

## **Al M.I. Ayuntamiento de Villena**

Expediente 11717/2018  
RECURSO DE REPOSICION

MANUEL RODRIGUEZ FERRER, con domicilio a efectos de notificaciones en CATELLON, AVENIDA DE VALENCIA S/N, con DNI n.º 20245870 M, en representación de la Entidad ANDACAR 2000 S.A., con CIF n.º A 12363529, en relación con el expediente denominado "**Contrato de arrendamiento financiero, en la modalidad de renting de dos vehículos industriales para el servicio de limpieza viaria y recogida de basuras del Ayuntamiento de Villena**", comparece y, como mejor proceda en Derecho, interpone recurso de reposición contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 20 de enero de 2020, con base en las siguientes

### **ALEGACIONES:**

#### **PRIMERA.- ANTECEDENTES**

La Junta de Gobierno Local del M.I. Ayuntamiento de Villena adoptó acuerdo de fecha 20 de enero de 2020, sobre imposición de penalidades a ANDACAR 2000 S.A., por importe de 7.946,65 €, por entender que esta mercantil ha cometido los siguientes incumplimientos de los Pliegos:

a) Respecto al equipamiento de los vehículos al entender que faltaban los airbags laterales, botiquín de emergencia, extintor de polvo, copia compulsada de la ficha técnica y permiso de circulación por cualquiera de las indicaciones que fija la DGT.

b) Por demora en la entrega de los vehículos

Esta parte va a acreditar que dicho acuerdo debe ser anulado por cuanto no se han cometido ninguno de los incumplimientos citados, todo ello sea dicho con el debido respeto hacia el órgano de contratación y en términos de estricta defensa.

#### **SEGUNDA.- CUMPLIMIENTO SOBRE EL EQUIPAMIENTO DE LOS VEHICULOS SUMINISTRADOS**

En relación a **las penalizaciones impuestas por incumplimiento del pliego sobre el equipamiento de los vehículos** dejar constancia que ambas furgonetas entregadas cumplen en su totalidad con los requisitos exigidos en los Pliegos.

Prueba de que las furgonetas cumplen la totalidad de las exigencias técnicas requeridas en los Pliegos se desprende de la ficha técnica del producto vendido por el concesionario oficial Fiat que suministró las furgonetas; ALTRAC EUROPA, S.A. (DREAM MOTORS). En el mismo se indican claramente las características técnicas de cada uno de los vehículos suministrados, con número de bastidor para cada uno de ellos, y se observa que sí disponen de los airbags laterales en el apartado de "elementos opcionales", así como el resto de características técnicas requeridas en el Pliego Técnico (se adjunta como "**Documento 1**").

Centrándonos en el airbag lateral, este tipo de airbag, que es el lateral, va incrustado en los asientos delanteros y se abren por el lateral del asiento en caso de accidente siendo prácticamente indetectable para el usuario, es por eso que no entendemos cómo se puede afirmar tan claramente por parte del Ayuntamiento que no lo tiene sin que lo constate el servicio oficial de la marca.

Con respecto a los otros elementos que se indican en el acuerdo, como “centralita” y “captador lateral”, estamos consternados dado que en ningún lugar se exigen en el pliego. Y al respecto del resto (Ficha técnica, botiquín y extintor son temas de relevancia menor que se subsanaron en un breve plazo de tiempo).

Por tanto, la penalidad impuesta por incumplimiento de las características técnicas de los vehículos suministrados, así como de toda la documentación correspondiente a las furgonetas, no puede prosperar por cuanto esta parte contratista ha cumplido con sus obligaciones de entregar los vehículos ofertados con todos los elementos y accesorios exigidos en el Pliego Técnico.

### **TERCERA. NULIDAD DE LAS PENALIDADES POR DEMORA EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. CAUSAS NO IMPUTABLES A ANDACAR 2000 S.A. EXISTENCIA DE FUERZA MAYOR**

**El resto de penalidades correspondientes a la demora en la entrega de los vehículos**, tampoco tiene fundamento por dos motivos:

1) Porque el retraso se debió a causa imputable al fabricante de los vehículos suministrados y este dato quedó justificado mediante certificado del concesionario oficial “ALTRAC EUROPA, S.A. (DREAM MOTORS).” (**Documento 2**).

2) Y, además, porque de MUTUO ACUERDO entre el Ayuntamiento de Villena y esta mercantil, se entregaron dos vehículos de pre-entrega y así, desde el “minuto uno”, la Corporación dispuso del servicio de los vehículos sin que se quedara desprovista de los mismos en ningún momento.

Partiremos del primer argumento, es decir, el hecho de que la demora no fuera imputable a la mercantil contratista que represento sino al cambio de normativa en cuanto a emisiones de CO2 que obligó a los fabricantes a adaptar los motores de sus vehículos a esa nueva normativa y este hecho coincidió en el tiempo con el plazo de entrega de los vehículos de la presente contrata.

Por este motivo el concesionario “ALTRAC EUROPA, S.A. (DREAM MOTORS)” emitió un informe-certificado (**Documento 2**) en el que justifica que en el intervalo de tiempo comprendido entre la solicitud proforma de los vehículos a presentar en la licitación objeto del presente expediente (septiembre de 2018) y la fecha del pedido (diciembre de 2018) el fabricante tuvo que realizar un cambio en los motores de los modelos para adaptarse a la nueva normativa de emisiones WLTP, no existiendo unidades FIAT DOBLO en stock en toda España.

Este dato de vital importancia hizo que la responsabilidad del retraso en la entrega de los vehículos objeto de contrato no sea imputable a la contratista ANDACAR 2000 S.A. ya que se debió a un cambio en la normativa vigente en materia de emisiones totalmente ajeno a esta parte pero que le impidió poder disponer de los vehículos para entregarlos al Ayuntamiento.

**El artículo 192 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) viene a decir que:**

*“Los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al apartado 2 del artículo 76 y al apartado 1 del artículo 202. Estas **penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato.**”*

**2. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.(...)**”

Es decir, sólo cuando hay incumplimiento del contrato **por causas imputables al contratista se podrá adoptar penalidades** y ANDACAR 2000 S.A. no incumplió por causas que le puedan ser imputables pues, de un lado, el retraso fue a una exigencia técnica externa y de obligado cumplimiento y, por otro lado, puso solución a esta demora entregando dos furgonetas tipo furgón y Combi al Ayuntamiento de Villena para que el servicio no se viera perjudicado en ningún momento.

Prueba de esta pre-entrega de dos furgonetas se deduce de los siguientes hechos:

El Ayuntamiento tramitó el expediente de contratación, por la modalidad de contrato menor, de dos furgonetas tipo furgón y Combi, proceso al que ANDACAR 2000 S.A. presentó su oferta, recibiendo el día 09/08/2018 por correo postal la adjudicación de dicho contrato menor a la mercantil NORTHGATE.

Ante esta circunstancia, la representante legal de ANDACAR 2000 S.A. reclamó por correo electrónico a diferentes miembros del Ayuntamiento el derecho de la citada mercantil a ser adjudicataria del contrato menor y el 24/08/2018, el Inspector del servicio de Limpieza Viaria y Recogida de Basuras NOTIFICÓ Decreto 1434/2018 advirtiendo el fallo a favor de Northgate y adjudicando dicho contrato a la mercantil que represento.

Como se puede ver en el Decreto de adjudicación (lo adjuntamos como **Documento 3**), el mencionado contrato menor tenía una retención de crédito y un plazo de duración de 3 meses, por lo que siendo que se suministraron las furgonetas el 04/09/2018, la finalización de este contrato debería producirse el 04/12/2018.

Las furgonetas entregadas eran:

MERCEDES CITAN 108 CDI FURGON 75 CV-----matrícula 9145JSY  
FIAT DOBLO 1.3 JTD COMBI 75 CV -----matrícula 6074JPL

Con posterioridad, el Ayuntamiento de Villena inició nuevo expediente de contratación, con el nº 111717/2018, en el que el día 26/09/2018 la mercantil ANDACAR 2000 S.A. presentó oferta para el suministro de dos furgonetas tipo Furgón y Combi, expediente que se adjudicó a nuestro favor el 06/11/2018.

Es necesario manifestar que durante el mes septiembre de 2018 todas las marcas comenzaron a adaptar sus productos a la nueva normativa de emisiones y el cambio del NEDC a WLTP, siendo a finales de 2018 cuando las nuevas producciones de vehículos de todas las marcas se vieron afectadas por esta exigencia técnica, retrasando muchísimo la producción y la entrega de los vehículos, como fue nuestro caso.

Ante este hecho, esta mercantil se puso en contacto con el Ayuntamiento para advertir que, debido a causa de “fuerza mayor y no imputable a este contratista”, iba a ser imposible entregar los vehículos ofertados en el plazo de 30 días que establecía el pliego, pero que, no obstante, para compensar esta situación y no dejar al Ayuntamiento sin el servicio de las dos furgonetas se podría prorrogar el alquiler de un contrato anterior.

Se adjunta como **Documento 4** correo de D<sup>a</sup> María José Ballesteros, como representante legal de ANDACAR 2000 S.A., dirigido a Servicios Urbanos el 30/11/2018 donde literalmente se expresaba lo mencionado anteriormente. Aunque en el citado correo mencionara unas matrículas las que finalmente dejaríamos para pre-entrega fueron las que ya venían utilizando desde el contrato menor (9145JSY y 6074JPL), ya que las que les propusimos de un contrato anterior, al tener ya 4 años de vida nos tocó retirarlas de la flota.

Asimismo, se adjunta al presente escrito todo el listado de facturas desde SEPTIEMBRE DE 2018 hasta DICIEMBRE DE 2019, donde se puede ver claramente que la utilización de las furgonetas mencionadas anteriormente, matrículas 9145JSY y 6074JPL, del contrato menor que debía finalizar el **04/12/2018**, finalizó concretamente el **20/03/2019** y el **30/04/2019**, respectivamente. Esto fue, sin duda, porque se sirvieron de preentrega como se ha comentado anteriormente.

Desglose de la evidencia:

- La M. Citán furgón 9145JSY se factura sólo hasta el 20/03/2019, ya que fue entregada la Fiat Doblo furgón 0002KTV del expediente que nos acontece el día 21/03/2019.
- La F. Doblo combi 6074JPL se factura sólo hasta el 30/04/2019, ya que fue entregada la Fiat Doblo combi 9516KVY del expediente que nos acontece el 01/05/2019.

Se adjunta como **Documento 5**, el listado de facturas mencionado donde se puede constatar este hecho.

Así pues, la penalidad impuesta a esta mercantil por el Ayuntamiento de Villena por la demora en la entrega de dos furgonetas tampoco procede, no sólo por no ser la demora imputable a esta parte, sino, además, porque desde el momento que esta mercantil

fue conocedora de la existencia de un retraso no imputable a la misma, sino al fabricante de las furgonetas, contactó con el Ayuntamiento y de MUTUO ACUERDO puso a disposición del mismo dos furgonetas, lo que hizo con el fin de no provocar perjuicios al Ayuntamiento.

**La fuerza mayor** es un elemento cuyo concurso comporta una excepción al principio de riesgo y ventura y que, por tanto, **elimina la responsabilidad derivada del incumplimiento siempre que el mismo no se deba a una actuación imprudente del mismo, como es el caso presente**. E, incluso puede prever en algunos casos, un derecho de indemnización del contratista perjudicado por los daños y perjuicios que se le hubieren podido producir.

En el presente caso, **el cambio impuesto por la normativa en cuanto a las emisiones WLTP**, que obligó a los fabricantes de vehículos a cambiar los motores de sus vehículos -lo que conllevó a un desabastecimiento hasta que se fabricaron los nuevos adaptados a la normativa- constituye **causa de fuerza mayor** en el cumplimiento del contrato por demora en la entrega de los vehículos y determina un incumplimiento ajeno a la voluntad de este contratista.

Este hecho hace que se trate de un **incumplimiento no culpable** ya que la falta de cumplimiento del contrato es directamente imputable a la normativa que exigió el cambio de los motores para no producir ciertas emisiones, y no a ANDACAR 2000 S.A.

Por ello, como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en un caso de incumplimiento contractual por huelga de los trabajadores de la empresa contratista):

- No puede derivarse acción de responsabilidad contra la los trabajadores, pues dado que es un derecho constitucionalmente reconocido no puede deducirse contra su ejercicio, ninguna consecuencia negativa.

- No puede aplicarse al contratista las penalidades u otras consecuencias negativas previstas en el pliego para los supuestos de incumplimiento.

Y en **Sentencia de 26 de marzo de 1987 el Tribunal Supremo** manifiesta que existen razones suficientes para que **las penalidades** o resoluciones contractuales **“sólo se adopten cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra y el de la prórroga o prórrogas interesadas por los contratistas”,** pues, como añade esta misma Sentencia, **“lo peor para todos es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista”**.

También el Tribunal **Administrativo Central de Recursos Contractuales**, en el Recurso nº 100/2013 C.A. Cantabria 003/2013, Resolución nº 093/2013, de 5 de marzo de 2013, viene a decir *que*:

*“las penalidades tienen una finalidad sancionadora y compensatoria de los perjuicios sufridos por la Administración por el retraso en el cumplimiento de los contratos, aunque como indica la Junta Consultiva de Contratación (Informe 6/01, de 3 de julio) “estrictamente no se trate de un supuesto de indemnización de daños y perjuicios efectivos sino de los que técnicamente pueden considerarse indemnizaciones tasadas”.*

*De la finalidad sancionadora y compensatoria de las penalidades y de la literalidad de la disposición transcrita del artículo 212.7 del TRLCSP, se deduce, sin duda, que esas penalidades se **imponen cuando el cumplimiento es por causa imputable al contratista**. Así se debe entender, aunque no se indique de manera explícita en el PCAP. (...).”*

Así pues, queda patente por la jurisprudencia el carácter sancionador de las penalidades a un contratista y que éstas deben imponerse únicamente cuando el incumplimiento del contrato se debe a causas imputables estrictamente al contratista. Pero ya se ha dicho con insistencia, y se ha acreditado con certificado de la empresa fabricante (**Documento 2**), que la causa de la demora en la entrega de las furgonetas objeto del presente contrato se debió a causas ajenas a este contratista y, además, **el Ayuntamiento de Villena no ha sufrido perjuicio** alguno pues dispuso de furgonetas en todo momento y, por tanto, no puede ser penalizada la mercantil ANDACAR 2000 S.A.

La **sentencia nº 406/2019 del TSJ de la Comunidad de Madrid**, de fecha 19 de junio de 2019, recaída en el recurso 142/2018, viene a decir que este Tribunal, tiene reiteradamente dicho, que el principio de riesgo y ventura del contratista no puede ser objeto de una interpretación tan rigurosa que excluya la responsabilidad de la Administración en otros supuestos. Si existen variaciones de la normativa vigente en materia de emisiones, no se puede imputar al riesgo y ventura del contratista la demora que se ha provocado por esa nueva normativa en cuanto a la fabricación de nuevos vehículos adaptados a las nuevas exigencias administrativas.

A la vista de todo lo expuesto, **SUPLICO al M.I. Ayuntamiento de Villena**: Tenga por presentado el presente recurso de reposición en tiempo y forma y adopte nuevo acuerdo por el que se anule y deje sin efecto el acuerdo de Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Villena de fecha 20 de enero de 2020 por el que se impone a esta mercantil una penalidad por importe de 7.946,65 €.

Castellón, a 26 de febrero de 2020