

Dictamen nº: **113/10**
Consulta: **Alcaldesa de Quijorna**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **28.04.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por siete votos a favor y dos votos en contra, en su sesión de 28 de abril de 2010, sobre consulta formulada por la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Quijorna, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f) 4.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre interpretación del contrato de servicio de limpieza viaria en relación con el requerimiento a la contratista de las operaciones de mantenimiento para que una de las barrederas asignadas al servicio funcione correctamente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El pasado día 26 de marzo de 2010 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo firmada por la Alcaldesa del Ayuntamiento de Quijorna, en relación con el expediente anterior, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior mediante escrito de fecha 22 de marzo.

Admitida a trámite dicha solicitud, con la fecha indicada, se le procedió a asignar el número de expediente 95/10, comenzando el cómputo del plazo para la emisión de dictamen, de conformidad con el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto

26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno, venciendo dicho plazo el próximo 4 de mayo.

La ponencia del asunto ha correspondido, por reparto de asuntos a la Sección I cuyo Presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual ha sido deliberada y aprobada por siete votos a favor y los votos en contra de los Consejeros, Sra. Laina y Sr. Bardisa, por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el 28 de abril de 2010.

SEGUNDO.- Los hechos fundamentales del expediente, en lo que interesa para la emisión del dictamen, son los siguientes:

1.- El contrato administrativo del servicio de limpieza viaria del municipio de Quijorna, fue adjudicado a la empresa A, mediante Decreto de la Alcaldía de 29 de octubre de 2007, por la cantidad de 105.680,06 euros y con una duración de 4 años (folio 57 del expediente administrativo).

El contrato se formalizó mediante documento administrativo de 12 de noviembre de 2007, que obra a los folios 56 a 58 del expediente administrativo.

En la condición 7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se establece en relación con los bienes afectos a los servicios que:

“El Ayuntamiento de Quijorna será titular del derecho de propiedad de la maquinaria de titularidad pública que pondrá a disposición del concesionario del Servicio Público de Limpieza Viaria; esta maquinaria se encuentra especificada en anexo al presente pliego. Correrán por cuenta del adjudicatario todos los gastos derivados del funcionamiento, mantenimiento, y sustitución en caso de avería”.

En la condición 46 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de establece que: *“Será obligación del contratista la organización y ejecución de los trabajos de conservación, entretenimiento, y reparaciones necesarias para que toda la flota de vehículos existentes se encuentren siempre en condiciones óptimas de servicio”* (folio 117 del expediente administrativo).

2.- Con fecha 29 de mayo de 2009 las partes contratantes, a solicitud del Ayuntamiento, firman un acuerdo de suspensión temporal del contrato de prestación de servicios de limpieza viaria, según se hace constar en el mismo acuerdo, por necesidades de ajustes presupuestarios al adeudar aquél a la contratista facturas por importe de 178.827, 07 euros, para un periodo comprendido entre el 31 de mayo de 2009 y el 1 de enero de 2011 (folio 127 del expediente administrativo). En este mismo acuerdo se indica que la empresa contratista retirará el 31 de mayo de 2009 todos los medios de su propiedad puestos a disposición de este contrato.

3.- Una vez suspendido el contrato, el encargado del servicio de mantenimiento dirige un escrito, fechado el 3 de junio de 2009, al Concejal de Obras y Servicios del Ayuntamiento de Quijorna, por el que da cuenta del estado de mantenimiento de una máquina barredera, utilizada para los servicios de limpieza el día 2 de junio. En concreto, se indica en dicho escrito que *“Se ve a simple vista que el eje delantero está totalmente abierto, falta un ventilador del motor, saltan los eslabones de la noria, los pilotos están rotos, etcétera”* señalando además que *“La máquina funciona muy defectuosamente, y de muchos problemas debido a la falta de mantenimiento”* (folio 1 del expediente administrativo).

4.- Como consecuencia de dicha información, y a la vista de lo establecido en la condición 46 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato, el Concejal de Obras y Servicios ordena con

fecha 4 de junio de 2009, que se paralice la barredera hasta que se encuentre en perfecto estado de mantenimiento, y que se solicite a la empresa B informe y presupuesto de las operaciones de mantenimiento para que la barredera funcione correctamente tal y como fue entregada a la empresa contratista.

En dicho presupuesto, que se elabora el 25 de septiembre de 2009, se fija como cuantía de la reparación de la máquina la cantidad de 18.222,51 euros más IVA, y se señala que se trata de un presupuesto abierto, dado que en el estado actual no se pueden comprobar las presiones en el sistema hidráulico de la misma (folios 3 a 5 del expediente administrativo).

5.- Una vez obtenida la anterior información, con fecha 19 de octubre de 2009, se notifica a la empresa contratista que la Junta de Gobierno Local en sesión de 9 de octubre de 2009 acordó requerir a aquélla para que, en el plazo máximo de diez días, realice las operaciones de mantenimiento necesarias para que la barredera funcione correctamente, plazo en el que podrá presentar alegaciones (folio 7 del expediente administrativo).

En respuesta a dicho requerimiento, la empresa contratista presenta alegaciones con fecha 25 de octubre, en las que manifiesta que con fecha 31 de mayo de 2009 entró en vigor el acuerdo de suspensión temporal del contrato, entregándose en dicho momento la máquina al Ayuntamiento que la recibió sin realizar objeción alguna sobre su estado, y concluye que los desperfectos podrían haberse producido con posterioridad a la fecha de entrega (folios 10 a 12 del expediente administrativo).

En contestación a dicho escrito, con fecha 2 de noviembre de 2009, se emite por la Concejalía de Obras y Servicios nuevo escrito, que se notifica a la contratista el día 11 del mismo mes, en el que se indica que en el momento de recepción de la máquina no se realizó objeción alguna al desconocerse su estado y sólo se puso de manifiesto el día 2 de junio,

“cuando un operario municipal la usa y observa de forma detallada los fallos de la misma” y que “la máquina barredora solo se usó el día 2 de junio pues su estado hacia imposible usarla más tiempo” (folio 13 del expediente administrativo).

6.- De nuevo, el día 1 de diciembre de 2009, a la vista de los escritos anteriores, se concede a la contratista un plazo de 20 días para formular alegaciones, lo que hizo mediante escrito de 5 de enero de 2010, en el que manifiesta que, desde la puesta a disposición del servicio de la máquina barredora, que ahora identifica como la máquina Antolí 1500, la contratista realizó las operaciones precisas para su mantenimiento, aportando para acreditar dicha circunstancia las facturas de mantenimiento y reparación emitidas por la empresa B, desde el 10 de diciembre de 2007 hasta el 8 de agosto de 2008, así como las facturas de reposición de piezas emitidas por dicha empresa a partir de agosto de 2008 hasta el 15 de mayo de 2009, esto es quince días antes de la entrega de la máquina de nuevo al Ayuntamiento (folios 17 a 55 del expediente administrativo).

Asimismo la contratista manifiesta en sus alegaciones que desde el momento de la suspensión del contrato quedan sin efecto los derechos y obligaciones de ambas partes, incluida la condición 46.

7.- Consta en el expediente el informe jurídico emitido por el Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Quijorna, con fecha 19 de febrero de 2010, en el que considera que han existido vicios ocultos en la entrega de la barredora por parte de la contratista, que se valoran en 12.302,40 euros, IVA incluido (folios 121 a 126 del expediente administrativo).

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1.letra f) 4º de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y a solicitud de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Quijorna, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en virtud del artículo 14.3 de la citada Ley y del artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Está legitimado para recabar dictamen del Consejo Consultivo la Alcaldesa del Ayuntamiento de Quijorna, en virtud de lo dispuesto en el ya citado artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, de creación del referido órgano consultivo autonómico, el cual establece que: “*1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por (...) las entidades locales (...) sobre (...) 5.º Interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario*”.

En relación con la interpretación de los contratos administrativos, en general, el artículo 59.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 26 de junio, en adelante, LCAP), dispone que: “*(...) será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista*”.

En parecidos términos, se pronuncia hoy el artículo 195.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), si bien, el contrato que nos ocupa se encuentra sometido al régimen jurídico de la LCAP, por aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP de 2007, según la cual: “*2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior*”.

En efecto, el contrato de cuya interpretación se trata fue adjudicado a la empresa contratista el 29 de octubre de 2007, siendo ésta la fecha a tener en cuenta a efectos de determinar el régimen jurídico aplicable. Por otro lado, tratándose la interpretación del contrato de una incidencia surgida en fase de cumplimiento del mismo, si bien una vez suspendidos sus efectos, es claro que habrá que estar a lo que al respecto diga la normativa constituida por la LCAP del año 2000, que, en lo que aquí interesa, prescribe la necesidad para las Administraciones Públicas –desde luego, para las entidades locales- de recabar dictamen del correspondiente órgano consultivo en los casos de interpretación de los contratos, cuando se formule expresa oposición por parte del contratista, como es en este caso.

SEGUNDA.- Las exigencias de procedimiento establecidas por la Ley se refieren, en primer lugar, a la necesidad de dar audiencia al contratista (cfr. artículo 59.1 *in fine* de la LCAP). Así se ha hecho en este caso, manifestando el contratista en sus escritos de alegaciones, sucesivamente presentados, su oposición a la interpretación del contrato postulada por el Ayuntamiento.

Asimismo, ha informado el Secretario-Interventor de la Corporación, cumpliéndose así con las exigencias contenidas en el artículo 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de

Régimen Local (aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril).

Por último, en los casos de interpretación de contratos administrativos, cuando se formule oposición expresa por parte del contratista, el artículo 59.3.a) de la LCAP exige, como garantía adicional, la remisión del expediente al Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, a efectos de que por éste se emita dictamen preceptivo y no vinculante. Esta exigencia, como veíamos anteriormente, se concreta en el artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, para los expedientes de interpretación contractual que tramiten las Entidades Locales madrileñas.

TERCERA.- El objeto de la controversia que motiva el presente incidente de interpretación radica en considerar si una vez suspendido el contrato, el contratista tiene obligación de pagar los gastos de mantenimiento de la máquina barredera y, por otro lado, si los desperfectos apreciados en la misma son imputables al periodo de vigencia de dicho contrato, o por el contrario puede entenderse que se produjeron con posterioridad.

Como ha quedado indicado en la exposición fáctica del presente dictamen, la vigencia del contrato quedó suspendida a partir del 31 de mayo de 2009, mediante acuerdo firmado por ambas partes, fecha en la que la contratista retira los medios de su propiedad puestos a disposición del contrato y el Ayuntamiento recupera los medios aportados al objeto del mismo, esto es, los destinados a la limpieza viaria del municipio, entre los que se encontraba la máquina barredera.

Por otro lado, si bien el requerimiento de pago de los gastos de reparación se verifica el día 19 de octubre de 2009, en cumplimiento del acuerdo del Pleno del día 9 del mismo mes, cuatro meses y medio después de acordarse la suspensión del contrato con la consecuente devolución de

la máquina al Ayuntamiento, lo cierto es que las deficiencias de la máquina fueron puestas de manifiesto el día 2 de junio de 2009, sólo dos días después de la entrega, lo que se recoge en el informe del encargado del servicio de mantenimiento de 3 de junio de 2009.

El lapso de cuatro meses hasta la notificación del requerimiento no permite pensar que las deficiencias se hubieran producido con posterioridad, puesto que durante el mismo consta que el Concejal de Obras y Servicios ordena la paralización de la barredera el día 4, y el examen de la misma por la empresa encargada de su reparación y mantenimiento.

Con fecha 25 de septiembre de 2009, se emite presupuesto por dicha empresa -se entiende que previo examen de la misma-, lo que permite pensar lógicamente que la máquina estuvo paralizada durante un tiempo mientras era examinada, y todo ello indica que, durante el periodo correspondiente a la suspensión del contrato y el requerimiento, la máquina sólo fue utilizada por el Ayuntamiento un día, el 2 de junio de 2009, momento en que se detectan las deficiencias.

A la luz de las consideraciones anteriores queda resuelta una primera cuestión y es que las deficiencias de la máquina difícilmente serían imputables al Ayuntamiento de Quijorna.

La contratista alega, sin embargo, que durante el periodo de vigencia del contrato la máquina fue objeto de revisiones y actividad de mantenimiento, lo que justifica mediante la aportación de las correspondientes facturas, que sólo son acreditativas, como es obvio, de las labores de mantenimiento que sí se hicieron, pero no los posibles desperfectos extraordinarios que pudiera tener, no reflejados en dichas facturas.

Además, a partir de agosto del año 2008, como reconoce la propia contratista, ésta asume las operaciones de mantenimiento de la máquina en cuestión, por lo que solo resulta acreditada la adquisición de cierto material destinado, según manifiesta la contratista, a dicho mantenimiento, pero sin que en las facturas correspondientes exista dato alguno que permita afirmar que el tan meritado mantenimiento se produjo efectivamente.

Por otro lado, la suspensión de los contratos administrativos está prevista con carácter general en el artículo 102 de la LCAP “*1. Si la Administración acordase la suspensión del contrato o aquélla tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 99, se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél. 2. Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste.*”

La potestad de suspender los contratos administrativos pertenece al llamado “*ius variandi*” de la Administración, potestad exorbitante respecto a lo previsto en el ámbito de los negocios privados, tal y como, entre otras, ha establecido el Tribunal Supremo en sentencias de 23 de junio de 1989, RJ6843 o de 21 de septiembre de 1989, RJ 6362, si bien ello no impide que, con carácter general, los perjuicios que su utilización ocasione hayan de ser resarcidos por la Administración pública contratante. En este sentido, dispone el segundo párrafo del artículo 146 del Reglamento General de Contratación del Estado que “*el ejercicio de esta prerrogativa llevará consigo la obligación, a cargo de la Administración, de indemnizar los daños y perjuicios originados al contratista en los términos establecidos en este Reglamento*”.

La suspensión de los contratos implica, como no podía ser de otro modo, la interrupción de la ejecución del mismo por lo que el contratista

no debe realizar las operaciones materiales que constituyen el objeto del contrato, y en consecuencia, la Administración dejará de hacer efectivos los abonos correspondientes a dicha ejecución. Esta paralización temporal del objeto del contrato abarca no sólo a la obligación principal del mismo, en este caso las operaciones de limpieza del municipio de Quijorna, sino también a las distintas obligaciones que con carácter accesorio se establecieran en aquél y, singularmente en el contrato de cuya interpretación se trata, la obligación de mantenimiento de la máquina.

Ahora bien, lo que plantea el Ayuntamiento de Quijorna en el requerimiento dirigido a la contratista, no es que la misma deba realizar operación material alguna en cumplimiento de la obligación de mantenimiento de las máquinas puestas a disposición del contrato en los términos de la condición 46 del Pliego de Cláusulas administrativas particulares, lo que no sería posible al haberse suspendido la ejecución del contrato, sino que resarza al Ayuntamiento por los daños apreciados en la máquina barredera, que se imputan al periodo en que la misma estaba a disposición de aquélla, tal y como se ha señalado anteriormente. De manera que, en cumplimiento de la condición 7 del Pliego, siendo obligación del contratista correr con los gastos de mantenimiento y sustitución, en caso de avería, de la maquinaria puesta a su disposición. Estos gastos deben ser abonados al Ayuntamiento, una vez que los mismos se han puesto de manifiesto.

Del mismo modo que una vez acordada la suspensión la Administración contratante debe, en su caso, abonar al contratista los perjuicios sufridos, este Consejo entiende que el contratista deberá indemnizar a la Administración por los daños sufridos en un elemento puesto a su disposición y derivados del incumplimiento de una de las obligaciones que asumió en virtud de la firma del contrato.

Sin embargo, los términos del escrito de requerimiento efectuado a la contratista, de fecha 13 de octubre de 2009, no son ajustados a Derecho en tanto obligan a la contratista a realizar las operaciones de mantenimiento de la máquina, en cumplimiento de una de las condiciones del Pliego, cuando el contrato se encuentra suspendido. El indicado requerimiento en atención a la suspensión del contrato, únicamente podría referirse al abono de los gastos de reparación o, en su caso, su compensación con las cantidades que el Ayuntamiento adeuda a la contratista, en virtud de la condición 7 del Pliego, pero no a la ejecución de la actividad material de mantenimiento.

En mérito a todo lo anterior, este Consejo Consultivo formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

Corresponde a la contratista satisfacer el importe de la reparación de la máquina barredera, en la cantidad de 12.302,40 euros, IVA incluido, en los términos del requerimiento efectuado a la misma por el Ayuntamiento de Quijorna, en aplicación de lo establecido en la condición 7 del Pliego de Cláusulas Administrativas del contrato.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo Consultivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 28 de abril de 2010