



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 0 4 / 2 0 0 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 16 de octubre de 2007.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se resuelve el contrato de suministro, instalación y mantenimiento de las papeleras públicas, bajo arrendamiento financiero, sin opción de compra, suscrito por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria. Incumplimiento de obligaciones esenciales (EXP. 354/2007 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, mediante oficio firmado en virtud de delegación de firma en la Primera Teniente de Alcalde, es la propuesta del acto decisorio de un procedimiento de resolución de un contrato de suministro, instalación y mantenimiento de las papeleras públicas a la cual se ha opuesto el contratista.

2. La naturaleza de la propuesta y la oposición del contratista a la resolución determinan la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Alcalde para solicitarlo en virtud de los arts. 11.1.D, c) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, en relación el primer precepto con los arts. 59.3, a) y 96, ambos de carácter básico según su disposición final primera, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, (TR-LCAP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; y en relación el segundo precepto con los arts. 13.5 y 16, también de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común.

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

3. En la tramitación del procedimiento se ha notificado al contratista su iniciación y se le ha dado audiencia en la cual manifestó su oposición. No se ha incurrido en irregularidades procedimentales que impidan un Dictamen de fondo.

II

1. El contrato que se pretende resolver es un contrato administrativo de suministro, instalación y mantenimiento de papeleras, mediante arrendamiento financiero sin opción de compra (lotes números 1, 3, 4 y 8) que se adjudicó, mediante concurso a través del procedimiento abierto, el 20 de diciembre de 2006 y se formalizó el 26 de enero de 2007.

2. El art. 7.3 del Pliego de Condiciones Técnicas (PCT), del contrato establece la obligación del contratista de disponer de un local adecuado en la ciudad de Las Palmas para almacenar las papeleras y accesorios en cantidad suficiente para reponerlas.

El contratista en su proposición se comprometió a que si resultaba adjudicatario de más de un lote mantendría en el alfoz de Las Palmas un almacén con todos los requisitos para un correcto servicio.

A pesar de que la Administración municipal le requirió en tres ocasiones (el 1 de febrero, el 26 de abril y el 4 de mayo de 2007) que le comunicara la dirección en la ciudad de Las Palmas del almacén a fin de levantar el acta de recepción del suministro e instalación de las papeleras públicas, el contratista en su escrito de alegaciones, datado el 3 de agosto de 2007, reconoce que a esa fecha no disponía de local en la ciudad de Las Palmas.

3. La obligación de disponer de un almacén en la propia ciudad no es de carácter secundario porque el objeto del contrato no consiste meramente en el suministro de las papeleras sino también en su instalación y mantenimiento (art. 1 PCT), prestación que comprende, además de su limpieza, la reparación o reposición de las papeleras dañadas o desaparecidas dentro de un plazo máximo de 24 horas desde la notificación del Servicio Municipal (arts. 2, 3 y 5 PCT), razón por la cual el art. 7.3 PCT exige que la contratista disponga de un almacén en la ciudad de Las Palmas para permitir la "*constante reposición de las mismas*".

4. El contrato existe desde que surge el concurso de voluntades de las partes sobre su objeto (arts. 1.254 y 1.258 del Código Civil, art. 53 TR-LCAP) y concurren los requisitos de consentimiento, objeto cierto y causa de la obligación (art. 1.261 del Código Civil).

En el contrato administrativo la Administración hace una oferta de contratación a la cual concurren a través de un procedimiento los interesados expresando su voluntad de contratar mediante la formulación de proposiciones. La adjudicación es la manifestación de voluntad administrativa de contratar con quien ha realizado la proposición que resulta más ventajosa tanto por aceptar la oferta en su totalidad como por mejorarla (art. 53 TR-LCAP).

Con esta aceptación de la oferta del licitador se produce el concurso de voluntades sobre el objeto del contrato (art. 1.262 del Código Civil). De ahí que la oferta del contratista forme parte del contenido del contrato (art. 1.262 del Código Civil). Esto significa que la aceptación por el adjudicatario de las cláusulas del contrato, su declaración de que prestará los medios exigidos por éste para la realización de las prestaciones y su oferta de mejoras integran el contenido contractual, son prestaciones a las que se ha obligado el contratista porque en atención a ellas la Administración le ha adjudicado el contrato con postergación de los otros licitadores (arts. 74.3 TR-LCAP).

5. La declaración en la proposición del adjudicatario de que prestaría un almacén en la ciudad de Las Palmas que permitiera la constante reposición de papeleras dentro del plazo máximo de 24 horas desde la notificación del servicio municipal, conforme a los arts. 3, 5 y 7 PCT, que aceptó expresamente y forma parte del contrato por ser aquella declaración determinante de la adjudicación, es una obligación esencial por este solo hecho. También reviste este carácter porque es inescindible de una de las prestaciones esenciales del contrato: La de sustituir en plazo las papeleras dañadas y destruidas, tal como resulta definida por los arts. 2, 3, 5 y 7 PCT. De ahí que su incumplimiento constituya la causa de resolución contemplada en el art. 111. g) TR-LCAP.

6. La cláusula cuarta del contrato y la cláusula séptima de su Pliego de Cláusulas Económico Administrativas (PCEA) establecían un plazo de 60 días para el primer arrendamiento e instalación de las papeleras comprendidas en los lotes 1, 3 y 4; plazo cuyo inicio comenzaría al día siguiente de la formalización del contrato. Sin embargo, por causas que respondían exclusivamente a los intereses y necesidades de la Administración, ésta, justificándolo debidamente y con notificación al contratista, modificó el plazo de entrega del primer arrendamiento e instalación de las papeleras situando su inicio en el 6 de marzo de 2007, y mantuvo los otros plazos del contrato inalterables.

Esto se tradujo en que el plazo para la entrega e instalación de las papeleras del primer arrendamiento vencía el 6 de mayo de 2007; y que el plazo para iniciar las labores de limpieza y mantenimiento de las 337 papeleras del lote 8 debía haber comenzado el 27 de enero de 2007, día siguiente a aquel en que se formalizó el contrato.

Por ser festivo el 6 de mayo de 2007, el acta de recepción del suministro se extendió el 7 de mayo de 2007 y en ella se constató: Que de 1.216 papeleras que debían haberse instalado, sólo se habían instalado 423 y estaban pendientes de instalación 953.

Que las labores de limpieza y mantenimiento de las 337 papeleras del lote 8, que debían realizarse con una periodicidad de un lavado cada semana para las ubicadas en el Paseo de Las Canteras y en la Plaza de Santa Ana, y de un lavado cada dos semanas para las de la Avenida Marítima y del Parque de Doramas, no habían comenzado el 27 de enero, sino el 13 de abril para las del Paseo de Las Canteras, el 25 de abril para las de La Plaza de Santa Ana, y el 26 de abril para las de la Avenida Marítima y del Parque de Doramas.

Que la contratista no disponía de almacén en la ciudad de Las Palmas.

Se ha de señalar que la Administración había dirigido el 13 de abril de 2007 un detallado escrito a la contratista señalándole los retrasos en la iniciación de las labores y su lento desarrollo.

7. La contratista reconoce en su escrito de alegaciones que comenzó la instalación de las nuevas papeleras con 21 días de retraso y que a la fecha de su escrito, 3 de agosto de 2007, aún no ha instalado todas las papeleras.

Su alegación de que no ha instalado la totalidad de las papeleras por no conocer su ubicación queda desmentida porque en el acta de inicio del contrato de suministro consta que se le entregaron los planos para su ubicación.

Su alegación de que el incumplimiento ha sido debido al retraso en la definición de un tipo de color y en la aceptación de muestras por el Ayuntamiento no la sustenta documentalmente y está en contradicción con el escrito que, en el seno del procedimiento de adjudicación, contestando a una consulta sobre su oferta, manifiesta que las papeleras pueden ser suministradas en colores diferentes a los descritos en las prescripciones técnicas sin variación en el precio ni en el plazo.

Su alegación de que el retraso ha tenido como causa que la instalación en parques de las papeleras ha ocasionado rotura de las instalaciones de riego obligando

a sustituirlas no está demostrada documentalmente, no se compadece con las tareas a realizar porque estas consistían en sustituir la papeleras antigua por una nueva permaneciendo intacto su soporte, y porque sólo se produjo un incidente de este tipo el cual no alcanza a justificar el importante retraso en la instalación de las papeleras.

Las alegaciones de que el retraso se ha debido al proceso de fabricación de papeleras metálicas y a que su peso y dimensiones dificultaron su transporte, almacenamiento e instalación carecen de virtualidad exculpatoria por lo siguiente:

El contrato se le adjudicó a la vista de los prototipos de papeleras que presentó el propio contratista (arts. 1, 2, 3, 9.3 y 9.4 PCT), por lo que conocía los requerimientos de tiempo para su fabricación, y su peso y dimensiones, pues teniendo en cuenta las características de esos prototipos presentados por él propone en su oferta, de acuerdo con la cláusula 7 PCEA, que la instalación de las correspondientes al primer arrendamiento e instalación no supere un plazo de 60 días y para los siguientes arrendamientos un plazo de instalación de 10 días.

El contratista conocía perfectamente las características técnicas [tiempos de fabricación, peso, dimensiones (...)] de las papeleras que se obligaba a suministrar porque sus prototipos los eligió él mismo y, por tanto, tenía la obligación de calcular si podía entregarlas e instalarlas en el plazo que él mismo ofertó que coincidía con el máximo de la cláusula 7 PCEA.

Estos cálculos y ponderaciones forman parte de una diligente actividad empresarial y las consecuencias de su omisión no las puede trasladar el contratista sobre las espaldas de los intereses públicos, máxime cuando en razón de las características técnicas de sus prototipos y del plazo que ofertó se le adjudicó el contrato en detrimento de otros licitadores. El contrato se ha celebrado a riesgo y ventura del contratista (art. 98 TR-LCAP, cláusula 22 PCEA), por consiguiente, con las consecuencias de los retrasos por su falta de diligencia ha de pechar exclusivamente él.

Por último, el contratista en su escrito de alegaciones reconoce que la limpieza y mantenimiento de las 337 papeleras correspondientes al lote 8 comenzó el 13 de abril, tras la recepción del escrito de la Administración municipal que entre otros extremos, advertía de la demora en la iniciación de esas labores, y no justifica este retraso.

III

1. Como se ha razonado en el Fundamento anterior, la obligación de disponer de un almacén en la ciudad de Las Palmas es una obligación esencial del contrato cuyo incumplimiento constituye una causa de resolución según el art. 111. g) TR-LCAP.

2. El contratista, como se ha analizado en el Fundamento anterior, no ha alegado ni por ende probado causa justificatoria de su demora en el cumplimiento del primer plazo parcial de ejecución del suministro correspondiente a los lotes 1, 3 y 4, plazo dentro del cual tenía que ejecutarse el grueso de las prestaciones a las que estaba obligado, el suministro e instalación de 1.216 papeleras, de las cuales sólo instaló 423. Tampoco solicitó prórroga del plazo de ejecución con los requisitos del art. 100 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Tampoco ha justificado la demora en la iniciación de las labores de limpieza y mantenimiento de las papeleras correspondientes al lote 8.

El incumplimiento de los plazos no aparece justificado; por consiguiente, es imputable al contratista.

3. El art. 95.6 TR-LCAP faculta a la Administración para optar indistintamente entre la resolución del contrato o la imposición de penalidades cuando el contratista por causas imputables al mismo hubiese incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato.

En línea con este precepto legal, la cláusula 25 PCEA dispone que si llegado el término de cualquiera de los plazos el adjudicatario hubiese incurrido en mora por causas imputables al mismo, la Administración podrá optar entre la resolución del contrato con pérdida de garantía o la imposición de penalidades.

Como se ha visto, el contratista no ha ejecutado en plazo el grueso de la principal prestación convenida ni ha justificado ese retraso. También concurre, por tanto, la causa de resolución contemplada en los arts. 111. e) y 95.6 TR-LCAP y 25 PCEA.

La elección entre imponer penalidades o resolver el contrato depende de cuál de ambas alternativas salvaguarda mejor el interés público. Este es un juicio que corresponde en primer lugar al órgano de contratación y que sólo se puede controlar exteriormente si vulnera los límites legales a la discrecionalidad administrativa.

En el presente supuesto, la ausencia de causas justificatorias de los graves retrasos en el cumplimiento de la prestación principal y la negativa a establecer un almacén en la ciudad revelan una renuencia persistente al cumplimiento íntegro y exacto de sus obligaciones, que justifican que se opte por la resolución porque otra alternativa supondría el grave riesgo de que se continuara ejecutando defectuosamente el contrato.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho.