

## **Informe 51/11, de 1 de marzo de 2012. Incidencias sobre la incautación definitiva cuando el contrato no se ha formalizado**

Clasificación de los contratos. 10.2 Régimen de garantías. Garantías definitivas. 14.6 Procedimientos y formas de adjudicación. Cuestiones relacionadas con la formalización de los contratos.

### **ANTECEDENTES.**

El Alcalde del Ayuntamiento de Santurtzi (Vizcaya) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa por medio de un escrito con el siguiente texto:

“Desearíamos conocer su fundada opinión respecto de las situaciones que pueden darse en aquellos contratos en los que, no habiéndose exigido la constitución de garantía provisional, el adjudicatario no formaliza el contrato en el plazo habilitado al efecto.

La Ley 30/2007, en la redacción actualmente en vigor prevé en su art. 140.4 que cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso, hubiese exigido, habiendo desaparecido como causa de resolución del contrato la falta de formalización, en consonancia con el art. 27, que difiere la perfección de los contratos al momento de su formalización.

Así expuesto, y ante las dudas surgidas por el vacío legal y la deficiente regulación existente, se formulan las siguientes cuestiones:

1ª: ¿Puede firmarse el contrato con el adjudicatario en una fecha posterior a la de finalización del plazo conferido para formalizar, si esa fuera la voluntad tanto del Ayuntamiento como del adjudicatario?

2ª: En caso de que la respuesta fuese afirmativa, ¿generaría alguna consecuencia para el adjudicatario el incumplimiento del plazo?, ¿habría de incautarse algún importe sobre la garantía definitiva constituida, o esta facultad resulta potestativa para el Ayuntamiento (el art. citado indica que podrá acordar la incautación) únicamente en el caso de que se hubiese exigido garantía provisional?. En el supuesto de que se concluyera que cabe la incautación y no se hubiese requerido en el expediente garantía provisional surge la duda de cuál sería la cuantía, toda vez que el porcentaje que prevé la Ley para la garantía provisional tiene el carácter de máximo, pero no es fijo.

3ª: Si se determina que el incumplimiento implica que no puede firmarse el contrato con el adjudicatario, ¿cabe requerir al siguiente licitador que más puntuación ha obtenido la documentación preceptiva y efectuar una nueva adjudicación a su favor, entendiéndose, a semejanza de lo dispuesto en el art. 135.2 que el adjudicatario ha decaído de la adjudicación o ha retirado su oferta? En este caso, ¿podría el Ayuntamiento –sin que exista un precepto legal que expresamente le habilite a ello- modificar el sentido de la adjudicación (adjudicando el contrato al siguiente licitador) sin haber mediado un recurso contra la misma, y sin acudir a la revisión de oficio prevista en el art. 102 y siguientes de la Ley 30/1992- toda vez que la adjudicación tiene la consideración de acto administrativo definitivo, que pone fin a la vía administrativa-?

4ª: ¿Qué ocurriría si pasa el tiempo y el adjudicatario no formaliza el contrato?, ¿cómo y cuando finalizaría el expediente?. Finalmente, y con arreglo a lo indicado: ¿resultaría ajustada a Derecho la aprobación de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares en los que se regulen estas cuestiones, por ejemplo, la incautación de un importe (el que se determine en base a las circunstancias de cada expediente) hasta el máximo de lo que hubiera podido ser la garantía provisional –en los casos en que no se exija, que serán la inmensa mayoría- o el pasar la adjudicación al siguiente licitador que mayor puntuación hubiera obtenido?”

### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

1. Plantea la consulta cuatro cuestiones, la primera de las cuáles se refiere a la posibilidad de que no habiéndose formalizado el contrato por el adjudicatario en el plazo habilitado para ello pueda éste formalizarse en un momento posterior si existiese mutuo acuerdo al respecto entre éste y el Ayuntamiento.

La respuesta ha de ser necesariamente negativa toda vez que la Ley en el artículo 156.3 TRLCSP establece unos plazos que, en todo caso, vinculan a las Administraciones Públicas, de acuerdo con

el tenor literal del citado artículo y conforme a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 30/1992 según el cual los términos y plazos establecidos en esta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos.

No obstante lo anterior, cabe la posibilidad de ampliar el plazo en los términos dispuestos en el artículo 49 de la Ley 30/1992 según el cual, salvo precepto en contrario, la Administración podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de terceros; con la limitación de que no puede ser objeto de ampliación un plazo ya vencido.

2. La segunda cuestión se refiere a las consecuencias económicas que se derivan de la no formalización del contrato por parte del contratista en el plazo señalado al efecto, cuando no se hubiese exigido la constitución de garantía provisional.

El artículo 156.4 TRLCSP establece como consecuencia económica para el adjudicatario que no formalice el contrato en plazo por causa imputable al mismo, la posibilidad de que la Administración incaute sobre la garantía definitiva el importe de la garantía provisional que en su caso se hubiese exigido.

Con respecto a la aplicación de este artículo la consulta plantea dos cuestiones. La primera relativa a si la Administración tiene otorgada por este precepto una facultad potestativa de incautar o, por el contrario, está obligada por la Ley a proceder en este sentido. La respuesta viene dada por el tenor literal del artículo 156.4 TRLCSP que se expresa en términos de “podrá acordar”, eso es, le otorga a la Administración una potestad discrecional. En este sentido recordemos, parafraseando a E. García de Enterría, que las potestades discrecionales se caracterizan porque la norma que las configura remite parcialmente, para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio, a una estimación administrativa, sólo que no realizada por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares. Es este el elemento definitorio de una potestad discrecional como la que nos ocupa *versus* una potestad reglada. Esta última implica un proceso aplicativo de la norma que no deja margen a apreciación subjetiva ninguna por parte de la Administración, sino que en presencia de un determinado supuesto de hecho obliga a la Administración a actuar en el sentido predeterminado en la norma.

En segundo lugar se plantea qué ocurre si no se ha exigido en los pliegos la constitución de una garantía provisional. En este caso, entiende esta Junta Consultiva, no procederá la incautación parcial de la garantía provisional dada la configuración que de la garantía definitiva hace el TRLCSP en su conjunto y, en especial, su artículo 100. Este precepto determina las obligaciones a las cuales queda afecta la garantía definitiva, y al hacerlo no incluye entre las mismas la obligación del adjudicatario de formalizar el contrato en plazo. Por ello cuando no se haya exigido la constitución de una garantía provisional no procederá incautar parte alguna de la garantía definitiva. Ello sin perjuicio de la posibilidad que tiene la Administración de exigir los daños y perjuicios que, en su caso, pudieran derivarse de la no formalización del contrato por parte del contratista por causa imputable al mismo y que, en el caso de serle reconocidos vía jurisdiccional, podrán hacerse efectivos con cargo a la garantía definitiva.

3. En la tercera pregunta se plantea la posible aplicación analógica al supuesto de incumplimiento del plazo de formalización del contrato por parte del contratista, que no de la Administración, del antiguo artículo 135.2 LCSP, actual artículo 151.2 TRLCSP. Concretamente se duda acerca de la aplicación del tercer párrafo de este precepto el cual dispone que de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento para presentar la documentación justificativa y para constituir la garantía definitiva se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

Esta Junta Consultiva entiende que procedería dicha aplicación analógica en el caso de incumplimiento del plazo de formalización por el adjudicatario, debiéndose entender en ese caso que éste último ha retirado su oferta. Esta conclusión se alcanza tras apreciarse identidad de razón entre el supuesto de hecho de no aportación de la documentación justificativa y de la garantía definitiva dentro del plazo por parte del licitador y el supuesto de hecho de no formalización del contrato en plazo por causa imputable al adjudicatario. Tras la solución que el legislador le da al primer supuesto late el derecho del licitador siguiente (en la lista de ofertas clasificadas) a

convertirse en adjudicatario. El principio de no causar perjuicio a los derechos de terceros justifica la solución de entender que el licitador ha retirado su oferta. La regla que contempla dicho principio resulta aplicable al supuesto de hecho de no formalización del contrato por causa imputable al adjudicatario, dado que el segundo licitador en la lista en este momento del *iter* procedimental continúa a la expectativa de resultar adjudicatario en defecto del primer adjudicatario. Por todo ello procede la aplicación analógica ya referida. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad que, conforme se ha explicado en el apartado primero del presente informe, brinda el artículo 49 de la Ley 30/1992 de ampliación del plazo de formalización del contrato.

4. Adicionalmente el Ayuntamiento pregunta si puede éste modificar el sentido de la adjudicación en el caso descrito en el apartado tercero de éste informe sin que exista un precepto legal que expresamente le habilite a ello, sin haber mediado un recurso contra este acto y sin acudir a la revisión de oficio prevista en los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992.

Esta Junta Consultiva entiende que el artículo 151.2 TRLCSP es base jurídica suficiente para entender que el licitador que resultó primer adjudicatario ha retirado su oferta debiéndosele tener por desistido en el sentido del artículo 91 Ley 30/1992.

5. La cuarta cuestión aglutina tres preguntas. Las dos primeras ya han sido contestadas en los apartados anteriores del presente informe.

En cuanto a la segunda pregunta, la misma plantea la conveniencia de regular en los pliegos de cláusulas administrativas particulares las consecuencias económicas y jurídicas que para el adjudicatario tiene el incumplimiento del plazo de formalización. Sendas cuestiones, como se ha explicado, vienen resueltas en el TRLCSP en sus artículos 156.4 primer párrafo (consecuencias económicas) y 151.2 tercer párrafo (consecuencias jurídicas), no siendo imprescindible su regulación en el pliego. Ahora bien, si se regulasen, recordemos que el contenido del pliego deberá estar acorde con lo que dispone el TRLCSP sobre estas cuestiones.

## **CONCLUSIÓN**

1.- El artículo 156.3 TRLCSP establece unos plazos para la formalización del contrato que, en todo caso, vinculan a las Administraciones Públicas, sin perjuicio de la posibilidad de ampliar el plazo en los términos dispuestos en el artículo 49 de la Ley 30/1992.

2.- EL artículo 156.4 TRLCSP otorga a la Administración una potestad discrecional consistente en poder acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que en su caso se hubiese exigido.

3.- Cuando en un procedimiento de licitación no se hubiese exigido garantía provisional la Administración no podrá incautar una parte de la garantía definitiva en el caso de no formalización por el adjudicatario del contrato dentro del plazo establecido, dada la configuración que de la garantía definitiva hace el TRLCSP en su conjunto y, en especial, su artículo 100.

4.- El artículo 151.2 TRLCSP tercer párrafo es susceptible de aplicación analógica al supuesto de no formalización del contrato en plazo por causa imputable al adjudicatario, debiéndose en ese caso entender que el adjudicatario ha retirado su oferta, dándosele por desistido en el sentido del artículo 91 de la Ley 30/1992.

5.- La regulación de las consecuencias jurídicas y económicas de la no formalización en plazo del contrato por causa imputable al adjudicatario está suficientemente regulada en el TRLCSP. Ahora bien si se decide que el pliego de cláusulas administrativas particulares recoja estas cuestiones, éste deberá en todo caso respetar lo dispuesto en el TRLCSP.