratar las precitadas instalaciones de RGSL en San Adrián (Navarra) y Andosilla (Navarra) y comunicó a RGSL (mediante informe de **25-06-2018**, fols. 26-27, 146-147 y 574): i) que, *“durante la aplicación, se observa que las cucarachas salen de todas partes, no exclusivamente de las balas afectadas; es decir: las cucarachas, en el tiempo que han estado alojadas en las*

*balas, ya han infestado las instalaciones, la plaga se ha propagado. Otras balas procedentes de otros vertederos (Peralta, etc.) no se ven afectadas, pero sí el continente de las instalaciones”; ii) que sus tratamientos no garantizan la eliminación total de la plaga; iii) que “recomienda la devolución del material infestado al proveedor para lograr erradicar en su totalidad la plaga de todas las instalaciones”.*

### **C) Postura de las partes (CARR y RGSL).**

-El **25-06-2018**, RGSL, al no haber recibido contestación a su correo electrónico antes referido de 22-06-2018, dirigió, por **burofax**, esta vez al Gerente del CARR, que así vino en conocimiento de la situación, un requerimiento para que solventara la situación con urgencia y enviara el transporte preciso para retirar el material infestado de las instalaciones de RGSL (fols. 22-26 y 569-571).

-El **27-06-2018**, RGSL y el Gerente del CARR se cruzaron varios **correos electrónicos** (fols. 34 a 39 y 131 a 132), de cuya lectura resultan claras las siguientes posturas de las partes:

-El representante de RGSL mantuvo: i) que era necesario eliminar el papel-cartón infestado; ii) que el CARR tenía ya constancia del problema por una denuncia de los propios trabajadores; iii) que el CARR había vendido a RGSL una mercancía inhábil y contaminada por una plaga que se había propagado por las propias instalaciones de RGSL, contaminándolas.

-El Gerente del CARR sostuvo: i) que TRLR le había trasladado que la causa de la plaga podía haber sido el retraso de RGSL en la retirada del cartón y la consiguiente mayor duración del almacenamiento del material en el *Ecoparque*; ii) que no pretendía justificar la plaga con dicho retraso; iii) que rechazaba la idea de que el CARR conociera la existencia de la plaga y entregase, pese a ello, el cartón; y iv) que, respecto a la presencia de cucarachas denunciada hacía unos meses, “*se achacó al alto stock de papel almacenado*” y que, según TRLR, “*se solucionó el incidente realizando los tratamientos necesarios*”.

-El mismo **27-06-2018**, el Gerente del CARR, acompañado del Jefe de planta del *Ecoparque* (de TRSL) **visitó** las dos precitadas instalaciones de RGSL afectadas por la plaga.

-Sobre esta visita, el antes citado informe del CARR de 13-09-2019 señala: i) que, “*en ambas (instalaciones), se comprueba la existencia de un número anormalmente alto de cucarachas y que éstas están expandidas por toda la instalación*”; y ii) que RGSL “*informa igualmente de la existencia de una tercera instalación, también en el Polígono industrial de Andosilla, también con papel-cartón almacenado y con similar afección, que no se visita*”.

-La impresión, compartida por RGSL y CARR (que también se desprende de la expresada visita, de los correos cruzados y del expresado informe), es que quedó patente la gravedad de la situación y la necesidad de atajarla a la mayor brevedad posible (fol.34), si bien ambas entidades rechazaron tener responsabilidades al respecto. En este sentido, el Gerente del CARR señaló, al representante de RGSL, que “*ya has dejado clara vuestra postura y TRLR la suya, ahora busquemos una solución, sin*

*renunciar nadie a nada; pero, a la vez, sin tener que esperar a que nos pongamos o nos pongan de acuerdo” (fol.34).*

-El **29-06-2018**, LRSL realizó una nueva **fumigación** en las instalaciones de RGSL, que fue facturada a ésta última en la misma fecha.

-El mismo **29-06-2018**, los Gerentes del CARR y de RGSL volvieron a cruzarse varios **correos electrónicos** (fols. 42 y 43), de los que resultaron los siguientes **acuerdos**:

-Que, como solución urgente, con independencia de quien sea declarado responsable y para limitar o no agravar los posibles perjuicios, RGSL procedería a trasladar el material afectado al vertedero E.C.(Tudela), dependiente de la navarra M.R., para su eliminación, a razón de 35 euros/t.

-Que dicha medida no se entenderá luego, en ningún caso, como “*una decisión unilateral demostrativa*” de la asunción de responsabilidad por parte de RGSL.

-Que el CARR (incluyendo también a TRLR) se obligaba a “*asumir los costes* (de dicho proceso de eliminación), *en la parte de responsabilidad que el juez nos impute o logremos pactar las partes*”.

-Que el CARR se comprometió a no realizar ninguna gestión para cobrar lo que RGSL debía al CAAR como pago del precio por la compra de las balas de papel-cartón afectadas y retiradas por RGSL del *Ecoparque*.

-Que RGSL dejó claro que, aun aceptando la solución, entendía que la responsabilidad era enteramente del CARR, como suministrador del material infestado.

-El mismo **29-06-2018**, RGSL **comunicó** la existencia de la plaga de cucarachas en sus referidas instalaciones sitas en **Navarra al Gobierno** de dicha Comunidad foral (fols. 29-31), el cual, a la vista de que dicha plaga podía proceder del cartón comprado al CARR en La Rioja, trasladó dicha comunicación a la DGSP del Gobierno de la CAR por correo electrónico de **04-07-2018** (fol. 32).

#### **D) Eliminación de los RSU contaminados.**

-El **23-07-2018**, la M.R. (Navarra) certificó que, desde fines de junio y durante el mes de julio de 2018, RGSL había entregado, en su CTR E.C.(Navarra) y con destino a vertedero, material contaminado por una plaga de cucarachas (fol. 44).

-El **27-07-2018**, SNSL (empresa gestora del citado vertedero) certificó la eliminación de 232,68 t. de papel-cartón contaminado con cucarachas (fols. 45 y 215).

#### **14. Peritación de daños.**

El **02-08-2018** la empresa de peritaciones IPSL (a la que RGSL había encargado una valoración de los daños causados por la plaga en sus instalaciones) emitió un amplio

informe pericial (fols. 46-92), en el que (tras repasar los hechos y documentos descritos, cuya copia incluye, acompañadas de fotografías varias) concluye, respecto a circunstancias fácticas: i) que la plaga era de cucaracha alemana (*B. Germánica*), procedente de las balas de cartón retiradas por RGSL del *Ecoparque*; ii) que el *Ecoparque* acumulaba cartón producido en el período anterior a la venta de dichas balas a RGSL; iii) que la plaga había infestado, no sólo a las balas compradas por RGSL, sino también a otras mercancías existentes en las instalaciones de almacenamiento de RGSL; y iv) que habían sido necesarias las medidas adoptadas por RGSL, consistentes en el vaciamiento y destrucción de todos los materiales que se encontraban almacenados en las naves infestadas.

En cuanto a la valoración de los daños, el informe pericial de IPSL anexa las facturas por servicios de saneamiento (de fumigación de las instalaciones de RGSL, de eliminación de materiales infestados y de otros gastos menores conexos), así como sus escandallos (que detallan las partidas de costes facturados), y las facturas de adquisición del material preexistente que resultó afectado por la plaga, de cuya suma obtiene su *precio de compra* o *valor de adquisición*, aunque también calculó su hipotético *precio de venta* o *valor de enajenación*, es decir, el que dicho material hubiera podido tener en el mercado de no haber sido infestado.

El referido informe pericial se limitaba al *daño emergente*, por lo que fue completado por otro de la misma empresa (fechado meses más tarde, el **02-1-2019**) para incluir el *lucro cesante* (fols. 223-238), por lo que, en suma, IPSL concluyó ofreciendo (con el detalle que luego expresaremos) a RGSL una alternativa (fol. 232) consistente en reclamar el material preexistente calculándolo a su precio de compra (que supone una mayor indemnización) o de venta (que implica una indemnización menor).

### **15. Actuaciones posteriores.**

-El **03-08-2018**, a la vista del precitado informe pericial, la reclamante RGSL **requirió** al CARR: i) para el pago del importe de los daños y perjuicios, tomando como referencia el (superior) resultante del *precio de compra* del material preexistente que resultó infestado por el adquirido al CAAR, si bien (quizás por error tipográfico) la cantidad reclamada fue de 218.811,50 euros (sin incluir lucro cesante, que entonces aún no había sido calculado), en lugar de la peritada, que era de 210.811,50 euros (sin incluir el lucro cesante); y ii) para ponerse en contacto a fin de llegar a un “*acuerdo amistoso*”, que evitase proceder a una reclamación judicial (fols. 304-305).

-El **07-08-2018**, el CARR, acusó recibo, trasladó el escrito a TRLR (fol. 576) y comunicó a RGSL que el asunto se pondría en conocimiento de la Junta de Gobierno del CARR en su próxima sesión (fol. 307).

-El **10-08-2018**, TRSL emitió un informe en el que descarta la existencia de una plaga de cucarachas en el *Ecoparque* debido a la aplicación periódica en el mismo de un *Plan de desinsectación*, por lo que achaca la plaga a RGSL por su demora en la retirada del material (que justifica con los documentos correspondientes) y las condiciones de almacenamiento existentes en sus instalaciones en Navarra donde se desconoce si RGSL dispone de un *Plan de desinsectación*.

## Segundo

### La reclamación presentada

1. El expediente que nos ha sido remitido se inicia con un escrito (fols. 3 a 26), acompañado de 13 documentos (fols. 27 a 308), firmado electrónicamente el **03-06-2019**, que una persona (identificada en el expediente y, al parecer, miembro de un despacho de Abogados de Tudela (también identificado en el expediente), en representación (que no acredita) de RGSL, presentó, el mismo día, en la OAC-Tudela (cfr. fol. 2), dirigido al CARR, a quien fue seguidamente remitido (fols 1 y 2).

2. El **13-06-2019**, el CARR recibió dicho escrito en su sede electrónica y lo registró de entrada (cfr. sello en el fol 1). El expresado escrito de RGSL contenía una reclamación de indemnización por daños y perjuicios (contractuales y extracontractuales) contra el CAAR y TRSL.

#### 3. La citada reclamación concluye:

-Que “*la responsabilidad de la Administración queda acreditada*”: i) por reconocimiento, en el correo electrónico de 27-06-2018, de que en el *Ecoparque* existía la plaga; ii) por el informe pericial de IPSL que acredita los daños ocasionados por la misma; y iii) por la comunicación de 02-08-19 en que el Gobierno de la CAR reconoce ante el de Navarra haber realizado fumigaciones previas de cucarachas en el *Ecoparque*.

-Que la plaga estaba oculta en las balas de papel-cartón vendidas por el CARR y que éste, con “*una absoluta negligencia (si no dolo eventual)*”, entregó las mismas, sabiendo y conociendo la existencia de esta plaga, sin advertencia alguna.

-Que ello constituye “*un incumplimiento contractual, al entregarse a mi mandante unos materiales infestados con una plaga de cucarachas, los cuales son absolutamente inhábiles a los fines del contrato*”.

-Que, al margen de que los hechos (venta de un producto infestado, sin mediar aviso, con grave peligro para la salud) pudieran ser constitutivos de un ilícito penal, los mismos han causado unos perjuicios a RGSL que deben serle indemnizados.

4. La indemnización reclamada asciende a **238.935,21 euros** (fol. 19), según la valoración pericial de IPSL (cfr. resumen en fols. 46 y 232) incluyendo:

-El **material comprado**, es decir, todo el producto adquirido por RGSL al CARR (en rigor, el retirado por RGSL del *Ecoparque*, que IPSL cifra en 448,94 t.) y que, al estar infestado por la plaga, ha debido ser eliminado; el cual es valorado (fol.63) **por su precio de compra**, según facturas, en 22.895,94 euros, a los que añade: i) 317,96 euros, por gastos de formalización del aval presentado como garantía; y ii) 4.800, por gastos de retirada del *Ecoparque* del material con medio propios de RGSL; resultando así un total de **28.013,90 euros**.

-El **material preexistente** que estaba almacenado en las instalaciones de RGSL y que, al haber sido contaminado por la plaga, también ha tenido que ser eliminado y que es valorado (fol.64), **por su precio de adquisición** facturado, en 110.715,54 euros (no **por su precio en venta**, que IPSL estimó en 85.183,97 euros), a los que añade 65.031,07 euros, por el coste de retirada del mismo, resultando así un total de **175.746,61 euros** (cifra que sería de 150.215 euros, si se hubiera tomado como referencia el *precio en venta* de los productos).

-Los **costes de saneamiento** de las instalaciones de RGSL y **de eliminación** de todos los materiales infestados por la plaga (esto es, tanto los comprados por RGSL al CARR como los que RGSL tenía previamente almacenados en sus instalaciones), que se valoran por su coste, según las facturas pagadas por RGSL a las empresas de saneamiento y eliminación (fol. 66), en **7.050,99 euros**.

-El **lucro cesante**, valorado, según el informe pericial de IPSL, en **28.123,71 euros**.

-Los **intereses legales** que se hubieran devengado.

5. La reclamación adjunta en copia los documentos que cita y solicita la siguiente prueba: i) documental: de los tratamientos aplicados en las instalaciones del *Ecoparque* en 2018 y de cualquier denuncia presentada en este contexto en 2017 y 2018; y ii) testifical, de dos de sus empleadas con funciones de administración, y del responsable de la mercantil LRSL.

6. Al expediente se incorporó, en la fase probatoria, un informe pericial de **04-06-2019**, firmado por un Profesor del Departamento de Biología Ambiental de la UNav.

### Tercero

#### Inicio del expediente

1. El **19-06-2019**, el Gerente del CARR dio traslado de la reclamación a TRLR (fol. 314), y a la entidad financiera *I.*, como mediadora del seguro que el CARR tiene contratado con la aseguradora *M.* (fol. 313).

2. El **24-07-2019**, la Presidencia del CARR dispuso el **inicio de las actuaciones** y que el mismo se comunicara: a RGSL, para conocimiento; y, a la Secretaria y a los Servicios Técnicos, para que emitan un informe sobre la reclamación presentada (fol. 315 y 316).

3. El **30-07-2019**, la Secretaría emitió un informe en el que, tras analizar la normativa aplicable al caso y los trámites procedimentales que la misma exige, concluyó que, en aras de la seguridad jurídica y la economía procedimental, “*puede tramitarse la presente reclamación por los preceptos que regulan la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*”, la cual ha de ser calificada como de carácter extracontractual por la plaga propagada en las instalaciones de la mercantil reclamante en Navarra, aunque “*teniendo en cuenta las singularidades*” del caso, ya que éste encierra también una reclamación de daños contractuales: contra el CARR, por la venta de productos defectuosos; y, contra TRSL (como concesionaria del CARR para la gestión del *Ecoparque*), por el enfardado y almacenamiento del material vendido (fols. 318-326).

4. El mismo **30-07-2019**, la Junta de Gobierno del CARR, en sesión ordinaria, acuerda (fols. 328-329: i) admitir a trámite la reclamación; ii) nombrar Instructora del expediente a la Secretaria General del CARR y, como Secretaria, a una Administrativa, igualmente del CARR; y iii) dar cuenta a RGSL de sus derechos a conocer el estado de tramitación del procedimiento, obtener copias, aportar documentos, oponerse y efectuar alegaciones, en un plazo de 15 días, sobre el contenido de esta resolución. Es de advertir que, notificado y transcurrido el referido plazo, RGSL no presentó alegaciones (cfr. fols. 334-338).

5. El **30-08-2019**, en aplicación del art. 82 LPAC’15 y con traslado del precitado Acuerdo de la Junta de Gobierno del CARR de 30-07-2019, se comunica la existencia del expediente a TRLR y M., como interesados, para que puedan comparecer y realizar alegaciones (fols. 339-346).

6. El **13-09-2019**, a instancia de la Instructora del procedimiento (fol. 347), los Servicios del CARR emiten dos **informes técnicos**: i) el primero (obrante en los fols. 348-351 y al que hemos aludido anteriormente para fijar ciertas circunstancias fácticas de la retirada de material) es más breve, está firmado por el Responsable del Área de Residuos y se limita a señalar los incumplimientos contractuales en los que, a su juicio, ha incurrido RGSL, especialmente por demora en las retiradas de material: ii) el segundo (obrante en los fols. 356-375) es más extenso, está firmado, por el Gerente del CARR y por el citado Responsable del Área de Residuos, y se refiere al conjunto de la reclamación, concluyendo que “*no queda acreditada la existencia de responsabilidad del CARR o TRLR*”, por las razones siguientes:

-Que no se ha acreditado la **preexistencia** de la plaga en el *Ecoparque* : i) porque los certificados emitidos por la empresa de control de plagas ACSL acreditan que las instalaciones del *Ecoparque* fueron objeto de tratamientos de *desblatización* efectuados (con arreglo a la norma UNE 171210), mensualmente (y de manera quincenal, en período estival) y que no se encontraron plagas en ellas durante los años 2017 y 2018; ii) porque la respuesta dada por el Gobierno de la CAR al de Navarra sobre este incidente tampoco acredita la existencia de esa plaga, sino la de tratamientos periódicos

para prevenirla; y iii) porque la ausencia de plagas previas resulta de varios certificados (que se adjuntan al informe) facilitados por otros gestores de residuos y acreditativos de que los mismos retiraron papel-cartón del *Ecoparque*, en 2017 y 2018, sin ninguna incidencia.

-Que la presencia de cucarachas o huevos de las mismas en las balas o fardos de estos productos no puede descartarse sin constituir plaga, pues “*la presencia de vectores y contaminación*” está ligada al **origen** de estos materiales en las líneas *gris y amarilla* de tratamiento de RSU procedentes de la *fracción resto* en el *Ecoparque* que incluye materia orgánica. Por ello, en los contratos de enajenación de estos RSU no se alude a la **calidad** del material (que no es *materia prima*, ni *material procesado o reciclado*, sino sólo *separado y reciclable*, cfr. fol. 379) y se urge la rápida retirada de los fardos; por lo que el CARR no puede responder más que del estado de dicho material como *apto para ser reciclado* en el **momento de su retirada** y no por una eventual inhabilitación sobrevenida del mismo, como es una plaga surgida un mes después de la última retirada y cuatro meses después de la primera.

-Que la causa de la plaga ha sido la **demora** contractual de RGSL en retirar del *Ecoparque* el material comprado, así como el tiempo y temperatura **estivales** y las condiciones inadecuadas de **almacenamiento** del material en las instalaciones de RGSL, sin que ésta última empresa aplicara a los mismos tratamientos **desinfestantes**, lo que constituye una negligencia impropia de un gestor acreditado de RSU.

-Que RGSAL (a quien, como reclamante, incumbe la **carga de la prueba**) no ha acreditado que la procedencia de las cucarachas fuera en exclusiva de las balas del *Ecoparque* vendidas por el CARR a DGSL y no de **otros materiales** también almacenados por RGSL en sus propias instalaciones.

-Que ha sido RGSL y no el CARR quien reiteradamente ha incumplido sus obligaciones contractuales, como resulta de un informe de **13-09-2019** emitido por el Área de Residuos del CARR y que se adjunta, en el cual se detallan **incumplimientos** de RGSL respecto a los plazos: i) de presentación de la garantía del contrato; ii) de abono de facturas por el precio de venta; iii) de retirada del material vendido; y iv) de presentación de los certificados de trazabilidad del mismo (aun no aportados).

-Que RGSL tuvo conocimiento de la plaga ya el 17-05-2018 (fecha de su primer correo electrónico denunciándola, contestado por el CARR al día siguiente), pero **no adoptó ninguna medida** para atajarla, sino que se limitó a volver a comunicarla un mes después (en su segundo correo de fecha 19-06-2018, también contestado por el CARR al día siguiente).

-Que estos retrasos de RGSL se debieron a que el cierre del mercado asiático a determinados RSU produjo una drástica **bajada de los precios del cartón** procedente de RSU durante el primer trimestre de 2018 (estimada en más de 50 euros/t por en la *web* de A.) que impedía a RGSL defender en el mercado los precios ofertados por el cartón comprado a finales del trimestre anterior; e impelía a RGSL a retrasar las recogidas y prolongar el almacenamiento tanto del cartón como de plásticos y otros RSU, no sólo en sus instalaciones habituales, sino también en otras eventuales e inadecuadas (fábricas de conservas abandonadas, etc).

-Que la reclamación presentada parece sospechosa de haber **inflado las valoraciones, calidades y cantidades** de los elementos que se dicen eliminados en el vertedero y de las pérdidas sufridas, ya que RGSL opera en un sector económico donde la gestión del tiempo de almacenaje y del flujo de los RSU es fundamental, puesto que no es uniforme ni el margen bruto de beneficio puede consistir en un

porcentaje constante ni homogéneo en todo un ejercicio; todo lo cual parece indicar que RGSL quiere utilizar la reclamación como medio para deshacerse de los materiales sin quebranto económico.

7. El 17-09-2019 (registro de entrada del **18-09-2019**), TRSL presentó sus **alegaciones** en las que:

-Manifiesta la **inexistencia de responsabilidad** de TSLR, al no existir nexo causal.

-Insiste en el correcto **estado de las instalaciones** del *Ecoparque*; en la observancia continua de un *Plan de lucha frente a las plagas*; y en que no existió plaga alguna en 2018; y

-Alega desconocer si RGSL cuenta con un sistema de **control de plagas** en las instalaciones que tiene en Navarra.

#### Cuarto

##### Fase probatoria

1. El **14-10-2019**, por Providencia de la Instructora, se abrió el **período de prueba**, durante se produjeron las siguientes actuaciones:

##### A) Prueba documental:

-El mismo **14-10-2019** (fol. 587), se incorpora al expediente: i) el precitado **informe de 13-09-2019**, de los Servicios Técnicos del CARR, con los documentos adjuntados al mismo, incluido el informe pericial de control de plagas elaborado por ACSL; y ii) las **alegaciones** presentadas por TRSL con sus anexos en los que constan los tratamientos realizados en el *Ecoparque*.

-El **22-10-2019**, se incorpora al expediente una documentación **audiovisual** remitida por RGSL (fol. 682).

-El **13-11-2019**, se incorpora un **informe pericial** de **04-06-2019**, firmado por un Profesor de Zoología de la UNav, en cual señala (fol. 606) que la plaga sufrida por RGSL se debe a la llegada de algunos ejemplares de cucarachas con el material procedente del CARR y que ***“el hecho de que se retirara el material de las instalaciones del CARR en un periodo u otro no afecta a la llegada de la plaga...pues lo importante es la llegada en sí de la misma independientemente de la cantidad de animales que hubiera en un momento dado”***.

-El **15-11-2019**, TRSL (en respuesta al requerimiento que se le había efectuado de oficio por la Instructora para que informase de cualquier denuncia que se hubiera presentado respecto a cucarachas o documentación sobre el problema) presentó (fols. 665-669) el antes aludido **informe de la IPTSSR** (con registro de salida de 17-10-2019, en el

que se da cuenta de una denuncia por plaga de cucarachas en noviembre de 2017 a consecuencia de la cual se requirió a TRSL para que aplicara, de forma inmediata, un procedimiento de exterminio y control de plagas suficiente y adecuado, que debía estar cumplido el día 01-12-2017).

## **B) Prueba testifical.**

Entre **21-10-2019** y **19-11-2019** tuvo lugar la práctica de la prueba testifical, debiendo destacar al respecto lo siguiente:

-Unas empleadas de la empresa reclamante **RGLR** manifiestan: i) que la mercantil carece de *Plan de control de vectores*; ii) que, en sus instalaciones, existían materiales de otras procedencias; iii) que no tienen procedimientos de trazabilidad de materiales; pero los operarios conocen el origen de las mercancías por su ubicación en los almacenes y pueden determinar el origen de la plaga en las balas del *Ecoparque* porque, en una de las instalaciones (la nave *Azcona*), solo almacenaron papel-cartón procedente del mismo o por ver salir cucarachas de balas de esa procedencia (fol. 616-620).

-El responsable de la empresa de limpiezas **LRSL**: i) afirma que RGSL carecía de *Plan de vectores*, pero que ahora sí lo tiene contratado; ii) entiende que, pese a éste, “*las medidas no serían suficiente por la cantidad de ejemplares*”; iii) considera normal que este tipo de RSU contenga huevos o ejemplares de cucarachas, “*si no hay un proceso que las elimine antes; otra cosa es que, después, haya que hacer un tratamiento para eliminarlas*”; y iv) concluye que, siendo de 3 meses el ciclo vital de este tipo de cucarachas, “*para que se reproduzcan tanto en 5 meses, las cucarachas deberían estar inicialmente en el material*” fol. 621-623).

-El responsable de la empresa de control de plagas **ACSL** i) reitera la realización de los tratamientos continuos y suficientes en el *Ecoparque*; ii) manifiesta que sólo hubo un “*pico exponencial de cucarachas en la primavera de 2017*”, el cual descendió al mes, tras el plan de choque; iii) admite que las balas de cartón-papel recuperado pueden contener huevos y cucarachas; que su no tratamiento y control puede provocar una plaga; y que no hubo plagas en el *Ecoparque* en 2017 y 2018; y iv) reconoce también su relación contractual con TRLR desde hace tiempo y que no ha visitado las instalaciones de RGSL (fols. 624-627).

-El responsable de la empresa concesionaria del *Ecoparque*, **TRLR**: i) acredita haber realizado un control de vectores en el referido *Ecoparque*; ii) asegura que no hubo ninguna plaga en 2017 y 2018; iii) admite que los tratamientos “*no son de erradicación sino de control-contención*”; iv) entiende que los huevos y cucarachas (cuya presencia en el material suministrado por el *Ecoparque* no descarta) pueden, de no controlarse, provocar una plaga; y v) afirma que no le consta ninguna queja de RGSL en las retiradas de las balas, hasta la recibida “*cuando se iba a llevar el último viaje en mayo (de 2018)*”. (fols. 628-630)

-El responsable de la empresa de peritaciones **IPSL** (fols. 678-681) asegura: i) que IPSL no ha tenido relaciones previas con RGSL; ii) que RGSL identifica la procedencia de los materiales que adquiere por el lugar en que los coloca en sus propias instalaciones; iii) que RGSL tenía un adecuado tratamiento de las mercancías que adquiría y almacenaba; iv) que la causa de la plaga no fue el retraso en la retirada del material sino el calor el cual ayuda a que se incuben los huevos en el interior de los fardos que, en este caso, eran de unos 200 kgr, y que fueron vistos por RGSL en uno de ellos que se rompió; v) que el tratamiento de fumigación, cuando ya existe la plaga, no resulta eficaz; vi) que en el *Ecoparque* había 100 t. de papel-cartón del trimestre anterior; vii) que no existía otro método de

eliminación de la plaga en las instalaciones de RGSL que la destrucción de los materiales afectados; viii) que los costes de RGSL han sido determinados mediante procesos de cálculo aceptados por Juzgados y Aseguradoras; y ix) que le constan falseados los datos de tratamiento del *Ecoparque*.

2. El **20-11-2019** se dio por concluida la fase probatoria.

## Quinto

### Fase conclusiva

1. El mismo **20-11-2019**, se notifica y se abre el trámite de **audiencia** (fols. 682-683), al que sólo se acogen RGSL y TRSL.

2. El **02-12-2019**, **TRSL** presenta **alegaciones** (fols. 704-710) en las que se exonera de toda responsabilidad en este caso porque su labor es ajena a todo nexo causal del daño, pues se ha limitado a:

- Separar, recuperar y enfardar debidamente el cartón en el *Ecoparque*;

- Requerir a RGSL para que lo retirase en tiempo y forma, en cuanto el CARR notificó que RGSL era adjudicataria del material;

- Insistir en dicho requerimiento al comprobar que RGSL se demoraba en las retiradas de material una media de 40 días, pues debió concluirlos el 31-03-2018 pero las concluyó el 24-05-2018;

- Comunicar esa demora al CARR por el riesgo de deterioro del material que comporta; y

- Aplicar periódicamente en el *Ecoparque* el *Plan antiplagas* que tiene concertado con la empresa ACSL y del que carecía RGSL en sus propias instalaciones sitas en Navarra.

3. El **04-12-2019** **RGSL** presenta sus **alegaciones** (fols. 712-755) en las que:

- Reproduce su reclamación, argumentando que la responsabilidad reclamada no es contractual sino extracontractual y que valora el daño en la precitada cantidad de 238.935,21 euros, más intereses legales.

- Se reserva el ejercicio de acciones penales por entender que en la fase probatoria se han podido cometer delitos: i) de *falsedad documental* (consistente en aportar informes y datos falsos ya que, por un lado, el representante de ACSL se ha presentado como Licenciado en Químicas cuando sólo lo es en Empresariales y ha aportado partes de trabajo contradictorios con los comprobados por la IPTSSR; y, por otro, TRSL ha sostenido que no había plagas en el *Ecoparque* en diciembre de 2017, cuando el informe de IPTSSR demuestra lo contrario y, además, ha aportado peritaciones de ACSL que no son objetivas pues dicha empresa depende funcionalmente de TRSL y testimonios de clientes del *Ecoparque* que son falsos, pues afirman que no hubo plaga en 2017); ii) *estafa* (consistente en que el CARR ha vendido a sabiendas material infestado); iii) *daños* (consistente en la propagación culpable de la plaga por las instalaciones de RGSL); y iv) *contra la salud pública* (al haber desatendido el CARR el requerimiento de desinfección hecho por la IPTSS).

-Sostiene que el origen de la plaga no está en el retraso de RGSL en las retiradas de material, sino en la entrega por el CARR de unas 100 t. de cartón infestado procedente del tercer trimestre de 2017 al que sólo se aplicaron tratamientos de control, pero no de erradicación de vectores.

-Aduce que la plaga en las instalaciones de RGSL no procedía de materiales almacenados previamente en ellas, sino exclusivamente del material procedente del *Ecoparque* como lo prueba: que apareció en la nave denominada *Azona* donde sólo se almacenaba material procedente del *Ecoparque*; que no apareció en naves en las que no había almacenado ningún material procedente del *Ecoparque*; y que apareció en cuantas naves había material procedente del *Ecoparque* y de otras procedencias

**4. El 16-01-2020**, los Servicios Técnicos del CARR emiten un **informe** sobre las alegaciones presentadas por **TRSL**, en el sentido de que las mismas no aportan información nueva ni relevante al expediente (fol. 775).

**5. El mismo 16-01-20**, los indicados Servicios Técnicos del CARR emiten otro **informe** sobre las alegaciones formuladas por **RGSL**, en el siguiente sentido (fols. 769-774):

-Que no se ha probado que el técnico de la empresa ACSL no sea Licenciado en Ciencias Químicas ni tampoco que no pertenezca a la Asociación de peritos judiciales. Además, no se ha probado que ACSL dependa funcionalmente de TRSL

-Que no se ha acreditado la falsedad de los partes de trabajo aportados por ACSL ya que, si bien los remitidos en el correo electrónico de 20-06-2018 a RGSL son distintos a los aportados en el informe pericial, hay coincidencia en fechas o servicios realizados, y su remisión se produjo antes de la reclamación de RGSL.

-Que, del informe emitido por la IPTSSR, no se deduce la existencia de plaga, quedando esta calificación circunscrita a los Delegados de prevención de la empresa y no de un Técnico.

-Que no hubo ningún problema de salud pública por falta de control de las cucarachas, porque: i) no es posible una erradicación total ya que estos RSU contienen materia orgánica y no se puede asegurar la ausencia de cucarachas en ellos; ii) lo que se realiza es un control; y iii) el cumplimiento del requerimiento administrativo de control se acredita por la ausencia de sanción.

-Que, respecto a una queja de otros clientes: i) la misma se circunscribe a que alguno de ellos “*se había quejado de que, en alguna partida, había salido este problema*”, pero dicha queja no supuso “*ningún problema para la gestión del material*”; ii) el reconocimiento de la existencia (correo electrónico de 22-04-2018) en el *Ecoparque* de 100 t. de papel-cartón del período anterior (último semestre de 2017), se sigue de la afirmación “*que no os corresponde retirar*”; y ii) no se aporta ninguna prueba que sustente la alegada falsedad de los certificados aportados por otros clientes.

-Que el CARR y RGSL sabían perfectamente que el cartón procedía de la línea gris del *Ecoparque* y, por tanto, sus condiciones de calidad.

**6. El 03-02-2020**, la Instructora del expediente emite la **Propuesta de resolución**

(fols. 776-779) en el sentido de que se desestime la reclamación presentada por RGSL, por no ser imputable el perjuicio alegado al funcionamiento del CARR, dado que no concurre el necesario nexo causal.

7. El **04-02-2020**, en sesión ordinaria, la Junta de Gobierno del CARR, a la vista de la citada Propuesta de resolución, acuerda la remisión del expediente al Consejo Consultivo de La Rioja y solicitar su dictamen al respecto.

### **Antecedentes de la consulta**

#### **Primero**

Por escrito de 25-02-2020, que tuvo entrada en este Consejo el día 27-02-2020, la Consejería de Sostenibilidad y Transición Ecológica (CSTE) remitió, para dictamen, la consulta reseñada en el encabezamiento.

#### **Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 27-02-2020, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

#### **Tercero**

El plazo administrativo para dictaminar quedó interrumpido entre el 14-03-2020 (ex DA 3ª y DF 1ª del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19) y el 01-06-2020 (ex art. 9 del RD 537/2020, de 22 de mayo, de 5ª prórroga de dicho estado de alarma).

#### **Cuarto**

Asignada la ponencia a la Consejera señalada en el encabezamiento, dicha ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día, de la Sesión allí mismo expresada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Preliminar

#### Ordenación del dictamen

Para una más clara y mejor exposición y comprensión de las múltiples cuestiones jurídicas que plantea este complejo asunto, ordenaremos los FJ de este dictamen, dedicando los seis primeros a cuestiones formales y preliminares de calificación y naturaleza jurídica; y los dos últimos a los aspectos de fondo, con la siguiente estructura general:

-En el **FJ.1**, analizaremos, como es habitual en la Función consultiva y exige nuestro Reglamento regulador, los **aspectos formales** de la intervención de este Consejo, es decir, nuestra competencia para dictaminar este caso, el contenido del dictamen y la legitimación activa para recabarlo.

-En el **FJ.2**, expondremos los aspectos **jurídicos** del ***Sistema de recogida y tratamiento de los RSU en la CAR***, de suerte que, al haber expuesto en el AHA1 sus aspectos fácticos, se complete así una visión general de dicho Sistema que es precisa para comprender el presente dictamen ya que, como señalamos en el precitado AHA1, conforma el **contexto** de la reclamación que nos ocupa.

-En el **FJ.3**, estudiaremos una primera cuestión preliminar y de calificación, cual es el **tipo de responsabilidad** reclamada.

-En el **FJ.4**, expondremos una segunda cuestión preliminar y también de calificación, cual es la **naturaleza jurídica de la acción** concretamente ejercitada.

-En el **FJ.5**, trataremos una tercera cuestión, igualmente preliminar y de calificación, cual es la **naturaleza jurídica de la contratación previa** entre RGSL, el CARR y TRSL.

-En el **FJ.6**, analizaremos las **consecuencias jurídicas** de dichas calificaciones previas.

-En el **FJ.7**, entraremos al **fondo** de la reclamación formulada para determinar la existencia o no de la responsabilidad reclamada.

-En el **FJ.8**, nos pronunciaremos sobre la **cuantificación** de la indemnización que, en su caso, proceda.

-Al final del dictamen, expondremos las **conclusiones** del mismo.

## Primero

### Sobre aspectos consultivos formales

#### 1. La competencia del Consejo para dictaminar este caso.

A) La reclamación que nos ocupa es peculiar porque: i) está dirigida contra el CAAR y su concesionaria TRSL; ii) alega daños y perjuicios, contractuales y extracontractuales, por un importe global de 238.935,21 euros y; iii) ha sido, sin oposición de la mercantil reclamante, tramitada por el procedimiento administrativo previsto en la LPAC'15 para instruir las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas,

Ahora bien, ninguna de esas singularidades del caso impide afirmar la **competencia** de este Consejo Consultivo para emitir el presente dictamen. En efecto:

B) Respecto a la responsabilidad **contractual**, es claro que la empresa reclamante (RGSL) la invoca pues ha sostenido en el expediente (cfr, p.e, fol. 18) que, en los contratos firmados con el CARR y TRSL, ha existido “*un incumplimiento contractual...al entregar materiales infestados con una plaga de cucarachas, los cuales son absolutamente inhábiles a los fines del contrato*”).

Pero la competencia consultiva de este Consejo en casos de responsabilidad contractual es también clara, pues el art. 191.3,c) LCSP'17 requiere un previo y preceptivo dictamen del Consejo Estado u Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma respectiva para las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros y, si bien esta cuantía se podrá rebajar por la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma, rebaja que la CAR no ha efectuado.

Tampoco es óbice a nuestra competencia para dictaminar este caso el hecho de que la reclamación sea dirigida por RGSL simultáneamente contra el CAAR (entidad concedente del servicio de tratamiento de RSU en el *Ecoparque*) y contra TRSL (empresa concesionaria de dicho servicio), ya que, como expondremos, RGSL esta contractualmente ligada con ambas en orden a la retirada y tratamiento de una concreta partida de cartón recuperado en el citado *Ecoparque* y, por tanto, ambas han podido, en principio, incurrir en algún incumplimiento contractual con respecto a RGSL, independientemente de las relaciones internas que las mismas tengan entre sí por virtud del contrato concesional que las vincula.

C) Respecto a la responsabilidad **extracontractual**, no hay duda de que la empresa reclamante (RGSL) también la invoca, pues ha sostenido en el expediente (cfr, p.e, fols. 39-42) que la propagación de una plaga de cucarachas por sus propias instalaciones en Navarra le ha generado daños y perjuicios que entiende causalmente conectados con las actuaciones del CARR y de TRSL, las cuales constituyen, a su juicio, un funcionamiento administrativo anormal del servicio público de tratamiento de RSU en el que fundamenta la reclamación de responsabilidad patrimonial que, con esa precisa denominación, ha presentado RGSL (cfr. fols.3 y 713).

Pero nuestra competencia consultiva en materia de responsabilidad extracontractual tampoco ofrece duda alguna, pues el art. 81.2 LPAC'17, relativo a la misma, establece que, *“cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma”*, sin que la CAR haya señalado una cuantía distinta a la expresada.

D) Respecto a la hipótesis de que nos encontráramos ante una reclamación **mixta**, esto es, basada tanto en daños y perjuicios contractuales como extracontractuales, hemos de señalar que los arts. 11g), de nuestra Ley reguladora (Ley 3/2001, de 31 de mayo, en la redacción dada al mismo por la Ley 7/2011, de 22 de diciembre), y 12-g), de nuestro Reglamento (aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero), no distinguen entre responsabilidad contractual y extracontractual, sino que establecen genéricamente que es preceptiva la consulta al Consejo sobre *“reclamaciones que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración pública”*, expresión que comprende tanto las reclamaciones de responsabilidad contractual como las de responsabilidad extracontractual y, por tanto, también las mixtas, esto es, las que puedan presentar ambos aspectos.

Pues bien, aunque esta fuera la hipótesis del presente caso, nuestra competencia para dictaminarlo tampoco ofrecería duda, ya que el mismo cumplen las siguientes **condiciones iuris** que implícitamente se desprenden de la precitada normativa reguladora de las reclamaciones contractuales y extracontractuales:

-**Reclamación única:** que se haya formulado una única reclamación o varias legalmente acumulables (ya que, si se formulan reclamaciones separadas y no legalmente acumulables, cada una ha de tener su propia tramitación procedimental).

-**Cuantía global:** que la cuantía reclamada sea global (ya que, si se reclaman cuantías diversificadas para cada tipo de responsabilidad, procede una tramitación también separada de cada una de ellas).

-**Límite cuantitativo:** que dicha cuantía global alcance un importe igual o superior a 50.000 euros (ya que el Consejo no está legalmente habilitado para dictaminar preceptivamente sobre ninguna

responsabilidad de cuantía inferior, sin perjuicio de que, en tal caso, se nos pueda consultar facultativamente).

**-Procedimiento único:** que se haya tramitado un único procedimiento administrativo en el que recaiga la consulta (ya que, si se tramitan dos o más procedimientos no acumulables, cada uno de ellos dará lugar, si procede, a su correspondiente consulta y dictamen).

**E)** Finalmente, hemos de advertir que todo lo anterior sólo se refiere al aspecto, previo y formal, de constatar la competencia de este Consejo para dictaminar el asunto, pero no significa que nuestro dictamen quede, posterior y sustantivamente, vinculado por la calificación que de dicho asunto hayan hecho los reclamantes o las entidades reclamadas durante la tramitación del procedimiento. En otras palabras, la competencia del Consejo para dictaminar este asunto es cuestión previa, pero no prejuzga el sentido o contenido del dictamen sobre otros aspectos de forma ni de fondo del asunto, incluido, por supuesto, la naturaleza jurídica de la responsabilidad que concurra en este caso, cuestiones todas ellas que trataremos más adelante.

Esto dicho, entendemos que este Consejo es, sin duda, competente para dictaminar, con carácter preceptivo, sobre el expediente que se nos ha remitido.

## **2. La legitimación del CAAR para consultar.**

La **legitimación activa** del CARR para dirigirnos la presente consulta, tampoco ofrece duda alguna, pues el art. 11-g) de nuestra precitada Ley reguladora (Ley 3/2001, de 31 de mayo, en la redacción dada al mismo por la Ley 7/2011, de 22 de diciembre), establece que, en la obligación legal de consultarnos sobre estas reclamaciones, están *“incluidos, en todo caso, los entes a que se refiere el ap.2 del art. 10 de la presente Ley”*, el cual (en la redacción dada al mismo por el art. 36,1 de la Ley 5/2008, de 23 de diciembre) incluye a los *Consortios de la CAR*, como es el CARR (según establece el art. 57.3 LSPR’03, en relación con el Dto. 4/1998 y con los vigentes ECARR’98), siempre que tales Consortios formulen sus consultas *“a través del titular de la Consejería competente por razón de la materia”*, que, en este caso, es la CSTE, a través de la cual el CARR nos ha dirigido la consulta.

## **3. El contenido del dictamen.**

En cuanto al **contenido** de nuestro dictamen, tampoco ofrece especiales dificultades puesto que el mismo es muy similar en los casos de responsabilidad extracontractual, contractual y mixta.

En efecto, el párrafo final del art. 81 LPAC’15 dispone que el dictamen consultivo deberá pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la

valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en esta Ley.

Es obvio que el precepto transcrito se refiere a los dictámenes sobre responsabilidad **extracontractual** y también que no existe un precepto semejante sobre el contenido de los dictámenes en materia de responsabilidad **contractual** o **mixta**, pero no menos evidente es que, al tener ambos tipos de dictámenes por objeto una pretensión indemnizatoria, el precepto transcrito puede ser aplicado analógicamente, a los dictámenes sobre responsabilidad contractual o mixta, de suerte que podemos afirmar que el contenido de los mismos ha de versar sobre: i) la existencia o no de algún incumplimiento contractual; ii) la determinación de a cuál o a cuáles de las partes contractuales pueden ser imputados los incumplimientos del contrato que se aprecien; iii) si existe o no nexo causal entre los incumplimientos contractuales detectados y los daños y perjuicios producidos; iv) la determinación y valoración, en su caso, de tales daños y perjuicios; y v) la fijación, si procede, de la cuantía y modo de la indemnización.

Baste, pues, con esta fijación preliminar del contenido de nuestro dictamen, sin perjuicio de lo que, como hemos anunciado, señalaremos más adelante sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad controvertida en el expediente que nos ha sido remitido.

## Segundo

### **Contexto de la reclamación: el sistema de recogida y tratamiento de RSU en la CAR (aspectos jurídicos).**

#### **1. Planteamiento.**

Si, como señalamos en el AHA.1, para comprender los hechos del presente caso era conveniente abocetar antes el **contexto** en el que los mismos se desarrollaron y que está constituido por el **sistema de recogida y tratamiento de RSU en la CAR**, cuyos *aspectos fácticos* expusimos en dicho AHA.1; hemos de completar ahora aquella visión con la de los *aspectos jurídicos* de dicho Sistema, para facilitar también la comprensión de las complejas cuestiones de carácter jurídico que plantea la reclamación presentada y el expediente remitido.

#### **2. El sistema medio-ambiental para el tratamiento de los RSU: régimen, concepto, clases, naturaleza, titularidad y responsabilidad.**

A) La gestión de los RSU constituye un problema mundial cuya regulación se enmarca en el general de conservación de la naturaleza. Desde el punto de vista jurídico, dicha gestión conforma, en la CAR, un sistema regulado por disposiciones multinivel

(internacionales, comunitario-europeas, estatales, autonómicas y locales). Esquemáticamente, el **régimen jurídico** de los RSU es el siguiente:

-En el ámbito internacional, la regulación parte del Convenio de Basilea de 22-03-1989, al que se adhirió la CEE (por Decisión 98/1993, de 01-02-93), la cual dictó seguidamente el Reglamento CEE 259/1993, de 01-02-93, luego sustituido, ya en el ámbito del Derecho de la UE, por el RUE 1013/2006, y por la vigente DMR'08 y otras disposiciones, como la LER.

-En nuestro Derecho interno, los RSU, en desarrollo de la LMi'73, fueron regulados por la LRSU'75 y actualmente lo están por la LERE'97 y la LCSC'11, en cuya aplicación se han dictado importantes reglamentos (como el RERE'98 y los aprobados por RRDD. núms 1481/2001 y 80/2015, recientemente sustituido por el RD 553/2020) e instrumentos de planificación (como el PEMAR'16-22).

-Por su parte, la CAR (que, como las demás CCAA, ostenta competencias medio-ambientales), ha regulado la materia en disposiciones como la LSDAR'94 y la LMAR'15, que dan cobertura a la planificación en la materia (actualmente, al PR'16-26).

-Las Entidades locales de la CAR regulan la recogida de RSU mediante Ordenanzas (en el marco de la LBRL'85 y la LALR'03).

**B)** En cuanto al **concepto y clasificación**, según los arts 3 DMR'08 y LRSC'11, **residuo** es “*cualquier sustancia u objeto del cual su poseedor se desprenda o tenga la intención o la obligación de desprenderse*”. Entre los residuos, se encuentran los RSU, es decir, los *sólidos* (por su estado físico) y *urbanos* (por haber sido generados en ciudades). A su vez, los RSU pueden ser: por su origen, *domésticos o comerciales*; y, por su separación previa, *de recogida selectiva* (los que han sido separados en origen de otros RSU para facilitar su posterior tratamiento y valorización) y *de fracción resto* (los que no han sido separados en origen de otros RSU sino recogidos en forma de *basura-masa* y requieren un posterior tratamiento para separarlos y poder valorizarlos). Finalmente, por su posibilidad de utilización posterior a su tratamiento, los RSU pueden ser *recuperables* (susceptibles de ser reincorporados al ciclo económico) o *irrecuperables* (destinados a su eliminación o a un vertedero). Para la identificación precisa de los RSU, cada tipo de ellos tiene asignado un código numérico en la LER.

**C)** Respecto a su **naturaleza jurídica**, los RSU fueron inicialmente asimilados a los recursos mineros (cfr. DA Única LMi'73) y regulados con técnicas parecidas a los minerales (cfr. LRSU'75), debido a su potencialidad para generar múltiples elementos aprovechables, muchos de ellos con la consideración de *materias primas* (lo que, por cierto, explica el empleo de este concepto en algunos documentos del expediente). De ahí

que, si bien los RSU irrecuperables y depositados en vertederos (por su naturaleza estática y de final de ciclo económico) pueden merecer (en analogía con los escoriales *ex art. 334.8 Cc*) la calificación de bienes *inmuebles* por adhesión al suelo o subsuelo que los soporta o alberga; sin embargo, los RSU recuperables, una vez separados y tratados, son *valorizables* (esto es, no desechables sino susceptibles de algún tipo de aprovechamiento) y (por su naturaleza dinámica y de ciclo económico aún abierto) son calificables como bienes *muebles* (*ex art. 335 Cc*), en su mayor parte *genéricos* (pues no se identifican específicamente sino por el género al que pertenecen), *fungibles* (pues cabe su sustitución por otros semejantes) y *deteriorables* (pues se deterioran por el tiempo o el uso de que sean susceptibles), como es el caso del cartón (cfr. *art. 337 Cc*), y pueden incluso alcanzar la consideración de *mercaderías*, es decir, de bienes con valor económico susceptibles de ser objeto de lícito comercio (cfr. *p.e.* *arts. 85 y 336 CCom*), si bien no giran en el tráfico con el régimen jurídico y económico que es propio de la plena utilidad que proporcionan los bienes *nuevos*, sino con el más limitado que corresponde a su consideración como bienes *reciclados*, esto es, procedentes del reciclaje de RSU, cuyo valor se reduce a la utilidad marginal que puedan prestar.

**D)** En cuanto a la **titularidad y responsabilidad**, *ex arts 17 a 19 LCSC'11*, los RSU son responsabilidad de sus poseedores hasta el que éstos los entreguen a las entidades encargadas de su recogida, en el tiempo y forma establecido por las Ordenanzas locales o por la normativa especial que los regule según su especie. Como quiera que estas normas prohíben (salvo autorización expresa) recuperar los RSU e incluso rebuscarlos en los contenedores de basura, hay que entender que, a partir de dicha entrega, los RSU son responsabilidad de las entidades públicas y privadas encargadas de su recogida, transporte y tratamiento, asegurando en todo momento su identificación para permitir el seguimiento (*trazabilidad*) de los mismos que las Administraciones competentes precisan para controlar su incidencia medio-ambiental.

### **3. La gestión de los RSU.**

#### **A) Principio de jerarquía.**

La gestión de los RSU es ordenada (en la DMR'08 y en la LRSC'11) con arreglo al *principio de jerarquía*, denominación no muy afortunada que, en rigor, significa que los gestores de RSU quedan sujetos a una prelación de opciones, es decir, como señala el punto 1.4.2 PDR'06-26, a una “*secuencia ordenada de modalidades de gestión..., ordenada de mayor a menor incidencia ambiental, que sirve para decidir la mejor*”. Tales opciones de gestión se resumen en las cinco siguientes, relacionadas por orden de prioridad electiva: i) la *prevención* de la producción de RSU; ii) la preparación para la *reutilización* de los RSU producidos; iii) el *reciclado* de los RSU susceptibles del mismo; iv) la *valorización*, es decir, la obtención de otro tipo de utilidad de los RSU, incluida la energética; y v) la *eliminación* de los RSU inútiles, como última opción valorativa.

## **B) La gestión de los RSU de recogida selectiva.**

La precitada normativa medio-ambiental (europea y estatal), en aplicación del principio general *quien contamina, paga*, ha estimulado que los RSU más caracterizados y susceptibles de ser fácilmente seleccionados en origen, sean recogidos y tratados mediante *Sistemas integrados de gestión* (SIG) o *Sistemas colectivos de responsabilidad ampliada del productor* (SCRAP) que engloban a las empresas que principalmente los generan, las cuales constituyen y financian convencionalmente una entidad sin ánimo de lucro para que, por cuenta de las mismas, se encargue de su recogida selectiva (en contenedores diferenciados, puntos, rutas u otros medios específicos) y de su tratamiento separado (en sus respectivas instalaciones).

Así, en España, diversas entidades sin ánimo de lucro (constituidas en forma de sociedades o asociaciones inter-empresariales) efectúan la recogida selectiva y el tratamiento diferenciado de ciertos RSU caracterizados, como son los *sanitarios*, *fitosanitarios* y *peligrosos*; las *pilas y acumuladores*; el *aceite vegetal* resultante de las cocinas domésticas; los *juguets*, el *calzado* y la *ropa* usados (recogidos en contenedores de color *naranja*); los *escombros* y residuos de construcción y demolición de pequeñas obras domiciliarias; el *vidrio* (que es depositado en los conocidos contenedores de color *verde claro* y tipo *iglú*, destinados a la Asociación inter-empresarial *Ec.* que asume el tratamiento posterior de este residuo); o el *papel y cartón* de origen *comercial* (que es depositado en los habituales contenedores *azules*, destinados a la entidad inter-empresarial *E.* que asume el tratamiento posterior de este residuo, como luego se expone con más detalle).

## **C) La gestión de los RSU de la fracción resto.**

Los demás RSU constituyen la precitada *fracción resto*, es decir, el conjunto general de RSU *comerciales* y *domésticos* que no han sido o podido ser objeto de clasificación en origen o de recogida selectiva, sino que aparecen como *basura-masa*. El vocablo *resto* puede inducir a confusión pues, si bien revela un importante aspecto cualitativo (consistente en la intención del legislador medio-ambiental de que esta fracción sea cada vez menor y llegue a ser verdaderamente *residual*), sin embargo no revela un también importante aspecto cuantitativo (consistente en que esta *fracción* es, en realidad, *general* pues integra todos los RSU, orgánicos y de cualquier otro tipo, que se depositen o retiren indiscriminadamente, como puede ser, entre otros, el cartón).

## **4. La competencia administrativa de gestión de los RSU.**

**A)** En España, la gestión de la expresada *fracción resto* (y, en general, de todos los RSU *domésticos* y *comerciales* cuya recogida y tratamiento no haya sido asignada por la normativa medio-ambiental a una concreta SIG o SCRAP) es, en principio, competencia

de la Administración pública *municipal* (ex arts. 25.2-b y 26.1-b LBRL'85), salvo en municipios de menos de 5.000 habitantes, en los que dicha competencia es *provincial*, pues corresponde (ex art. 36.1-c LBRL'85) a las Diputaciones provinciales u organismos equivalentes (como es la CAR, en cuanto que Uniprovincial, ex art.13 EAR'99), que también ostentan la coordinación en esta materia (ex art. 36.1-a LBRL'85). La entidad competente puede asumir directamente la gestión de los correspondientes RSU, atribuirle a un Consorcio público constituido al efecto o conferírsela, en todo o en parte (p.e, sólo la recogida y transporte), a una empresa mercantil especializada, mediante un contrato de concesión de servicio público, al amparo de la LCSP'17.

Obviamente, esta competencia de Municipios y Provincias implica la *potestad de ordenanza*, es decir, de dictar normas jurídicas de rango reglamentario en forma de *Ordenanzas* locales, pero (como recuerda el art. 12.5-a LCSC'11) tales normas deben entenderse siempre en el marco (general y sectorial) determinado por el ordenamiento comunitario europeo, estatal y autonómico y sin perjuicio del mismo, lo que conlleva, no su invalidez, pero sí su ineficacia, esto es, el efecto de desplazamiento e inaplicabilidad de las disposiciones locales que lo contraríen.

**B)** En concreto, la CAR ostenta, en su ámbito, competencias, por un lado, *de regulación* (tanto en materia de régimen local ex art. 9.8 EAR'99, como medio-ambiental, en concreto para dictar *normas adicionales* de protección del medio-ambiente ex art. 9.1 EAR'99); y, por otro, *de planificación* (para aprobar los PDR); así, respecto a estas últimas, los arts. 12.4-a, 12.5-a, 12.5-c.2, 14 y 16 LRSC'11 habilitan a las CCAA para aprobar los Planes (directores) autonómicos de gestión de residuos (PDR), como también había hecho la LR'98 y ratifica, en el ámbito de la CAR, el art. 25.1-c LMAR'17. En concreto, la CAR ha aprobado cuatro PDR: i) el *I PDR*, en 1997 (coincidiendo con la LERE'97); ii) el *II PDR*, para 2000-2006 (adaptado a la LR'98); iii) el *III PDR*, para 2007-2015 (aprobado por Dto 62/2008, de 14 de noviembre); y iv) el *IV PDR*, para 2016-2016 (aprobado por Dto 39/2006, de 21 de octubre y adaptado ya a la DMR'08 y a la LRSC'11), que es el vigente. Pero también tienen importancia las disposiciones administrativas *de organización* en esta materia, como son las relativas a los Consorcios.

## **5. Los Consorcios públicos para la gestión de los RSU: el CAAR.**

**A)** Acabamos de señalar que las precitadas entidades competentes pueden encomendar la gestión de los RSU a un Consorcio, por lo que conviene fijar este concepto en Derecho público.

La expresión *consorcio* (con minúscula) deriva del Derecho privado donde alude a cualquier contrato de convergencia de intereses (*vereimbarungen*) que implique una colaboración de los contratantes para lograr una finalidad de interés común. A este tipo pertenecen los antes citados convenios por los que las empresas productoras de RSU de

*recogida selectiva* constituyen y financian entidades sin ánimo de lucro para gestionarlos consorcialmente.

En Derecho público, dicha expresión (también con minúscula) conserva su sentido objetivo y contractual, para expresar la cooperación convenida entre un administrado y la Administración competente para lograr un fin de interés público, generalmente respecto a la explotación de un bien inmueble (como sucede con los consorcios forestales que fueron regulados en la CAR por el Decreto 4/86, de 31 de enero, en aplicación de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957).

Pero ahora nos referimos sólo al concepto subjetivo de *Consortio* (con mayúscula), que, en Derecho público, alude a una persona jurídico-pública compleja y de base asociativa (integrada por la Administración estatal o autonómica y por entidades locales) para lograr un fin de interés competencial común.

Ahora bien, el Consortio (en sentido subjetivo) presupone un convenio (es decir, un consorcio, en sentido objetivo) para crearlo (o para adherirse al previamente creado), que se perfecciona entre, por una parte, una Administración pública dominante (según los criterios del art. 120 LSP'15), a la que se adscribe el Consortio (y que normalmente ha promovido su creación); y, por otra parte, las demás entidades públicas o privadas que se consorcian (creándolo o adhiriéndose al ya creado) para conseguir un fin de interés público que es común a todos los integrantes, como puede ser la gestión de RSU que les compete en sus distintos ámbitos territoriales.

**B)** Con carácter general, los Consortios (en sentido subjetivo) están previstos en los arts. 118-127 LSP'15 y, en el ámbito de la CAR, en los arts 57-62 LSPR'03, siendo destacable el art. 57.3 LSPR'03 que considera *Consortios de la CAR* aquellos en los que ésta ostente una participación mayoritaria o decisiva según los criterios del art. 120 LSP'15. Además, en cuanto al régimen local de la CAR, los Consortios están reconocidos en los arts. 99, 219 y 220 LALR'03 como instrumentos de coordinación y racionalización de la estructura local riojana (cfr. nuestro dictamen D.32/02).

En concreto, para la gestión de los RSU, los Consortios están expresamente previstos: i) en el art. 26.2 LBRL'85, que permite consorciar esta gestión; ii) en los arts. 36.1, 98-f y 99 LALR'03, que permiten que los servicios de gestión de RSU sean prestados por los municipios por sí o agrupados en Consortios; y iii) en los arts. 12.5-a y 12.5-c.2 LRSC'11, que ratifican la regulación de esta materia mediante Ordenanzas locales, pero permiten la gestión municipal en forma asociada y la sujetan a los planes estatales y autonómicos al respecto, los cuales pueden prever la constitución de Consortios.

C) Al amparo de estas habilitaciones legales, el Gobierno autonómico ha creado dos importantes *Consortios de la CAR*: el *de extinción de incendios y salvamento* (CEIS) y el *de aguas y residuos* (CARR). El CARR (que es el que ahora nos interesa en su vertiente de entidad gestora de RSU), fue constituido mediante el Dto. 4/98 que también aprobó sus Estatutos (ECARR'98), configurándolo como una entidad de Derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propios. Actualmente, el CARR está integrado por la APCAR y todos los (174) Municipios de la CAR, que voluntariamente se han ido uniendo al mismo.

Los fines del CARR están establecidos en el art. 3.1 ECARR'98 y se resumen en, respecto a los entes consorciados, prestar los siguientes servicios: i) en materia de aguas (que no afecta a este dictamen): la exacción del *canon de saneamiento*; la construcción y explotación de las infraestructuras municipales de *abastecimiento* de agua potable; y el *saneamiento y depuración* de aguas residuales, con arreglo al PDS y a la LSDAR'94; y ii) en materia de residuos (que afecta a este dictamen), la gestión integral de los mismos, en el marco del PDR'16-26 y demás normativa vigente en la materia. Para esta última gestión, el CARR dispone de las instalaciones denominadas *Ecoparque*.

## **6. Las instalaciones de tratamiento de los RSU: el *Ecoparque*.**

A) A diferencia de los *vertederos*, destinados a recoger los RSU *irrecuperables*, los *Ecoparques* son instalaciones de tratamiento de RSU *recuperables* donde éstos se clasifican, reciclan y valorizan, con el objetivo de alcanzar la máxima recuperación de los mismos y eliminar sólo los inaprovechables, con el menor coste económico y medioambiental posible, todo ello con arreglo a la LRSC'11 (como norma de cabecera en la materia) y demás normativa vigente al respecto, en la que destacan los precitados PDR autonómicos.

B) En la CAR, como hemos señalado en AHA. Prel.2-B), el vigente PDR'16-26 prevé que el *centro* de referencia regional para el tratamiento de RSU sea el *Ecoparque*, cuyas instalaciones fueron, por encargo del CARR, proyectadas en **2002**, inauguradas en **2005**, puestas en pleno funcionamiento desde **2007**; y, previa licitación, adjudicada su explotación, en **2009**, a *SUFI SA*, quien constituyó al efecto a la empresa *TRSL* (cfr. fol. 226).

C) Así, mediante Acuerdo de **03-12-2009**, la Junta de Gobierno del CARR adjudicó, a la referida empresa *TRSL*, un contrato de concesión por 20 años del servicio de *clasificación, reciclaje y valorización de RSU municipales en La Rioja (Ecoparque)*, atribuyendo a dicha concesionaria (según la Base 3.2.2 PBT) “*la gestión y control de salidas de los subproductos reciclables de separación obligatoria, y en general la gestión de la recuperación de los materiales reciclables*” (cfr. fol. 320).

**D)** Ahora bien, en el *Ecoparque*, sólo se realiza el tratamiento de los RSU *domésticos* e indiferenciados en origen (no de los RSU *de recogida selectiva*), ya que el punto 2.4.2 PDRR16-26 (*Instalaciones de tratamiento*) únicamente le asigna las siguientes líneas de tratamiento (cfr. fols: 228-231):

-La **Línea gris**. Con una capacidad de 130.000 t/año, su objetivo es tratar los RSU procedentes de los contenedores municipales destinados al depósito cotidiano de la precitada fracción *resto* (recordemos que es la integrada por los RSU de tipo orgánico y otros que han sido depositados con ellos por los residentes de cada localidad sin clasificarlos en origen). Esta línea es llamada así porque dichos contenedores solían ser de color *gris*, aunque actualmente son más bien de color *verde oscuro* y, en algunos lugares, existen también otros de color *marrón* (destinados específicamente a RSU orgánicos). Estos materiales se someten, en una primera fase, a un proceso mecánico de *clasificación* (para separar la materia orgánica de otros elementos que pueden ser reciclados, como son los plásticos, el papel, el cartón, el vidrio o los metales). En una segunda fase, la materia orgánica separada se somete a dos procesos biológicos (de *metanización* y de *compostaje*) para obtener: i) un material *bioestabilizado* (que puede ser aplicado como abono en la agricultura); ii) un material *bioestabilizado* (con un alto contenido de impropios, utilizado como material de cobertura en el vertedero al que se envía el rechazo); y iii) un *biogás*, (que se aprovecha mediante cogeneración para producir electricidad, que es exportada a la red eléctrica, y un calor que es utilizado parcialmente en la propia instalación).

-La **Línea amarilla**. Con una capacidad de 10.000 t/año, su objetivo es clasificar los RSU recogidos selectivamente en los contenedores municipales destinados al depósito cotidiano de envases ligeros de plástico. Esta línea es llamada así porque dichos contenedores suelen ser de color *amarillo*. Estos materiales son clasificados según su tipología (plásticos PET, PEAD, PEBD, *brick*, y de otras modalidades). Para ello, esta línea cuenta con equipos automáticos de clasificación y separación similares a los de la línea *gris*.

-La **Línea de RSU voluminosos**. Con una capacidad de 3.000 t/año, su objetivo es recibir, desensamblar y reciclar los RSU *domésticos* de mayor tamaño (como mobiliario y electrodomésticos) que son depositados por los particulares en los *puntos limpios* municipales o retirados de sus domicilios, previo el pago de la correspondiente tasa y observando rutas específicas de recogida. No conviene denominar *azul* a esta línea, pues los contenedores *azules* no están destinados a este tipo de RSU, sino, como hemos señalado, al cartónaje *comercial*, que no es gestionado por el CARR sino por una entidad privada inter-empresarial y en instalaciones distintas al *Ecoparque*.

-**Línea de RSU de poda y jardinería**. Con una capacidad de 148.000 t/año, su objetivo es tratar el flujo de materia orgánica vegetal que procede de las operaciones de poda y cuidado de parques y jardines municipales; y que, al ser de gran calidad, se incorpora directamente al proceso de compostaje de la planta. No conviene denominar *verde* a esta línea, pues, como también antes hemos expuesto, los contenedores de color *verde oscuro* son destinados a la *fracción resto* y los de color *verde claro* (y de tipo iglú) y no están destinados a este tipo de RSU, sino al vidrio, que no es gestionado por el CARR sino por una entidad privada inter-empresarial y en instalaciones ajenas al *Ecoparque*.

## 7. En particular, los RSU consistentes en cartonaje.

**A)** Los RSU consistentes en cartonaje (papel-cartón) tienen asignado el código LER núm. 191201 y pueden, como hemos adelantado, tener origen *comercial* o *doméstico*.

**B)** Los RSU consistentes en cartonaje de origen *comercial* son de *recogida selectiva*, no conforman la denominada *fracción resto* y, por eso, no son recogidos por el CARR ni tratados en el *Ecoparque*, sino gestionados íntegramente por *E.*, que tiene las siguientes características: i) es una entidad privada y consorcial sin ánimo de lucro constituida en forma mercantil y cuya denominación completa es *Ecoembalajes España SA*; ii) está formada por las empresas que producen cartonaje o lo emplean como embalaje en España; iii) es la entidad gestora del SIG (ahora SCRAP) conformado por dichas las empresas para el tratamiento de este tipo de producto; y iv) se encarga (directamente o mediante convenio con las Administraciones locales) de la recogida del referido material, a través de los contenedores *azules* o de puntos, rutas u otras formas específicas de recogida; y v) asume y realiza el tratamiento de este tipo de RSU en sus propias instalaciones.

Además, *E.* tiene una cierta función de regulador oficioso de su sector económico, pues determina, en aplicación de la Norma UNE-EN 643 (*Lista europea de calidades estándar de papel y cartón para reciclar*), las ETMR, es decir, las especificaciones técnicas y estándares mínimos de calidad del cartonaje que gestiona, si bien los criterios para determinar cuándo este cartonaje de recogida selectiva deja de tener la consideración de RSU ya no es objeto de normación oficiosa (*soft law*) puesto que han sido fijados en la reciente Orden TED/426/2020; aunque, según su Anexo I.1, no es aplicable al cartonaje de recogida indiscriminada.

**C)** Los RSU consistentes en cartonaje de origen *doméstico* no proceden de los citados contenedores *azules* (cuyo contenido es gestionado por *E.* en sus propias instalaciones), es decir, no se trata de un cartonaje *pre-seleccionado* en origen y, por ello, susceptible de embalaje en un buen estado de conservación que permite una mejor valorización posterior; sino que procede de los antes referidos contenedores de color *gris, verde oscuro o marrón* (cuyo contenido es gestionado por el CARR en sus instalaciones del *Ecoparque*), es decir, se trata de un cartonaje incluido originariamente en la *fracción resto* de RSU que se entregan formando *basura-masa*, junto con materiales orgánicos y otros productos, de los que ha tenido que ser separado antes de su embalaje y posterior venta; y, por ello, su estado de conservación nunca puede ser igual al del cartonaje *comercial* pre-seleccionado en origen y normalizado por *E.*.

**D)** El punto 2.7.1 PDR'16-26 expresa que la recogida de los RSU (*domésticos* y de la *fracción resto*) consistentes en papel y cartón la asume, en la ciudad de Logroño, el Ayuntamiento y, en el resto de La Rioja, el CAAR, pudiendo ambas entidades

encomendarla a empresas contratadas al efecto. En concreto, el servicio está organizado de la siguiente manera:

-La **fase de recogida**, cuenta con tres *rut*as (Logroño, Rioja Baja y Rioja Media-Alta) y consiste en la retirada del material depositado por sus poseedores en los contenedores de color *gris, verde oscuro o marrón*, el mantenimiento y limpieza de éstos y el transporte del material recogido al *Ecoparque*.

-La **fase de tratamiento** se desarrolla en el *Ecoparque*, donde estos RSU consistentes en papel y cartón son objeto de la precitada *línea gris* de tratamiento consistente en que el material entregado es recibido, seleccionado y, si resulta aprovechable, embalado en fardos por la empresa concesionaria del *Ecoparque* (actualmente, TRSL).

-La **fase de valorización** se materializa en que los fardos de cartonaje aprovechable son almacenados en el *Ecoparque* para su venta, que compete realizar, no a la empresa concesionaria de su gestión (actualmente, TRSL), sino al CARR, pues el art. 3.2 ECARR'98, al enumerar sus competencias, establece que: “**corresponderá asimismo al CARR la producción, comercialización y venta de bienes que puedan generarse como consecuencia de la gestión de las instalaciones**”.

-La **fase de reintroducción** en el mercado de los materiales recuperados, se realiza mediante dos contratos interrelacionados (en rigor, dos fases contractuales, como enseguida expondremos): i) por el primer contrato (en rigor, primera fase contractual), el CARR adjudica determinados lotes a una empresa de tratamiento de RSU previamente seleccionada que los adquiere por un precio convenido; ii) por el segundo contrato (en rigor, segunda fase contractual), TRSL prepara los lotes y los entrega al adjudicatario, con el que pacta el tiempo y forma de las operaciones de carga y control de la trazabilidad posterior de los RSU.

**E)** El expediente que nos ocupa no se refiere a todos los RSU, sino sólo a un determinado conjunto de ellos, que se especifica (*genus limitatum*) mediante los siguientes criterios: i) *ratione loci*, es decir, por el lugar de su producción y almacenamiento, ya que sólo comprende los producidos en las instalaciones del *Ecoparque*; ii) *ratione temporis*, es decir, por su tiempo de producción, ya que sólo comprende todos los materiales que hayan sido producidos en dichas instalaciones durante un determinado periodo de tiempo, usualmente fijado en tres meses desde la firma del contrato; iii) *ratione materiae*, es decir, por el tipo de material recuperado (cartonaje); iv) *ratione formae*, pues ha de ser previamente embalado en fardos homogéneos que permitan su ordenado almacenamiento, carga y transporte); v) *ratione ponderis*, es decir, por el peso del mismo expresado en toneladas; y vi) *ratione numero*, es decir, por el número de fardos o balas producidos que es ordenado, a su vez, por lotes calculados para efectuar con ellos cargas completas de *camión-trailer* (es decir, tradicional, susceptible de cargar unas 20 t. por viaje) o de *camión-contenedor* (es decir, susceptible de transportar un contenedor de unas 10 t. por viaje).

## 8. Consecuencias del expresado contexto que son de interés en el expediente.

A) Por todo lo expuesto y como enseguida detallaremos, en el **presente caso**, el CARR pudo vender y vendió, a la empresa reclamante (RGSL), una partida de varias toneladas de cartón resultante de la *línea gris* (y, en menor medida, de la *amarilla*) del *Ecoparque*, la cual fue: i) previamente enfardada y cargada por la empresa concesionaria del mismo (TRSL); ii) luego recogida y transportada por la empresa compradora (RGSL), a sus propias instalaciones, sitas en Navarra; y iii) finalmente, almacenada, en dichas instalaciones navarras, junto con otros materiales semejantes y preexistentes, todos ellos propiedad de la referida empresa compradora (RGSL).

B) La **consulta** objeto de este dictamen nos ha sido formulada por el CARR y se refiere a una reclamación indemnizatoria que la empresa RGSL (como compradora de la precitada partida de cartón) ha dirigido solidariamente contra el referido CARR (como entidad vendedora) y contra TRSL (como empresa concesionaria del CARR para la gestión del *Ecoparque* en cuyas instalaciones se obtuvo, enfardó y cargó el cartón vendido a RGSL), para ser resarcida de los daños y perjuicios, por daño emergente y lucro cesante, que RGSL alega que se le han irrogado a consecuencia de una **plaga de cucarachas** que, oculta en el cartón comprado, no sólo lo inutilizó por completo sino que, además, infestó, por propagación, las instalaciones de RGSL a las que dicho material fue trasladado tras su compra, generando, a la referida mercantil compradora, costes por: i) eliminación del cartón comprado y de otros materiales que estaban almacenados en las mismas instalaciones y fueron infestados; ii) desinsectación de las naves continentales (sitas en Navarra); y iii) suspensión parcial de la actividad mercantil de la empresa durante las expresadas operaciones de saneamiento.

C) Como hemos anunciado, para dilucidar la cuestión de fondo, es preciso aclarar determinadas **cuestiones previas** que constituyen otros tantos problemas de calificación jurídica a los que dedicamos los siguientes FJ, cuales son: i) el tipo de responsabilidad reclamada; ii) la acción concreta ejercitada al efecto; y iii) la naturaleza jurídica de los contratos concluidos entre RGSL, el CARR y TRSL.

### Tercero

#### Sobre el tipo de responsabilidad reclamada

##### 1. Planteamientos al respecto.

La primera cuestión jurídica que debemos abordar con carácter previo es el tipo de responsabilidad que reclama RGSL pues, como hemos adelantado al analizar nuestra competencia consultiva (en el FJ.1), las partes mantienen, en el expediente que nos ha sido

remitido, dudas e incoherencias sobre si la misma invoca una responsabilidad contractual, extracontractual, mixta o incluso penal.

En el FJ 1, dejamos imprejuizada esta cuestión porque, como allí expusimos, la misma era indiferente para determinar los aspectos formales de nuestra intervención consultiva (como nuestra competencia para dictaminar o la legitimación para consultarnos el asunto), pero es relevante para resolver los aspectos materiales del fondo del expediente, por lo que procede abordarla ahora.

## 2. Planteamiento extracontractual.

La primera postura consiste en entender que dicha reclamación debe ser calificada como de *responsabilidad patrimonial*, esto es, de daños y perjuicios de carácter **extracontractual**. A favor de esta postura, militan, básicamente, los siguientes argumentos:

-La **denominación**. La propia mercantil reclamante la denomina *reclamación de responsabilidad patrimonial* (fol. 3) y, en sus alegaciones finales, ratifica esa denominación, añadiendo (fol. 713) que la presenta al amparo de los preceptos que estimó como reguladores de tales reclamaciones (arts. 139 y ss LPAC'92 y 6 del RD 429/1993) y, aunque tales disposiciones ya estaban derogadas cuando RGSL presentó la reclamación, la regulación seguía siendo sustancialmente la misma en las ya entonces vigentes LPAC'15 (arts. 13, 61, 64, 65, 67, 81, 82, 86, 91 y 96) y LSP'15 (arts. 32 y ss).

-La **asunción**. Dicha mercantil asume deliberadamente dicha calificación pues, tras recoger con detalle la jurisprudencia sobre la distinción entre la culpa contractual y extracontractual (fols. 750 a 752), concluye sus expresadas alegaciones finales apoyando su reclamación en el principio de indemnidad formulado en el art. 1902 Cc, relativo a la responsabilidad civil extracontractual (fols. 750 y 752).

-La **tramitación**. La Administración actuante, esto es, el CARR, tras un nuevo análisis de dicha jurisprudencia (fols. 321 y 322), también optó por entender que, pese a las peculiaridades del caso, la reclamación debía ser tramitada por el procedimiento de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, es decir, extracontractual (fols. 322), y, en efecto, tal procedimiento (contenido en la LPAC'15 y la LSP'15) ha sido el aplicado en este expediente (fol. 792).

-La **propagación**. Un último argumento consiste en entender que el régimen adecuado a esta reclamación debe ser el aplicable a los daños principales reclamados, los cuales derivan de la propagación de una plaga de cucarachas por las instalaciones de RGSL y no puede considerarse que la misma constituya un evento derivado causalmente de los contratos que vinculan a RGSL con el CARR y TRSL, ni siquiera ubicado en una órbita contractual, sino como un acontecimiento dañoso, posterior e independiente de tales contratos, que debe ser analizado con arreglo a los parámetros propios de la responsabilidad extracontractual, a efectos de determinar la imputación de los daños y perjuicios que el mismo haya podido irrogar a RGSL.

### 3. Planteamiento contractual.

Una segunda postura consiste en entender que dicha reclamación debe ser calificada como de daños y perjuicios derivados de un incumplimiento de contratos, esto es, como una reclamación de responsabilidad **contractual**. A favor de esta postura, militan, básicamente, los siguientes argumentos:

-La **declaración**. La misma empresa reclamante sostiene en la misma reclamación (fol. 18) que, en los contratos firmados por RGSL con el CARR y TRSL, ha existido “*un incumplimiento contractual...al entregar materiales infestados con una plaga de cucarachas, los cuales son absolutamente inhábiles a los fines del contrato*”. Esta declaración resulta contradictoria con la denominación (*de responsabilidad patrimonial*) que la propia empresa ha dado a su reclamación y con el asentimiento tácito que ha prestado a su *tramitación* como tal; pero dicha contradicción queda salvada puesto que, al consistir dicha declaración en una calificación jurídica específica efectuada por la reclamante para identificar su reclamación (*editio actionis*), ha de primar sobre el carácter genérico de aquella denominación y el tácito de aquel asentimiento.

-La **relatividad**. Dicha calificación no encierra una cuestión meramente nominal, sino que tiene sentido jurídico de fondo, porque RGSL no puede ser reputado un tercero damnificado y ajeno a los contratos que la vinculan con CARR y TRSL y de los que deriva la adquisición y traslado del cartónaje presuntamente infestado; por el contrario, RGSL es parte de dichos contratos, queda afectada por el principio de relatividad contractual *ex art. 1257 Cc* y no puede pretender que los mismos son relaciones jurídicas de otros (*res inter alios acta*) para presentarse como un alguien (*alius*) al que no afecta el sinalagma contractual.

-El **contradictorio**. La realidad procedimental abona la misma conclusión, porque, en el expediente, consta que, durante la fase contradictoria del procedimiento, se han debatido ampliamente cuestiones contractuales, tales como si el CARR estaba o no obligado a entregar cartónaje de una determinada calidad; si el mismo CARR o TRSL conocían y estaban o no obligados a advertir a RGSL de la existencia de la plaga; o si RGSL empleó o no la diligencia debida para, en tiempo y forma, prestar la garantía exigida, inspeccionar el material, retirarlo, transportarlo a sus propias instalaciones, mantener estas en las debidas condiciones higiénicas y custodiarlo allí, a su riesgo y ventura, hasta su ulterior comercialización o eliminación, y facilitar los documentos que posibilitan su trazabilidad.

-La **procedencia**. Una última razón estriba en entender que, en la tramitación, ha quedado suficientemente probado que la plaga propagada por las instalaciones de RGSL procedía del cartónaje adquirido contractualmente en el *Ecoparque* y no de otros materiales de RGSL existentes en las mismas.

### 4. Planteamiento intermedio.

Una tercera postura podría ser la de, partiendo del *principio de identidad del concepto de culpa ex art. 1104 Cc* (por la que dicho concepto es común a la contractual y la extracontractual e incluso a la penal) y de la *doctrina de la continuidad de la culpa*, (por la que ésta admite una gradación o escalidad que va desde sus manifestaciones civiles y administrativas más leves, de tipo contractual y extracontractual, a las más graves, de carácter disciplinario, sancionador o incluso penal), entender que nos encontramos ante

una reclamación **mixta**, es decir, de *responsabilidad contractual* (en la parte de daños y perjuicios que pudiera considerarse derivada de incumplimientos de contratos) y de *responsabilidad extracontractual* (en la parte de los mismos que fuera referible a un funcionamiento anormal del servicio público de tratamiento de RSU en el *Ecoparque*). Militarían a favor de esta postura los siguientes argumentos:

-La **separabilidad**, es decir, la posibilidad teórica de distinguir los daños irrogados en el material adquirido (que serían los de origen estrictamente contractual) de los demás causados a RGSL por la propagación de la plaga (que serían de naturaleza extracontractual).

-La **asunción** por las partes, ya que RGSL mezcla y suma en su reclamación pretensiones contractuales y extracontractuales y ambas han sido también globalmente consideradas, por CARR y TRSL, en sus alegaciones de refutación.

-La **equidistancia** que intelectualmente se supone a las posturas intermedias y que, en este caso, permitiría aducir los argumentos antes expresados en favor de las dos posturas precedentes y aplicarlos simultáneamente a aquellas partes de la reclamación que respectivamente pudieran calificarse como de responsabilidad contractual o extracontractual.

## 5. Planteamiento penal.

Una cuarta postura (que RGSL también apunta en el expediente) sería entender que los daños y perjuicios que nos ocupan no son imputables a título de culpa sino al de dolo o negligencia grave e inexcusable, por lo que serían constitutivos de una infracción punible, lo cual situaría el asunto, no en el ámbito de la responsabilidad *civil*, sino en la órbita de la responsabilidad **penal** *ex delicto*.

En apoyo de esta postura, RGSL ha alegado en el expediente el argumento de la **deliberación** por el que el CARR y TRSL habrían sido plenamente conscientes de la pre-existencia de una plaga de cucarachas en el *Ecoparque* y, sin embargo, entregaron contractualmente a RGSL un material que sabían que estaba infestado y ocasionado a propagación, lo que podría ser constitutivo de los delitos de estafa, falsedad, daños o contra la salud pública (fols. 712-755).

## 6. El criterio del Consejo Consultivo.

Expuestas sintéticamente estas cuatro posturas, este Consejo estima que nos encontramos ante una reclamación que debe ser reputada, únicamente y en su totalidad, como de daños y perjuicios por responsabilidad **contractual**; y ello por las razones antes aducidas en apoyo de esta postura y, además, por las siguientes:

### **A) La aplicación de la doctrina del ámbito de la culpa.**

La jurisprudencia alegada por las partes en el expediente (cfr, especialmente en fols. 751-752: SSTs de 02-07-1951, 18-06-1962, 11-03-1967, 17-03-1967, 03-05-1968, 24-07-1969, 09-03-1983, 18-03-1983, 05-07-1983, 26-01-1984, 19-06-1984, 09-07-1984, 09-01-1985, 16-12-1986, 03-02-1989, y 02-01-1990, entre otras), no hace sino recoger una antigua doctrina de Lógica jurídica (también asumida por la actual Sistemología jurídica) consistente en diferenciar, en la Teoría General del Derecho de obligaciones, la responsabilidad *contractual* de la *extracontractual*, atendiendo al **ámbito** en el que se ocasionan los daños y perjuicios; de suerte que éstos son: i) de responsabilidad *contractual*, cuando pueden ser conectados, de alguna manera, con un contrato previo en cuya órbita de cumplimiento o incumplimiento se irrogan, al lesionar posteriormente bienes o intereses legítimos de alguno de los contratantes; y ii) de responsabilidad *extracontractual*, cuando se irrogan *ex novo* a terceros que son ajenos a una previa relación contractual (aunque tales daños y perjuicios deriven del cumplimiento o incumplimiento de algún contrato ajeno al tercero lesionado) o cuando se irrogan a alguna de las propias partes contractuales, pero por hechos posteriores al contrato y que estén completamente desvinculados de la órbita contractual, es decir, del cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones recíprocas que las partes se deban por virtud de ese contrato.

Aplicando tal doctrina a este caso, es claro que (como enseguida expondremos con más detalle) RGSL quedó vinculada con el CARR y TRSL mediante un contrato único (aunque estructurado en dos fases contractuales, una de adquisición del cartón al CARR y otra de entrega del cartón por el TRSL) a consecuencia del cual adquirió el cartón presuntamente infestado, lo retiró del *Ecoparque* y lo trasladó a sus propias instalaciones en Navarra, por lo que: i) la empresa RGSL no puede ser considerada como un *tercero* damnificado que estuviera al margen de tal contrato, sino como una *parte* contractual que alega haber sufrido daños y perjuicios precisamente por el mal estado del material contractualmente adquirido y entregado; y ii) los daños y perjuicios que RGSL ha sufrido por la propagación de la plaga no pueden ser considerados como derivados de un *evento posterior y ajeno* a dicho contrato previo, sino como *causalmente vinculados* a tal contrato, ya que (como aduce la propia empresa reclamante, sin que los reclamados lo hayan refutado mediante pruebas suficientes) la referida propagación de la plaga que los ha motivado deriva precisamente del mal estado del material adquirido y entregado a través de dicho contrato y no de ningún otro evento o material ajeno al mismo.

### **B) Las previas relaciones contractuales como *condicio sine qua non* del daño.**

La palmaria contradicción en que incurre la empresa reclamante cuando, por un lado, denomina a su reclamación *de responsabilidad patrimonial* y, por otro, la fundamenta en *incumplimientos contractuales* en los que, a su criterio, han incurrido el

CARR y TRSL, debe resolverse calificando la reclamación como de daños y perjuicios *contractuales*, ya que, no sólo es evidente la existencia de un contrato entre RGSL, CARR y TRSL para la adquisición y retirada del cartón, sino que también lo es que este Consejo, como cualquier otro aplicador jurídico, no puede quedar vinculado por las calificaciones jurídicas que de sus relaciones efectúen las partes.

Y, en este sentido, entendemos que la vinculación entre las partes y los daños irrogados es contractual y no extracontractual porque, haciendo desaparecer mentalmente el referido contrato y sus alegados cumplimientos e incumplimientos, tales daños (tanto en el material adquirido y entregado como en los elementos contaminados por propagación de la plaga) no existirían o no podrían ser imputados a quienes ahora se reclaman, lo que indica que aquel contrato entre RGSL, el CARR y TRSL es *condicio sine qua non* de la reclamación presentada y, por tanto, constituye su órbita, marco o ámbito de referencia, tal y como exige la precitada jurisprudencia para entender que se trata de una responsabilidad de carácter contractual.

### **C) El carácter extrapenal de la culpa.**

Esto dicho, hemos de rechazar (y, además, de manera enérgica) la hipótesis de que nos encontremos ante un caso de responsabilidad **penal**, ya que, en nuestro sistema constitucional (cfr. arts 24, 25 y 117.e CE y 9.3 LOPJ'85), la apreciación de los delitos y la imposición de las penas es atribución exclusiva de la jurisdicción penal, a la cual la empresa reclamante no se ha dirigido, sino que se ha limitado a (incurriendo en un injustificable exceso) formular graves acusaciones sin pruebas suficientes del dolo o negligencia grave e inexcusable que alega; y a reservarse las acciones correspondientes (exponiéndose a encontrarse, por todo ello, como contrapartida, con una eventual reacción por acusación o denuncia falsas); por lo que, en suma, este Consejo entiende que los hechos alegados no presentan, en absoluto, indicios delictivos que deba poner en conocimiento del Ministerio fiscal *ex art. 262 LECrim*, sino que, antes al contrario, sólo constituyen eventos contractuales dañosos que deben ser resueltos en la vía administrativa en la que se han planteado.

### **D) La unidad de la acción.**

Por otro lado, hemos de desechar también la hipótesis intermedia de que nos encontremos ante una reclamación **mixta**, ya que, si bien la jurisprudencia antes citada admite casos en que la misma es posible, sin embargo el caso que nos ocupa no puede ser encuadrado entre ellos, ya que RGSL no reclama de forma separada los daños contractuales y los extracontractuales, sino que ejerce una única acción indemnizatoria por un importe único, global e indiviso, que pretende en una única reclamación, la cual ha sido tramitada en un también único procedimiento y todo ello sin oposición de ninguno de los interesados, por lo que sería injusto y artificioso *deconstruir* o dividir ahora una

reclamación que las partes han construido, presentado y tratado en todo momento de manera unitaria y, en ningún momento, han querido dividir.

Y no es que este Consejo se entienda vinculado por la actitud unitaria sostenida por las partes, sino que también la asumimos, al entender que, si (sobre unos mismos hechos dañosos en los que, como sucede en este caso, concurre identidad de personas, cosas y causas) se produce un eventual concurso de calificaciones jurídicas, es una exigencia sistémica (derivada de los antes referidos principios jurisprudenciales de unidad, identidad y continuidad del concepto de culpa) resolverlo aplicando (para imputar la responsabilidad a título de culpa), el criterio de la prevalencia, por el que: i) el régimen de responsabilidad más riguroso (como es el penal, por su tipificación legal y estricto enjuiciamiento) desplaza al más leve (como son el administrativo o el civil), si bien, como hemos visto, esto no sucede en el presente caso; y ii) el régimen de responsabilidad más específico (como es el contractual, por fundarse en un título expresamente consentido), desplaza al más genérico (como es el extracontractual, que sólo deriva de un hecho ajeno a un contrato entre las partes afectadas), que es lo que, a nuestro juicio, sucede en este caso, como hemos razonado.

#### **Cuarto**

#### **Naturaleza jurídica de la acción ejercitada por RGSL**

##### **1. La calificación de la acción.**

De lo anterior resulta que, en rigor, RGSL no ha ejercitado, en este caso, la acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual *ex art. 1902 Cc* (llamada *aquiliana* en las fuentes clásicas, por haber sido instaurada en un plebiscito del tribuno Aquilio del 286 a.C, cfr. *Digesto* 9.2.27.5), ni siquiera en su forma jurídico-administrativa de acción de *responsabilidad patrimonial ex art. 32.1 LSP'15*, sino una acción para exigir responsabilidad *contractual* a las personas jurídicas reclamadas.

Procede, pues, concretar ahora cuál es, en criterio del Consejo Consultivo, la concreta acción contractual que RGSL ha ejercitado en este caso; y, para ello, conviene antes desechar varias hipótesis.

##### **2. No consiste en una acción de reclamación por productos defectuosos: inaplicabilidad de la LCU'07.**

Ante la insistencia de la mercantil reclamante en que el cartonaje adquirido era totalmente inutilizable, pudiera pensarse que RGSL ha ejercitado la acción que instauraron las derogadas LPD'94 y LVBC'03 y que ahora recogen los arts 118, 128, 132 y 143 LCU'07, para exigir, solidariamente y durante 3 años, la resolución contractual y el

resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la adquisición de productos defectuosos, puesto que el art. 137.1 LCU'07 establece que *“se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación”*.

Pero tal idea debe ser desechada, ya que el art. 2 LCU'07 limita su ámbito de aplicación a las relaciones jurídicas entre empresarios y consumidores o usuarios, condición ésta última que no reúne RGSL, ya que es una empresa especializada en la gestión, tratamiento y transporte de RSU, pero no un usuario o consumidor de los mismos, máxime teniendo en cuenta que el art 3 LCU'07 restringe el concepto de consumidores y usuarios a *“las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”*, mientras que RGSL es una persona jurídica que, constituida como sociedad mercantil, actúa en el ámbito de su propio objeto social.

Además, el cartónaje no está incluido en el catálogo de productos afectados por la LCU'07, aprobado por el RD 1507/2000, al que se remite la DT 2ª LCU'07 y, mucho menos, si, como sucede en este caso, se trata de un cartónaje procedente de RSU.

### **3. Tampoco consiste en una acción de saneamiento por vicios ocultos: aplicación de la *doctrina aliud pro alio*.**

Desechada la acción de productos defectuosos, cabría pensar si nos encontramos ante el ejercicio de la vieja acción *edilicia* (así llamada por haber sido instaurada en los edictos de los ediles curules encargados de la disciplina romana de los mercados), denominada ***redhibitoria*** en las fuentes clásicas (cfr. *Digesto* 21.1.1.1) y ***de saneamiento por vicios ocultos*** en los arts. 1484 y ss Cc, para compraventas civiles, y los arts. 327 y ss. CCom, para compraventas mercantiles; por la que el adquirente de mercaderías defectuosas, por encerrar vicios ocultos (en este caso, sería la plaga latente de cucarachas), pretende rescindir por completo el contrato de adquisición, con devolución de las mutuas prestaciones y el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados.

Pero esta hipótesis edilicia debe ser también abandonada, porque la jurisprudencia (a partir de la STS de 23-03-1982, cfr. SSTs de 27-11-1999, 01-07-2002, 09-03-2005, 04-04-2005, 15-12-2005, 06-11-2006 y 09-07-2007), atendiendo a la mayor fugacidad del plazo de prescripción de las acciones edilicias (4 días, para compraventas mercantiles de cosas envasadas o embaladas ex art. 336 CCom; 30 días, ex art. 342 CCom, para el resto de compraventas mercantiles; y 6 meses, ex art. 1490 Cc, para compraventas civiles; frente al año, que art. 1968.2 Cc fija para la acción *aquiliana*; y a los 5 años, que el art. 1964.2 Cc asigna a las acciones personales), ha entendido que, cuando lo adquirido no son cosas *específicas* aquejadas de leves vicios, sino cosas *genéricas* (como, en este caso, es el cartónaje) con vicios graves que las hagan inútiles para el uso al que se destinan (como, en

este caso, es la infestación por cucarachas), debe entenderse ejercitada la acción resolutoria del art. 1124 Cc, aplicando a tal efecto la conocida ficción jurídica *aliud pro alio*, consistente en estimar que, si la cosa entregada es absolutamente inútil para el fin al que se la destina, por carecer de las cualidades previstas en el contrato o presupuestas por las partes al tiempo de su celebración, existe el mismo incumplimiento contractual que si se hubiera entregado una cosa distinta (*aliud*) en vez (*pro*) de la pactada (*alio*).

#### **4. Consiste en la acción resolutoria con resarcimiento ex art. 1124 Cc.**

La expresada aplicación jurisprudencial de la *fictio iuris* inherente a la doctrina *aliud pro alio* lleva, en efecto, a entender, en el presente caso i) que la entrega a RGSL de un material totalmente inhábil (por la plaga latente en el mismo) para el uso (reciclaje) al que se pensaba destinarlo implica un incumplimiento contractual equivalente al que se hubiera producido de haberle sido entregada una cosa distinta a la contratada; y ii) que la reclamación presentada al efecto por RGSL implica el ejercicio de la acción *resolutoria* por incumplimiento contractual ex art. 1124 Cc, que es inherente a todo contrato sinalagmático del que deriven obligaciones recíprocas y a la que el actor puede añadir, como ha sucedido en este caso, la pretensión indemnizatoria por los daños y perjuicios causados, es decir, la acción de responsabilidad contractual para obtener el resarcimiento de los mismos ex art. 1101 Cc.

Recordemos: i) que el art. 1124 del Cc establece, en lo que ahora nos interesa, que “*la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y el abono de intereses en ambos casos*”; y ii) que el art. 1101 Cc, establece que “*quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquella*”.

La misma acción de resolución y resarcimiento es recogida, para la compraventa mercantil en sus distintas modalidades, en los arts. 329 y ss CCom. y (habida cuenta de la naturaleza mercantil que, como explicaremos en el FL siguiente, presenta el contrato que nos ocupa), entendemos que es la ejercitada por RGSL en el presente caso.

## Quinto

### Naturaleza jurídica de la contratación previa

#### 1. Las *singularidades* de la contratación para recomercializar los RSU recuperados en el *Ecoparque*.

Fijada en los dos precedentes FJ la naturaleza jurídica de la responsabilidad (contractual) reclamada y de la concreta acción (resolutoria y resarcitoria) ejercitada en la misma, queda por aclarar, en el presente FJ, una tercera cuestión previa que hemos anunciado, consistente en determinar cuál sea la naturaleza jurídica del o de los contratos cuya resolución con resarcimiento pretende la mercantil reclamante, cuestión esta que tampoco ha sido suficientemente aclarada durante el procedimiento, por la sencilla razón de que las partes han intervenido pensando que, en el mismo, sólo se trataba de dilucidar una responsabilidad extracontractual con algunas *singularidades* (cfr. fol. 322 y AHA 4.3).

Pero precisamente esas *singularidades* son las que, como hemos expuesto, determinan que el presente caso no se sitúe en la órbita extracontractual sino en la contractual y que, como seguidamente se expone, presente también, en ésta última, las especialidades propias de la contratación para recomercializar los RSU recuperados en el *Ecoparque*.

#### 2. La estructura *bifásica*: el binomio *titularidad-gestión*.

Una primera especialidad radica en la **estructura** de esta contratación. Comencemos manifestando que los RSU recuperados en el *Ecoparque* son objeto (en la etapa económica del tratamiento de RSU que antes hemos denominado de *recomercialización*, es decir, la que tiene por objeto reintroducir en el mercado los RSU recuperados que sean susceptibles de alguna utilidad económica), de una peculiar contratación, cuya singularidad estriba en que se instrumenta mediante **dos contratos aparentemente autónomos**, pero que, en rigor sistémico, más bien integran un **único negocio jurídico-contractual**, que es **complejo** porque consta de **dos fases convencionales interrelacionadas**:

-El primer contrato aparentemente autónomo, pero que, en rigor sistémico, sólo constituye la primera fase convencional del referido negocio jurídico-contractual complejo, consiste en un acuerdo de voluntades por el que el CARR, como *dominus rei*, es decir, como titular de los RSU recuperados en el *Ecoparque*, los adjudica por lotes a una o varias empresas previamente seleccionadas (en este caso, a RGSL), las cuales pagan un precio por los lotes adjudicados y se obligan a retirarlos del *Ecoparque* en las condiciones de tiempo y forma que, dentro de los márgenes generales señalados en la adjudicación, sean convencionalmente concretados por la

concesionaria del *Ecoparque* (actualmente, TRSL) con las empresas adjudicatarias en una segunda fase contractual.

-El segundo contrato aparentemente autónomo, pero que, en rigor sistémico, constituye la referida segunda fase convencional del expresado negocio jurídico-contractual complejo, consiste en un acuerdo de voluntades por el que la empresa concesionaria del *Ecoparque* (actualmente, TRSL), como *gestor rei*, es decir, como encargada de la gestión de dicho *Ecoparque*, concreta, con la empresa o empresas adjudicatarias (en este caso, con RGSL), las condiciones de tiempo y forma en que éstas realizarán la retirada de los distintos lotes de RSU que les hayan sido adjudicados en la primera fase contractual.

### 3. La incidencia de la concesión de servicios de gestión del *Ecoparque*.

A) El planteamiento que acabamos de hacer revela la existencia de un **contrato previo** que, siendo (esté sí) verdaderamente **autónomo**, es, sin embargo, el que explica sistémicamente la estructura compleja del negocio contractual que nos ocupa y la conexión entre las dos fases convencionales que lo integran. Se trata del contrato de **concesión administrativa de servicios**, por el que el CARR, como titular del servicio público en que el *Ecoparque* consiste, cedió onerosamente su gestión a la empresa TRSL, quedando ésta obligada, en general, a separar, recuperar y reinsertar en el tráfico mercantil los RSU aprovechables obtenidos en dicho *Ecoparque*.

Este contrato administrativo de concesión de un servicio público para su gestión rentable implica, para TRSL, entre otras obligaciones derivadas, la de realizar, en particular, cuantas actividades sean precisas para implementar la segunda fase convencional antes citada, esto es, la dirigida a la entrega y ejecución material de las adjudicaciones de RSU que hayan sido decididas por el CARR en la primera fase convencional.

Tales actividades son principalmente las de embalar o enfardar los RSU en tantos lotes como hayan sido adjudicados, custodiarlos mientras permanezcan almacenados en las instalaciones del *Ecoparque*, ponerlos a disposición de la empresa o empresas que resulten adjudicatarias de los mismos, cargarlos en los medios de transporte facilitados éstas, controlar las entradas y salidas de los cargamentos, así como requerir la documentación que permita la trazabilidad ulterior de los RSU retirados del reiterado *Ecoparque*.

B) Por todo ello, el negocio jurídico-contractual y complejo que estamos analizando, siendo *bifásico*, pues opera en las dos referidas fases convencionales, es, a la vez, *trilateral*, pues vincula a tres entidades: i) en primer lugar, al CARR que adjudica la retirada de los RSU; ii) en segundo término, a la empresa o empresas adjudicatarias

(RGSL, en este caso) de concretos lotes de RSU; y iii) por último, a TRSL que, una vez preparados los lotes, los pone a disposición de los adjudicatarios.

Esto implica que no debemos hablar, en rigor, dos negocios jurídicos (un contrato que vincula al CARR con RGSL y otro que vincula a RGSL con TRSL), sino de un único negocio complejo que vincula a las tres entidades.

Ahora bien, y esto es muy importante resaltarlo desde ahora, esa *trilateralidad* no significa que estemos ante un contrato con *tres partes* contractuales situadas en otras tantas posiciones jurídicas contrapuestas, sino ante un único **contrato de dación de cosas** con las dos tradicionales posiciones jurídica de *transferente* (*tradens*) y *accipiente* (*accipiens*), pero con la peculiaridad de que una de esas dos posiciones jurídicas, en concreto la de *transferente*, está dividida entre dos entidades (el CARR, que perfecciona el contrato con RGSL; y TRSL, que lo consume mediante la entrega consensuada de la cosa a RGSL), mientras que la de *accipiente* corresponde a una sola entidad (la empresa RGSL como adjudicataria del cartónaje, que perfecciona el contrato con el CARR y lo consume con TRSL).

Esta *trilateralidad* pero con **sólo dos posiciones contractuales** ha sido intuita por los intervinientes en el procedimiento que nos ocupa y es la que explica tanto la responsabilidad solidaria que RGSL reclama contra el CARR y TRSL como la unicidad dicha reclamación y del procedimiento que el CARR ha instruido para tramitarla.

C) Adviértase que la técnica convencional empleada para la construcción técnica de la que hemos denominado *segunda fase negocial* carece de virtualidad para convertirla en un contrato autónomo, como lo prueba que la concesionaria (TRSL) no puede elegir al adjudicatario (pues le viene predeterminado por el CARR), ni tampoco puede fijar el precio o la cantidad de los lotes (elementos ambos esenciales que también vienen prefijados por el CARR), sino sólo concretar las condiciones de tiempo y forma de la entrega (y ello también dentro de los límites generales predeterminados al respecto por el CARR).

En suma, esta segunda fase sólo significa que el CARR, para ser coherente con la previa concesión del servicio y respetar la posición institucional de la empresa concesionaria del mismo como gestora del *Ecoparque*: i) se ha limitado a fijar el marco de las condiciones generales relativas al tiempo y forma de la entrega de los RSU adjudicados; ii) ha renunciado a fijarlas todas ellas con detalle; iii) ha remitido dicha fijación detallada a un acuerdo de voluntades entre la concesionaria y el adjudicatario; y iv) ha dividido la posición contractual de *transferente* para reservarse la perfección del contrato, en una primera fase contractual en la que el mismo se adjudica aceptando la oferta de RGSL; y atribuir la consumación del mismo a TRSL en una segunda fase contractual en la que se produce la entrega consensuada de la mercancía a RGSL.

#### 4. El carácter *asimétrico*.

A) Debe repararse también en que el negocio jurídico-contractual complejo que nos ocupa no es *simétrico* (en el sentido de que las dos fases de que consta sean *aequae-principales*), sino **asimétrico** (en el sentido de que primera fase tiene carácter de *principal* porque en ella se realiza la *perfección* del contrato, mientras que la segunda tiene un carácter *derivativo*, porque se limita a dar *eficacia* al contrato previamente perfeccionado).

Esta asimetría se aprecia mejor desde la perspectiva jurídico-real del negocio, es decir, considerando que, al ser, como hemos adelantado, un **contrato de dación de cosas**, es *traslativo del dominio* (en este caso, de los RSU adjudicados) y, por ello, le es aplicable la *doctrina del título y el modo* (que nuestro Derecho arbitra para la adquisición de derechos subjetivos sobre las cosas, al establecer, en el art. 609 Cc que la propiedad se adquiere, entre otras formas, “*por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*”) y queda claro que es en la primera fase cuando se transmite la *titularidad* de los RSU que, del CARR, pasa a la empresa adjudicataria; mientras que la segunda fase se limita a instrumentar la *entrega* material de los mismos. En otras palabras, la primera fase proporciona el **título** traslativo del dominio de los RSU adjudicados pues constituye al adjudicatario en comprador de los mismos con derecho a reivindicarlos; y la segunda realiza el **modo**, esto es, la *traditio* o entrega posesoria de los mismos, pues confiere al comprador la condición de propietario de lo comprado.

Ahora bien, esto significa que la **causa** del negocio (es decir, el elemento esencial de la contratación que, a efectos del art. 1261 Cc, explica la razón de la traslación de la titularidad sobre los RSU correspondientes) reside en la primera fase, no en la segunda. De ahí que dicha primera fase sea la *principal*, pues, en rigor, es la que manifiesta la *unidad* del negocio, porque lo determina en cuanto a su *existencia*, *perfección* y *validez* al expresar la concurrencia del consentimiento sobre la cosa y causa del contrato (cfr. arts. 1262.1 y 1450 Cc). La segunda fase es *derivativa*, pues, en rigor, se limita a prestar *eficacia* al negocio previamente perfeccionado, aunque reviste la trascendencia de instrumentar la entrega por la concesionaria de los RSU adjudicados y, por tanto, de determinar el efecto traslativo de su dominio (cfr. art. 1095 Cc) y también, como veremos, la inversión del régimen de los riesgos por peligro de perecimiento de la cosa (arts 1096, 1181 y 1452 Cc).

B) Es más, esta asimétrica *relación de complementariedad* que manifiesta la segunda fase con respecto a la primera es la que propiamente revela que no estamos ante dos relaciones contractuales autónomas, sino sólo ante una única de carácter trilateral pero con sólo dos posiciones contractuales y que la apariencia de que existen dos contratos (uno entre el CARR y RGSL; y otro entre TRSL y RGSL) sólo se debe a que las partes que

ocupan la posición del *transferente* han escindido en dos momentos convencionales la creación del *título* traslativo de la titularidad y la ejecución del *modo* posesorio.

En otras palabras, la especialidad del negocio que nos ocupa no es tanto que sea *asimétrico*, sino que tanto el *título* que lo perfecciona, como el *modo* que lo ejecuta han sido contruidos con la técnica convencional para respetar: i) por un lado, la relación *concesional* existente entre el CARR que transmite la mercancía como dueño que es de ella y TRSL que la entrega como gestora que es del *Ecoparque* en que dicha mercancía se genera y almacena; y ii) por otro, el carácter de *tracto sucesivo* que tiene dicho negocio, en cuanto que se refiere a *cosas esperadas* (como es el cartonaje que vaya generándose en el *Ecoparque* a lo largo del trimestre siguiente al de perfección del negocio), las cuales han de ser, en consecuencia, entregadas paulatinamente en lotes cuyas condiciones de entrega han de pactarse entre el *accipiens* (en este caso, RGSL) y la entidad entregadora (en este caso, TRSL) que actúa, en sus relaciones internas con el CARR, como *concesionaria* del servicio de gestión del *Ecoparque*, pero, en sus relaciones externas con RGSL, como parte contractual *transferente* encargada, no de la *perfección* del negocio, pero sí de su *consumación* mediante la entrega de la mercancía.

En efecto, en negocios jurídico-traslativos de estructura simple, como la compraventa, las partes convienen en celebrarlos y efectivamente los celebran al prestar el consentimiento, de suerte que la entrega (*traditio*) posterior es un acto obligado que, si bien implica siempre un consentimiento mutuo, no requiere ser realizado mediante una convención explícita; pero, en el negocio jurídico complejo que nos ocupa, la entrega requiere la intervención del concesionario y, por eso, ha sido preciso: i) por un lado, arbitrar una *segunda fase* convencional, en la que dicho concesionario fije explícitamente con el adjudicatario las condiciones sobre el tiempo y forma en que ha de realizarse dicha entrega; y ii) por otro, dividir la posición contractual de *transferente* entre el CARR, encargado de la perfección del contrato de dación y TRSL, encargada de su consumación mediante la entrega de la cosa al *accipiente* (en este caso, a RGSL).

La empresa concesionaria de la gestión del servicio se erige así en un elemento personal necesario del contrato porque, sin ella, no puede instrumentarse la fase de entrega del cartonaje. Por eso, no es que haya un contrato entre CARR y RGSL y otro entre RGSL y TRSL, sino uno sólo de dación de cosas futuras en el que tanto la presencia de tres entidades (el CARR, TRSL y RGSL) como la división de la posición de *transferente* entre las dos primeras y la construcción del negocio mediante la técnica de dos fases convencionales, se explica, no sólo por la naturaleza de dación de cosa esperada que tiene el negocio y que explica la forma de entrega pactada, sino también por la existencia de un contrato concesional previo entre CARR y TRSL que exige que dicha entrega sea efectuada por la empresa concesionaria.

Pero téngase en cuenta que la posición jurídica de la concesionaria (TRSL) en el contrato que nos ocupa no es la propia de un *factor* comercial o *representante* mercantil, que intervenga por un mandato interno (*quod iussu*), por una representación indirecta (*fiducia cum amico*) o por otra relación mercantil o laboral (*dependencia*) que la vincule con el vendedor del cartónaje (el CARR); cuanto la propia de lo que las fuentes clásicas (p.e, *Digesto* 14.1) denominaban un *praepositus* (es decir, una persona de confianza instituida de forma patente ante terceros por el dueño de un negocio para llevar éste a cabo, esto es, para consumir sus efectos mediante la entrega, en un tiempo o lugar posterior), y que intervenía como añadido a dicho negocio (*adiecticia qualitatis*), al ejemplo de lo que sucedía, en los negocios marítimos, con el capitán de una nave (*magister*) que actuaba por el armador (*exercitor*) para entregar el cargamento en el puerto de destino y, en los negocios terrestres, con el viajante (*institor*) que actuaba por el comerciante para entregarlo más tarde o en otro sitio.

En Derecho romano, estas relaciones originaban las denominadas *actiones adiecticiae* que, como la *exercitoria* o la *institoria*, podía dirigir, contra el dueño del negocio, quien lo había realizado con un *praepositus* (aunque, para ello, se requería, como en las acciones *de peculio*, *quod iussu* o *in rem verso*, es decir, en todas las demás acciones *adyecticias*, una trasposición de personas, de suerte que, como demandado, figuraba, en la *editio actionis*, el *praepositus*; pero, en la *condemnatio*, aparecía el verdadero *dominus negotii*).

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, esa *praepositio* se ha instrumentado, por el Derecho Administrativo, con más nitidez y sin necesidad de acudir a ficciones de trasposición, mediante la técnica concesional que vincula contractualmente, por un lado, al CARR (como concedente de la gestión del *Ecoparque*) y, por otro lado, a TRSL (como concesionaria de dicha gestión).

Precisamente por la patencia de esa relación previa ante terceros y por la inevitabilidad de la intervención de TRSL en la fase de entrega del cartónaje es por lo que RGSL ejerce solidariamente (*in solidum*) la acción de responsabilidad contractual, no sólo contra el dueño del negocio (el CARR que adjudica y vende el cartónaje), sino también contra la concesionaria de la gestión del *Ecoparque* (TRSL que lo prepara y entrega). Pero, en el bien entendido de que la acción ejercitada por RGSL no es una vieja acción *adyecticia*, ni tampoco una acción jurídico-administrativa concesional (que sólo compete a las partes implicadas en la concesión), sino la acción privada (civil-mercantil) de resolución contractual con resarcimiento de los arts 1124 y 1101 Cc y cc. del CCom, que el *adquirente* (*accipiens*, en este caso RGSL) dirige solidariamente contra las dos entidades que integran la posición contractual de parte *transferente* (*tradens*, en este caso el CARR y TRSL)

C) Repárese, por último, en que no es sólo la coherencia con el previo vínculo concesional que existe entre CARR y TRSL (*ratio concessionis*) la que determina el carácter *bifásico*, *trilateral* (aunque con sólo dos posiciones contractuales) y *asimétrico* del contrato que nos ocupa y que lo acerca a la antigua contratación con persona interpuesta, sino también la coherencia con el posterior carácter pautado de las prestaciones de entrega (*ratio traditionis*) y que lo acerca a la contratación de los suministros.

En efecto, el contrato del que tratamos no es de los denominados *instantáneos* que se consumen (realizan sus efectos) *uno actu*, es decir, mediante una única prestación de dar o hacer (por ejemplo, mediante una única entrega del material adquirido, como sucede en el contrato de compraventa de un bien específico o en el de donación manual de bienes muebles); sino que es de los llamados de *tracto sucesivo* que se consuman (completan su eficacia) mediante una pluralidad de prestaciones de dar o hacer (por ejemplo, mediante varias y sucesivas entregas del material adquirido, como sucede en el contrato de suministro de bienes genéricos o el de fabricación por encargo y entrega por lotes de bienes seriados).

En estos últimos casos, la entrega se convierte en un acto complejo, fraccionado y de realización parcializada, que requiere pactar previamente sus condiciones en cuanto a forma, volumen, cantidad, espacio, lugar y tiempo, por lo que precisan, en muchos casos, acudir a fórmulas características de la contratación entre ausentes, como la de señalar a un delegado o gestor que se encargue de llevarlas a cabo, función ésta que aquí ha correspondido a TRSL, para la carga y entrega del cartonaje, y, por parte de RGSL, a sus porteadores o transportistas, para su recepción y conducción hasta las instalaciones de destino.

## **5. El carácter *adhesivo* y *cogente*.**

Ahora bien, el negocio complejo que analizamos, aunque se estructura en dos fases construidas con la técnica convencional, es más bien de los denominados *de adhesión* porque la empresa adjudicataria (si bien puede, obviamente, negarse a contratar), una vez que ha aceptado participar en el proceso selectivo de ofertas y, sobre todo, una vez que se ha convertido en adjudicataria del negocio, debe aceptar las *condiciones generales* impuestas por el CARR para la perfección del mismo y sólo dispone de un pequeño margen de maniobra para, dentro del marco general diseñado por el CARR, pactar con TRSL el detalle concreto, es decir, las *condiciones particulares* referentes al tiempo y forma de la retirada (esto es, de la entrega) de los RSU adjudicados.

Pero es de advertir que el CARR y TRSL, al establecer las condiciones de la contratación que les respectivamente les corresponde en cada una de las dos fases del negocio que nos ocupa, también están vinculados por el *marco regulatorio* establecido en la normativa vigente sobre gestión de RSU, que, como hemos adelantado, es *multinivel*

(compuesta por normas internacionales, comunitario-europeas, estatales, autonómicas e incluso locales), y por las exigencias derivadas del contrato de concesión de servicio para la gestión del *Ecoparque*.

En suma, si bien es cierto que el negocio que analizamos tiene un fuerte componente *adhesivo*, no lo es menos que presenta también un fuerte componente de regulación externa obligatoria (*ius cogens*), cuyo cumplimiento las partes no pueden eludir.

## **6. El carácter *mercantil*, con aspectos *separables* de carácter *administrativo*.**

**A)** Las especialidades expuestas determinan que nos encontremos ante un negocio jurídico-contractual *único, bifásico, trilateral* (aunque con sólo dos posiciones contractuales), *asimétrico*, y, parcialmente, *adhesivo* y *cogente*; pero también expresan que la naturaleza de ese negocio no es *civil*, sino *mercantil*, aunque presenta actos separables de carácter *administrativo*.

**B)** En efecto, el negocio que nos ocupa no es de carácter *civil*, sino *mercantil*: i) por razón de los **sujetos**, ya que la empresa adjudicataria y reclamante (RGSL) y la empresa concesionaria del *Ecoparque* (TRSL) están personificadas como sociedades mercantiles (y, por tanto, son mercantiles por su misma forma *ex art. 2 LSC'10*) y el CARR es un Consorcio de la CARR al que (según el art. 3.2 ECARR'98) corresponde “*la producción, comercialización y venta de bienes que puedan generarse como consecuencia de la gestión de las instalaciones*”, es decir, que interviene activamente en el giro o tráfico mercantil; ii) por razón de los **objetos**, pues los RSU recuperados en el *Ecoparque* para su recomercialización son, obviamente, *mercaderías*, carácter que, como hemos señalado anteriormente, reúne el cartón (ex arts. 85 y 336 CCom); y iii) por razón de la **forma**, ya que la enajenación, adquisición y retirada de las mercaderías constituyen sendos *actos de comercio* que las tres entidades contratantes realizan, *simpliciter* y *en masa*, en el ejercicio de su actividad económica habitual (cfr. arts. 2, 3 y cc. CCom).

**C)** En cuanto a la **concreta calificación** que al negocio contractual que nos ocupa corresponde entre los contratos mercantiles, estimamos que el mismo es i) ***mercantil*** en sus **aspectos jurídico-privados**, por las razones expuestas, pero teniendo en cuenta que, como enseguida exponemos, muchos de ellos están **condicionados** por la multinivel normativa de carácter medio-ambiental y administrativo relativa a los aspectos jurídico-públicos de esta contratación; ii) ***atípica***, porque no encaja perfectamente en ninguno de los contratos mercantiles típicos (como compraventa, suministro, depósito o transporte) y, además, su regulación no es totalmente contractual y legislativa, sino que deriva también de los *usos comerciales* del sector del reciclaje de RSU, algunos de ellos incluso seguidos e impuestos adhesivamente por el CARR al contratar; y iii) ***mixta***, por manifestar prestaciones propias de los contratos típicos de almacenaje y depósito, de suministro y

compraventa, así como de transporte de bienes muebles comerciales, genéricos, fungibles y deteriorables.

**D)** El carácter **atípico** y **mixto** de este contrato debe ser tenido en cuenta para aplicar las normas legales, los usos mercantiles y los principios jurídicos (jurisprudenciales y doctrinales) que mejor se adecúen a las distintas situaciones que puede plantear este contrato en sus elementos (personales, reales y formales) y momentos (constitución, contenido y extinción), especialmente respecto al cumplimiento de las obligaciones de las partes. En este sentido, es de destacar que el contrato no es de realización instantánea, sino de tracto sucesivo (aunque limitado a un trimestre), por lo que, en su cumplimiento presenta distintas fases temporales:

-En una primera fase, predominan entre el CARR y TRSL las prestaciones propias de los contratos mercantiles de **arrendamiento de obra y servicios** contenidas en el Cc y en el CCom, en cuanto no esté regulado en el clausulado y normativa jurídico-administrativa de la concesión servicial, ya que TRSL se obliga concesionalmente a proporcionar al CARR cartonaje aprovechable que debe ser recuperado de la línea *gris* del *Ecoparque* y a enfardarlo en condiciones de que pueda ser recibido por la adjudicataria (RGSL) que, en esta fase, no tiene otro protagonismo que el de poder visitar las instalaciones, presentar ofertas y resultar adjudicataria del concurso.

-En una segunda fase, predominan las prestaciones propias de la perfección de un contrato de compraventa mercantil de géneros limitados por su especie, volumen, número y calidad, concluido fundamentalmente entre CARR y RGSL, por lo que entran en juego las normas relativas a la prestación del consentimiento, la transmisión del dominio y el régimen de riesgos, contenidas en el Cc y en el CCom. Repárese en que no se trata de una **compraventa** de cosa existente, sino **de cosa futura** (*emptio rei sperata*) ya que el cartonaje adjudicado aún no ha sido generado en el *Ecoparque*, sino que lo será durante el siguiente trimestre. Obviamente, dicha modalidad de compraventa no ofrece dificultad alguna, ya que, al saberse ciertamente que la cosa existirá y prever las cautelas precisas para el rechazo de la cosa en su momento, no se trata de un contrato aleatorio en el que las partes apuesten por la existencia futura de la cosa (*emptio spei*).

-En una tercera fase, predominan las prestaciones propias de los contratos de **depósito y almacenamiento**, regulados en el Cc y en el CCom (en cuanto que el material generado en el *Ecoparque* es allí almacenado por TRSL hasta su entrega al transportista designado por el adjudicatario).

-En una cuarta fase, aunque, respecto a las operaciones de carga (que ordinariamente realiza TRSL) predominen de nuevo las prestaciones propias de los contratos de **obra**, más bien han de predominar las propias del contrato mercantil de **transporte** terrestre por carretera, regulado en el CCom y en la normativa especial administrativa, por cuanto RGSL designa a un transportista o porteador que, esté o no sujeto a su dependencia, asume la vigilancia de las expresadas operaciones de carga del material y luego lo transporta hasta los almacenes de RGSL. Sin embargo, en cuanto al fondo del asunto, en esta fase predominan más bien las prestaciones propias del contrato de **suministro**, aunque en el bien entendido de que aquí la entidad administrativa (el CARR) no ocupa el lugar que la LCSP'17 le asigna en el contrato administrativo típico de suministro, que es el de receptora de los bienes suministrados, sino que se convierte ella misma en suministradora de tales bienes en favor del adjudicatario (RGSL), por lo que se trata de una especie de **suministro inverso** (precisamente este

aspecto de dación administrativa es el que lo excluye de la legislación patrimonial y contractual pública y lo sitúa en el ámbito mercantil).

-En una quinta fase, vuelven a aparecer las prestaciones propias del contrato de **depósito y almacenamiento** (ahora en las instalaciones de primer destino, es decir, las de RGSL) y también las del de compraventa, ya que es el momento en que la adjudicataria debe decidir si acepta o rehúsa el material que le ha sido entregado.

-La sexta fase es eventual ya que sólo adviene si el material es rechazado y devuelto o eliminado. Las prestaciones predominantes en tal caso vuelven a ser las propias de los contratos de **transporte** (para trasladar el material a su origen o a un vertedero) y obra (para cargarlo y eliminarlo, en su caso), pero, en mayor medida, las del contrato de **compraventa**, para lo relativo a la rebaja proporcional en el precio (*actio quanti minoris*) y la resolución o resarcimiento (*actio redhibitoria*). Si el material es aceptado y recomercializado, el contrato queda consumado y sólo tiene una eficacia ulterior en lo relativo a las obligaciones administrativas de garantía de la **trazabilidad** de los materiales.

**E) Los aspectos jurídico públicos** de esta contratación, a los que acabamos de aludir, son: i) por un lado, los relativos al *procedimiento administrativo* que el CARR, como entidad sujeta a la legislación vigente en materia de contratos del sector público (actual LCSP'17 y anterior LCSP'11), ha de seguir para la **preparación y adjudicación** del contrato, entre los que se encuentran los actos de *invitación* a presentación de ofertas, *selección* del contratista que ofrezca la más ventajosa y *adjudicación* al mismo del correspondiente contrato; y ii) por otro lado, los relativos a requisitos y condiciones que la multinivel (internacional, estatal, autonómica y local) normativa vigente en materia medioambiental impone a la **ejecución del contrato** en cuanto que incide en el *proceso de tratamiento de los RSU* para su *recomercialización* o *eliminación* (en especial, la LRSC'11 y los RD 1481/2001, sobre vertederos de RSU, y 180/2015, sobre transporte de RSU, éste último recientemente sustituido por el RD 553/2020).

La relevancia de estos aspectos jurídico-públicos estriba en que, en la medida en que, para instrumentarlos, las distintas Administraciones competentes apliquen sus potestades jurídico-públicas dictando actos administrativos singulares, tales *actos* habrán de ser reputados como *separables* del fondo contractual jurídico-privado (civil o mercantil) del asunto, de suerte que, en caso de litigio, mientras que las cuestiones de fondo sólo serán residenciables ante el orden judicial civil, las cuestiones referentes a dichos actos separables han de ser residenciadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, *ex art. 2-b LJCA'98*.

Ahora bien, esto señalado, lo cierto es que, en el presente caso, la reclamante no plantea cuestiones de carácter administrativo que puedan ser reputadas como *separables*, sino únicamente cuestiones de fondo, como la resolución contractual y el consiguiente resarcimiento de daños y perjuicios, que revisten un claro carácter jurídico-privado y, en concreto, mercantil.

F) En definitiva, el complejo negocio jurídico de retirada de RSU que nos ocupa en este caso consiste en un **contrato mercantil, trilateral (aunque con sólo dos posiciones contractuales), bifásico, oneroso, adhesivo, sinalagmático imperfecto** (por su estructura *asimétrica*), **atípico** (aunque parcialmente) **mixto** (con prestaciones propias de contratos mercantiles típicos como los de suministro, compraventa, almacenamiento y transporte), **de trato sucesivo** (aunque sólo trimestral) y **de dación por precio de cosas muebles fungibles** (consistentes en cartónaje enfardado procedente de RSU recuperados), **por el que:** i) **estando** la posición de **transferente** dividida entre dos entidades [por un lado, **una entidad pública**, que es titular del cartónaje (en este caso, el CARR) y de las instalaciones donde el mismo es recibido y seleccionado (en este caso, el *Ecoparque*) por lo que se encarga de adjudicar el contrato y cobrar el precio; y por otro, una **empresa concesionaria** del servicio de gestión de dichas instalaciones (en este caso TRSL), por lo que se encarga de ejecutar el contrato entregando dicho cartónaje]; ii) **correspondiendo** la posición **de adquirente** (*accipiens*) a una **empresa privada** adjudicataria, previamente seleccionada (en este caso, RGSL); y iii) **conformando** el cartónaje objeto del contrato **un conjunto** (*genus limitatum*) **futuro** (*res sperata*); **éste, una vez delimitado** [*por su especie* (en este caso, el cartónaje), *su fuente* (en este caso, el doméstico recogido de forma indiscriminada y seleccionado en el referido *Ecoparque*), *su embalaje* (en este caso, en fardos homogéneos), *su volumen* (en este caso, expresado por su peso concretado en 450 t.), *su periodo de producción* (en este caso, el producido en dicho *Ecoparque* durante el primer trimestre de 2018), y *su agrupación* (en este caso en lotes calculados por viaje de carga según los medios de transporte asignados)], **es entregado, a través de la empresa concesionaria** (TRSL), **al transportista designado por la adjudicataria** (RGSL), obligándose esta última a **aceptar los lotes que no rechace en el tiempo y forma pactados** (en este caso, en los 30 días siguientes a la entrega de cada lote); **pagar por ellos el precio** convenido, **y a recomercializarlos**, garantizando su **trazabilidad**; todo ello en las condiciones de tiempo, lugar y forma pactadas por las partes y sin perjuicio de la **normativa multinivel** que resulte aplicable con carácter imperativo (*ius cogens*).

## Sexto

### Consecuencias jurídicas de las calificaciones previas

#### 1. Recapitulación.

En los FJ anteriores, hemos concluido que la reclamación sobre la que se nos consulta: i) es de dictamen preceptivo de este Consejo (FJ.1); ii) se enmarca en el sistema de recogida de RSU en la CAR (FJ.2); iii) no es de responsabilidad extracontractual, sino *contractual* (FJ.3); iv) implica el ejercicio de la acción contractual *resolutoria* con *resarcimiento* de los daños y perjuicios de los arts 1124 y 1101 Cc (FJ.4); y v) emana de un *único* negocio contractual cuya naturaleza jurídica hemos determinado (FJ 5).

En el presente FJ.6, analizaremos las consecuencias jurídicas que, para el presente caso, se derivan de las expresadas calificaciones jurídicas previas.

## **2. Consecuencias sobre los aspectos consultivos formales.**

### **A) Competencia.**

Una primera consecuencia es que ratificamos nuestra propia competencia para dictaminar este asunto, precisando ahora que los preceptos que la habilitan no son los relativos a las consultas sobre responsabilidad extracontractual o mixta, sino sólo los referentes a consultas en materia de reclamaciones de daños y perjuicios derivados de una responsabilidad contractual y que hemos citado en el FJ.1 de este dictamen al que nos remitimos, en concreto el art. 191.3-c LCSP'17.

### **B) Contenido**

En cuanto al contenido de nuestro dictamen, ratificamos también lo que señalábamos en el expresado FJ1., concretando ahora que este dictamen ha de versar sobre: i) la existencia o no de algún incumplimiento contractual; ii) la determinación de a cuál o a cuáles de las partes contractuales pueden ser imputados los incumplimientos del contrato que se aprecien; iii) si existe o no nexo causal entre los incumplimientos contractuales detectados y los daños y perjuicios producidos; iv) la determinación y valoración, en su caso, de tales daños y perjuicios; y v) la fijación, si procede, de la cuantía y modo de la indemnización.

### **C) Legitimación.**

También ratificamos lo expuesto en el reiterado FJ.1 sobre la legitimación activa del CARR para dirigirnos la presente consulta.

## **3. Consecuencias sobre el carácter y la regularidad del procedimiento previo.**

**A)** Dicho lo anterior, la reclamación presentada no contiene ningún pedimento de carácter jurídico-administrativo dirigido a cuestionar la legalidad de algún *acto administrativo separable* del fondo mercantil del asunto, por lo que no puede ser calificada como una instancia para iniciar, *a instancia de parte, un procedimiento administrativo de revisión de oficio* de tales actos al amparo del art. 106.1 LPAC'15.

**B)** Por el contrario, la reclamación que nos ocupa se limita a plantear una cuestión sustantiva sobre el fondo del asunto, consistente en el ejercicio de una acción de derecho privado para obtener la resolución de un contrato mercantil por incumplimiento o cumplimiento defectuoso del mismo, con resarcimiento de los daños y perjuicios que la reclamante entiende que se le han derivado de dicho incumplimiento.

Siendo esto así, la reclamación presentada corresponde a lo que antes se denominaba una *reclamación administrativa previa a la vía judicial civil* y que estaba regulada en el art. 120 LPAC'92.

Ahora bien, habiendo sido suprimidas estas reclamaciones previas por la LPAC'15 (cfr. su EM), hay que entender que nos encontramos ante una simple *iniciación potestativa del procedimiento administrativo común a instancia de parte* (ex art. 54 LPAC'15), cuya resolución administrativa final será, por razón de su contenido sustantivo, residenciable ante la jurisdicción ordinaria del orden civil.

C) Sin embargo, el CARR ha tramitado la reclamación que nos ocupa con arreglo al procedimiento especial (en rigor, a las especialidades procedimentales del procedimiento común) establecido en la LPAC'15 y LSP'15 para los casos de *responsabilidad patrimonial* de las Administraciones públicas (cfr. informe de 30-07-2019 cit. en AHA 4.3, fols. 318-326), debiendo destacar que toda la tramitación se ha realizado sin oposición alguna de los interesados ni de la propia mercantil reclamante (que incluso presentó su reclamación al amparo de lo dispuesto en los arts. 139 ss LPAC'92 y 6 RD 429/1993).

D) En el FJ.3, no hemos calificado esta reclamación como de responsabilidad patrimonial (extracontractual), sino como de responsabilidad *contractual*; sin embargo, entendemos que de esta distinta calificación no se deriva ninguna consecuencia invalidante de la tramitación efectuada, la cual estimamos completamente ajustada a Derecho, por las siguientes razones:

-Porque la normativa vigente en materia de responsabilidad **contractual** de las entidades públicas se limita a exigir algunos trámites, como el de audiencia del contratista y el de dictamen preceptivo antes aludido (cfr. art. 191 LCSP'17), por lo que, en lo demás, ha de acudir al procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (regulado básicamente en la LCAP'15) que, por otro lado, es también el que procede observar en materia de responsabilidad **extracontractual** de las entidades públicas, aunque con algunas especialidades procedimentales (contenidas en la propia LPAC'15 y en la LSP'15).

-Porque, en el procedimiento seguido, se han respetado escrupulosamente todas las **garantías** que, cualquiera que fuera la naturaleza de la responsabilidad reclamada, establece la legislación común y la particular de este Consejo, pues, en el mismo, las partes han podido efectuar libremente sus alegaciones, se han practicado las pruebas pertinentes, han recaído los informes precisos y se ha formulado la preceptiva propuesta de resolución al órgano competente para decidir en vía administrativa, por lo que el asunto ha sido sustanciado en vía administrativa sin infracción de ningún derecho fundamental ni la omisión de trámite alguno que haya podido generar indefensión.

-Porque, en la reclamación, así como en las pruebas, alegaciones e informes de todo tipo obrantes en el expediente, las partes han considerado y debatido, en toda su amplitud y con sumo detalle, todos los posibles incumplimientos contractuales que han podido causar los daños y perjuicios reclamados.

#### **4. Consecuencias sobre la determinación de la normativa aplicable al caso.**

##### **A) La normativa en materia de responsabilidad extracontractual**

Para justificar sus respectivas posturas, las partes intervinientes en el procedimiento han citado reiteradamente los preceptos de la LSP'15 y la LPAC'15 (incluso, incorrectamente, de la LPAC'92) relativos a las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, así como el art. 1902 Cc y cc. sobre la responsabilidad civil extracontractual.

Ahora bien, como, a nuestro entender, la reclamación que nos ocupa no es de responsabilidad patrimonial o extracontractual, sino exclusivamente de responsabilidad *contractual*, tales preceptos sólo resultan aplicables en este caso de forma *analógica*, en cuanto que también se refieren a daños y perjuicios causados y requieren analizar idénticos aspectos, cuales son, determinar la causa de los mismos e imputarla a uno o varios responsables, salvo que concurran eventos disruptivos del nexo causal o calificables como casos fortuitos o de fuerza mayor. Ello es así por razón del principio, antes explicado, de *unidad y continuidad de la culpa* que aporta al caso la identidad de razón (*eadem ratio*) que precisa la aplicación analógica de las normas jurídicas *ex art. 4.1 Cc*.

##### **B) La normativa en materia de contratos del sector público.**

Si, como entendemos, estamos ante un caso de responsabilidad *contractual* y, en el contrato que nos ocupa, ha intervenido al menos una entidad jurídico-pública, como es el CARR, es preciso analizar si ambas circunstancias tienen como consecuencia la aplicación al mismo de la legislación administrativa sobre contratos del Sector público.

1/ Comencemos advirtiéndole que la legislación contractual a la que nos referimos no es la ahora vigente que se contiene básicamente en la LCSP'17 sino la anterior que se contenía principalmente en la LCSP'11 e incluso en la previa LCSP'07. En efecto: i) las **relaciones internas entre el CARR y TRSL** continúan regidas por el **contrato de concesión servicial** adjudicado por el CARR el 03-11-2009, con su PBT anejo (cfr. AHA Prel.2-B), y por la LCSP'07 que estaba vigente en aquella fecha (según resulta de la DT 1ª.2 LCSP'17 y de su correlativa DT 1ª LCSP'11); y ii) el **negocio contractual** que vincula trilateralmente (aunque con sólo dos, posiciones contractuales) al **CARR, TRSL y RGSL**, como quiera que la adjudicación (por el CARR a favor de RGSL) de la que hemos denominado su *primera fase contractual* se efectuó el 09-01-2018 (cfr. AHA 1.5), y que la

que hemos denominado su *segunda fase contractual* fue convenida (entre TRSL y RGSL) el 15-01-2018 (cfr. AHA 1.7), resulta que, en ambas fechas, si bien ya había sido publicada la LCSP'17 (BOE del 09-11-2017), sin embargo la misma aún no estaba vigente (porque, según su DF 16ª) entró en vigor el 09-03-2018, de suerte que, en las referidas fechas, todavía estaba en vigor la LCSP'11, que, por tanto, es la aplicable a la expresada relación contractual trilateral (aunque con sólo dos posiciones contractuales) entre CAAR, TRSL y RGSL (ya que la DT 1ª.2 LCSP'17 establece que “*los contratos adjudicados antes de la entrada en vigor de la LCSP'17 se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento, extinción, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior*”).

2/ Esto dicho, es claro que (ex arts 1.1 y 3.1.d) LCSP'17, como antes ex arts. 3.1-e, 3.2-e y 3.3-b) LCSP'11) el CARR está **subjetivamente incluido** en la legislación contractual del Sector público, al tener personalidad jurídico-pública como *Consortio de la CAR* (ex arts: 120 LSP'15; 26.2 LBRL'85; 12.5-c.2 LRSC'11; 57.3 LSPR'03; 99, 219 y 220 LALR'03 y 1 ECARR) y tener, en cuanto Consortio público, la consideración de entidad integrante del Sector público (ex art. 3.1-d LCSP'17 y art. 3.1-e LCSP'11), con el carácter de Administración pública (ex art. 3.2-b LCSP'17 y antes art. 3-2-e LCSP'11) y, en concreto, de poder adjudicador (ex art. 3.3-d LCSP'17 y antes art. 3.3.b LCSP'11).

3/ Pero la anterior **inclusión subjetiva** del CARR en el ámbito de la legislación contractual del Sector público carece de importancia en este caso, porque el concreto negocio contractual que nos ocupa constituye uno de los supuestos de expresa **exclusión objetiva**. En efecto, el art. 11.4 LCSP'17 (al igual que antes el art. 4.1-m LCSP'11) excluye expresamente de la misma a los “*contratos por los que una entidad del sector público se obligue a entregar bienes o derechos o a prestar algún servicio, sin perjuicio de que el adquirente de los bienes o el receptor de los servicios, si es una entidad del Sector público sujeta a esta Ley, deba ajustarse a sus prescripciones para la celebración del correspondiente contrato*”; circunstancia esta última que no concurre en este caso, porque el adquirente del cartónaje es una entidad privada (RGSL).

La exclusión objetiva de estos contratos (que podemos denominar de *dación administrativa*) es de lógica institucional, ya que la LCSP'17 (y antes la LCSP'11) sólo tiene por objeto regular aquellas relaciones jurídicas contractuales de *recepción administrativa*, es decir, aquellas por las que la Administración *reciba* alguna obra, suministro o servicio, no aquellas por las que, en vez de recibirlos, los *preste*, como es el caso que nos ocupa, donde el CARR *entrega* cartónaje a RGSL por un precio convenido.

### **C) La normativa en materia de patrimonio de las Administraciones públicas.**

A la vista de que tales contratos de *dación* administrativa quedan objetivamente excluidos de la legislación sobre contratos del Sector público, cabría pensar si no estarían

incluidos objetivamente en la legislación sobre patrimonio de las Administraciones públicas.

Abonaría esta idea el art. 9 LCSP'17 (como antes el art. 4.1-p LCSP'11) al excluir también de la legislación contractual del Sector público y remitir a la legislación administrativa en materia de patrimonio las relaciones del ámbito patrimonial que implican una *dación*, por parte de la Administración pública, de algún derecho, no sobre bienes muebles (como es el cartonaje), pero sí sobre inmuebles, valores negociables o bienes incorporales (como sucede en las concesiones y autorizaciones demaniales o los contratos típicos de venta, permuta, arrendamiento, etc).

Pero la legislación administrativa en materia patrimonial, tanto estatal (LPAP'03) como de la CAR (LPR'05), sólo regulan la enajenación de muebles patrimoniales *sobrantes*, es decir, carentes ya de utilidad para la Administración, no la de bienes muebles que, como el cartonaje que nos ocupa, proceden de RSU *reutilizables*, los cuales deben regirse por su propia normativa, a la que también se remite el art. 6.2 LPR'05 al aludir a los *bienes de los Consorcios de la CAR*, como es el CARR.

Por tanto, la enajenación del cartonaje objeto de esta consulta queda excluida, tanto de la legislación contractual del Sector público, como de la legislación administrativa en materia patrimonial, y se regula por sus propias *normas especiales*.

#### **D) La normativa especial aplicable al caso.**

1/ Para fijar “*régimen aplicable a los negocios jurídicos excluidos*”, el art. 4 LCSP'17 (igual que antes el art. 4.2 LCSP'11) determina que, “*las relaciones jurídicas, negocios y contratos... excluidos del ámbito de la presente Ley... se regirán **por sus normas especiales**, aplicándose los **principios** de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse*”.

2/ Dichas “*normas especiales*” son, como hemos expuesto, las *mercantiles* que regulen los aspectos jurídico-privados del negocio contractual (contenidas básicamente en el CCom y sus disposiciones complementarias), y las *administrativas* que regulen los aspectos jurídico-públicos del tratamiento de RSU (contenidas básicamente en la LRSC'11 y en los RD 1481/2001, sobre vertederos, y 180/2015, sobre traslados, ahora sustituido por el RD 553/2020).

Repárese en que esta solución para los contratos **excluidos** es la misma que la adoptada, para los **incluidos pero atípicos**: **i) en la legislación vigente**, por el art. 12.2 LCSP'17, respecto a “*los restantes contratos del sector público*”, al establecer que los mismos “*se calificarán según las normas de Derecho administrativo o de Derecho privado que les sean de aplicación*”; **y ii) en la legislación anterior**, por el art. 19-1-b LCSP'11, para los contratos *administrativos especiales* que tuvieran “*naturaleza administrativa por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración*”.

*contratante o por satisfacer de forma directa e inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella”, pues el art 19.2 i.f. LCSP’11 establecía que los mismos se regularían, en primer término, por sus normas específicas.*

3/ En cuanto a los “*principios*” de la LCSP’17, su EM los resume en el de selección objetiva de los contratistas mediante un procedimiento administrativo que garantice la “*transparencia en la contratación pública*” y la obtención de la “*mejor relación calidad-precio*” (ya que transparencia y eficiencia son criterios derivados de la normativa de la UE sobre contratación pública). La principal consecuencia de la aplicación de estos principios contractuales públicos estriba en que toda la contratación efectuada por una entidad pública queda sujeta, como hemos adelantado, a la denominada **doctrina de los actos separables** (cfr. art. 2-b LJCA) por la que las cuestiones de **contenido** y **extinción** de los contratos han de reputarse de fondo y, por tanto, regirse por la legislación sustantiva (en este caso, la mercantil antes citada) y ventilarse, en su caso, ante la jurisdicción ordinaria que corresponda a su naturaleza jurídica; pero los aspectos administrativos (es decir, los que supongan actuaciones de las Administraciones públicas sujetas al Derecho administrativo), como son los actos de **preparación** de los referidos contratos, incluyendo los actos de **selección** de los contratistas y de **adjudicación** contractual, deben ser considerados *separables* del fondo sustantivo del asunto y, por tanto, regirse siempre por la legislación administrativa y residenciarse, en su caso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

De nuevo, esta solución para los contratos **excluidos**, es la misma que la adoptada, para los **incluidos pero atípicos**: **i) en la legislación vigente**, por el art. 26.2 LCSP’17, respecto a los *contratos privados que celebren las Administraciones públicas*”, al señalar que los mismos están incluidos en la LCSP’17 y “*se regirán, en cuanto a su **preparación y adjudicación**, en defecto de normas específicas, por (los arts. 115 a 187 de) la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo o, en su caso, las normas de Derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a sus **efectos, modificación y extinción**, estos contratos se regirán por el Derecho privado*”; **y ii) en la legislación anterior**, por los arts 19 y 20 LCSP’11, respectivamente, para los *contratos administrativos especiales* y para los *contratos privados de la Administración*, en iguales términos.

4/ En **resumen**, lo expuesto significa que el contrato que nos ocupa ha de regirse: i) en cuanto a su **preparación**, incluyendo el procedimiento para la selección del contratista y la adjudicación del contrato, por los principios de la LCSP’11; ii) en cuanto a su **contenido y extinción**, incluyendo las cuestiones sobre el cumplimiento, incumplimiento y riesgos inherentes al material adquirido, por las normas jurídico-privadas pactadas por las partes (que extractamos en el apartado siguiente), en cuanto no contradigan las normas *cogentes* contenidas, tanto en el CCom y su normativa complementaria (que son escasas porque, en su mayor parte, son *dispositivas*, como establece el art. 345 CCom. en materia de riesgos), como en la legislación específica sobre RSU; y iii) en cuanto a los **actos separables** de carácter administrativo, por la normativa jurídico-pública que los regule.

## 5. Consecuencias sobre la importancia de la normativa pactada por las partes.

De lo que acabamos de expresar se desprende la importancia que, en el presente caso, tiene la normativa pactada por las partes y que, si bien hemos recogido antes (cfr. AHA 1.4 y 1.9), conviene recopilar y ordenar ahora para su mejor comprensión.

En efecto, el contrato mercantil trilateral (aunque con sólo dos posiciones contractuales) que vincula al CARR, TRSL y RGSL se sujeta a las siguientes condiciones, generales, particulares y específicas, pactadas por las partes:

### A) Condiciones generales (establecidas por el CARR).

Las normas convencionales pactadas por las partes para regir la contratación que nos ocupa, se enmarcan en los siguientes *usos mercantiles* del sector de los RSU que el CARR viene observando en su contratación a modo de **condiciones generales** (CGC) de la misma y se deducen de cuanto hemos expuesto en los AHA de este dictamen (la numeración que sigue es nuestra):

1/ **Cálculo.** Al ir a finalizar cada trimestre, el CARR **calcula** en toneladas el volumen de papel y cartón que es previsible que genere el *Ecoparque* durante cada mes del trimestre siguiente.

2/ **Invitación.** Una vez estimado aproximadamente dicho volumen, el CARR **invita** a diversas empresas a que presenten ofertas para comprarlo en las **condiciones particulares** (especialmente sobre forma y plazos de pago, garantía, retirada y trazabilidad del material), que se detallan en la invitación.

3/ **Adjudicación.** Recibidas y analizadas las ofertas, el CARR **adjudica** el contrato a la más ventajosa, quedando el comprador sujeto a la obligación prestar previamente la **garantía**, cuyo importe se calcula en función de las cantidades adjudicadas.

4/ **Puesta a disposición.** La empresa concesionaria del *Ecoparque* (TRSL) **trata** la *fracción resto*, **separa** el cartonaje que se va generando en las *líneas gris* (principalmente) y *amarilla* (en menor medida), lo **enfarda**, lo **almacena** en el propio *Ecoparque* y comunica al comprador que está **a disposición** para que éste lo vaya **retirando**, sin superar los plazos de inicio y final de recogida que se le se hayan señalado en el contrato, teniendo en cuenta que las operaciones de **carga** con máquinas elevadoras son de cuenta de la empresa concesionaria del *Ecoparque* (TRSL), pero la empresa compradora debe facilitar los camiones o contenedores transportables para dicha carga y asume también el coste de **transportar** lo comprado hasta sus propias instalaciones.

5/ **Pago del precio.** El precio es *neto* (sin IVA, porque los RSU están exentos *ex art. 84.2-c LIVA*) y, ordinariamente, *FOB*, es decir, referido al material una vez **cargado** en el camión facilitado por el comprador, si TRSL, dispone de medios adecuados para cargarlo; o, excepcionalmente, *FAS*, si TRSL no dispone de tales medios y la carga entonces corre a cuenta del comprador que ha de facilitarlos. Por eso, dicho precio no se paga por adelantado sino tras la recogida del material, a cuyo efecto se prevé que el CARR emita tantas **facturas** como tandas de retirada de material haya efectuado el comprador, aunque con la facultad de acumular varias de ellas en una sola.

6/ **Trazabilidad.** La empresa adjudicataria del contrato, en aplicación de la normativa vigente, asume la obligación de entregar al CARR, en el plazo y forma señalados por éste, los *certificados de trazabilidad* del material comprado que vaya retirando del *Ecoparque*, para así poder seguirle la pista a treves de los diversos gestores de RSU autorizados hasta que el comprador lo entregue a un recuperador final igualmente autorizado.

## **B) Condiciones particulares (pactadas entre el CARR y RGSL).**

En la invitación formulada por el CARR el 27-12-17 (fol. 378) y en la comunicación de adjudicación efectuada por el CARR a RGSL el 10-01-2018 (fols. 379 a 384), figuraban las siguientes **condiciones particulares** (CPC) de esta contratación (la numeración es nuestra):

1/ **Cuantificación.** Se ofrecen **420 t.** de cartonaje, que serán **puestas a disposición** del adjudicatario, en balas o fardos de 1,5x1x1 mts, a razón de unas **140 t.** al **mes**, en cada uno de dichos tres primeros meses de 2018.

2/ **Garantía.** El adjudicatario se obliga a presentar previamente, en cualquier forma admitida en Derecho, una **garantía** por un importe (IVA incluido), calculada en función del volumen de material que se previera retirar en el trimestre. En el caso que nos ocupa, el importe se estimó en la misma cantidad que el precio ofrecido, es decir, en 21.420 euros, como enseguida se expone.

3/ **Embalaje.** El material será enfardado en el *Ecoparque* por y a cuenta de la empresa concesionaria (TRSL), que irá almacenando allí mismo los fardos o balas resultantes.

4/ **Puesta a disposición.** El adjudicatario debe indicar previamente por fax al CARR la cantidad mínima de material que retirará por viaje. Cuando TRSL haya conseguido almacenar un número suficiente de balas para ser retiradas, avisará al adjudicatario que las tiene en el *Ecoparque* a su disposición y que autoriza su retirada, debiendo entonces el adjudicatario comunicar la fecha y hora en que efectuará la retirada del material y llevarla a cabo dentro de las **48 h.** siguientes a la recepción de dicho aviso.

5/ **Carga.** La carga del material será efectuada ordinariamente por TRSL por su cuenta y con sus propios medios ordinarios (palas elevadoras y aparatos mecánicos), salvo que se precisen otros especiales (por ejemplo, contenedores transportables), en cuyo caso los mismos deberán ser aportados, en un plazo de **2 días**, por el adjudicatario y a su costa.

6/ **Entrega.** El control de salida del *Ecoparque* exigirá al transportista del adjudicatario la firma de un *albarán* o documento similar acreditativo de la entrega y salida del material, indicando su fecha, el peso y número de balas y el tipo material retirado

7/ **Transporte.** El traslado del material comprado desde el *Ecoparque* hasta las instalaciones propias del adjudicatario se realizará por éste con sus propios medios (camiones, etc) y a su costa.

8/ **Trazabilidad.** El adjudicatario queda obligado a presentar al CARR, dentro de los primeros **5 días** del mes posterior al de cada retirada de material, los correspondientes *certificados de trazabilidad* exigidos por la normativa vigente (Tit. VI LRSC'11) para permitir el seguimiento del producto desde que fuera retirado del *Ecoparque* hasta que fuera entregado a un recuperador final, pues todos los

intervinientes en el proceso de reciclado de RSU, incluidos los intermediarios y las empresas de transporte, deben estar oficialmente autorizados como *gestores de residuos*.

9/ **Precio.** La oferta será de precio para material cargado sobre el camión (es decir, a precio FOB) y neto (sin IVA, ya que el cartón está exento *ex art. 84.2,c) LIVA*). El precio de adjudicación será pagado por el adjudicatario previa presentación de tantas *facturas* emitidas por el CARR como viajes de retiradas de material del *Ecoparque* efectúe el adjudicatario (aunque, como se ha indicado, el CARR tiene la facultad de agrupar en una sola factura el importe de varios viajes). Estas facturas deben ser atendidas por el adjudicatario antes de **1 mes** desde su fecha de emisión. Previa autorización del adjudicatario, el CARR podrá compensar el importe de las facturas con el de devolución de la garantía cuando esta haya sido prestada en efectivo.

10/ **Duración.** El contrato tiene una duración trimestral, limitada al primer trimestre de 2018, por lo que la retirada de todo el material comprado debe ser efectuada por el adjudicatario entre los días **15-01-2018** y **31-03-2018**, ajustándose, además a los **apremios temporales** previstos para cada retirada de material (como los precisados: i) de efectuarla antes de las 48 h siguientes al aviso de puesta a disposición del material; ii) de facilitar antes de 2 días medios de carga especiales; iii) de presentar los certificados de trazabilidad en los 5 primeros días del mes posterior; y iv) de pagar las facturas del precio antes de un mes desde su emisión.

11/ **Ofertas.** Las ofertas, aceptando las condiciones expresadas, podían presentarse hasta las 12 h del **09-01-2018**, teniendo los interesados la posibilidad (previo aviso con **48 h.**, de antelación) de **visitar** antes las instalaciones del *Ecoparque* para “**comprobar la calidad de los materiales recuperados**”.

### **C) Condiciones específicas para la retirada de los RSU (pactadas entre TRSL y RGSL).**

Como hemos señalado en los AHA, el mismo día 09-01-2018, el CARR **adjudicó** a RGSL “*la retirada del 100% del material reciclable recuperado en la línea gris de la instalación (Ecoparque) denominado papel y cartón durante el periodo comprendido entre 15-01-2018 y 31-03-2018, al precio de 51 euros/tonelada (IVA excluido)*” (fol. 393-394) y, poco después, concretamente el **15-01-2018**, la empresa RGSL (como *destinataria* del RSU que se le había adjudicado) y TRSL (como *operadora* del RSU adjudicado, al ser la concesionaria de la gestión del *Ecoparque* que lo genera) firmaron (cfr. fols. 410-411) un *contrato de tratamiento* de RSU (que, como hemos expuesto, en rigor, no era sino la segunda fase contractual consistente en fijar convencionalmente las condiciones de tiempo y forma de la entrega y retirada del material adjudicado). Pues bien, en dicho documento, figuran las siguientes **condiciones específicas** (CEC) de esta contratación (la numeración es nuestra):

1/ **Objeto.** TRSL se obligó a que los RSU fueran precisamente del tipo 191201 LER (cartón o papel-cartón), procedentes de la *línea gris* del *Ecoparque*, y que se ajustasen a las ETMR del sector del cartón (definidas por E.), las cuales, básicamente, requieren: i) que éste sea enfardado en balas según las diversas calidades de papeles y cartones; ii) que las balas tengan una calidad mínima de 5.01 según la Norma UNE-EN 643 (*Lista europea de calidades estándar de papel y cartón para reciclar*); iii) que las dimensiones de los fardos se fijen en función de la prensa de compactación que posea la planta (en este caso, del *Ecoparque*); iv) que cada envío sea identificado por *camión completo* (no por camión de contenedor), indicando las balas que lleva, el tipo de material cargado, su

fecha de embalado, la planta de origen, y su peso aproximado; v) que la humedad máxima de los fardos sea del 10%; y vi) que los materiales impropios (flejes, arena, metales, plásticos y, en general, todo lo que no sea papel-cartón) no supere el 3% del peso total.

2/ **Carga.** RGSL aceptó que el objeto del contrato fuera el referido material y se obligó a retirarlo del *Ecoparque*, entre los días 15-01-2018 y 31-03-2018, a razón de 6 viajes de *camión completo* al mes, con una cantidad de carga estimada en 17,9 t por viaje (lo que supone 324 t), hasta completar la cantidad de 420 t. adjudicada (aunque ésta cantidad no se expresa numéricamente en este contrato, sino en el de compraventa previamente adjudicado al que antes nos hemos referido).

3/ **Operaciones.** RGSL se obligó también a someter los RSU recogidos a OTV (operaciones de tratamiento y valorización), en concreto a las incluidas (según la normativa reguladora citada al explicar dicha sigla) en el grupo **R** (*reciclado y recuperación*), subgrupos **R-1** (dirigidas a utilizar principalmente el RSU como *combustible u otro medio generador de energía*) y **R-3** (dirigidas a la someter al RSU a transformaciones biológicas para obtener *abonos u otras sustancias orgánicas no disolventes*).

4/ **Recepción.** Ambas partes aceptaron sujetarse al **régimen de carga, recibo o rechazo** del material, establecido (como señala el art. 6.3 del RD 180/2015), por un lado y con carácter general, en el propio RD 180/2015 (que dedica a esta cuestión los tres primeros núms. de su art. 6), y, por otro y con carácter especial, en el propio contrato que nos ocupa; régimen éste que, en consecuencia, se resume en las siguientes obligaciones:

4.1/ Que, cuando se han producido suficientes fardos retirables de cartón en el *Ecoparque*, TRSL trasladará (normalmente, por correo electrónico) a RGSL: i) una **solicitud de retirada** (en rigor, un **aviso de disponibilidad**) en la que indicará el volumen en t. y el número de camiones precisos para cargarlas; y ii) un modelo de **solicitud de recogida** que tiene que ser rellenado por RGSL y remitido por ésta a TRSL, indicando en el mismo las matrículas de los camiones y la fecha de recogida y cuyo objeto es que TRSL tenga preparados los fardos para cargar y permitir el control de acceso de los camiones a las instalaciones .

4.2/ Que, antes de iniciar la carga y el traslado de los RSU, el *operador* (TRSL) cumplimentará el *documento de identificación* de los mismos y lo entregará al transportista (art. 6.1).

4.3/ Que, una vez efectuado el traslado, el transportista entregará dicho documento al *destinatario* (RGSL) de los RSU (art. 6.2).

4.4/ Que éste último (RGSL) dispondrá de un **plazo de 30 días**, desde la recepción de los RSU, para efectuar en ellos las **comprobaciones** necesarias y para adoptar alguna de las siguientes decisiones (art. 6.3):

4.4.1/ **Aceptar** los RSU por entender que los mismos son de recibo (por cumplir las expresadas ETMR), en cuyo caso remitirá al *operador* (TRSL) el precitado *documento de identificación*, indicando dicha aceptación, en el bien entendido de que la *recepción* de dicho documento por el *operador* (TRSL) implicará la acreditación documental de la **entrega** de RSU (prevista en el art. 17 LRSC'11).

4.4.2/ **Rechazar** los RSU por entender que los mismos no son de recibo (por incumplir las expresadas ETMR), en cuyo caso remitirá al *operador* (TRSL) el reiterado *documento de identificación*, indicando dicho rechazo, en el bien entendido de que la recepción del mismo por el operador (TRSL) implicará la **devolución** de los RSU al lugar de origen, donde dicho

operador (TRSL) tendrá que: i) **volver a hacerse cargo** de los mismos; ii) almacenarlos; y iii) proveer, conforme a la normativa vigente, a su valorización mediante otras alternativas o a su eliminación, obligaciones éstas que, si no son cumplidas por el operador (TRSL), tienen que serlo por el destinatario (RGSL), pero entonces a cuenta y cargo del operador (TRSL), según establece el art. 7.1-b) del RD 180/2015.

4.5/ Que, con fines de **trazabilidad** y seguimiento del ciclo de tratamiento, reciclaje o eliminación de los RSU, el destinatario (RGSL) o, en su caso, el operador (TRSL) tienen la obligación (regulada en el RD 180/2015) de entregar a la autoridad administrativa competente un *certificado* expresivo del destino final de los RSU.

## Séptimo

### Sobre la existencia o no de responsabilidad en el presente caso

#### 1. Planteamiento.

En los FJ anteriores, hemos aclarado que la reclamación que nos ocupa encierra una acción de resolución contractual con resarcimiento, por incumplimientos de un contrato mercantil (complejo, atípico y mixto, pero detalladamente regulado por las partes) que han ocasionado daños y perjuicios a RGSL por un importe que dicha empresa valora en 238.935,21 euros, más intereses legales.

Procede, pues, que ahora, siguiendo la metodología que nos hemos impuesto, analicemos, en este FJ: i) cuáles son los incumplimientos alegados por las partes y si pueden ser reputados como tales; y ii) si los mismos han causado o no, en todo o en parte, los daños y perjuicios alegados, dejando para el FJ siguiente todo lo relativo a la cuantificación de los mismos.

#### 2. Incumplimientos contractuales alegados por las partes

Los incumplimientos contractuales, que las partes debaten como, total o parcialmente, causantes o exonerantes de los daños y perjuicios reclamados, son los siguientes: i) el estado sanitario de las **instalaciones** de origen y de destino del cartón; ii) la **calidad** del cartón entregado y recibido; iii) la **diligencia o negligencia** observada en las operaciones de envasado, almacenamiento en origen, custodia, carga, entrega, transporte, descarga y almacenamiento en destino del cartón; así como en los retrasos en la recogida del mismo y en cumplir otros apremios temporales del contrato; y iv) las **motivaciones** espurias que las partes hayan podido tener para incurrir en los incumplimientos respectivamente alegados.

### **A) El estado sanitario de las instalaciones de origen.**

Una primera cuestión que se ha debatido en el expediente y sobre la que debemos pronunciarnos es la alegación, efectuada por RGSL, en el sentido de que, en el *Ecoparque*, existía, antes de la adjudicación del contrato que nos ocupa, una plaga de cucarachas que, según RGSL, habría infestado los fardos que se le adjudicaron.

En apoyo de esta afirmación, RGSL alega básicamente (cfr. AHA 1.2.A) que, entre noviembre de 2017 y diciembre de 2018 se registró una inusual presencia de cucarachas en el *Ecoparque* advertida por una denuncia laboral ante la IPTSSR. Esta afirmación puede tenerse por cierta ya que constan en el expediente (cfr. AHA 1.2.A) las actuaciones llevadas a cabo por la IPTSSR consistentes en un requerimiento dirigido a TRSL para procediera al exterminio antes del 01-12-2017.

Ahora bien, entendemos que no se ha probado en absoluto que esta presencia de cucarachas fuese la determinante de la infestación de los fardos puestos a disposición de RGSL en el año 2018, ya que se ha probado (cfr. AHA 1.2.C), incluso ante el Gobierno de Navarra (cfr. AHA 4.6), que el requerimiento de la IPTSSR fue atendido correctamente y que el *Ecoparque* cuenta con un *Plan de control de plagas* en cuya virtud la empresa especializada ACSL aplicó tratamientos mensuales de *desblatización*, realizados con arreglo a la norma UNE 171210 (cfr. AHA 4.6) que le han permitido pericialmente afirmar que en 2018 *no existió plaga de cucarachas* en el *Ecoparque* (fols. 449 y 467), como también certifican otras empresas (fols. 485-487).

Es cierto que RGSL ha dudado de la veracidad de estos informes y certificaciones (cfr. AHA.6.3), pero no menos cierto es que no ha aportado prueba convincente alguna de la falsedad de tales documentos (cfr. AHA 6.5).

En **conclusión**, este Consejo entiende que RGSL (sobre quien, como reclamante, recae la carga de la prueba *ex art.* 217 LEC'00) no ha probado de forma convincente que el estado sanitario previo de las instalaciones del *Ecoparque* fuera deficiente ni que en las mismas existiera una plaga a finales del año 2017 y, mucho menos, que dicha plaga pudiera haberse trasladado al cartónaje enfardado y entregado a RGSL a comienzos de 2018.

### **B) El estado sanitario de las instalaciones de destino.**

Como contrapartida de la alegación anterior, CARR y TRSL han alegado en el expediente: i) que RGSL carecía de un *Plan de control de plagas* en sus propias instalaciones de Navarra a las que condujo el cartónaje retirado del *Ecoparque*; y ii) que dichas instalaciones de RGSL no tenían un estado sanitario aceptable (cfr. AHA 2.12) para el almacenamiento prolongado de cartónaje procedente de RSU recuperados en la *línea*

*gris* (destinada a los de recogida indiscriminada junto con materia orgánica), circunstancias ambas que, unidas al calor estival, explicarían la aparición en dichas instalaciones de destino de una plaga de cucarachas en el verano de 2018.

En el expediente, ha quedado probado: i) que RGSL no tenía un *Plan* permanente de desinsectación de sus instalaciones (AHA.5.1B); y ii) que sólo contrató puntualmente, en junio de 2018, a la empresa especializada LRSL, la cual certificó la existencia de la plaga en las mismas y su tratamiento (AHA.1.10.B); pero el CARR y TRSL (a quienes incumbía la carga probatoria *ex* el cit. art. 217 LEC'00) no han acreditado con pruebas convincentes que el estado sanitario de las instalaciones de RGSL no fuera el adecuado ni que al mismo se debiera la aparición de la plaga.

En **conclusión**, este Consejo considera que no se ha probado de forma convincente que el estado sanitario de las instalaciones de destino fuera determinante de la aparición de la plaga y, mucho menos, que ésta procediera de materiales que, siendo distintos a los retirados del *Ecoparque*, hubieran sido previamente almacenados en las mismas por RGSL.

### **C) La calidad del cartónaje.**

Una tercera cuestión, enlazada con las anteriores y debatida en el expediente por las partes, es el estado sanitario y, en suma, la **calidad** del cartónaje adjudicado por el CARR, preparado y entregado por TRSL y retirado del *Ecoparque* por RGSL.

RGSL ha sostenido en el expediente (cfr. AHA.3.3) que el cartónaje que se le entregó carecería de la mínima calidad exigible pues estaba infestado por una plaga de cucarachas que lo convirtió en absolutamente inhábil para los fines del contrato y, en rigor, para cualquier aprovechamiento económico, por lo que tuvo que ser eliminado en un vertedero, junto con otros materiales propiedad de RGSL a los que se propagó la referida plaga.

Por el contrario, el CARR y TRSL han sostenido (cfr. AHA 4.6 y 6.5) que es un hecho evidente y bien conocido por las partes: i) que el cartónaje en cuestión es de origen *doméstico* y procedía de la *línea gris* del *Ecoparque*, por lo que, no resulta exigible al mismo la calidad que puede tener el de procedencia *comercial*, que es objeto de una recogida selectiva por *E.*; ii) que, al derivar de la *fracción resto* (que contiene también materia orgánica), es un cartónaje recuperado que, pese a su adecuado tratamiento, enfardado y almacenamiento, puede contener algunos vectores contaminantes, como huevos de cucarachas que, por su corto ciclo vital, pueden nacer al abrigo de un ambiente cálido, por lo que es crucial, especialmente en verano, no prolongar su almacenamiento y proceder cuanto antes a su recomercialización; iii) que RGSL no empleó las facultades de las que contractualmente disponía para, previamente, *visitar* las instalaciones del

*Ecoparque* y comprobar la calidad del material ofertado; y, posteriormente, *rechazar*, en tiempo y forma, el material entregado y retirado.

Sobre este debate, **nuestra postura** es la siguiente:

1/ Entendemos como evidente que las partes, todas ellas pertenecientes al sector económico de tratamiento de RSU, conocían que el objeto material del contrato procedía de la *línea gris* (expresión que aparece literalmente en el documento contractual firmado entre RGSL y TRSL) del *Ecoparque* (cfr. fol. 410). Por tanto, dichas partes conocían que **no se trataba de un cartónaje comercial** selectivamente recogido y **susceptible de ajustarse a todos los estándares de calidad ETMR** de E..

E., al menos, suele exigir el nivel 5.01 de la Norma UNE-EN 643 que contiene la *Lista europea de calidades estándar de papel y cartón para reciclar* ); por eso, la alusión que en el citado contrato se hace a las ETMR (fol. 410) no se ubica en ningún apartado referente a la “**calidad**”, sino a “**cantidad**” del material, expresada en kgr “que se transportan”, lo cual, en nuestro criterio, indica que se refiere sólo a los **aspectos cuantitativos de dichas ETMR** que interesan a efectos de su **transporte**, cuales son i) que el material sea agrupado y sujetado en balas o fardos; ii) que tales balas o fardos tengan las dimensiones que imponga el tipo de prensa de compactación que posea la planta (en este caso, del *Ecoparque*); iii) que cada envío sea identificado por *camión completo* (es decir, tipo *tráiler*, no un *camión de contenedor*), indicando las balas que lleva, el tipo de material cargado, su fecha de embalado, la planta de origen, y su peso aproximado; iv) que la humedad máxima de los fardos sea del 10% (exigencia ésta que es de calidad pero también cuantitativa porque afecta al peso de la cosa habida cuenta la naturaleza higroscópica del cartónaje); y v) que los materiales impropios (flejes, arena, metales, plásticos y, en general, todo lo que no sea papel-cartón) no supere el 3% del peso total.

2/ Ahora bien, eso no significa que el cartónaje ofrecido a RGSL y retirado por ésta empresa del *Ecoparque* pudiera carecer de **toda** calidad, ya que siempre debía reunir unas condiciones de **calidad mínima**:

-En primer lugar, el propio citado documento (fol. 410) lo identifica **como papel-cartón con el código LER 191201**, lo cual significa que es un RSU perfectamente identificado en el ámbito europeo por haber experimentado, tras un proceso de recogida indiscriminada, una fase de selección cuyo objeto es precisamente eliminar los materiales desechables y recuperar los que son susceptibles de algún aprovechamiento económico.

-En segundo lugar, las partes confiesan, también expresamente en el mismo documento, que el destino del RSU será someterlo a operaciones de tratamiento (OTR) **del grupo R, subgrupos R1 o R3**, es decir (según la normativa citada al explicar la sigla OTR), a un *reciclado o recuperación* para destinarlo a *combustible u otro medio generador de energía* (R-1) o a transformaciones biológicas para obtener *abonos u otras sustancias orgánicas no disolventes* (R-3); lo que implica que las partes aceptan que los RSU objeto del contrato tienen un valor económico en el mercado del reciclaje, lo que implica que deben tener, al menos, la calidad que permita obtenerlo.

-En tercer lugar, el contrato que nos ocupa es **oneroso** pues se adjudica en atención al **precio** por t. que ha de pagar RGSL, lo cual concuerda con la condición de **mercaderías**, que, como antes hemos

expuesto, tienen los RSU que nos ocupan; y todo ello implica necesariamente que éstos han de tener la calidad precisa para que el **objeto** contractual sea cierto, determinado y pueda integrarse *en el comercio de los hombres* (como exigen, con carácter general, los arts. 1271 a 1273 Cc, relativos al objeto de cualquier contrato), esto es, resultar útil para el fin de recomercialización al que se le destina, aunque este sea un mero reciclaje.

-En cuarto lugar, las mismas partes son conscientes de la exigencia de una *calidad mínima* cuando prevén contractualmente las antes expuestas facultades que asisten a RGSL para comprobarla en una **visita** previa e incluso para, después de haber retirado el cartonaje, **rehusar** y **devolver**, en tiempo y forma, el que estime no ser de recibo.

-En quinto lugar, que, bajo ningún concepto, puede entenderse que reúne la *calidad mínima* exigible ni que es apto a efectos del contrato un cartonaje **infestado** por una plaga de cucarachas, especialmente cuando la misma, como ha sucedido en este caso, afecta a todas las partidas adquiridas y, además, ha demostrado su capacidad de **propagación** para infestar otros materiales circundantes.

3/ No obstante, conociendo las partes que todo cartonaje es un bien mueble *genérico y deteriorable* y que el que concretamente nos ocupa, procedía de RSU obtenidos tras su tratamiento en la *línea gris* del *Ecoparque* y era susceptible de albergar huevos de cucarachas y otros vectores contaminantes de ciclo biológico corto, resulta obvio que la exigibilidad de la expresada *calidad mínima* debe quedar condicionada a la observancia por parte de RGSL de ciertas **cautelas y límites temporales** establecidos precisamente para preservarla. Tales cautelas y límites se contienen en los arts 6.3 y 7.1-b del RD 180/2005 y en las propias CPC del contrato y son los siguientes:

-**48 h.** antes de formalizar las ofertas, para visitar el *Ecoparque* y comprobar el material que el mismo genera

-**48 h.** para efectuar obligatoriamente cada retirada, a partir del aviso de puesta a disposición del material que le enviara TRSL.

-**48 h.** para facilitar medios de carga especiales si facultativamente RGSL quería emplearlos

-**30 días**, desde la recepción de **cada retirada**, para efectuar las **comprobaciones** necesarias en orden a aceptar o rechazar y devolver los RSU a TRSL.

-**5 días** primeros del mes posterior a cada retirada para presentar los certificados de trazabilidad del material; y

-**1 mes** desde su emisión, para pagar las facturas por el precio del material que el CARR le vaya presentando.

Desde luego, no todos estos límites temporales tienen la misma **naturaleza** y trascendencia jurídica para determinar la calidad del material adquirido:

-El plazo de 48 h. para **visitar** previamente las instalaciones y comprobar el material en ellas producido, afecta a un trámite precontractual y facultativo de cuya omisión no puede seguirse reproche alguno, especialmente para una empresa del sector de los RSU como es RGSL, máxime

cuando los productos que podrían comprobarse en esa eventual visita no serían precisamente los adjudicados (que aún no habrían sido siquiera producidos en el *Ecoparque*), sino, a lo sumo, otros del mismo género.

-El transcurso del plazo mensual para pagar las **facturas** puede implicar un incumplimiento del contrato, pero no afecta a la calidad del material adquirido.

-El incumplimiento del plazo para presentar los certificados de **trazabilidad** puede implicar, además, una infracción administrativa de la normativa sobre tratamiento de RSU, pero, por lo ahora nos interesa, puede revelar, según las circunstancias, que el producto adquirido no ha sido reinsertado activamente en el mercado, sino sometido a una situación pasiva de almacenamiento que, según las circunstancias espacio-temporales del mismo, puede deteriorarlo; por tanto, constituye, no una prueba de deterioro, pero sí un indicio de posible deterioro.

-Los breves plazos de 48 h. revelan con claridad que el CARR y TRSL desean imprimir gran agilidad a la fase de **retirada** del material adjudicado, una vez que cada partida retirable haya sido puesto a disposición de RGSL, de suerte que su inobservancia puede revelar, según las circunstancias, no sólo un incumplimiento contractual, sino también una negligencia responsabilizante, en mayor o menor medida, del deterioro del material.

-El plazo de 30 días para que RGSL decida si **acepta o rechaza** cada partida retirada supone una enérgica interpelación contractual confiere a dicho plazo el carácter de un **término esencial** ex art. 1100.2 i.f. Cc (en el sentido de que su transcurso produce el efecto de caducidad o perención, es decir, la interdicción de rechazar y devolver el producto) y, por tanto, tiene un efecto directo en orden a la asunción de los riesgos por deterioro o pérdida de la cosa.

5/ En el presente caso, ha quedado probado (cfr. los exhaustivos cuadros que hemos recogido en el AHA 1.11) que RGSL: i) ha incumplido, ampliamente y con reiteración, todos los plazos precitados para la **retirada** y el **control de trazabilidad** del material; ii) demoró hasta el 22-06-2018, el primer requerimiento de rechazo del cartonaje; lo que (a la vista del precitado plazo de 30 días para aceptar o rechazar el material) implica haber aceptado todo el material retirado hasta un mes antes, es decir, hasta el 22-05-2018 y sólo haber rechazado todo el material retirado desde esta última fecha.

En **conclusión**, entendemos: i) que el CARR estaba obligado contractualmente a entregar el cartonaje a RGSL en unas condiciones de calidad mínimas que lo hicieran susceptible de ser destinado al tratamiento expresado en el contrato; ii) que el cartonaje infestado con huevos o ejemplares vivos de cucarachas susceptibles de propagación no cumple esos requisitos mínimos de calidad; iii) que incumbe contractualmente a las partes (CARR y TRSL como parte transferente y RGSL como parte adquirente) comportarse con diligencia para comprobar la calidad del material en cada entrega o retirada.

#### D) La diligencia o negligencia en las operaciones.

a) Una cuarta cuestión, también enlazada con las anteriores y debatida en el expediente es si las partes se han comportado diligente o negligentemente al ejecutar el contrato. A este respecto, las **posturas** son las siguientes:

-**RGSL** sostiene que se ha comportado con diligencia en todo momento, ya que se ha limitado a: i) participar, por invitación, en un concurso público de ofertas de retirada de RSU convocado por el CARR; ii) ser adjudicataria del contrato por haber presentado la mejor oferta; iii) retirar el cartónaje adjudicado; iv) comunicar al CARR la existencia de la plaga en cuanto la descubrió; v) rechazar el material contaminado; vi) eliminar la plaga, desinfectar sus instalaciones contaminadas y conducir al vertedero todo el material afectado; y vii) reclamar los daños y perjuicios sufridos.

-**TRSL** mantiene que se ha comportado con diligencia en las operaciones que le incumbían como concesionaria del servicio de gestión del *Ecoparque* y que se limitaban a las siguientes: i) separar, en la *línea gris*, el cartónaje aprovechable, manteniendo siempre la sanidad de las instalaciones y del proceso de tratamiento y valorización; ii) enfardarlo en balas homogéneas; ii) almacenar los fardos en sus propias instalaciones hasta que formaban un lote apto para ser retirado; iv) avisar a RGSL en cuanto cada lote estaba a su disposición para ser retirado; v) cargar los fardos con sus propios medios en los camiones facilitados por RGSL; vi) controlar la entrada y salida de los camiones en el *Ecoparque*, así como los documentos de entrega, conducción y trazabilidad de los RSU entregados.

-El **CARR** mantiene, por un lado, que se ha comportado con toda diligencia, limitándose a convocar y resolver el concurso de ofertas, adjudicar el contrato a RGSL, comunicar la adjudicación a TRSL y expedir a RGSL las facturas correspondientes; y, por otro, que es RGSL quien se ha comportado con negligencia, por cuanto ha adoptado una actitud pasiva plasmada en los siguientes actos negativos: i) no hizo uso de la facultad de **visitar** las instalaciones del *Ecoparque* para comprobar la calidad de los RSU generados en ellas; ii) ha incurrido en constantes y reiterados **retrasos** (en depositar la garantía, en comenzar y concluir las retiradas, en realizar cada una de ellas, en pagar las facturas y en presentar los documentos de trazabilidad); iii) **no objetó** (hasta el momento de ir a efectuar la última retirada de fardos) la calidad del material retirado, ni rehusó ninguna partida por entender que la misma no fuera de recibo; iv) ha incurrido conscientemente en una práctica pasiva de riesgo, cuyas consecuencias sólo a RGSL incumben, consistente en **almacenar** este cartónaje en sus propias instalaciones, en vez de recomercializarlo sin demora; v) ha sido negligente, por omisión, tanto en el cuidado de sus propias instalaciones (al carecer de un sistemático **Plan de desinfección**),

como en la pronta recogida y recomercialización del material adjudicado (al saber que se trata de cartonaje procedentes de la *línea gris* y, por tanto, susceptible de albergar vectores que pueden degradarlo, especialmente con el calor propio del verano).

**b)** Sobre esta polémica, **nuestra postura** es la siguiente:

1/ La omisión de la **visita** previa a las instalaciones del *Ecoparque* no supone negligencia alguna ni mucho menos supone, como ha sugerido el CARR una previa aceptación tácita, por parte de RGSL, de que el cartonaje que luego se le adjudicaría a RGSL era de recibo, se encontraba en buen estado y carecía de plagas u otros vicios ocultos; y ello por las siguientes razones:

-En primer lugar, porque la cláusula que permite esta visita sólo se refiere en **general** al material *recuperado* en el *Ecoparque* (cuya calidad ya es conocida por las empresas especializadas en el tratamiento de RSU), pero no al **concreto** material *ofrecido* en esta específica operación, el cual aún no había sido generado pues, como hemos expuesto, este contrato es de cosa futura (*rei speratae*).

-En segundo lugar, porque esta visita previa es calificable jurídicamente como una mera facultad **precontractual** (propia de la fase de oferta y relativa a los materiales que se recuperan en el *Ecoparque* con carácter general, sin referirlos a un contrato concreto), pero no como una facultad **contractual** (propia de la fase de aceptación y relativa a los materiales concretamente adjudicados), que las partes han configurado mediante otro mecanismo como es el plazo de 30 días, desde la retirada de cada lote, para aceptarlo o rechazarlo.

-En tercer lugar, porque, en consecuencia, esta previa facultad de visita no configura al contrato posterior como una contratación condicionada, como sucede (cfr. art. 328 CCom) con las ventas ***ad gustum***, con ***pactum displicentiae*** o a calidad de ***prueba y ensayo*** (que sólo son eficaces si el género agrada al comprador, es decir, si éste no expresa su desagrado y la rechaza al recibirlo), ya que, el contrato que nos ocupa se perfecciona por su adjudicación (aceptación de la previa oferta) y la facultad de rechazo, al durar sólo 30 días, revela que se refiere a cada lote retirado, no al conjunto de lotes del contrato.

2/ Como señala el informe del CARR de 13-09-2019 (cfr. AHA.4.6) y el informe pericial académico de 04-06.2019 (AHA 2.6), las cucarachas y sus huevos son un **vector** de ciclo biológico corto (no superior a 3 meses, cfr. AHA 5.1.B), cuya presencia no puede descartarse en el cartonaje obtenido en la *línea gris* del *Ecoparque* destinada al tratamiento de la *fracción-resto* (fols. 356-375).

Se trata, en suma, de uno de los **riesgos** que puede aparecer entre el cartonaje, especialmente cuando concurren circunstancias que favorecen la maduración de los huevos y el posterior nacimiento y proliferación de ejemplares, como el embalaje en fardos que son objeto de almacenamiento, junto a otros semejantes, en naves o almacenes protegidos, en época cálida y que se prolonga más allá de la duración del ciclo vital de la especie.

Dicho riesgo determina que forme parte de la *diligencia profesional* de los gestores de estos RSU (es decir, tanto de quienes los producen, preparan, venden y entregan como de quienes los compran, cargan, reciben y trasladan a un destino ulterior) adoptar las medidas precisas para precaverlo, detectarlo y, en su caso, eliminarlo en sus respectivas instalaciones; y ello, no sólo con carácter **preventivo general** (es decir, adoptando y aplicando *Planes* de saneamiento y desinfestación de naves, utillajes y enseres), sino también con carácter **preventivo especial** (es decir, adoptando las *medidas* oportunas cuando dicho *riesgo* corra inminente peligro de actualizarse en un *siniestro* susceptible de afectar a materiales que hayan sido contractualmente adjudicados por precio y, en concreto, a los que integren cada uno de los lotes dispuestos, en los almacenes del vendedor, para ser retirados por el comprador o, en los del comprador, para ser recomercializados por éste.

3/ Por otro lado, dicho lo anterior y a la vista de todo el expediente, podemos reputar un **hecho probado que la plaga de cucarachas que infestó las instalaciones de RGSL procedía de los fardos retirados por RGSL del Ecoparque en ejecución del contrato** que nos ocupa, aunque la proliferación y propagación de la misma haya podido ser favorecida por el comportamiento (previo, concomitante y posterior) de las partes contractuales, incluida la reclamante (RGSL).

En tal sentido, considerando globalmente el comportamiento de las partes a la luz de las obligaciones contractuales, este Consejo entiende que **todas las partes del contrato lo han incumplido e incurrido** (otra cuestión que luego veremos es en qué grado) **en negligencia profesional** en relación con el siniestro ocasionado:

-El CARR, por *culpa in vigilando*, al adjudicar lotes concretos de un material que objetivamente carecía de la *calidad mínima* exigible para entregarlos contractualmente por precio, sin vigilar adecuadamente la gestión que, para efectuar las oportunas y previas comprobaciones de dicho material, incumbía a su concesionaria, y ello sin poder arrojar sobre ésta toda la responsabilidad al efecto desde el momento en que es el CARR la única entidad habilitada (por el art. 3.2 ECARR'98) para efectuar la venta de los RSU recuperados en el *Ecoparque* y, por tanto, la única constituida en la condición jurídica de vendedor mercantil con todas sus obligaciones, en especial la de vender cosas económicamente *útiles* para el efecto al que se destinan, en este caso, para su recomercialización.

-TRSL, por *culpa in omittendo*, al seleccionar, enfardar, almacenar y poner a disposición de RGSL dichos lotes concretos, por cuenta y riesgo del CARR vendedor, sin efectuar sobre los mismos ninguna previa inspección o control dirigido a comprobar si reunían las referidas *condiciones mínimas de calidad* para poder ser considerados como *mercadería* susceptible de ser entregada contractualmente por precio; y también por tolerar o consentir tácitamente los retrasos de RGSL en retirar los lotes adjudicados, pese a conocer el riesgo de degradación que el tiempo de almacenamiento opera sobre ellos.

-RGS, por *culpa in dilatando*, al haber incumplido conscientemente los plazos de retirada de los lotes adjudicados y haber provocado, con ese deliberado retraso, la prolongación de su almacenamiento, primero, en el *Ecoparque* (aun sabiendo que el mismo contaba con *Planes de desinfestación* que eran genéricos y que no habían sido específicamente aplicados a la mercancía adjudicada ni a sus lotes concretos puestos a disposición del comprador), y, después, en sus propias instalaciones sitas en Navarra (aun sabiendo que las mismas carecían incluso de Planes genéricos de desinfestación).

-En los tres casos, se trata de culpa derivada de la omisión de actos positivos (de vigilar, de inspeccionar o de agilizar) que contractualmente eran obligados para las partes y que éstas, al ser profesionales del sector económico del tratamiento de los RSU y conocedoras de sus riesgos y en concreto del biológico que nos ocupa, no podían legítimamente alegar que ignoraban; por lo que, jurídicamente, dichas omisiones entrañan una *comisión por omisión*, es decir, una imputación de *culpa contractual* a título de *negligencia profesional inexcusable*.

#### **E) La cuestión del régimen contractual de los riesgos.**

1/ Una cuestión relacionada con lo anterior es si el hecho de que RGSL efectuara, el 22-06-2018, el primer requerimiento de rechazo del cartón; implica (a la vista del precitado plazo contractual de 30 días para aceptar o rechazar el material de cada lote) haber **aceptado** tácitamente que eran **de recibo** todos los lotes de material que había retirado hasta el 22-05-2018 (es decir, hasta 30 días antes del citado requerimiento); y, en consecuencia, si implica también haber **rechazado** únicamente el material retirado después de dicha fecha de retroacción; el cual se limita a un, único y último, lote, de 12,56 t, que fue retirado el 24-05-2018.

2/ Esta cuestión ha sido sugerida en el expediente por el CARR, pero no con la radicalidad que supondría haberla planteado como una *situación de inversión del régimen de riesgos* en el contrato de compraventa mercantil.

3/ Recordemos que nuestro *sistema de asunción de riesgos* por pérdida o deterioro de la cosa vendida no parte del principio romano-clásico y francés de que la cosa perece para el comprador (*periculum est emptoris*, extraído de un fragmento de Gayo en *Digesto* 41.1.9.5, generalizado por el art. 1138 del Cc napoleónico), al reputar a la compraventa como un contrato consensual que se perfecciona sólo con el consentimiento; sino que parte del principio romano-tardío y germánico de que la cosa perece para su dueño (*res perit domino suo*, extraído de una Constitución imperial relativa a la cosa dada en prenda, en *Codex* 4.24.9, que inspiró un texto de *Partidas* 5.5.23 y fue generalizada por el § 446 BGB), al reputar a la compraventa como mero *título* traslativo del dominio que, para transmitir efectivamente éste, requiere, además de su perfección consensual como contrato, la consumación de sus efectos mediante un *modo* específico, consistente en la entrega (*traditio*) de la cosa vendida. En otras palabras, nuestro régimen de riesgos es coherente con la *doctrina del título y el modo* recogida, para la adquisición de derechos reales, en el antes citado art. 609.2 Cc.

4/ Ahora bien, como es sabido, la aplicación de este criterio es distinta según se trate de la compraventa civil o de la mercantil. En efecto:

-En el contrato civil de compraventa de cosas específicas (o de cosas fungibles vendidas en atención a su peso, número o medida, una vez pesadas, contadas o medidas), el vendedor asume los riesgos de pérdida o deterioro de la cosa vendida antes de su entrega pues sigue siendo dueño de ella (criterio *periculum est venditoris*) y el comprador los asume una vez entregada (criterio *periculum est emptoris*) ex arts. 1452 , 1096.3 y 1182 Cc, lo que significa situar en la verdadera entrega (*traditio*), esto es, en el *modo*, el momento de la inversión del régimen de riesgos.

-En el contrato de compraventa mercantil, el art. 338 CCom, para estimular la diligencia de los comerciantes y la seguridad del tráfico, establece, como momento de la inversión del régimen de riesgos, el de la *puesta de la cosa a disposición* del comprador; habiendo entendido la jurisprudencia (p.e, en SSTs de 13-05-1993 y 29-10-1996) que esa *puesta a disposición* es una forma de *traditio ficta*, que se produce en la forma, lugar y tiempo que las partes hayan convenido, ya que, como hemos expresado, estas normas mercantiles son dispositivas ex art 345 CCom (cfr, pe., SSTs de 29-03-1999 y 08-02-2002); de suerte que, sólo en defecto de pacto, pueda entenderse que dicha *puesta a disposición* se ha efectuado, en cuanto al *lugar*, en el establecimiento del vendedor (SSTs 15-10-1985 y 18-06-1994), o al entregar la cosa a un porteador designado (SSTs 17-10-1984 y 03-03-1997, como también admite el art. 67 CCM'80); y, en cuanto al *tiempo*, a las 24 h. siguientes al contrato (art. 337 CCom).

5/ Sin embargo, en el presente caso, no sería preciso acudir a tales criterios jurisprudenciales supletorios, ya que las partes han pactado, con todo detalle, en las condiciones generales, especiales y específicas del contrato que antes hemos expuesto (cfr.

FL 6.5), las circunstancias, de lugar, tiempo y forma, de la *puesta a disposición* y de la *entrega* del cartonaje, así como de la *aceptación* o *rechazo* de cada lote retirado.

Pues bien, aplicando tales condiciones pactadas, el comprador (RGSL) habría asumido los riesgos de pérdida y deterioro del cartonaje que no hubiere rechazado dentro de los 30 días siguientes (este plazo pactado coincide con el legalmente señalado en el art. 342 CCom) al de cada retirada o lote del mismo, siempre que dicho rechazo hubiera sido notificado a la concesionaria (TRSL) del vendedor (CARR) mediante el *documento de identificación* de las partidas rechazadas.

Esta aplicación conduciría, pues, a entender que RGSL **asumió los riesgos por pérdida o deterioro de todos los lotes de cartonaje retirados antes del 22-05-2018**, ya que dicha fecha coincide con los 30 días anteriores a la del primer rechazo de un lote de material, que se produjo el 22-06-2018, cuando RGSL requirió, por correo electrónico, al CARR, que volviera a hacerse cargo del material infestado (cfr. AHA 1.13). En efecto, en los correos electrónicos anteriores al citado de 22-06-2018, RGSL, sin rechazar formalmente el material, se había limitado, a comunicar la aparición de la plaga (correo de 17-05-2018) y a pedir información al CARR sobre el tipo de tratamiento desinfestante que se aplicaba en el *Ecoparque* (correo de 19-06-2018).

6/ Ahora bien, es de advertir que, aunque se aplique esta doctrina de la inversión del régimen de riesgos, la misma sólo tendría el efecto de excluir del cómputo de daños y perjuicios los correspondientes al material aceptado tácitamente, por no haberlo rechazado en tiempo y forma; pero carecería de virtualidad para excluir los daños y perjuicios ocasionados por la **propagación**, puesto que no se ha probado en absoluto que la misma sólo procediera de los lotes tácitamente aceptados y, considerando el ciclo biológico de la especie, también pudiera proceder de los expresamente rechazados, es decir, de las 12,56 t. que integraban el último lote retirado el 24-05-2018; puesto que la diferencia entre unos y otros lotes es meramente jurídica, pero la propagación es, como señala la peritación académica antes citada (cfr. AHA 2.6), un hecho material que afecta a ambos, sin que las partes hubieran pactado que el comprador tuviera la obligación de separar unos de otros al almacenarlos.

7/ Por tanto, entendemos que esta cuestión del *régimen de riesgos* es **irrelevante** a efectos de excluir totalmente la responsabilidad del CARR como vendedor, aunque puede serlo al analizar la cuantía indemnizatoria.

#### **F) Las motivaciones de las partes.**

**a)** Una quinta cuestión debatida en el expediente han sido los motivos de las partes para incurrir en los incumplimientos causantes del siniestro acaecido.

1/ El CARR, en sus informes antes citados, aduce que RGSL ha actuado antes de la reclamación y en esta misma movida únicamente por un interés económico espurio, consistente en la pretensión de arrojar sobre el CARR y TRSL el *riesgo y ventura* de la compra del material que sólo a RGSL corresponde como compradora del mismo.

Aduce en apoyo de esta idea que la fuerte bajada de los precios del cartonaje en el mercado asiático hizo que RGSL no pudiese recomercializar de forma competitiva los lotes comprados a un precio más alto y, por eso, retrasó la retirada del material todo lo que pudo y prolongó también en exceso su almacenamiento posterior.

Añade que ese largo almacenamiento favoreció la incubación de la plaga, habida cuenta la época estival y el corto ciclo biológico de la *blattea germánica* y, cuando ésta eclosionó en forma de plaga, aprovechó los daños y perjuicios ocasionados por la misma para deshacerse de todo el material almacenado que había quedado sin posible salida al mercado.

De esta forma, la reclamación que nos ocupa, con una alta valoración de todas las partidas, no sería sino una operación urdida por RGSL para trasladar al CARR y TRSL el coste de las pérdidas económicas ocasionadas por su imprevisión del comportamiento del mercado.

2/ RGSL entiende, por su parte, que el CARR y TRSL sólo trataban de comportarse dolosamente vendiendo un material que sabían estaba infestado, sospecha ésta que está en la base de las alusiones precitadas a una posible responsabilidad penal.

b) Sobre esta cuestión, **nuestra postura** es que ambas alegaciones **carecen de un suficiente soporte probatorio** en el expediente, cuyo examen conduce más bien a la conclusión de que, olvidando toda posible implicación penal y prescindiendo de las posibles motivaciones económicas de las partes, el asunto debe ser reconducido a los estrictos límites contractuales en que lo estamos planteando.

## Octavo

### Cuantificación de los daños y perjuicios

#### 1. Planteamiento.

En el FJ anterior, hemos concluido que todas las partes contractuales (el CARR, TRSL y RGSL) tienen responsabilidad contractual en el siniestro acaecido, por lo que, en el presente FJ, analizaremos, como hemos anunciado, tres últimas cuestiones: i) cuál es el importe global de la indemnización procedente, lo cual implica determinar qué partidas de las reclamadas por RGSL, y en qué medida, son admisibles y cuáles deben ser rechazadas;

y iii) cuál es el importe que individualmente debe ser asumido por cada una de las partes expresadas, lo cual implica determinar qué porcentaje de responsabilidad corresponde a cada una de ellas.

## 2. Partidas que se reclaman.

Como hemos expuesto (cfr. AHA 2.4), la indemnización reclamada por RGSL asciende a **238.935,21 euros** (fol. 19), según la valoración pericial de IPSL (cfr. resumen en fols. 46 y 232) incluyendo las siguientes partidas, que analizaremos a continuación:

-El **material comprado**, es decir, todo el producto adquirido por RGSL al CARR (en rigor, el retirado por RGSL del *Ecoparque*, que IPSL cifra en 448,94 t.) y que, al estar infestado por la plaga, ha debido ser eliminado; el cual es valorado (fol.63) **por su precio de compra**, según facturas, en 22.895,94 euros, a los que añade: i) 317,96 euros, por gastos de formalización del aval presentado como garantía; y ii) 4.800, por gastos de retirada del *Ecoparque* del material con medio propios de RGSL; resultando así un total de **28.013,90 euros**.

-El **material preexistente** que estaba almacenado en las instalaciones de RGSL y que, al haber sido contaminado por la plaga, también ha tenido que ser eliminado y que es valorado (fol.64), **por su precio de adquisición** facturado, en 110.715,54 euros (no **por su precio en venta**, que IPSL estimó en 85.183,97 euros), a los que añade 65.031,07 euros, por el coste de retirada del mismo, resultando así un total de **175.746,61 euros** (cifra que sería de 150.215 euros, si se hubiera tomado como referencia el *precio en venta* de los productos).

-Los **costes de saneamiento** de las instalaciones de RGSL y **de eliminación** de todos los materiales infestados por la plaga (esto es, tanto los comprados por RGSL al CARR como los que RGSL tenía previamente almacenados en sus instalaciones), que se valoran por su coste, según las facturas pagadas por RGSL a las empresas de saneamiento y eliminación (fol. 66), en **7.050,99 euros**.

-El **lucro cesante**, valorado, según el informe pericial de IPSL, en **28.123,71 euros**.

-Los **intereses legales** que se hubieran devengado.

## 3. Partida por el material comprado.

A) RGSL incluye en este concepto todo el cartón retirado por RGSL del *Ecoparque*, que IPSL cifra en 448,94 t; y que, al estar infestado por la plaga, ha debido ser **eliminado, el cual es** valorado (fol.63) **por su precio de compra**, según facturas, en 22.895,94 euros.

B) Consideramos probado (cfr. AHA 1.8.C) que: i) el volumen de cartón **ofrecido** en el contrato era de **420 t**; ii) que dicho volumen debía entenderse como **aproximado** y así lo han aceptado las partes en el expediente; iii) que el volumen finalmente **producido** en el *Ecoparque* hasta el fin del periodo adjudicado (31-03-2018) fue de **460 t**; iv) que el volumen **retirado** efectivamente por RGSL fue de **448,94 t**. que coincide con el **valorado**

a efectos de la reclamación por haber tenido que ser eliminado en un vertedero autorizado al ser inutilizable por su infestación con la plaga.

C) Al exponer la doctrina de la *inversión del régimen de riesgos*, quedó claro que RGSL aceptó tácitamente ser de recibo todos los lotes de cartón que retiró del *Ecoparque* antes del 22-05-2018 (fecha que corresponde a 30 días antes del correo electrónico de 22-06-2018 en que, como requerimiento, comunicó al CARR el rechazo del material por estar infestado), por lo que sólo debería considerarse rechazado el lote de 12,56 t. que retiró el 24-05-2018.

Sin embargo, eso no excluye la posibilidad de reclamar por los lotes tácitamente aceptados antes de dicha fecha, ya que la plaga también les afectó, por lo que la inversión del régimen de riesgos, que hubiera podido tener alguna relevancia si el daño no se hubiera producido por propagación, carece de ella en este caso y, por consiguiente, entendemos que han de ser valoradas como indemnizables la totalidad de las 448,94 t. afectadas por la plaga.

D) En cuanto a la valoración de dicho volumen inutilizado debe ser estimado por su **por su precio de compra**, según facturas (fol.63), en 22.895,94 euros, ya que es el valor que las partes le dieron al contratar y que, propuesto por RGSL a instancia de IPSL, no ha sido discutido por el CARR ni por TRSL.

E) Dicho valor ha de ser incrementado, como solicita RGSL en: i) 317,96 euros, por gastos de formalización del aval presentado como garantía; y ii) 4.800, por gastos de retirada del *Ecoparque* del material con medios propios de RGSL; cuantías ambas que tampoco han sido objetadas por las otras partes

F) Resulta así un total de **28.013,90 euros**, que coincide con la cifra reclamada por RGSL.

#### **4. Partida por el material pre-existente.**

A) RGSL incluye en este concepto todo el **material pre-existente** que estaba almacenado en las instalaciones de RGSL y que, al haber sido contaminado por la plaga, también ha tenido que ser eliminado y que es valorado (fol.64), **por su precio de adquisición** facturado, en 110.715,54 euros (no **por su precio en venta**, que IPSL estimó en 85.183,97 euros), a los que añade 65.031,07 euros, por el coste de retirada del mismo, resultando así un total de **175.746,61 euros** (cifra que sería de 150.215 euros, si se hubiera tomado como referencia el *precio en venta* de los productos).

**B)** Consideramos probado que la plaga se propagó por todas las instalaciones de RGSL, inutilizando el material pre-existente en las mismas y que debió ser inutilizado, por lo que también debe ser objeto de valoración.

**C)** Pero lo que, en nuestro criterio, no puede aceptarse es valorar este material pre-existente por su **precio de adquisición** según facturas, pues así como el cartón adquirido al CARR tiene un valor reciente y además contractualmente fijado por las partes, el resto del material pre-existente en las naves de RGSL debe ser valorado según el **precio de venta** que tuviera en el mercado en el momento anterior a ser infestado e inutilizado por la plaga, esto es, por su valor estimado en el mercado en ese momento.

La razón estriba en que valorarlo por su *precio de adquisición*, sabiendo que es más elevado que su actual *precio en venta*, elimina el *riesgo y ventura* que toda operación de compra mercantil ha de tener para el comprador y arroja la minusvalía del mercado sobre quienes deban indemnizarlo, provocándoles, por ello mismo, un *empobrecimiento injusto* que no puede ser admitido, ya que implica un correlativo *enriquecimiento injusto* para el reclamante con ocasión del siniestro, respecto al cual sólo resulta legítimo el interés en obtener un resarcimiento integral que le deje indemne respecto al daño irrogado, pero no que le suponga ocasión de una ilícita ganancia.

En cuanto a los precios de venta considerados por IPSL no han sido contradichos por una prueba pericial contradictoria cuya presentación incumbía a las otras partes contractuales, especialmente teniendo en cuenta que las mismas son buenas conocedoras del sector económico de los RSU y, en concreto, del cartón recuperado, por lo que este Consejo no puede suplir esa inacción probatoria.

**D)** Lo que sí ha sido observado en el expediente es que, en el informe pericial de IPSL, como indica el informe técnico del CARR, se aprecia un **descuadre**. En efecto, si sumamos las 448,94 t. de la mercancía retirada del *Ecoparque* y las 825,06 t. justificadas en el informe pericial como mercancía pre-existente, resulta un total de 1.274 t; sin embargo, los certificados de destrucción acreditan sólo un total de 1.264,16 t. Eso implica que, siendo indudables las cifras de 448,94 t (correspondiente al material retirado del *Ecoparque* por RGSL, al estar justificado por las respectivas facturas oficiales); y de 1.264,16 t. (correspondiente al total del material eliminado en el vertedero, al estar justificado por las respectivas certificaciones oficiales), es obvio que el volumen del material pre-existente tiene que ser la diferencia, es decir, de 815,22 t. (1264,16 – 448,94). Esto significa que, aplicando a dicha cantidad de 815,22 t, el precio en venta por t. calculado por IPSL (182,0 o 56 euros), el coste de las 815,22 t, es de **148.423,51 euros**

**E)** Por tanto, entendemos que la valoración del material pre-existente afectado por la plaga debe ser fijada, a precio de venta, en la referida cantidad de **148.423,51 euros**.

## **5. Partida por los costes de saneamiento y eliminación.**

**A)** RGSL reclama **7.050,99 euros**, en concepto de **costes de saneamiento** de sus propias instalaciones y **de eliminación** de todos los materiales infestados por la plaga (esto es, tanto los comprados por RGSL al CARR como los que RGSL tenía previamente almacenados en sus referidas instalaciones), valorándolos por su coste, según las facturas pagadas por RGSL a las empresas de saneamiento y eliminación (fol. 66).

**B)** No habiendo sido refutado en detalle este concepto ni su valoración y siendo las facturas correspondientes al tiempo en que tales gastos fueron realizados, no tenemos objeción a esta partida y valoración que asciende a los expresados **7.050,99 euros**.

## **6. Partida por el lucro cesante.**

**A)** RGSL reclama no sólo el daño emergente causado por la plaga y al que corresponden las partidas hasta ahora analizadas, sino también el lucro cesante, valorado, según el informe pericial de IPSL, en **28.123,71 euros**.

**B)** Dicha valoración resulta de calcular las consecuencias económicas que supuso para la empresa reclamante la paralización de actividad inherente a las operaciones de desinfestación, saneamiento de instalaciones y eliminación de material infestado.

**C)** El lucro cesante es un elemento indemnizable según el art. 1106 Cc como ganancia que se haya dejado de obtener, pero, a diferencia del daño emergente que resulta de pruebas directas, el lucro cesante debe ser inferido de la realidad contable de la empresa, pero teniendo en cuenta una variable de difícil estimación que es la lógica oscilación del mercado que hace que ganancias pasadas no arguyan ganancias futuras. Por ello, el lucro cesante puede fácilmente convertirse en fuente de enriquecimiento injusto, especialmente cuando se refiere a empresas que ya estaban en crisis o que operan en sectores muy sensibles a las oscilaciones coyunturales del mercado. Tal es el caso del cartonaje y, en general, de los RSU, donde, por su naturaleza de materiales recuperados, de corto ciclo económico y fácilmente deteriorables, requieren un tratamiento empresarial especialmente atento al mercado y a las oscilaciones de precios en función de tiempos, calidades y otras circunstancias. Además, como antes hemos reseñado, el riesgo de que el concreto material que nos ocupa albergue vectores que puedan propagarse, exige una mayor diligencia para precaver que se actualice en siniestro, sin poder arrojar sobre otras entidades las consecuencias económicas que hayan podido tener las propias negligencias en ese ámbito.

**D)** Por todo ello, entendemos que, más allá de los daños materiales probados, no debe accederse a peticiones de lucro cesante basadas en meras hipótesis sobre los datos del balance y en comparaciones contable de periodos pasados.

E) En consecuencia, entendemos que esta partida debe ser estimada en **cero euros**.

### 7. Partida por intereses legales.

Esta partida sólo puede ser valorada en el momento de la realización del pago, por lo que no aludiremos a su cuantía.

### 8. Cuantía de los daños irrogados.

Como resumen de lo expuesto, RGL reclama un total de 238.935,21 euros; pero, **en nuestro criterio**, la valoración de los daños irrogados sólo asciende a un total de **183.488,40 euros**, a razón de: i) 28.013,90 euros, por material comprado inutilizado; ii) 148.423,51 euros. por material pre-existente inutilizado; y iii) 7.050,99 euros, por costes de saneamiento de instalaciones y eliminación de material infestado.

### 9. Reparto de responsabilidades.

A) Como hemos anunciado reiteradamente, una vez fijado el **importe global** de los daños indemnizables, procede determinar el **importe** que **individualmente** debe ser asumido por cada una de las dos partes contractuales (la parte *transmitente* en la que se encuentran el CARR y TRSL; y la parte *adquirente* en la que se encuentra RGSL), ya que, como también hemos indicado, ambas han tenido responsabilidad en la causación de los daños, por las negligencias que cada una de ellas ha cometido en la ejecución del contrato y que han provocado o favorecido la aparición y propagación de la plaga.

B) Ahora bien, este Consejo sólo es competente para señalar la indemnización que incumbe pagar a la parte administrativa, en este caso, a la parte *transferente*, integrada por el CARR y su concesionaria TRSL; no para fijar la que incumba asumir a la parte privada, en este caso, la *adquirente*, es decir, a RGSL; aunque, obviamente, ésta última pueda inferirse implícitamente por defecto, de lo que se fije para la parte administrativa.

C) Esto aclarado, es obvio que la concurrencia de hechos o conductas imputables a diversas partes obliga a distribuir la cuantía de la indemnización que corresponda a cada uno de los mismos, a cuyo fin habrá de analizarse la contribución causal de las conductas concurrentes a la producción del evento dañoso, esto es, a su entidad o relevancia en relación con éste, para así determinar qué **porcentaje** o **cuota** de responsabilidad corresponde a cada una de ellas.

D) Pues bien, del detallado análisis de las circunstancias del caso que hemos realizado en este dictamen, no parece que pueda determinarse, con un grado mínimo de certeza, un distinto grado de imputación para cada una de las dos partes contractuales. En

consecuencia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.138 Cc, corresponde dividir a partes iguales el importe de la valoración de los daños causados.

**E)** Por tanto, siendo el total de la valoración **183.488,40 euros**, su 50% es de **91.744,20 euros**, y ésta última es la cantidad que, con la salvedad que de seguido expondremos, debería ser abonada a RGSL por la parte administrativa del contrato.

Es de advertir, no obstante, que dicha parte administrativa, como hemos venido señalando a lo largo del dictamen, está integrada por el CARR y por su concesionaria TRSL, por lo que la distribución interna entre ambas entidades de la referida cantidad de 91.744,20 euros, entendemos que también procede ser efectuada al 50%, es decir, a razón de **45.872,10 euros**, cada una de dichas entidades.

**F)** Una vez determinada la distribución interna de la responsabilidad en la parte administrativa del contrato, debe aclararse que la cantidad que corresponde abonar al CARR, (45.872,10 euros) ha de compensarse con las cantidades (20.500,98 euros) derivadas de las facturas emitidas por el CARR a RGSL entre el 01-03-2018 y 01-06-2018 y que están pendientes de pago por RGSL, según se ha relatado en el Antecedente de Hecho Primero 12.

Va de suyo que la reclamación objeto de este dictamen parte de un presupuesto fáctico básico: la adquisición por RGSL al CARR de ciertos fardos de material reciclable, pues sin esa adquisición no se habría producido el supuesto de hecho al que se anuda la reclamación. Por otra parte, es claro que, para adquirir ese material, RGSL debía satisfacer al CARR un determinado precio.

Por ello, el importe de la responsabilidad del CARR para con RGSL ha de minorarse en la cuantía a la que asciende la parte de precio del material pendiente de pago, por lo que asciende, en definitiva, a  $(45.872,10 - 20.500,98 \text{ euros}) =$  **25.371,12 euros**.

**G)** La obligación de indemnizar a RGSL que incumbe a la concesionaria (TRSL) resulta claramente del art. 198 LCSP'07 (aplicable a la concesión que nos ocupa), cuyo contenido reprodujo el art. 214 LCSP'11 y también el vigente art. 196 LCSP'17, salvo que dichos daños hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, circunstancia esta última que no ha concurrido en este caso.

Sin embargo, como hemos señalado, al aplicar estos preceptos en cuantos dictámenes hemos emitido sobre daños causados por concesionarios (cfr., entre otros dictámenes D.2/00, D.50/00, D.52/01, D.18/03, D.79/03, D.50/05 o D.119/05), lo procedente es que la Administración concedente (en este caso, el CARR) satisfaga al particular perjudicado (en este caso, a RGSL) el total de la indemnización y repercuta posteriormente en el concesionario la parte que al mismo corresponda, pudiendo incluso

deducírsela por compensación (ex art. 1196 Cc), con ocasión del pago de cualesquiera otras cantidades vencidas, líquidas, exigibles y expeditas que la Administración concedente (en este caso, el CARR) deba realizar en favor del concesionario (en este caso, de TRSL).

Este sistema, de pago directo por la Administración concedente (en este caso, el CARR) del total correspondiente (en este caso, del total correspondiente a la parte administrativa transferente en el contrato que nos ocupa) con posterior repercusión en el concesionario (en este caso, sólo de la parte que al mismo corresponde), se fundamenta en el principio de igualdad, pues tiene por objeto no hacer de peor condición a los reclamantes que accionen por razón de daños causados en la prestación (contractual o extracontractual) de servicios públicos gestionados mediante concesión, que a los que reclamen por los causados en servicios públicos directamente gestionados por la Administración, cuando la diferencia entre ambas situaciones estriba sólo en una decisión administrativa ajena al damnificado, cual es la de gestionar un servicio público directamente o mediante un concesionario, siendo además evidente que éste debe responder por los daños causados en la medida en que haya contribuido a causarlos. Así lo señalamos en nuestro dictamen D.119/05, al expresar que:

*“esta interpretación hace plenamente efectivo el principio de máxima protección y pronta satisfacción de los perjudicados en sus reclamaciones de responsabilidad, cuyos derechos no pueden venir condicionados por la forma de gestión del servicio público, situando en peor posición aquellos daños producidos por contratistas o concesionarios de los servicios públicos. Esa imputación de la responsabilidad a la Administración titular del servicio público asegura la competencia y el control posterior, en todo caso, de la jurisdicción contencioso- administrativa, aunque se la demande junto a sus aseguradoras o a los concesionarios”.*

También se fundamenta en el principio de relatividad del contrato concesional por el que no son oponibles al damnificado las relaciones particulares entre la Administración concedente y sus concesionarios.

Por último, se apoya también en los criterios de la titularidad pública del servicio, la garantía eficaz de los derechos del particular reclamante, la seguridad jurídica y la economía procesal.

En igual sentido el Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 20 de noviembre de 2018, en el ámbito de la asistencia sanitaria, señala que:

*“cuando ante una reclamación de indemnización de daños y perjuicios por deficiente asistencia sanitaria formulada por un perjudicado a la Administración, habiéndose prestado la asistencia por una entidad privada en régimen de concierto con la Administración; si la propia Administración tramita el procedimiento y en el seno del mismo se da plena intervención a la entidad concertada, se declara en la resolución que pone fin al mismo que procede la responsabilidad y se fija las indemnizaciones procedentes, pero imputando dicha responsabilidad al centro privado concertado, imponiendo la obligación de que proceda al pago de las indemnizaciones con derecho de reintegro*

*del centro concertado, esa misma resolución, una vez adquiere firmeza, es título suficiente para reclamar la Administración las cantidades abonadas a la entidad concertada, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento a esos concretos fines”.*

En suma, la concreta fórmula de gestión utilizada por la Administración en la procura del servicio público no debe repercutir en la garantía de los derechos de los ciudadanos, máxime cuando, como sucede en este caso, el reclamante ha dirigido solidariamente la acción contra el CARR y TRSL.

#### **H) Recapitulando lo expuesto:**

- En la *relación externa* entre la parte administrativa y RGSL, el CARR debe abonar a RGSL el total de la indemnización, que asciende a (45.872,10 + 25.371,12 euros =) **71.243,22 euros**.
- Una vez realizado ese pago -y liberada ya la parte administrativa frente a RGSL- en la *relación interna* entre el CARR y el concesionario TRSL, el CARR podrá repetir frente a TRSL la cantidad de 45.872,10 euros.

**I)** Finalmente, hemos de señalar que tanto el CARR como TRSL conservan las acciones que puedan ejercitar contra sus respectivas Aseguradoras por razón de las pólizas que eventualmente tengan concertadas para cubrir sus responsabilidades contractuales; cuestión ésta sobre la que no nos pronunciamos por falta de datos en el expediente.

## **CONCLUSIONES**

### **Primera**

Procede estimar parcialmente la reclamación planteada, reconociendo el derecho de la mercantil reclamante (RGSL) a percibir una indemnización de **71.243,22 euros**, que deben serle abonados por el CARR.

### **Segunda**

Una vez efectuado el pago expresado, el CARR, como entidad concedente, dispone de una acción de regreso para repercutir en TRSL, como entidad concesionaria, la cantidad de **45.872,10 euros**, incluso por vía de compensación.

### **Tercera**

Dichas cantidades deben ser incrementadas con los intereses legales calculados en el momento de efectuar el pago.

#### **Cuarta**

Para resarcirse de sus respectivos pagos finales, tanto el CARR como TRSL conservan las acciones que puedan ejercitar contra sus respectivas Aseguradoras por razón de las pólizas que eventualmente tengan concertadas para cubrir sus responsabilidades contractuales.

#### **Quinta**

La reclamación formulada por RGSL puede ser desestimada en todo lo demás.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero