



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 12 de noviembre de 2002.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución del contrato de suministro de contenedores de vidrio, suscrito en 1995 con la empresa P.O.S.U., S.A., en relación con la sentencia de 16 de julio de 2002 del Tribunal Supremo, recaída en el recurso de casación 1.648/97, interpuesto por la citada empresa (EXP. 135/2002 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente dictamen es la Propuesta de Resolución contractual, realizada por el Consejero Insular de Medio Ambiente y Urbanismo del Cabildo de Tenerife a la Comisión Insular de Gobierno del mismo, órgano de contratación, que se formula en el curso de un procedimiento, iniciado por acuerdo de la citada Comisión Insular el 10 de abril de 1995 y dirigido a resolver un contrato adjudicado el 5 de diciembre de 1994; esto es, bajo la vigencia de la Ley de Contratos del Estado (LCE) (texto articulado aprobado por el Decreto 923/65, de 8 de abril), que fue derogada por la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), publicada completamente en el BOE de 18 de mayo y que no contenía una disposición expresa acerca de su entrada en vigor, por lo que ésta se produjo, por mor del art. 2.1 del Código Civil, el 8 de junio de 1995, fecha en la que finalizó el plazo de 20 días naturales que establece dicho precepto. Por lo tanto, el contenido obligacional de los contratos perfeccionados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCAP se debe regir íntegramente por la normativa anterior.

* PONENTE: Sr. Lazcano Acedo.

Y ello, aun cuando la larga duración del procedimiento resolutorio del contrato, motivada por la interposición de sendos recursos ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (TSJC) y el Tribunal Supremo (TS), ha dado lugar a que, durante la obligada suspensión del mismo, haya entrado en vigor primero la LCAP 1995 y luego el Texto Refundido de la Ley de Contratos aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (LCAP 2000). Así, el reinicio del expediente resolutorio, una vez efectuada por la Comisión de Gobierno la toma de razón de la STS que casó la del TSJC, ha tenido lugar el 23 de septiembre de 2002, en vigor ya la LCAP 2000, pero la doctrina de este Consejo (DCC 42/1996, entre otros) es la de que, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera LCAP el Derecho aplicable para resolver las incidencias de la vida del contrato como su resolución, es el vigente en el momento en que se inició el correspondiente procedimiento, en este caso el 10 de abril de 1995 según se dijo.

II

La competencia del Consejo para dictaminar con carácter preceptivo en el presente procedimiento de resolución contractual, a la que consta se opone el contratista, resulta del art. 11.1.D.c), en relación con el 11.2, ambos de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCC). Si bien el art. 18 de la LCE se refiere a que, en los casos de interpretación y resolución, cuando el precio del contrato sea superior a cien millones de pesetas, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado, el art. 22.11 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, determina la procedencia de su dictamen en los supuestos de resolución contractual cuando se formule oposición por parte del contratista; en el mismo sentido la doctrina jurisprudencial (entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2001).

La Sentencia de 16 de julio de 2002, de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, recaída en el recurso de casación 1.648/97, anula el Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Cabildo Insular de Tenerife, de 31 de mayo de 1995 (que más adelante se verá), sobre resolución del contrato de suministro y ordena que el expediente sea remitido al Consejo de Estado (el Consejo Consultivo como órgano equivalente) para que emita dictamen antes de que el Cabildo se pronuncie de nuevo.

Dado el carácter preceptivo del Dictamen, su solicitud por la Presidencia del Cabildo de Tenerife está amparada en el art. 12.3 de la LCC.

III

La resolución contractual que se pretende es la de un contrato administrativo de suministro de ciento cincuenta y seis contenedores de vidrio de 2,5 m³., de poliéster reforzado con fibra de vidrio, que se entregarán, en un plazo máximo de tres meses a partir de la adjudicación, montados, debiéndose instalar en los lugares que al efecto señale el Excmo. Cabildo Insular. El contrato fue suscrito el 19 de enero de 1995 por precio de nueve millones novecientos ochenta y cuatro mil pesetas, previa adjudicación efectuada por la Comisión de Gobierno el 5 de diciembre de 1994 a P.O.S.U., S.A. El plazo de duración del contrato era de tres meses a partir de la adjudicación del mismo (Cláusula Cuarta), plazo que terminaba el 5 de marzo de 1995. El abono del precio se efectuará una vez entregados los bienes objeto del mismo (montados e instalados en los lugares indicados por el Cabildo, según la Cláusula Primera), previa certificación del Director de la Unidad Técnica de Medio Ambiente, acreditativa de que dicha entrega se ha realizado de conformidad, tal y como establece el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (Cláusula Quinta), a cuya estricta observancia se compromete el contratista (Cláusula Segunda).

El Pliego de Cláusulas que rigió el concurso, suscrito por el contratista e incorporado al contrato (verdadera ley del contrato según la jurisprudencia), fue aprobado por la Comisión de Gobierno el 12 de septiembre de 1994. Entre aquéllas, la 2.1 exige que los contenedores serán del tipo "iglú" de 2,5 m³. de capacidad de carga; la 2.2, que el material empleado en su construcción podrá ser bien polietileno de alta densidad o Poliéster reforzado por fibra de vidrio; la 2.4, que los contenedores deberán presentarse serigrafiados de forma indeleble y con los siguientes mensajes diametralmente opuestos: A.- Anagrama del Cabildo Insular de Tenerife. B.- El vidrio se recicla. Colabora con el medio ambiente. C.- 2 logotipos (diametralmente opuestos) del reciclado del vidrio. El diámetro o longitud de los mensajes no será inferior a 35 cms.; la 11, que los bienes objeto del contrato se entregarán montados y se instalarán, en los lugares de la Isla que señale el Excmo. Cabildo Insular de Tenerife, en un plazo de 3 meses a partir de su adjudicación.

El 9 de marzo de 1995, P.O. se dirige por carta al Cabildo, en relación con la señalización de los contenedores de recogida de vidrio, solicitando que "hagan las oportunas valoraciones y nos indiquen lo antes posible la iniciación de los trabajos a realizar de montaje y distribución".

El 3 de abril de 1995 se emite informe por los servicios de la Unidad Técnica de Medio Ambiente del Cabildo Insular en el que se señala que, en visita de inspección (previa a la recepción provisional), que no se dice cuando se realizó (hay que entender que entre el 9 de marzo y el 3 de abril de 1995), se observa que las serigrafías no reúnen los requisitos exigidos y que, tras medición, la capacidad de carga (1,90 m³) es sensiblemente menor a la exigida (2.5 m³) en el contrato y Pliego de Cláusulas que rigió el concurso.

Consecuentemente, el Servicio Administrativo de Medio Ambiente y Urbanismo del Cabildo Insular de Tenerife informa la procedencia de incoar expediente de resolución del contrato, el 5 de abril de 1995, por incumplimiento de las obligaciones contractuales, dice, consistente en omisión de los "requisitos señalados en relación con los mensajes que deben contener los contenedores" y "no tener los contenedores de vidrio la capacidad de carga de dos metros cincuenta centímetros (2.5) cúbicos exigidos por el Pliego de Cláusulas". El Consejero Insular del Cabildo eleva propuesta, el mismo 5 de abril, a la Comisión Insular de Gobierno en el mismo sentido y ésta, en sesión extraordinaria celebrada el día 10 de abril de 1995, acuerda "incoar expediente de resolución del contrato de contenedores de vidrio, adjudicado a la empresa P.O.S.U., S.A." y "conceder al contratista el trámite de audiencia por un plazo de QUINCE (15) DÍAS, dándole vista del expediente de contratación"; Acuerdo comunicado al contratista el 12 de abril de 1995.

La Propuesta de Resolución que ha sido sometida a Dictamen no sólo acuerda la resolución del contrato, sino también la inhabilitación del contratista por dos años y la incautación de la garantía definitiva.

IV

El contratista, el 26 de abril de 1995 efectúa alegaciones (folio 18) rechazando los fundamentos resolutorios en base a los siguientes argumentos: "se ha hecho entrega de contenedores de vidrio del volumen requerido y con los marcajes preceptuados"; el Pliego de Condiciones determina un volumen de 2,5 m³, sin que "este volumen se refiera a volumen útil o a volumen total del contenedor de vidrio";

"el volumen útil total de todos los contenedores entregados, es superior al de las restantes ofertas presentadas"; la Comisión de Gobierno "ha llevado a cabo contrataciones en ejercicios anteriores, de contenedores de vidrio de la misma denominación comercial de 2,5 m³, a otras empresas del sector, sin que real y efectivamente, estos contenedores mantengan un volumen útil de 2.5 m³; desconociendo esta parte (la contrata) las razones del cambio de criterio en la contratación, por parte de la presente Comisión de Gobierno". En cuanto a que los mensajes rechazados fueran adhesivos y no serigrafiados, la contrata garantizaba "la inalterabilidad de los anagramas durante la vida útil del contenedor, comprometiéndose inclusive a la sustitución de las etiquetas adhesivas en caso de producirse alguna eventualidad que no fuese debida a vandalismo". Concluyen las alegaciones que se ha dado "perfecto cumplimiento a las condiciones técnicas de la contratación, en relación al volumen y marcaje de los contenedores suministrados".

V

El art. 84 de la LCE determina que "El contrato de suministro se regulará por las normas contenidas en el presente título y, en su defecto, por las referentes al contrato de obras"; lo que nos remite al art. 52 LCE: "Son causas de resolución del contrato de obras: 1. El incumplimiento de las cláusulas contenidas en el mismo".

Art. 90 LCE: "El empresario estará obligado a entregar las cosas en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas que figuren en el mismo. La mora del empresario no requerirá la previa intimación por la Administración".

Art. 53 LCE: "Cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios".

Art. 261 del Reglamento General de Contratación (RGC): "El empresario está obligado a entregar las cosas en el tiempo y lugar fijados en el contrato, y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas que figuren en el mismo".

Art. 262 RGC: "La entrega se entenderá hecha cuando la cosa haya sido efectivamente recibida por la Administración, de acuerdo con las condiciones del

contrato. En todo caso exigirá la entrega, parcial o total, un acto formal y positivo por parte de la Administración".

Art. 266 RGC: "La Administración tiene la facultad de inspeccionar y de ser informada, cuando lo solicite, del proceso de fabricación o elaboración del producto que haya de ser entregado como consecuencia del contrato, pudiendo ordenar o realizar por sí misma análisis, ensayos y pruebas (...) (art. 92 LCE)".

Si bien el art. 267 RGCE: "Se definirá con la mayor exactitud en el contrato el modo de llevar a cabo la facultad de inspección que ostenta la Administración, y en especial la de los funcionarios que hayan de realizarla".

Art. 271 RGC: "La Administración no podrá negociar con el empresario prestación distinta de las que fueron objeto del contrato".

El art. 274, en cuanto a los efectos de la causa de resolución remite al contrato de obras.

Art. 159 RGC: "El incumplimiento por el contratista de cualquier cláusula contenida en el contrato autoriza a la Administración para exigir su estricto cumplimiento o bien acordar la resolución del mismo".

Art. 160 RGC: "Cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista le será incautada la fianza y deberá además indemnizar a la Administración los daños y perjuicios".

Art. 168 RGC: "En todo caso, resuelto un contrato de obras se procederá a su liquidación por el órgano de la Administración encargado de su vigilancia y dirección (art. 53 LCE)".

VI

Como se ha indicado en el Fundamento III "in fine", la propuesta de resolución sometida a dictamen no sólo acuerda la resolución del contrato, también la inhabilitación del contratista por dos años y la incautación de la garantía definitiva.

Por lo que atañe a la inhabilitación y a los arts. 9.3 LCE y 23.3 RGC, existe prohibición de contratar cuando el contratista haya dado lugar, "por causa de las que hubiesen sido declaradas culpables, a la resolución firme de cualquier contrato que hubiesen celebrado con la Administración", lo que implica que hasta que la

Resolución no haya adquirido firmeza no se podrá proceder a la incoación del oportuno expediente inhabilitador, pues es claro que se trata de un incidente posterior e independiente, aunque en relación de causa a efecto, con el incidente principal que es el resolutorio.

La Propuesta de Resolución no se pronuncia sobre la indemnización de daños y perjuicios; se deberán solicitar tales daños y perjuicios, de conformidad y al amparo de la legalidad aplicable, si tales daños se hubieran producido.

Entrando en el fondo de la cuestión y a la vista de las alegaciones efectuadas por el contratista (folio 18), referidas en el Fundamento IV, debemos entrar a analizar si las razones alegadas son suficientes para quebrar la lógica del expediente resolutorio.

La afirmación de que el Pliego no indica "volumen útil" sino "volumen" se combate con el propio Pliego que habla de "2.5 m3 de capacidad de carga" (folio 91), término que debe entenderse sinónimo de volumen útil, pues no otra cosa es la capacidad de carga o cabida (volumen) de un recipiente. Por lo que ha habido incumplimiento del Pliego.

La afirmación de que el serigrafiado puede ser sustituido por un adhesivo con garantía durante la vida útil del contenedor -salvo que el adhesivo fuere desprendido por un acto de vandalismo- también se combate desde el propio pliego (folio 91), pues el serigrafiado es un sistema de impresión -lo que garantiza su indelebilidad y no desprendimiento- y un adhesivo no es serigrafía, justamente por lo que puede ser desprendido. Para admitirse el adhesivo, debería ser repuesto siempre, sea cual sea la circunstancia que motive su desprendimiento -por acto vandálico o no-. También en este punto ha habido incumplimiento del Pliego.

La contrata, en su oferta, asumió sin matiz alguno "las condiciones que establece el Pliego de Cláusulas" (folio 69) y desde el momento en que se produce el perfeccionamiento del contrato, las partes quedan obligadas a su cumplimiento (STS de 16 de febrero de 1985).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha manifestado en múltiples ocasiones que si los bienes no se hallan en condiciones de ser recibidos, puede concederse un plazo para que el contratista proceda a la subsanación de los defectos observados (SS de 22 de enero de 1981; 22 de noviembre de 1985; 5 de junio de 1991, entre otras).

Asimismo, si advertido el contratista, no corrigiera los defectos advertidos en los bienes suministrados, será procedente la resolución del contrato por incumplimiento, así lo ha declarado la STS de 29 de octubre de 1990, entre otras.

En cuanto a concurrencia de causas de resolución en el contrato administrativo de suministros, la doctrina del Consejo de Estado ha sentado su criterio de que la resolución procederá al acaecer el evento previsto en la Ley; si posteriormente sobrevienen otras causas, éstas serían irrelevantes. Por consiguiente, si concurrieran varias causas de resolución, se tomaría en consideración aquella que primero se hubiera producido en el tiempo (DCE de 28 de octubre de 1965).

En suma y utilizando asimismo las reglas de interpretación de los contratos (arts. 1.281 a 1.289 del Código Civil) existe causa de resolución contractual.

La Administración podía -y lo hizo- apreciar el grado e intensidad del incumplimiento, a los efectos de recibir el material, descontando del precio total la cantidad correspondiente por menor cabida y adhesivos, o no recibirlo. Optó por esta última solución que entra de lleno en las potestades de la Administración contratante.

VII

Finalmente, la contrata efectúa en su escrito de alegaciones una afirmación que, si bien no prueba, no contradice la Administración contratante. Alega la contrata que la Comisión de Gobierno "ha llevado a cabo contrataciones en ejercicios anteriores, de contenedores de vidrio (...) a otras empresas del sector, sin que real y efectivamente, estos contenedores mantengan un volumen útil de 2.5 m³, (...)" (folio 19).

No se trata aquí de enjuiciar esos otros contratos; tampoco la contrata puede alegar un derecho a la igualdad en la ilegalidad (presunta). Ahora bien, entre los principios generales consagrados en el art. 3 de la LRJAP-PAC se determina que, las Administraciones públicas "deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima", para cuyo nacimiento deben darse una serie de requisitos: Que la Administración actúe correctamente (STS de 23 de noviembre de 1984, Ar. 5956); la confianza del administrado de que es lícita la conducta que mantiene en su relación con la Administración (STS de 22 de diciembre de 1994, Ar. 621); que el afectado tenga confianza en que sus expectativas son razonables (STS de

28 de febrero de 1989, Ar. 1458); y que la Administración genere signos externos que orienten al ciudadano hacia una determinada conducta (STS de 8 de junio de 1990, Ar. 5180).

La Administración puede haber tenido en cuenta estas consideraciones, si bien en el expediente no queda constancia de ello, pues, como se ha dicho, la alegación del contratista no es combatida por la Administración ni queda constancia tampoco de que tal afirmación sea incierta. Si quedara fuera de duda la cuestión que plantea la contrata, se reforzaría la firmeza de la Resolución que se adopte, ya que la razón alegada por la contrata ratifica el incumplimiento del contratista, sin desvirtuar la fundamentación para la resolución del contrato.

En cualquier caso, el art. 89.1 de la LRJAP-PAC determina que la "resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo".

C O N C L U S I O N E S

1.- Es conforme a Derecho la resolución contractual que se pretende, con la consiguiente incautación de la fianza, al quedar acreditado en el expediente y no desvirtuado por la empresa contratista el incumplimiento que motiva dicha Resolución (Fundamentos V y VI).

2.- Como se justifica en el Fundamento VI, hasta que la Resolución no haya adquirido firmeza no se podrá proceder a la incoación del oportuno expediente inhabilitador.

3.- En el Fundamento VII se efectúan observaciones en relación con la firmeza de la Resolución pretendida.