

En Logroño, a 27 de septiembre de 2010, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Ortiz Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Ortiz Lallana, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**80/10**

Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Arnedo, a través del Excmo. Sr. Consejero de Administraciones Públicas y Política Local, en relación con el Procedimiento administrativo de resolución del contrato administrativo de suministro de un vehículo tipo PICK-UP o similar, necesario para el funcionamiento del Servicio de parques y jardines del Ayuntamiento de Arnedo, en la modalidad de *renting*.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

El 24 de junio de 2010, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arnedo acordó la adjudicación definitiva, a ING C. L. E. S.A.U, del contrato de suministro de un vehículo tipo PICK-UP o similar, necesario para el funcionamiento del Servicio de parques y jardines del Ayuntamiento de Arnedo, en la modalidad de *renting*, por valor de 36.192,00 euros (IVA incluido), con fecha de adjudicación de la Junta de Gobierno Local, del citado 24 de junio de 2010. Como descripción del objeto, consta: “*suministro en régimen de arrendamiento de un vehículo tipo Pick-up o similar, destinado al Servicio de Parques y jardines del Ayuntamiento de Arnedo en la modalidad de renting*”, que se ajustará a las características definidas en el pliego de Prescripciones Técnicas Particulares.

El acuerdo de adjudicación definitiva fue notificado al adjudicatario en fecha 30 de junio de 2010, con requerimiento para que procediese a la formalización del contrato “*en el plazo de 10 días hábiles, contados a partir de la recepción de la presente notificación*”, según lo previsto en el 140.1 LCSP. Dicho plazo finalizó el 12 de julio de 2010, sin que el contrato fuera formalizado.

En el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el

procedimiento, la duración del contrato se fija en “cuatro años” (cuarenta y ocho meses), que empezará a contar “desde la fecha de formalización de conformidad con el acta del vehículo”.

### **Segundo**

El contrato no ha sido formalizado por el contratista. Pese a los requerimientos del Ayuntamiento urgiendo la formalización dentro del plazo, el contratista ha manifestado, mediante fax y correo electrónico, que el vehículo ofertado se ha visto afectado por una descatalogación del fabricante y que, por tanto, no lo podría suministrar; razón por la cual “y, dado que la causa de la renuncia no es imputable al contratista, se considera, a los efectos del artº 62 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, justificada la retirada de la proposición”. Por tanto, efectuada renuncia a la adjudicación definitiva del contrato de referencia al no formalizarlo, se solicita la “devolución del documento original (de fecha 7 de junio de 2010), presentado por ING C. L. E. S.A.U, por el que B. le avala, en concepto de garantía definitiva, para responder de las obligaciones derivadas del expediente ...por importe de 1.560 euros” .

### **Tercero**

El expediente ha sido informado por la Secretaría General, con fecha 14 de julio de 2010, en los siguientes términos.

*“1º- Procede incoar expediente de resolución contractual, por no haberse formalizado el contrato por causas imputables al contratista.*

*2º- El expediente se tramitará conforme a lo indicado en el presenta informe.*

*3º- Se propone incautar la garantía definitiva y su ejecución con ingreso en las arcas municipales de un importe equivalente al de la garantía provisional. Será potestad del órgano competente decretar la pérdida de la garantía”.*

Asimismo, ha sido informado por la Intervención el 21 de julio de 2010, en cuyo informe se concluye que:

*“Incumplidas las obligaciones de formalización del contrato, es una causa legítima de resolución el mismo, tanto por aplicación del ordenamiento jurídico citado, como del propio pliego de cláusulas administrativas, debiéndose incautar la garantía definitiva y su ejecución en el importe equivalente a la garantía provisional”.*

En definitiva, ambos coinciden en la procedencia de resolver el contrato por causa imputable al contratista e incautar la garantía definitiva y su ejecución en el importe equivalente a la garantía provisional.

#### **Cuarto**

Iniciado el procedimiento de resolución contractual mediante Providencia de la Alcaldía de 22 de julio de 2010, y notificada ésta al contratista y al avalista, constando los acuses de recibo de 28 y 27 de julio, respectivamente; en ella se procede a la *“declaración de prohibición para contratar conforme al art. 50 LCSP”*.

El contratista, en trámite de alegaciones, presenta un escrito, de fecha 29 de julio de 2010, registrado de entrada en el Ayuntamiento el siguiente día 30 del mismo mes y año. En dicho escrito, de una parte, se reafirma en lo manifestado al presentar su renuncia expresa al contrato; y, de otra, se manifiesta en desacuerdo con la declaración de prohibición de contratar a que hace referencia la Providencia de incoación de dicho expediente, solicitando que no se declare ésta o que *“subsidiariamente, y, en caso de no decidir lo anterior, que dicha declaración se determine por medio del procedimiento establecido al efecto, y que sólo afecte a la contratación con el Ayuntamiento de Arnedo”*.

#### **Antecedentes de la consulta**

##### **Primero**

Por escrito de 1 de septiembre de 2010, registrado de entrada en este Consejo el día 15 de septiembre de 2010, el Excmo. Sr. Consejero de Administraciones Públicas y Política Local del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

##### **Segundo**

Mediante escrito de fecha 15 de septiembre de 2010, registrado de salida el día 16 de septiembre de 2010, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

##### **Tercero**

Asignada la ponencia a la Consejera señalada en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero

#### **Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo.**

Son varios los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico en que apoyar la preceptividad del informe del Consejo de Estado u órganos consultivos de las Comunidades Autónomas, cuando realmente nos encontramos ante una eventual causa legal de resolución contractual *ex* artículo 206, d), de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en la redacción anterior a su reforma por la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

La necesidad de elevar consulta a los Órganos Consultivos, en los expedientes de resolución de contratos, viene determinada por los siguientes preceptos:

-El artículo 197.1 LCSP, que dispone para los casos en que la Administración optase por la resolución del contrato por ejecución defectuosa y demora, la preceptividad del informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, cuando se formule la oposición por parte del contratista.

-El art. 206,d LCSP, en relación con el art. 195.3 LCSP, que exigen la misma intervención de los Altos Órganos Consultivos expresados en el caso de no formalización del contrato en plazo por causas imputables al contratista, siempre que éste formule oposición a la resolución del contrato.

-El artículo 109.1 del RGLCAP, de desarrollo del TRLCAP, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, que contiene el procedimiento a que deben ceñirse las Administraciones Públicas contratantes para acordar, en su caso, la resolución de los contratos por ellas convenidos, y cuya letra d) exige: *"Dictamen del Consejo de Estado u Órgano Consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista"*.

-El artículo 11 de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, que impone el deber de elevar consulta en los siguientes asuntos. "i) *Nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos, cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos en los que así lo dispongan las normas aplicables"*.

-El artículo 12 del Decreto 81/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional del Consejo Consultivo de La Rioja, que impone la misma preceptividad para estos supuestos, en su letra i).

Por lo tanto, en el caso sometido a la consideración de este Consejo, para que la consulta tenga carácter preceptivo, es preciso que, ante la tramitación de un expediente de resolución de un contrato administrativo, como cauce elegido por la Corporación local, se constate la oposición por parte del contratista. Y, en el expediente remitido para su

examen, existe un documento expresamente emitido *ad hoc* con esta única y exclusiva finalidad, por lo que dicha consulta se estima preceptiva.

## Segundo

### Sobre la concurrencia de causa de resolución del contrato

Por razón de su fecha de adjudicación, este contrato se rige por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), si bien, a la fecha del presente dictamen, dicha Ley ha sido modificada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

Señalado lo anterior y según se desprende de los Antecedentes de Hecho, la causa que lleva a la Corporación local a adoptar la Propuesta de resolución del contrato de suministro del vehículo a que se refiere la consulta es “*la falta de formalización del contrato en plazo*” por la empresa adjudicataria, conforme a lo previsto en el art. 206.d) LCSP, en la redacción anterior a la dada por la Ley 34/2010, con las consecuencias que apunta el art. 140.3 LCSP, actual art. 140.4, tras la modificación operada por la expresada Ley 34/2010.

En ambos preceptos se establece que *es causa de resolución del contrato la no formalización del contrato en plazo* (art. 206,d) LCSP, en la redacción anterior a la dada por la Ley 34/2010) y que, “*cuando, por causas imputables al contratista, no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la resolución del mismo, así como la incautación de la garantía provisional que, en su caso se hubiese constituido*”, (art. 140.3 LCSP, en la redacción anterior a la dada por la Ley 34/2010).

Así pues, nos encontramos ante un incumplimiento consistente en no formalizar el contrato, incumplimiento al cual la Ley considera como causa de resolución, anudando a dicha resolución las correspondientes consecuencias indemnizatorias, cifradas en la incautación de la garantía provisional prestada, todo ello en la forma y cuantía legalmente predeterminada.

En el caso dictaminado, de una parte, nada puede imputarse a la Administración, que ha requerido al contratista en varias ocasiones la fijación del día para la formalización del contrato y le ha advertido de las consecuencias de no hacerlo, por lo que la responsabilidad ha de recaer enteramente en el contratista.

Si se hubiera formalizado el contrato, estaríamos ante un caso de incumplimiento contractual imputable al contratista pues este último se comprometió a suministrar el vehículo a la Administración y, si bien no sería su responsabilidad la descatalogación del modelo comprometido en el contrato, sí lo sería el hecho de no haber previsto la forma de

asegurar el suministro con carácter previo a la asunción de tal compromiso, por lo que incumpliría su obligación contractual y debería asumir las consecuencias que su falta de previsión conlleva.

Pero, en el presente caso, el incumplimiento consiste precisamente en no haber formalizado el mismo, con la particularidad de que dicha circunstancia está prevista por la Ley que también ha previsto las correspondientes consecuencias indemnizatorias, cifradas en la incautación de la garantía provisional prestada, todo ello en la forma y cuantía legalmente predeterminada.

En definitiva, a juicio de este Consejo, es totalmente ajustada a Derecho la resolución del contrato administrativo de suministro de un vehículo tipo PICK-UP o similar, necesario para el funcionamiento del Servicio de parques y jardines del Ayuntamiento de Arnedo, en la modalidad de *renting*, por causas imputables al contratista.

En cualquier caso, conviene recordar, que la competencia para resolver el contrato corresponde al órgano de contratación que, en este caso, es legalmente el Alcalde (antiguo art. 21.1 ñ) LBRL, actual D.A.2ª.1 LCSP); y, por delegación del mismo, la Junta de Gobierno Local (art. 21.3 LBRL), siempre que se cumpla el requisito legal de no superar la cuantía del contrato el 10% del presupuesto municipal.

### **Tercero**

#### **Sobre las consecuencias derivadas de la resolución del contrato por no formalización del mismo.**

Dos son las cuestiones que plantea el expediente que nos ocupa respecto a las consecuencias derivadas del incumplimiento consistente en no haber formalizado en tiempo y forma el contrato adjudicado: por un lado, la devolución o incautación de la garantía constituida; y, por otro, el ámbito de la declaración de prohibición para contratar impuesta al contratista. Examinemos seguidamente ambas cuestiones:

##### **1.- Sobre la devolución de las garantías constituidas.**

Si el contrato hubiera llegado a formalizarse y el contratista no hubiera suministrado el vehículo a que se había comprometido u otro similar, estaríamos ante un incumplimiento imputable a dicho contratista, que se regiría por lo dispuesto en el art. 208.4 LCSP, a cuyo tenor:

*"Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se*

*hubiere constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada".*

Y también sería aplicable el art. 208.5 LSCP, que dispone que: *"en todo caso, el acuerdo de resolución contendrá un pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de de la pérdida, devolución y cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida"*.

Pero, como hemos señalado, nos encontramos en este caso en una fase anterior a la de formalización del contrato, donde el incumplimiento imputable al adjudicatario de la contratación ha consistido precisamente en no formalizar el contrato en la forma y plazo legalmente establecidos al efecto (diez días desde el siguiente al de notificación de la adjudicación definitiva, según dispone el art. 140.1 LSCP, en la redacción anterior a la dada al mismo por la Ley 30/2010). A esta infracción legal corresponde una consecuencia jurídico-indemnizatoria tasada por la Ley y que el art. 140.3 LSCP, en la redacción anterior a la dada al mismo por la reiterada Ley 30/2010, cifra en la incautación de la garantía provisional.

En el presente caso, concurre la especial circunstancia de que la garantía provisional fue devuelta a los licitadores y convertida en definitiva por el adjudicatario después de la notificación de la adjudicación definitiva, pero antes de la formalización del contrato. En estas circunstancias, el Alcalde, por Providencia de 22 de julio de 2010, determinó la resolución del contrato con incautación de la garantía constituida, en coherencia con los preceptos antes citados (arts. 208.4 y 208.5 LCSP).

En relación con esta Providencia del Alcalde, el interesado argumenta que, en atención a las circunstancias, considera legítimo retirar su proposición y que procede igualmente la devolución de la garantía definitiva constituida, que asciende a 1.560 euros, en atención a lo dispuesto en el artículo 62 RGLCAP.

Este último precepto, relativo a los efectos de la retirada de la proposición, de la falta de constitución de la garantía definitiva o de la falta de formalización del contrato respecto de la garantía provisional, dispone que:

*"1. Si algún licitador retira su proposición injustificadamente antes de la adjudicación o si el adjudicatario no constituye la garantía definitiva o, **por causas imputables al mismo, no pudiese formalizarse en plazo el contrato, se procederá a la ejecución de la garantía provisional y a su ingreso en el Tesoro Público o a su transferencia a los organismos o entidades en cuyo favor quedó constituida. A tal efecto, se solicitará la incautación de la garantía a la Caja General de Depósitos o a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales donde queda constituida"**.*

Pero, en el caso ahora dictaminado, el concepto de “*retirada de la proposición*” no tiene adecuado encaje, por cuanto dicha retirada solo es posible con carácter previo a la adjudicación provisional del contrato. El citado art. 140.3 LCSP, en la redacción anterior a la dada al mismo por la Ley 34/2010, prevé para esta hipótesis la incautación de la garantía provisional, cuando lo cierto es que, en el momento de incumplimiento del plazo para la formalización del contrato, dicha garantía ya debe haber sido devuelta, como se prevé en el Acuerdo de adjudicación provisional de 10 de junio de 2010 y en el pliego de cláusulas administrativas particulares, dado que el art. 91.4 LCSP prevé que la garantía provisional será retenida al adjudicatario hasta que proceda a la constitución de la garantía definitiva, que es lo que ha sucedido en este caso, donde ya ha sido prestada la garantía definitiva. Resulta, por tanto, paradójico que el art.140.3 LCPS, en la redacción anterior a la dada al mismo por la Ley 34/2010, al igual que el precepto reglamentario citado, aludan a la incautación y ejecución de la garantía provisional, cuando lo cierto es que, en el momento de incumplimiento del plazo para formalizar el contrato, es decir, tras la adjudicación definitiva, dicha garantía ya ha sido devuelta y sustituida por la definitiva.

Se plantea, por tanto, una situación en que la interpretación más adecuada a la norma, y menos desfavorable para el interesado, lleva a entender que se podrá ejecutar la garantía definitiva, pero ejecutándola tan solo por un impote equivalente a la garantía provisional; solución que adoptan, tanto los citados informes de la Secretaría como de la Intervención, de los que se hace eco la Propuesta de resolución de la Corporación Municipal, de fecha 26 de agosto de 2010. Este Consejo Consultivo estima razonable esta interpretación, máxime cuando es también la ahora preconizada por la redacción que la reciente Ley 34/2010 ha dado al art. 140.4 LCSP.

Cuestión distinta es que el art. 140.3 LCSP, en la redacción anterior a la expresada Ley 34/2010, indique que la Administración “*podrá acordar la resolución, así como la incautación de la garantía*”, esto es, que, discrecionalmente y atendiendo a las circunstancias del caso concreto, podrá decidir motivadamente si resuelve o no la relación contractual. Sin embargo, el Ayuntamiento se mostraba interesado en el suministro de un vehículo de características técnicas descritas en el pliego de condiciones técnicas y no particularmente en el ofertado por ING – ya que en el expediente “*se propone la contratación de un vehículo tipo pick-up o similar*”, necesario para el funcionamiento del del servicio de parques y jardines del Ayuntamiento de Arnedo-, por lo cual, si no era posible suministrar aquel vehículo, podría haberse planteado, una vez formalizado el contrato, la modificación del mismo por el acaecimiento de circunstancias imprevistas en el momento de formular la oferta –descatalogación del bien a suministrar-, que, tal vez, pudiera encajar en el art. 202 LCSP sobre modificación de los contratos. No obstante, ni el Ayuntamiento ha contemplado esta posibilidad, decantándose en todo momento por la resolución del contrato, ni el contratista la ha planteado ni ha tratado de iniciar el diálogo o plantear sus problemas a la Administración para intentar llegar a esta solución. Antes bien,

se limita a efectuar una renuncia al contrato, al negarse a formalizarlo.

Con todo, efectuadas estas consideraciones, conforme a la legalidad vigente y en particular al art. 140.3 LCSP, en la redacción anterior a la dada por la Ley 34/2010, será potestad del órgano competente decretar la pérdida de la garantía, en la forma y cuantía antes expresada, conforme a la interpretación del precepto que, como también hemos señalado antes, estimamos más adecuada a las peculiaridades del presente caso.

## **2.-Sobre la declaración de la prohibición para contratar**

Particular atención merecen las alegaciones vertidas por el contratante en su escrito presentado en el trámite de audiencia, en lo relativo a la prohibición de contratar con la Administración pública o, subsidiariamente, que dicha prohibición “*se determine por el procedimiento específico y establecido al efecto y que solo afecte a la contratación con el Ayuntamiento de Arnedo*”.

La Providencia de la Alcaldía de fecha 22 de julio de 2010, por la que se acuerda la incoación del expediente de resolución contractual, resuelve iniciar dicho expediente “*procediendo a la declaración de prohibición para contratar conforme al art. 50 LCSP*”; y conviene recordar que, en caso de resolución culpable de un contrato, la Administración contratante podrá declarar, en el plazo de 3 años desde la firmeza del acuerdo de resolución del contrato, la prohibición de contratar, que tendrá una duración máxima de 5 años. El ámbito de la prohibición será el del Ayuntamiento de Arnedo, sin perjuicio de que el Ministerio de Hacienda pudiera extenderla si entendiera que es relevante el daño ocasionado al interés público, circunstancia que no parece concurrir en el presente caso. Para establecer esta prohibición será necesario observar el procedimiento establecido en las normas de desarrollo de la LCSP. Sobre todo ello, veáanse los arts. 49.2,a) y 50 LCSP).

Por tanto, la referencia incluida en la citada Providencia a dicha prohibición no se ajusta a Derecho y la petición del contratante, en este punto, debe ser atendida.

## **CONCLUSIONES**

### **Primera**

A juicio de este Consejo Consultivo, en el presente caso, procede la resolución del contrato administrativo de suministro de un vehículo tipo PICK-UP o similar, necesario para el funcionamiento del Servicio de parques y jardines del Ayuntamiento de Arnedo, en la modalidad de *renting*, adjudicado definitivamente a ING C. L. E., S.A.U, por no haberse formalizado el contrato, debido a causas imputables al contratista.

## **Segunda**

En cuanto a las garantías económicas, procede incautar la garantía definitiva (1.560,00 euros) y ejecutarla, con ingreso en las arcas municipales de un importe equivalente al de la garantía provisional (1.151,70 euros), por los motivos y en los términos que se explicitan el presente Dictamen.

## **Tercera**

No procede incluir en el acto de resolución del contrato la referencia a una eventual prohibición al contratante para contratar con la Administración pública, salvo en los términos y condiciones que se han explicitado en el Fundamento de Derecho Tercero 2 de este Dictamen.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero