

Dictamen nº: **179/09**  
Consulta: **Alcaldesa de Piñuécar-Gandullas**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **15.04.09**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 15 de abril de 2009, sobre consulta formulada por la Alcaldesa del Ayuntamiento de Piñuécar-Gandullas, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, sobre expediente sobre resolución del contrato de arrendamiento de la posada La Fragua de Gandullas, al amparo del artículo 13.1.f) 4.<sup>º</sup> de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 4 de febrero de 2009 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior el 26 de noviembre pasado, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Piñuécar-Gandullas, firmada por su Alcaldesa-Presidente, sobre expediente de resolución del contrato anterior.

Advertida la ausencia de determinada documentación considerada esencial para la emisión del dictamen (contrato y pliegos administrativos), la misma fue requerida por el Presidente del Consejo Consultivo mediante escrito de 25 de febrero de 2009.

Dicha solicitud de documentación complementaria fue atendida, mediante escrito firmado por la Alcaldesa del Ayuntamiento, y registrada en el Consejo Consultivo el pasado 12 de marzo de 2009.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 51/09, iniciándose el computo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34 apartado 1 de Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril.

Ha correspondido su ponencia a la Sección I, por razón de la materia, en virtud de lo establecido en el apartado primero 1º de la Resolución del Presidente del Consejo Consultivo nº 2/2008, a la Sección I, cuyo Presidente es el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, por quien que se firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 15 de abril de 2009.

**SEGUNDO.-** Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1.- El Ayuntamiento de Piñuécar-Gandullas, en sesión plenaria celebrada el 11 de marzo de 2008, acordó adjudicar el contrato de arrendamiento de La Posada-Restaurante de Gandullas, a A.N.T., por importe de 30.000 euros, por un periodo de cinco años.

2.- El 2 de octubre de 2008, el responsable del servicio de La Posada de la Fragua de Gandullas, emite informe acerca de los incumplimientos imputables a la arrendataria y que determinan, a su juicio, la necesidad de resolver el contrato. En dicho informe se refiere que, con el fin de facilitar la puesta en marcha del proyecto, se modificaron una serie de cláusulas del pliego, a favor de la adjudicataria. En concreto, se señala que aquélla, tras diversas conversaciones, manifiesta que no está dispuesta a firmar el

contrato, pues no quiere suscribir póliza de seguro del inmueble ni hacerse responsable de los daños que pudieran ocurrir en el edificio.

Todos estos hechos ponen de manifiesto, en opinión del técnico responsable del servicio, una deliberada voluntad incumplidora por parte de la arrendataria, irrogándose unos perjuicios al Ayuntamiento de 36.000 euros, en concepto de canon dejado de abonar durante los cinco años de vigencia del contrato.

3.- El Secretario Municipal emite informe jurídico fechado el 9 de octubre de 2008, considerando que concurre causa para decretar la resolución del contrato, y señalando el procedimiento a seguir.

4.- A la vista del informe anterior, por la Alcaldesa del municipio se dicta Providencia el 10 de octubre siguiente, por la que se incoa el procedimiento para la resolución del contrato de arrendamiento de La Posada de la Fragua de Gandullas, con la consiguiente incautación de la garantía y la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, siguiéndose los trámites previstos en el informe del Secretario Municipal.

5.- Concedido trámite de audiencia a la contratista con fecha 17 de octubre de 2008, por la misma se presenta escrito de alegaciones el 4 de noviembre siguiente, en el que expone las razones por las que se opone a la resolución del contrato, razones que, de forma totalmente inconexa, se pueden resumir en que, a juicio de la arrendataria, “*el Ayuntamiento está intentando boicotear la explotación del servicio*”, manifestando su intención de reclamar al Ayuntamiento los daños y perjuicios sufridos (sic).

6.- Dichas alegaciones son contestadas en informe del Concejal-Delegado de la gestión de La Posada La Fragua de Gandullas, de fecha 11 de noviembre de 2008, en que se da cuenta de la negativa continua y reiterada de la adjudicataria de atender las peticiones del Ayuntamiento para firmar el contrato, alegando su desacuerdo con las condiciones señaladas en el

Pliego de Condiciones, ignorando que el hecho de tomar parte en un concurso obliga a la aceptación de las condiciones que lo regulan.

7.- Por el Secretario-Interventor del Ayuntamiento, se emite informe el 18 de noviembre de 2008, considerando que la conducta de la adjudicataria es encuadrable en la causa de resolución del contrato contemplada en el apartado d) del artículo 206 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

8.- Por la Alcaldesa se solicita dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid mediante escrito de 2 de diciembre de 2008.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

## CONSIDERACIONES EN DERECHO

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: “*1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas*”.

Por remisión, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Pùblicas (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; en adelante, LCAP) –aplicable a este contrato por

virtud de su fecha de adjudicación (11 de marzo de 2008), en aplicación de la Disposición Transitoria Primera.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (que entró en vigor el 30 de abril de 2008)- dispone en su artículo 59.3 que “*(...) será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución (de los contratos), cuando se formule oposición por parte del contratista*”.

La solicitud de dictamen por el Ayuntamiento de Piñuécar-Gandullas se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007: “*3. Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local*”, siendo éste el titular de la citada Consejería, de acuerdo con el Decreto 77/2008, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el número y denominación de las Consejerías.

**SEGUNDA.-** En materia de procedimiento, aparte del dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, la normativa aplicable exige la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (cfr. artículos 59.1 de la LCAP y 114.2 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; TRRL). En nuestro caso, se ha observado dicho trámite, al haberse concedido trámite de audiencia a la empresa mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 19 de agosto de 2008, y formulando ésta sus alegaciones el día 25 siguiente, las cuales han sido debidamente contestadas por el Ayuntamiento mediante informe de 3 de octubre de 2008.

En materia de resolución de contratos, se preceptúan como necesarios asimismo, los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (cfr. artículo 114.3 del TRRL). En el caso examinado, ambos informes se han emitido, y figuran incorporados al expediente.

**TERCERA.-** Antes de abordar la concreta causa de resolución que el Ayuntamiento esgrime en el caso del contrato de arrendamiento examinado, es preciso detenerse, siquiera sea brevemente, en la naturaleza del contrato celebrado, que, como lo denomina el propio Pliego de Condiciones Técnicas, es un contrato de naturaleza privada, que se regirá en cuanto a su preparación y adjudicación, por el propio Pliego, disposiciones en materia de Régimen Local y Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas del derecho privado.

Esta configuración del contrato coincide con la previsión contenida en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio), en cuyo artículo 92 se lee que “*El arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales de las Entidades locales se regirá, en todo caso, en cuanto a su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de contratación de las Entidades locales. Será necesaria la realización de subasta siempre que la duración de la cesión fuera superior a cinco años o el precio estipulado exceda del 5 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto*”.

A su vez, el artículo 9 de la LCAP dispone que

“*1. Los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho*

*privado. A los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables se les aplicarán, en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones Públicas”.*

En nuestro caso, se ha utilizado, como procedimiento para la adjudicación del contrato el concurso, al no superar el periodo por el que se concierta el arrendamiento los cinco años.

**CUARTA.-** Una vez esclarecida la cuestión de la naturaleza jurídica del contrato, es preciso pasar a considerar cuál es el motivo invocado por el Ayuntamiento para resolver el contrato, en el bien entendido de que el contrato, como tal, nunca llegó a formalizarse, por la negativa persistente de la adjudicataria de asumir la contratación de un seguro del inmueble, como estaba previsto expresamente en el mismo Pliego.

Esta precisión es importante, por cuanto, al no haberse formalizado aún el contrato, serán de aplicación los preceptos contenidos en la legislación contractual administrativa relativos a la preparación y adjudicación del contrato.

El concreto artículo de la LCAP que ampara la voluntad resolutoria del Ayuntamiento es el artículo 54 (incluido dentro de la Sección titulada “*De la perfección y formalización del contrato*”), conforme al cual:

*“1. Los contratos de la Administración se formalizarán en documento administrativo dentro del plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación (...).*

*3. Cuando por causas imputables al contratista no pudiese formalizarse el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la resolución del mismo, siendo trámite necesario la audiencia del interesado*

*y cuando se formule oposición por el contratista, el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. En tal supuesto procederá la incautación de la garantía provisional y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados (...)".*

El procedimiento de contratación concluye con el acto de formalización del contrato, consistente en la plasmación de éste en un documento solemne, con forma clásica de contrato, suscrito por el representante de la Administración y el contratista seleccionado. La formalización del contrato constituye un requisito, pues, de eficacia, y no de existencia o de perfección del contrato, que se produce con el acuerdo de adjudicación.

Los efectos de la falta de formalización del contrato se recogen en los apartados 3 y 4 del precepto parcialmente transcrito, distinguiendo según que la no formalización en plazo se produzca por causas imputables al contratista o a la Administración. En el primer caso —en el que nos encontramos—, la Administración puede acordar la resolución del contrato con incautación de la garantía provisional e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. La resolución, en tal caso, parece configurarse como una potestad discrecional de la Administración contratante, pues, según la dicción literal de la norma, la Administración “*podrá acordar*” la resolución. No dice, a diferencia de la primitiva Ley de Contratos del Estado de 1965, “*acordará*” la resolución. En todo caso, si la Administración optase por la resolución, habrá de seguirse un procedimiento contradictorio, con audiencia previa del contratista, y, de formular éste oposición, se recabarán informe preceptivo del Consejo de Estado u órgano equivalente autonómico.

La incautación de la garantía provisional es consecuencia lógica de la finalidad que cumple esta garantía, consistente en responder del

mantenimiento de la proposición del adjudicatario hasta la formalización del contrato; así resulta del artículo 43.1 de la LCAP de 2000.

El Tribunal Supremo, a este respecto, ha declarado que la garantía provisional no tiene el carácter de arras de arrepentimiento en los términos del artículo 1454 del Código Civil, permitiendo al contratista rescindir el contrato allanándose a perderla, sino el carácter de arras de aseguramiento, como medio precisamente de garantizar la celebración del contrato (*vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1984; RJ 1984\4660, y de 15 de diciembre de 1987; RJ 1987\9493*).

Aplicando la doctrina expuesta al caso examinado, entendemos que el hecho de que la adjudicataria no haya querido formalizar el contrato en el plazo de los treinta días siguientes al acuerdo de adjudicación, es causa suficiente para resolver, incautando la garantía provisional constituida, que asciende aquí a la cantidad de 7.200 euros.

En cuanto a los perjuicios sufridos por el Ayuntamiento, se considera que los mismos quedan cubiertos por la mencionada garantía provisional, habida cuenta que no es posible demostrar que se haya irrogado al Ayuntamiento un perjuicio efectivo de 36.000 euros, como lucro cesante, por las cantidades dejadas de ingresar en concepto de canon durante los cinco años de vigencia del arrendamiento. En efecto, ni siquiera sería preciso, en principio, que se llevara a cabo un nuevo concurso, por cuanto téngase en cuenta que el artículo 84 de la LCAP, incluido sistemáticamente dentro de los preceptos dedicados a la regulación de la subasta, pero de aplicación supletoria también en los concursos por el artículo 90 de la misma Ley, prevé que “*1. Cuando se acuerde la resolución del contrato porque el adjudicatario no cumpla con las condiciones necesarias para llevar a cabo la formalización del mismo, la Administración podrá adjudicar el contrato al licitador o licitadores siguientes a aquél, por orden de sus ofertas, siempre que ello fuese posible,*

*antes de proceder a una nueva convocatoria, contando con la conformidad del nuevo adjudicatario”.*

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

## CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de arrendamiento de la Posada La Fragua de Gandullas, adjudicado a A.N.T., con incautación de la garantía provisional constituida por la misma.

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

Madrid, 15 de abril de 2009