



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **183/2015**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 22 de junio de 2015, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Mazarrón, mediante oficio registrado el día 29 de enero de 2015, sobre Resolución de contrato formalizado con la mercantil -- (--) para suministro consistente en el arrendamiento mediante renting, con opción de compra, de cuatro barredoras para el servicio de limpieza viaria en el Término Municipal de Mazarrón (expte. **34/15**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 5 de septiembre de 2013, se formalizó contrato entre el Ayuntamiento de Mazarrón y la empresa -- (en lo sucesivo, --), para el "Suministro consistente en el arrendamiento mediante renting, con opción de compra, de cuatro barredoras para el servicio de limpieza viaria en el municipio de Mazarrón".

Según la Cláusula Primera de dicho contrato -- se compromete a servir cuatro barredoras por la cantidad de 2.695 euros al mes por cada una, más 565,95 euros en concepto de IVA por cada unidad, lo que hace un total anual de 156.525,60 euros, IVA incluido. Asimismo se compromete a la ejecución de las mejoras técnicas y funcionales que se unen al contrato.

La Cláusula Segunda recoge que el contratista se obliga también a:

- Prestar el servicio postventa en Torre-Pacheco (Murcia).
- Un período de garantía de 12 meses con cobertura en piezas, mano de obra y desplazamientos.
- Ofertar las barredoras al finalizar el período de arrendamiento, por un precio unitario de 16.200 euros, más IVA.
- Aumentar en 5 CV la potencia mínima requerida en cada una de las barredoras.

El plazo de duración del contrato se fija en 48 meses contados desde el día siguiente al de la entrega del suministro, que se establece que debe producirse en un plazo máximo de quince días hábiles contados desde el siguiente a la formalización del contrato.

Por el contratista se presta una garantía definitiva de 25.872 euros.

Unidos al contrato y formando parte integrante del mismo figuran el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCA) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), así como las mejoras técnicas y funcionales y el programa de mantenimiento ofertados por la contratista.

En el Anexo III del PCAP figura la asistencia técnica y las reparaciones que se exigían al contratista en la licitación:

"Las revisiones y mantenimiento de las cuatro barredoras durante los 48 meses serán las que se indican a continuación.

Se hará una primera revisión a las 50 horas y sucesivas cada 300 horas de trabajo de cada máquina. Se estima una media de 1.850 horas de trabajo anuales de cada máquina.

El mantenimiento incluirá los siguientes elementos:

- 1 filtro de aceite de motor.
- 1 filtro de combustible.
- Todo tipo de aceite que requiera la máquina.
- Filtros hidráulicos.
- 1 correa de alternador y servicios.
- Líquido refrigerante.
- 1 elemento de filtro de aire.
- Mano de obra.
- Desplazamientos".

El programa de mantenimiento ofertado por la contratista es el siguiente:

"El primer mantenimiento debe ser realizado a las 50 horas de motor. En este primer mantenimiento se deben sustituir todos los filtros así como aceite de motor. Este mantenimiento inicial de las 50 horas debe contemplarse como punto final de comprobación de funcionamiento de la barredora y solo se realiza esa primera vez.

El intervalo de mantenimiento de las barredoras NEW AZURA es de 250 horas, marcado por los cambios de aceite motor y el programa de mantenimiento está dividido en tres tipos de mantenimiento A, B y C.

E: Primeras 50 horas (Tipo E).

A: Mantenimiento primario (Cada 250 horas).

B: Mantenimiento intermedio (Cada 500 horas). Incluye mantenimiento tipo A.

C: Mantenimiento principal (Cada 1.000 horas). Incluye mantenimiento tipo A y B".

En las siguientes páginas del manual se describen los distintos tipos de mantenimientos (E, A, B y C).

SEGUNDO.- El 12 de marzo de 2014, el técnico responsable del contrato emite un informe (documento núm. 1) en el que se relatan los problemas surgidos en relación con la reparación por parte de la contratista de las averías de las barredoras. Finaliza el informe indicando que además de dichas incidencias se constata que *"según el programa de mantenimiento de las barredoras aportado por -- junto a la documentación de las mismas, a las 500 horas le corresponde el mantenimiento tipo A. No obstante, las SR (solicitud de reparación) que a su vez le envía -- al taller mecánico concertado, le da instrucciones para que lleve a cabo el mantenimiento tipo B, que no incluye muchos de los apartados del tipo A, con el consiguiente perjuicio que ello conlleva para la maquinaria. Se adjuntan SR de -- al taller".*

TERCERO.- Con fecha 31 de marzo, la asesoría jurídica externa del Ayuntamiento (--) evacua informe en el que señala que, ante el incumplimiento de la contratista y a la vista de lo establecido en los apartados 7 y 8 del artículo 212 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), se puede optar entre resolver el contrato o imponer las penalidades previstas en el PCAP. La Junta de Gobierno Local, en su reunión del día 3 de abril, acordó incoar expediente para la imposición de una sanción de 1.291,95 euros, por cumplimiento defectuoso del contrato, de conformidad con lo establecido en la cláusula 25.^a PCAP, a razón de 7,83 euros/barredora/día.

CUARTO.- Notificado el anterior acuerdo a --, por parte de su Director del Área de Medio Ambiente se presenta un escrito en el que niega las imputaciones que se le efectúan y solicita se anule la sanción impuesta, al tiempo que sugiere la conveniencia de celebrar una reunión técnica para tratar las cuestiones planteadas por el responsable del contrato.

Estas alegaciones son objeto de informe por parte del responsable del contrato que señala su total disponibilidad para mantener la reunión propuesta, al tiempo que indica que todas las anomalías que han sido puestas de relieve por él se encuentran debidamente respaldadas por los correspondientes partes de averías. Finaliza indicando que: *"en definitiva, el escrito de alegaciones se centra en echar la culpa al taller, que en cualquier caso es responsabilidad de --, pero de la documentación a la que hemos tenido acceso, resulta que ello es también falso, ya que tenemos constancia de que sobre las Solicitudes de Reparación que nosotros enviamos a --, esta a su vez tarda bastante tiempo en dar las órdenes al taller para que éste venga a reparar. Es decir, nosotros no llamamos directamente al taller, por contrato, sino que es -- quien tiene que dar las órdenes"*.

QUINTO.- El día 19 de mayo de 2014, el responsable del contrato emite otro informe sobre las nuevas incidencias surgidas con ocasión de las averías sufridas por dos de las cuatro barredoras; en concreto se señala que han transcurrido más de quince días desde que se tramitó la solicitud de reparación sin que ésta haya sido atendida.

A la vista de estos informes la Junta de Gobierno Local acuerda, el día 5 de junio de 2014, desestimar las alegaciones presentadas por la contratista e imponer la sanción por los motivos y por la cuantía antes señalados. Asimismo se acordó advertir a la empresa que de continuar el incumplimiento de las prestaciones a las que venía obligada según el contrato suscrito podría iniciarse expediente de resolución del mismo.

SEXTO.- El técnico municipal responsable del contrato emite un nuevo informe de fecha 3 de octubre de 2014, por el que pone en conocimiento de la Corporación Local que continúa *"la mala respuesta por la empresa ante las demandas de reparaciones que se les hace desde los primeros días del contrato, incluso después de que se haya sancionado por el mismo tipo de problemas"*, lo que está *"causando un grave perjuicio al servicio de limpieza viaria municipal"*. Seguidamente se recogen las concretas incidencias surgidas en relación con cada una de las cuatro barredoras (documento núm. 15), y concluye señalando que todas las incidencias puestas de manifiesto *"vienen provocando continuamente una grave perturbación en el Servicio municipal de limpieza viaria, ya que cuando no es una barredora es otra la que se encuentra averiada, y la tardanza en la respuesta por parte del -- es manifiesta, así como diligencia (debe referirse, obviamente, a la negligencia) de sus actuaciones, pues en muchos casos los envíos de piezas de repuesto no se corresponden con los solicitados, a pesar de las precisiones con las que se hace, enviándole incluso fotografías de las piezas"*.

A la vista de esta información el Concejal Delegado de Contratación formula propuesta de resolución por demora en el cumplimiento de los plazos y por incumplimiento de las condiciones esenciales del contrato (apartados d) y f) del artículo 223 TRLCSP), con los siguientes efectos: a) incautación de la garantía definitiva; y b) indemnización al Ayuntamiento por los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía; todo ello de acuerdo con lo previsto en la cláusula 26ª PCAP.

Acogiendo tal propuesta la Junta de Gobierno Local, en su sesión del día 31 de octubre de 2014, acuerda iniciar el correspondiente expediente de resolución contractual, lo que se notifica a la contratista y a la entidad avalista.

SÉPTIMO.- Recibida la anterior notificación, la contratista, mediante escrito de 14 de octubre de 2013, se opone a la resolución propuesta con base en las siguientes alegaciones:

"1. Que -- no ha incurrido en las causas de resolución de contrato según el artículo 223 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de contratos del

Sector Público (en adelante, TRLCSP), en concreto las siguientes:

'La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista', lo cual no ha ocurrido pues las 4 barredoras se suministraron en el plazo acordado en el contrato, y que este es el único plazo incluido en el mismo, no habiendo sido fijado ningún plazo para las eventuales reparaciones de la maquinaria suministrada.

Dado que en el contrato no se estipula este plazo de reparación de la maquinaria, no es posible incumplirlo, e incurrir por tanto en causa de resolución por este motivo.

'El incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato' lo cual no ha ocurrido, -- ha cumplido y sigue cumpliendo con todas las obligaciones adquiridas en el contrato, no siendo cierto que las máquinas no puedan cumplir con la finalidad para la que se contrató el suministro por estar permanentemente paralizadas, como se demuestra en el informe técnico anexo, 'Crítica al informe del responsable del contrato'.

2. Que -- fue sancionada mediante acuerdo adoptado con fecha 3 de abril de 2014 de forma improcedente por incumplimiento según la cláusula 26 del pliego de cláusulas administrativas, la cual hace referencia a demoras respecto del cumplimiento del plazo de entrega del suministro, lo cual -reiteramos- no se ha producido".

Al anterior escrito se adjunta la siguiente documentación:

a) Un certificado del Jefe del Departamento de Ingeniería de --, en el que se hace constar lo siguiente:

"1. Que el servicio de asistencia técnica de la maquinaria objeto del contrato viene prestándose según los términos del mismo, habiéndose atendido con diligencia mediante nuestro servicio técnico en la zona todas las solicitudes de reparación realizadas por el responsable del contrato, y siendo este servicio técnico el solicitado por dicho responsable.

2. Que dichas reparaciones han sido atendidas y solucionadas dentro de los plazos habituales en el sector, como se detalla en la crítica al informe sobre nuevas incidencias por averías de las barredoras Mathieu New Azura que se adjunta (Anexo II).

3. Que las reparaciones efectuadas que se detallan en el informe de responsable del contrato hacen referencia al total de estas, incluyendo las averías propias de la maquinaria y las originadas como consecuencia de un mal uso de la misma.

4. Que la decisión de parada de maquinaria, con la consiguiente perturbación del servicio de limpieza se realiza por parte del responsable del contrato, no estando justificada técnicamente en algunas ocasiones.

5. Que la definición de las piezas de repuesto requiere de un número de referencia para su correcto envío, siendo las fotografías documentos de apoyo, pero en ningún caso sustitutivas de dicha referencia, por lo que la utilización únicamente de este medio explica algún posible error en el envío de repuestos.

En este punto insistimos en que es necesario que el servicio técnico identifique las referencias para agilizar los trámites, y que ante la reiteración en no hacerlo recomendamos la sustitución del taller colaborador para el servicio

de asistencia técnica de este contrato.

6. *Que los intervalos de mantenimiento programado reflejados en el plan de estas barredoras son orientativos, y su realización se puede hacer con una desviación sobre las horas que aparecen en el plan sin perjuicio alguno para las máquinas. Lo importante es cumplir todos los intervalos de este plan de mantenimiento.*

7. *Que como prueba de la diligencia en la respuesta de las averías producidas en este contrato -- ha realizado reparaciones asumidas en garantía aun cuando no estaban sujetas a la misma; debido a golpes, piezas de desgaste etc."*

b) Un documento denominado "crítica al informe del responsable del contrato", en el que se rebaten las afirmaciones vertidas por éste en sus distintos informes.

OCTAVO.- Con fecha 20 de enero de 2015 el responsable del contrato emite un nuevo informe en el que se reitera en el anterior de 3 de octubre de 2014 *"en el que se ponía de manifiesto que la falta de atención adecuada por parte de la empresa ya no solo está provocando que pasen días y días sin que se puedan usar físicamente para prestar el servicio de limpieza porque se encuentran paradas debido a las averías, sino que además está ocasionando un deterioro de las mismas que en última instancia se traduce en un bajo rendimiento de las mismas"*. Seguidamente procede a analizar las alegaciones de la contratista, rebatiéndola con apoyo en las solicitudes de reparación tramitadas en su día.

NOVENO.- Seguidamente por -- se emite, con el visto bueno de la Secretaria del Ayuntamiento, informe favorable a la resolución al considerar que, en contra de lo manifestado por la contratista, ha quedado acreditado en el expediente la concurrencia de las causas de resolución que se le imputan. Así, se afirma, se ha producido un retraso generalizado y reiterado en el cumplimiento de las obligaciones asumidas en relación con el mantenimiento de las barredoras, no respetando los plazos que para ello se recogen en el manual de mantenimiento (causa contemplada en el artículo 223,d) TRLCSP). Por otro lado, también se estima por el informante que se han incumplido las obligaciones esenciales del contrato, al estar permanentemente paralizadas las barredoras lo que impedía el desarrollo de la finalidad para la que se contrató el suministro (causa a la que se refiere el artículo 223, f) TRLCSP).

DÉCIMO.- Previa propuesta del Concejal Delegado de Contratación, la Junta Local de Gobierno acuerda, el día 27 de enero de 2015, lo siguiente:

a) Desestimar las alegaciones de la contratista.

b) Proponer la resolución del contrato, con incautación de la garantía definitiva.

c) Dar traslado del expediente al Consejo Jurídico.

UNDÉCIMO.- Sometida la indicada propuesta de resolución al Consejo Jurídico de la Región de Murcia, se dicta Acuerdo 4/2015, de 9 de febrero, en el que se indica la procedencia de declarar caducado el procedimiento de

resolución contractual, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo con idéntico objeto, al que habrían de incorporarse las actuaciones del caducado. Dichas actuaciones, además, habrían de completarse con diversos documentos que resultan preceptivos a tenor de lo establecido en el artículo 46 del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (RCJ).

DUODÉCIMO.- Recibido el anterior Acuerdo en la Corporación Local, su Junta de Gobierno Local acuerda, en su sesión del día 13 de febrero de 2015, declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual e incoar uno nuevo con idéntico objeto y fundamentación que el caducado, lo que se notifica a la contratista y al avalista.

DECIMOTERCERO.- El 12 de marzo de 2015, -- presenta escrito de alegaciones, argumentando que ninguno de los incumplimientos contractuales que se le imputan afectan a una obligación principal o esencial, ya que las barredoras suministradas son máquinas que han cumplido las horas de trabajo anual previstas para máquinas de estas características, y próximas a las previstas en el contrato. Por otro lado, añade que: *"las barredoras son máquinas que precisan de un correcto mantenimiento preventivo diario y de un uso acorde con lo establecido en las normas de funcionamiento, siendo lo cierto que las pequeñas averías no son repetitivas y no proceden de defectos de fabricación ni de vicios ocultos, sino que vienen derivadas del uso de las máquinas y de su mantenimiento diario que es responsabilidad del usuario quien, además, debe programar y planificar la posible parada de máquina y tener otras de sustitución"*. Finaliza reiterándose en el contenido del escrito de alegaciones de 14 de noviembre de 2014 (debe referirse al datado el día 14 de octubre de 2014), presentado en el anterior expediente resolutorio.

El siguiente día 16 de marzo el responsable del contrato indica que *"frente a las alegaciones presentadas por la empresa, este técnico se ratifica en todo lo expuesto en el informe emitido con fecha 20 de enero de 2015, proponiéndose la desestimación de las alegaciones presentadas por cuanto las barredoras suministradas no han funcionado correctamente desde el inicio del contrato. Tal y como ha quedado acreditado en todos los informes emitidos por el técnico que suscribe y que se incorporan adjuntos, las barredoras han estado sucesivamente paradas por distintas averías con el consiguiente perjuicio al servicio público, incumpléndose, asimismo, de manera sistemática las obligaciones de mantenimiento por parte de la empresa contratista respecto de los plazos establecidos en el manual de revisiones presentado con su oferta por la propia mercantil --"*.

DECIMOCUARTO.- El 17 de marzo, la asesoría jurídica externa del Ayuntamiento evacua, con el visto bueno del Secretario del Ayuntamiento, informe en el que rebate las alegaciones de --, toda vez que estima que han quedado acreditados los incumplimientos que se le imputan, consistentes en: a) retraso continuado en el mantenimiento y reparación de las barredoras suministradas; y b) incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato al estar permanentemente paralizadas las barredoras sin cumplir con la finalidad para la que se contrató el suministro. En dicho informe se hace un recorrido por todas y cada una de las imputaciones efectuadas por el responsable del contrato, y se indica que en relación con la alegación en la que se afirma que las averías sufridas por las barredoras serían consecuencia del incorrecto mantenimiento diario por parte del Ayuntamiento, no se ha aportado por parte de la contratista documento alguno que avale tal aseveración.

DECIMOQUINTO.- Sobre la base de dicho informe, el 23 de marzo el Alcalde-Presidente de la Corporación Local decreta: a) desestimar las alegaciones de la contratista; b) proponer la resolución del contrato, por las razones antes indicadas, con incautación de la garantía; c) dar traslado del expediente al Consejo Jurídico, para la emisión de su preceptivo Dictamen; y d) suspender el plazo máximo legal para resolver el procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

El anterior Decreto se notifica tanto a la contratista como a la entidad avalista.

DECIMOSEXTO.- En tal estado de tramitación y una vez incorporado un índice de documentos, se remite nuevamente el expediente en solicitud de dictamen, mediante escrito registrado de salida en el Ayuntamiento el 25 de marzo de 2015 y recibido en el Consejo Jurídico el 26 siguiente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter de este Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, por versar sobre una propuesta de resolución de un contrato administrativo a la que ha formulado su oposición la contratista, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 211.3, a) TRLCSP y 12.7 de la Ley regional 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Normativa aplicable y cuestiones procedimentales.

I. Normativa de aplicación.

Atendidas las fechas en las que se produce la adjudicación del contrato (11 de julio de 2013), su formalización (5 de septiembre de 2013) y la iniciación del expediente de resolución (13 de febrero de 2015), el régimen jurídico aplicable tanto en lo relativo a sus efectos, cumplimiento y extinción, como al procedimiento de resolución del contrato y la competencia del órgano que debe acordarla, será el que se contiene en el TRLCSP, así como en el RGC (Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).

II. Procedimiento seguido y plazo para resolver.

1. El examen de las actuaciones remitidas permite afirmar que se han seguido los trámites sustanciales establecidos en el TRLCSP y el artículo 109 RGC, concediendo audiencia a la contratista que ha tenido ocasión de manifestar su oposición a la resolución y a los efectos derivados de la misma.

En lo que al concreto procedimiento de consulta a este Consejo Jurídico se refiere, se observa que en contra de lo establecido por el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, el expediente remitido no ha sido foliado, lo que, atendiendo al gran volumen del mismo, ha dificultado enormemente su manejo y análisis.

2. Por lo que se refiere al plazo máximo de tres meses para dictar y notificar la resolución del procedimiento, iniciado éste el 13 de febrero de 2015 (Antecedente Duodécimo), dicho plazo finalizaría el 13 de mayo de 2015, pero el mismo quedó suspendido el 23 de marzo de 2015 (Antecedente Decimoquinto), lo que fue debidamente notificado a los interesados (contratista y avalista). El plazo para resolver se reanudará cuando el órgano consultante reciba el presente Dictamen, de acuerdo con el artículo 42.5,c) LPAC, que deberá ser comunicado, igualmente, a la contratista.

El hecho de que, en atención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consolidada a partir de 2008, esta clase de procedimientos sean susceptibles de caducidad (Dictámenes de este Consejo Jurídico núms. 90, 96 y 181 de 2009, entre otros), obliga al órgano competente a dictar y notificar la resolución procedente antes del transcurso de los indicados plazos, pues en caso contrario habría que declarar la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo.

TERCERA.- Naturaleza jurídica y tipología del contrato cuya resolución se pretende. Régimen jurídico.

I. El contrato de suministro es un contrato típico administrativo para la adquisición y arrendamiento de bienes muebles por la Administración, que tiene carácter instrumental y complejo, en la medida que abarca diversos tipos de contratación.

El TRLCSP en su artículo 9.1 considera contratos de suministro, los que *"tienen como objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles"*. Esta definición se corresponde con la contenida en la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios. El artículo 1.2,c) de esta Directiva define los contratos públicos de suministro como aquellos que tienen por objeto la compra de productos, su arrendamiento financiero, su arrendamiento o su venta a plazos, con opción de compra o sin opción de compra, y prevé, además, que este tipo de contratos puedan incluir, de forma accesoria, operaciones de colocación e instalación. También el TRLCSP prevé en su artículo 290 que en el contrato de arrendamiento, el arrendador o empresario tiene que asumir durante el plazo de vigencia del contrato la obligación del mantenimiento del objeto de éste.

La figura del contrato de suministro consistente en el arrendamiento de un bien, ha sido analizada por la Junta Consultiva de Contratación del Estado en diversos informes entre los que destaca el 18/2003, de 17 de noviembre, en el que distingue, dentro de dicha modalidad, tres submodalidades:

a) El arrendamiento con o sin opción de compra, que se configura como una relación entre el proveedor, que cede el uso de un bien mediante la percepción de un precio, y el arrendatario, pudiéndose establecer el derecho de éste a optar, al vencimiento del plazo del contrato, a la adquisición de los bienes contratados por su valor residual, todo ello sin la intervención de un tercero que financie la operación.

b) El arrendamiento financiero, también denominado leasing, por el que una parte, que ha de ser necesariamente una entidad financiera, cede el uso de bienes muebles adquiridos con tal finalidad, a la otra parte, arrendatario o usuario, mediante el pago, por éste, de determinadas cuotas pactadas, y durante el tiempo convenido, pudiendo el usuario ejercer la opción de compra.

c) El denominado renting que es una forma de contrato de arrendamiento de un bien en el que no se incluye la opción de compra, pero en el que se incluyen otro tipo de prestaciones que, desde la calificación de los contratos de las Administraciones Públicas, coincide con la de contrato mixto. Cita al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de enero de 2000, en la que se distingue el arrendamiento financiero del renting en que el arrendador asume el riesgo de la inversión, ya que su finalidad es ceder única y exclusivamente el uso del bien.

Según la Junta Consultiva, mientras que las dos primeras figuras se engloban en el contrato de suministro, la tercera merece la calificación de contrato mixto.

Aplicando lo anterior al supuesto que nos ocupa, se advierte que el órgano de contratación habría sufrido un error en la calificación del contrato, que constituye un arrendamiento con opción de compra, pero que no puede conceptuarse como de renting, porque esta modalidad no admite la opción de compra y, además, suele llevar aparejado otro tipo de prestaciones (a las que no cabría asimilar las de mantenimiento del bien arrendado, porque, tal como se ha indicado anteriormente, en el artículo 290 TRLCSP dicha prestación viene impuesta al arrendador en todo caso).

Cabe aquí recordar que conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial y consultiva, la determinación de la naturaleza de un concreto negocio jurídico público, ya sea contrato, convenio o cualquier otro de características análogas, no depende de la denominación otorgada al mismo por las partes intervinientes, sino de su real contenido (por todas, STS, 3ª, de 14 de abril de 1990). Del mismo modo, el Consejo de Estado tiene declarado que la calificación de los contratos celebrados por la Administración debe dilucidarse a la vista de los términos y estructura de cada acuerdo de voluntades, afirmando que la naturaleza jurídica de una relación contractual es indisponible para las partes, de forma que aquélla dependerá de la estructura misma de la relación, sin que necesariamente las declaraciones contenidas en el clausulado contractual comporten un cambio en la naturaleza jurídica (Dictamen 52375/1988).

En su virtud, a la luz del objeto del contrato, su calificación más adecuada sería, como hemos dicho anteriormente, la de contrato de suministro en la modalidad de arrendamiento con opción de compra, y no de renting. Consecuencia de ello es que el régimen aplicable a la ejecución del contrato y a los eventuales incumplimientos alegados por las partes, será el establecido por las normas rectoras del contrato de suministro, lo que, por otra parte, carece de transcendencia práctica en orden a la resolución contractual objeto de Dictamen, puesto que aun considerando el contrato como de renting, la mayor transcendencia de la prestación de suministro acarrearía aplicar el régimen jurídico propio de este tipo de contratos.

II. El arrendamiento con opción de compra es, pues, una modalidad del contrato de suministros y se caracteriza porque mediante el mismo un ente del sector público adquiere el derecho a usar bienes muebles ajenos por un período de tiempo determinado, a cambio de un pago periódico y con la posibilidad de adquirir la propiedad de los bienes pagando el precio que previamente se haya pactado. La configuración del contrato de arrendamiento en

general y del arrendamiento con opción de compra en particular, tiene peculiaridades importantes que se traducen en la existencia de una regulación específica contenida en los artículos 87.7, 88.4, 89.2, 290 y 317 TRLCSP.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 20/2000, de 6 de junio, ha señalado que la inclusión en el ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública de los contratos de suministro bajo las modalidades de arrendamiento financiero y arrendamiento con opción de compra supone que, excepto en las especialidades que para los mismos se señalan (sobre plazo de duración e imposibilidad de revisión de precios), ambas figuras quedan sujetas a los preceptos de la Ley aplicables de manera general a todos los contratos de las Administraciones Públicas, además de a las disposiciones específicas del contrato de suministro.

III. Aunque suponga adelantar una de las cuestiones sobre las que pivota la pretensión resolutoria (deficiente mantenimiento de las barredoras suministradas), cuya procedencia será analizada más adelante, resulta conveniente ahora hacer referencia al régimen jurídico que rige para esta prestación contractual.

A falta de una regulación completa del régimen jurídico-administrativo del contrato de arrendamiento de bienes muebles, el artículo 290 TRLCSP se limita a fijar, sin mucho detalle, el régimen de las obligaciones que asumen las partes en relación con el mantenimiento de los bienes arrendados durante la vigencia del contrato. En el resto de las cuestiones atinentes al régimen sustantivo del suministro de bienes muebles a través de la figura del arrendamiento de cosas, en sus diferentes modalidades, habrá que estar a lo que al respecto establezcan las normas de derecho privado (artículos 1542 y siguientes del Código Civil, con las adaptaciones que resulten necesarias), lo que encuentra su respaldo en la cláusula de supletoriedad que se recoge en el artículo 19.2 TRLCSP. En este sentido, y en consonancia con lo previsto en el artículo 1554 del Código Civil, el citado artículo 290 TRLCSP atribuye al arrendador la obligación primaria de asumir el mantenimiento del bien objeto del mismo, si bien permitiendo que la carga económica derivada del mantenimiento pueda ser trasladada a la Administración mediante el pago por ésta de un canon específico que deberá, eso sí, fijarse de forma separada al precio del arrendamiento o renta. El carácter opcional que implica la expresión "podrá", permitirá que, como ocurre en el expediente objeto del presente Dictamen, el montante económico que se corresponda con dicho mantenimiento quede incluido en el canon o renta a pagar por la Administración al arrendador (cláusula 5 PCAP).

A pesar de la parquedad del citado artículo 290 hay que entender, siguiendo la Jurisprudencia existente respecto de los arrendamientos civiles, que dicho mantenimiento comprende la realización de las labores de reparación que sean necesarias e indispensables para conservar la cosa en estado de servir para el uso a que se destinó, salvo que su deterioro fuese imputable a dolo o culpa del arrendatario. El arrendatario tampoco quedará exento de obligaciones en relación con estas labores de mantenimiento, ya que deberá poner en conocimiento del arrendador, a la mayor brevedad posible, la necesidad de que se lleven a cabo las reparaciones que resulten precisas para el buen funcionamiento del bien arrendado, de tal modo que si así no lo hiciese se vería abocado a asumir los daños y perjuicios que se derivaran de tal inactividad. En este sentido, cabe señalar que el Tribunal Supremo, en Sentencia de su Sala de lo Civil de 1 de marzo de 2007, ha declarado que al arrendador le incumbe la carga de probar que el daño tiene su origen en dolo o negligencia del arrendatario.

De lo anterior cabe colegir que el mantenimiento de los bienes arrendados es parte del contenido esencial del contrato administrativo de suministros celebrado bajo la modalidad de arrendamiento con o sin opción de compra.

CUARTA.- Plazos en el contrato de arrendamiento con opción de compra. Imposibilidad de considerar como incumplimiento del plazo contractual los aducidos en la propuesta de resolución.

Como quiera que el contrato de arrendamiento con opción de compra constituye una modalidad contractual compleja, cuando nos referimos a su plazo de ejecución es preciso distinguir entre los siguientes:

a) Plazo de entrega del suministro, es decir, la puesta a disposición de los bienes por el adjudicatario a favor de la Administración.

b) Plazo en el que la Administración haya de satisfacer su contraprestación económica.

c) Plazo de duración del arrendamiento, o sea, el tiempo por el cual las partes se comprometen a cumplir con sus obligaciones contractuales, y cuyo inicio se hace coincidir con la fecha de recepción de los bienes objeto del contrato.

d) Plazo de mantenimiento, que coincidirá, a tenor del artículo 290 TRLCSP, con el de duración del arrendamiento.

e) Al existir la posibilidad de que la Administración opte, al finalizar el plazo de arrendamiento, por la compra del bien, deberá fijarse un plazo para comunicar al contratista el ejercicio de la opción, así como otro para formalizar la compra.

Estaríamos, pues, ante un contrato de tracto sucesivo en el que podemos distinguir unas prestaciones instantáneas (entrega de las barredoras), y también unas prestaciones duraderas (mantenimiento de las barredoras y pago del canon o renta) cuyo cumplimiento ha de ser uniforme y continuado.

Ciñéndonos al supuesto que nos ocupa, el plazo de entrega del suministro era, a tenor de lo establecido en el contrato, de 20 días hábiles a partir de la fecha de formalización del contrato (cláusula 2 PCAP), y aunque no conste incorporada al expediente el acta de recepción de las barredoras, nada ha objetado la Administración al respecto de lo que cabe deducir que la contratista cumplió con lo estipulado. Por otro lado, en lo que se refiere al plazo de duración del arrendamiento, tampoco se observa incumplimiento alguno por parte de la empresa. Realmente cuando la Corporación Local imputa a -- un incumplimiento del plazo contractual se está refiriendo a que, según su criterio, aquella no habría efectuado las revisiones preventivas en los términos que se recogían en el PCAP y en el manual de mantenimiento (ambos integrantes del contrato), es decir, que las barredoras no se revisaban cuando alcanzaban el número de horas que se preveían en dichos documentos. Pues bien, disiente este Órgano Consultivo de tal apreciación: dichos retrasos no son equiparables a un incumplimiento de plazos contractuales, sobre todo si, como ocurre en este caso, tal circunstancia no se ha recogido expresamente en el PCAP. Dicho comportamiento se encuadraría en lo que cabría considerar como un incumplimiento defectuoso de la prestación. En efecto, estaríamos ante un supuesto en el que, conforme a la doctrina, el deudor ha llevado cabo el acto o los actos de cumplimiento y de ejecución de la prestación, pero ésta no se ajusta, o se desvía de las líneas previstas en el negocio jurídico constitutivo de la obligación y del plan o programa de prestación tal y como se encontraba estatuido. Calificado así el incumplimiento contractual que la Corporación Local imputa a la contratista, cabe analizar los instrumentos que el ordenamiento jurídico proporciona a la Administración para reaccionar ante tal conducta:

a) El artículo 212.1 TRLCSP establece que los pliegos o el documento contractual pueden prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo; penalidades que pueden ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no puede ser superior al 10% del presupuesto del contrato. La Administración no hizo uso de tal posibilidad al no prever, ni el contrato ni el PCAP, penalización para el supuesto de cumplimiento defectuoso, sin que pueda considerarse como tal la que contempla la cláusula 25 del PCAP que se refiere, como señala expresamente, a los supuestos de *"demora respecto del cumplimiento del plazo de entrega del suministro"*, circunstancia que, como acertadamente alega la contratista, nunca se produjo al haberse entregado las barredoras dentro del plazo previsto para ello; de ahí que la penalización que se impuso en su momento careciese de respaldo, al no haber hecho uso el Ayuntamiento de la facultad que le otorgaba el citado artículo de prever penalidades para estos supuestos.

b) El pago del precio, en los supuestos de contratos de tracto sucesivo como el que nos ocupa, se realizará mediante pago en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado (artículo 216.2 TRLCSP). Por otro lado, el apartado 1 del citado artículo establece que *"el contratista tendrá derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato, con arreglo al precio convenido"*. Para el contrato de suministro el artículo 293 TRLCSP establece que *"el adjudicatario tendrá derecho al abono del precio de los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato"*. A su vez el PCAP, en su cláusula 19, afirma que *"el pago del precio se efectuará contra factura mensual expedida por la empresa adjudicataria, previa comprobación del servicio correspondiente y previos los trámites establecidos en las disposiciones vigentes"*. De estas previsiones legales y contractuales y atendiendo a las especiales características del contrato que nos ocupa, la prestación de la contratista se concreta en la entrega de los bienes arrendados, en garantizar a la Administración el goce pacífico de los mismos y en el mantenimiento del bien arrendado, en el entendimiento que esta última obligación comprende la realización de tareas de reparación necesarias para conservar el objeto del contrato en estado de servir para el uso a que han sido destinados (artículo 1554.2 del Código Civil).

Pues bien, si el cumplimiento de una de esas prestaciones contractuales, la del mantenimiento de los bienes arrendados, no se adecuaba a las prescripciones establecidas para su ejecución, cabría la posibilidad de no conformar la factura mensual que correspondiera, hasta que la contratista subsanara los defectos observados en la realización de dichas labores. El problema que se hubiese planteado en el supuesto objeto de controversia es que, al no haber indicado separadamente la cuantía correspondiente al mantenimiento de los bienes, tal como indica el artículo 290 TRLCSP, la no tramitación y pago de las facturas hubiese podido resultar abusiva atendiendo a que el contratista sí había cumplido con el resto de sus obligaciones.

c) Finalmente, si a los defectos en el cumplimiento de la obligación de mantenimiento de la barredoras se les puede atribuir un carácter esencial, atendiendo a que pueden afectar a la finalidad misma del contrato, se podría resolver el mismo, cuestión ésta que será analizada en la siguiente Consideración.

QUINTA.- El mantenimiento defectuoso de los bienes arrendados como incumplimiento que afecta a un elemento esencial del contrato.

Procede ahora entrar en el análisis de la posible concurrencia de la segunda de las causas de resolución del contrato en que se fundamenta el procedimiento de resolución objeto de Dictamen, es decir, el incumplimiento de obligaciones esenciales, que la Corporación Local concreta en un deficiente mantenimiento de las barredoras que no han funcionado correctamente desde el principio y que no han sido adecuadamente reparadas, lo que ha ocasionado que *"la maquinaria se encuentra o bien parada o bien funcionando a un menor rendimiento del esperado"*.

A tenor de lo establecido en el artículo 223,f) TRLCSP constituye causa de resolución del contrato *"el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato"*. Pues bien, examinados ambos documentos correspondientes al expediente que nos ocupa, se comprueba que en ninguno de ellos se contempla que el deficiente mantenimiento de la maquinaria arrendada sea causa esencial que conlleve la resolución del contrato, los que nos lleva a plantear si es posible la resolución que se pretende.

La Junta Consultiva de Contratación del Estado, en su informe 63/2011, de 17 de julio, se manifestaba del siguiente modo: *"así cabe concluir que cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares no califique una obligación contractual como esencial, su incumplimiento no podrá constituir causa que justifique la resolución potestativa por parte de la Administración pública al amparo de lo dispuesto en los artículos 223 letra f) y 224 del TRLCSP, por exigir esos preceptos, en combinación con el artículo 67.2 del Reglamento General de la LCAAPP, la calificación expresa en el pliego y en el contrato como esenciales de aquéllas obligaciones contractuales cuyo incumplimiento quiera calificarse como causa de resolución"*.

A pesar de esta tajante afirmación, diversos Consejos Consultivos (incluido este Consejo Jurídico), se han planteado la posibilidad de resolver aun cuando no se haya consignado expresamente en el pliego o en el contrato el carácter esencial de determinada obligación (Dictámenes 442/2011, 631/2011 y 324/2013, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid; 35/2014, del Consejo Consultivo de Andalucía; 24/2015 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha; y 49/2012, de este Consejo Jurídico).

En efecto, aunque no se puede obviar la obligación que la ley impone a las Administraciones de calificar sus cláusulas como esenciales cuando considere que ésta es su naturaleza, una interpretación estricta de la norma atentaría contra el interés general, puesto que impediría resolver un contrato aunque nos encontrásemos ante un incumplimiento de obligaciones esenciales no recogidas expresamente, cuando lo realmente determinante no es la calificación que el contrato dé a una determinada obligación, sino el carácter que ésta tenga o no como tal. Además, como dice el Consejo Consultivo de Madrid en su Dictamen 403/2013: *"la exigencia legal de consignación de los incumplimientos de las obligaciones esenciales del contrato no pueden suplir a los elementos 'esenciales' de dicho contrato según el propio ordenamiento jurídico, y que cuando son transgredidos deben dar lugar a la nulidad o resolución. Es decir, los pliegos deberán recoger aquellas causas que, precisamente, por no ser a priori esenciales, el órgano de contratación quiere otorgarles tal carácter, pero ello sin perjuicio de poder considerar como causa de resolución un incumplimiento que afecte a un elemento esencial del contrato. Esta es la finalidad de la norma, interpretación teleológica que debe estar presente en su aplicación"*.

En este mismo sentido se ha manifestado también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón en su informe 20/2011, al afirmar que la falta de calificación en el pliego de una obligación como esencial *"no es obstáculo para que proceda la resolución por incumplimiento del contratista, si, como exige la jurisprudencia, el incumplimiento es grave y de naturaleza sustancial (STS 29 mayo 2000). Si bien la resolución por incumplimiento de obligaciones esenciales, calificadas como tales en los pliegos o el contrato, podría ser apreciada de forma automática, en tanto que en resoluciones por incumplimientos graves del contratista, corresponde a la Administración, motivando su decisión, identificar y calificar dichos incumplimientos"*.

Partiendo, pues, de que la demora y deficiencias en el mantenimiento de las barredoras arrendadas no han sido calificadas en el PCAP como incumplimiento esencial a los efectos de resolución del contrato, habrá que analizar si tal conducta, en el supuesto de acreditarse su concurrencia, podría o no considerarse como incumplimiento de una obligación esencial.

Por cláusula contractual esencial se ha de entender aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato y por lo tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato. Al respecto el Tribunal Supremo en su Sentencia de 1 de octubre de 1999 señalaba que *"a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación"*. La medida de resolución del contrato se ha de reservar para las situaciones extremas, es decir, aquellas que supongan un notorio incumplimiento de las condiciones pactadas, pues como dice el Consejo de Estado *"resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aún mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye un opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada medida"* (Dictamen de 1 de marzo de 1979).

Aplicado lo expuesto al supuesto objeto de controversia no cabe duda que el mantenimiento de los bienes arrendados en condiciones óptimas de uso (obligación que asume el contratista por imperativo del artículo 290.1 TRLCSP, y por lo dispuesto en el Anexo III del PCAP), ha de ser considerada como esencial, puesto que de ello va a depender que pueda cumplirse el elemento causal del contrato que no es otro que el de proporcionar un adecuado servicio de limpieza viaria en el municipio de Mazarrón.

En la ejecución del contrato se observa que en fecha temprana ya se advirtieron por la Administración contratante deficiencias en la maquinaria suministrada. El día 7 de octubre de 2013, es decir, al mes de firmarse el contrato, se cursa un parte de solicitud de reparación de una barredora y el responsable del contrato indica en su informe de 16 de marzo de 2015 que *"las barredoras suministradas no han funcionado correctamente desde el inicio del contrato"*. Sin embargo, la Administración no ejerció la acción de saneamiento dentro del plazo de garantía, facultad que le venía otorgada por los artículos 298 TRLCSP y 1553 del Código Civil, acudiendo para resolver las reiteradas averías que las barredoras sufrían al servicio de reparación que la empresa debía llevar a cabo atendiendo a la prestación de mantenimiento contratada, el cual, a su juicio, se habría desarrollado en unas condiciones deficientes, lo que provocó un deterioro de las máquinas y, en consecuencia, un menoscabo del servicio público que con ellas se presta.

Para determinar si efectivamente el incumplimiento que se alega se ha producido resulta necesario analizar las distintas imputaciones formuladas por la Administración y las alegaciones que respecto de ellas ha presentado --, teniendo en cuenta que, según indica el Consejo de Estado en su Dictamen 262/2014, la carga de la prueba de la causa de la resolución corresponde a la Administración, de acuerdo con la regla contenida en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

a) Retraso en el mantenimiento principal de dos de las cuatro barredoras, que, según el programa ofertado por el contratista, se tendría que haber efectuado a las 1.000 horas y que, sin embargo, no se llevó a cabo hasta las 1.194,4 horas en una de ellas y hasta las 1.867 horas en la otra, lo que la contratista no niega aunque, en su defensa, alega *"que los intervalos de mantenimiento programado reflejados en el plan de estas barredoras son orientativos, y su realización se puede hacer con una desviación sobre las horas que aparecen en el plan sin perjuicio alguno para las máquinas. Lo importante es cumplir todos los intervalos de este plan de mantenimiento"*. La minimización que la contratista hace sobre el incumplimiento del mantenimiento preventivo en los momentos en los que recomienda el fabricante resulta inaceptable. El objetivo de dicho mantenimiento es evitar o mitigar las consecuencias de los fallos de la maquinaria, es decir, se trata de prevenir las incidencias antes que éstas ocurran, garantizando así un funcionamiento correcto, y para ello resulta de suma importancia realizarlo en los momentos señalados por el fabricante; el desvío respecto de dicho hito temporal es previsible que influya negativamente en las condiciones de trabajo y en el tiempo de vida útil de la máquina y, desde luego, un retraso en casi el doble de horas en una de las barredoras no puede considerarse trivial.

Desde esta perspectiva puede mantenerse la trascendental relevancia que para la correcta ejecución del contrato tiene el cumplimiento del mantenimiento preventivo, pero también es cierto que según el cuadro que se recoge en el programa ofertado por la contratista, cuyo contenido ha sido transcrito en el Antecedente Primero del presente Dictamen, figuran cuatro mantenimientos para cada una de las barredoras, lo que hace un total de dieciséis mantenimientos, de lo que resulta que sólo se habría sufrido retraso en el cumplimiento de un 12,5% de esta específica obligación, sin que tampoco el Ayuntamiento haya concretado los daños directamente imputables a tal retraso más allá, claro está, del genérico al que se hace referencia en el párrafo anterior.

b) Retraso y deficiencias en la reparación de las averías que han ido surgiendo a lo largo de la ejecución del contrato.

Según la Corporación Local las múltiples averías sufridas por las barredoras eran reparadas en unos plazos muy dilatados y de forma deficiente, lo que producía un funcionamiento defectuoso de las mismas y, en algunos, casos su paralización.

En lo que se refiere a la demora en las reparaciones (según apreciación del responsable del contrato, que es un técnico), la contratista aduce, con base en un informe emitido por un ingeniero industrial, que las averías eran atendidas y solucionadas dentro de los plazos habituales en el sector, justificando uno a uno todos los retrasos que se le imputan. Ante esta diversidad de criterio mantenido por quienes se presume están en condiciones de hacerlo debido a su preparación técnica, a este Órgano Consultivo sólo le resta analizar la controversia a la luz de las condiciones pactadas en el contrato, y lo cierto es que en ninguno de los documentos que lo integran figura establecido un plazo para efectuar las reparaciones, por lo que difícilmente puede articularse una resolución contractual basada en esta circunstancia.

En cuanto a la defectuosa reparación de las barredoras cabe señalar que aunque la apreciación de la veracidad de tal afirmación sea también, en esencia, una cuestión técnica, lo cierto es que de la abundante y exhaustiva documentación que la administración contratante ha incorporado al expediente se desprende que reparadas las máquinas éstas se volvían a averiar casi inmediatamente, circunstancia sobre la que el responsable del contrato advertía reiteradamente a la contratista, sin que la misma haya sido capaz de resolver de forma eficaz los problemas que se presentaban. En su descargo alega que parte de las averías no tenían su origen en un defectuoso mantenimiento, sino que se producían como consecuencia de un mal uso. Aunque no hay que olvidar que las especiales características del tipo de contrato que nos ocupa obliga al arrendatario, aquí la Administración, a usar diligentemente la cosa cedida (Sentencia de la Audiencia de Barcelona 642/2005, de 15 de noviembre de 2006), lo cierto es que la imputación de la mercantil, se realiza sin especificar ni acreditar cuáles de dichas averías encajarían en aquella categoría y cuáles no, cuando, según la STS de 1 de marzo de 2007, a la que se hace referencia en la Consideración Tercera de este Dictamen, al arrendador le incumbe la carga de probar que el daño que sufre la cosa arrendada tiene su origen en dolo o negligencia del arrendatario.

En suma, a la vista de lo expuesto, debe concluirse que ha resultado constatado en el expediente que aunque la mercantil ha llevado a cabo las labores de mantenimiento a que venía obligada, lo ha hecho con una total ineficacia lo que ha incidido negativamente sobre elemento causal del contrato, de manera que las barredoras se encuentran averiadas y, en su caso, fuera de funcionamiento, con una frecuencia que trasciende en mucho lo que cabe esperar de este tipo de máquinas, lo que, en última instancia, supone un menoscabo del interés público implícito en la relación contractual, todo lo cual lleva a este Consejo Jurídico a considerar que procede la resolución del contrato por causa imputable a la contratista.

SEXTA.- Efectos de la resolución.

La declaración por la que se resuelve el contrato no se agota en sí misma, sino que trae consigo una serie de efectos, -regulados fundamentalmente en el artículo 225 del TRLCSP, para todos los contratos en general y en el artículo 300 TRLCSP para el contrato de suministro-, que serán distintos según cual haya sido la causa de la resolución y, en su caso, a quien -Administración o contratista- le es imputable aquélla.

Con carácter previo a un pronunciamiento sobre dichos efectos el Consejo Jurídico considera conveniente recordar que las consecuencias del incumplimiento deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y de buena fe, que rigen específicamente en materia de contratos (artículo 1258 del Código civil), buscando un equilibrio de los intereses en presencia en la solución del debate (Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo 10 de junio y 11 de noviembre de 1987 y de 10 de julio de 1990).

En cuanto el incumplimiento es imputable al contratista, como se ha razonado anteriormente, deviene causa de resolución, pero aunque este incumplimiento, ha afectado a la naturaleza sustancial del contrato, no ha mediado voluntad dolosa o culpable por parte de -- que siempre ha estado dispuesta a atender las solicitudes de reparación que se le efectuaban y que las ha llevado a cabo, en la gran mayoría de casos, con la conformidad del responsable del contrato, como se desprende de la firma que figura estampada en los partes de trabajo incorporados al expediente. A ello hay que unir que la Corporación Local no resulta totalmente ajena a la situación ante la que se encuentra actualmente la ejecución. En efecto, en primer lugar le resulta achacable una defectuosa elaboración de los PCAP que no ha atendido a la peculiar naturaleza del contrato, no incluyendo en sus cláusulas todos los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes, de tal modo que la prestación consistente en el mantenimiento de los bienes arrendados, que tan sustancial se ha demostrado en la ejecución del contrato, se halla huérfana de previsión alguna en todo lo relativo a sus efectos y cumplimiento, lo que obliga a acudir al régimen general de los contratos de suministros que no siempre resulta suficiente o adecuado para hacer frente a las vicisitudes que pueden producirse en un contrato de arrendamiento con opción de compra como el que nos ocupa. En segundo lugar, como ya se advertía anteriormente, si las barredoras presentaban desde el inicio del contrato vicios (que han de calificarse como ocultos, ya que al parecer el acta de recepción fue firmada de conformidad), la Administración pudo y debió ejercer la acción de saneamiento que le correspondía, antes de dejar transcurrir el plazo de garantía del que disponía para ello. Finalmente, aunque como ya ha quedado dicho la contratista arrendadora no ha acreditado que alguna de las averías producidas en las barredoras se debieran a un mal uso por parte del personal encargado de manejarlas, la propia naturaleza de alguna de ellas como rotura de la rueda captora o raja en la toma de aspiración, permiten deducir que obedecen a golpes recibidos por las máquina durante su utilización.

Estas, llamémoslas anomalías, que se observan en la ejecución del contrato por parte de la Corporación Local, si bien no alcanzan un grado de relevancia suficiente para justificar el deficiente cumplimiento de la obligación de mantenimiento que pesa sobre la empresa contratista, sí parecen, debidamente ponderadas, suficientes para no considerar culpable el incumplimiento del contratista, de tal forma que la incautación de la fianza ha de ser sólo parcial, en la parte que resulte necesaria para compensar los daños y perjuicios que, debidamente fijados en un procedimiento contradictorio tramitado *a posteriori* de la resolución, se entiendan causados por el incumplimiento contractual.

Por otro lado, a tenor de lo establecido en el artículo 300 TRLCSP la resolución del contrato de suministro dará lugar a la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados; sin embargo, en el supuesto que nos ocupa procede, claro está, la devolución de las barredoras, pero no la restitución de lo abonado por el

Ayuntamiento por el uso de las mismas, por cuanto en esta modalidad de contrato de suministro, el de arrendamiento con opción de compra, las cantidades mensuales que en concepto de renta se han pagado a la empresa, retribuyen el uso del bien arrendado, y su recuperación por parte de la Administración podría constituir un enriquecimiento injusto.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La propuesta de resolución objeto de Dictamen, en la medida en que propone la resolución del contrato, se dictamina favorablemente, pero debe eliminarse de ella como causa en la que amparar dicha resolución la prevista en la letra d) del artículo 223 TRLCSP, manteniendo tan sólo la correspondiente a la letra f) de dicho artículo.

SEGUNDA.- No se dictamina favorablemente la incautación automática de la garantía como consecuencia de la resolución, debiéndose tan sólo retener a los efectos que se señalan en la Consideración Quinta del presente Dictamen, reintegrando a la contratista la diferencia que, en su caso, resulte entre su importe y el de los posibles daños que puedan fijarse en el expediente que se indica en tal Consideración.

No obstante, V.S. resolverá.

