



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 4 9 / 2 0 1 2

(Sección 1ª)

La Laguna, a 8 de octubre de 2012.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Antigua en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato para el transporte turístico adjudicado a J.A.H.M. (EXP. 381/2012 CA)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. Mediante escrito de 30 de julio de 2012, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Antigua, Fuerteventura, solicita Dictamen por el procedimiento ordinario, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, y 59.3.a) y 111.g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), respecto de la Propuesta de Resolución, con forma de Acuerdo plenario, por el que se pretende:

*“a) Resolver el contrato para el transporte turístico adjudicado a J.A.R. [por incumplimiento de] la obligación esencial del contrato de adquirir un nuevo vehículo cuya valoración inicial en octubre de 2002 ascendía a 134.800 euros.*

*b) Incautar la garantía provisional por importe de 200.000 pts. constituida por [(...) el contratista] para el presente contrato.*

*c) Exigir [a contratista (...)] la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento de Antigua por el incumplimiento contractual citado, referidos a la depreciación del valor del vehículo (...), que serán determinados por el personal de la Oficina Técnica Municipal”.*

---

\* PONENTE: Sr. Bosch Benítez.

Se hace constar finalmente que la solicitud de Dictamen se formula, de conformidad con lo previsto en el art. 42.5. c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), con suspensión del transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar su resolución por el tiempo que media hasta la recepción del Dictamen solicitado al Consejo Consultivo de Canarias.

El escrito referido tuvo entrada en este Organismo el 3 de septiembre de 2012, habiendo sido incoado el procedimiento tramitado por Acuerdo plenario de 31 de mayo de 2012, por lo que, en principio, habría caducado el 31 de agosto de 2012. Sin embargo, no procede la suspensión en aplicación del precepto legal citado, pues el Dictamen del Consejo no es por su naturaleza, objeto y función, uno de los trámites de orden informativo administrativo, de la Administración actuante u otra cualquiera. Así, su función no tiene la finalidad prevista en el precepto legal citado, sino la específica establecida en su legislación y, por ende, no se emite en fase instructora del procedimiento, siendo su objeto la Propuesta de Resolución del mismo definitivamente formulada, expresando exclusivamente su ajuste o no a Derecho.

No obstante, el Pleno del Consejo Consultivo ha considerado que siendo inhábil para su funcionamiento el mes de agosto, este mes no computa a efectos del plazo de caducidad contemplado en el art. 44.2 LRJAP-PAC, entendiéndolo aplicable según doctrina del Tribunal Supremo pese a la opinión de este Organismo al respecto, por lo que dicho plazo se cumpliría el 30 de septiembre de 2012.

2. De conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por R.D. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, por la normativa anterior. El expediente de contratación en cuestión fue iniciado en el año 1999 y la adjudicación tuvo lugar el 13 de agosto de 1999, es decir, durante la vigencia de la Ley 13/1995, de 18 de mayo (LCAP). Así, el Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio en su disposición transitoria primera, dispone que los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, se regirán por la normativa anterior. Y es que esta última Ley, que modificaba la 13/1995, entró en vigor el 29 de marzo de 2000.

Por tanto, contra lo sostenido en la PR, la normativa aplicable no es el TRLCAP, sino la citada Ley 13/1995. Lo que refuerza que la disposición mencionada del Texto

Refundido advierta que la normativa anterior se aplicará también a los expedientes de contratación iniciados antes de la vigencia de la Ley 53/1999, habiéndose publicado la convocatoria de adjudicación, vista la fecha de la adjudicación.

El procedimiento de resolución es el previsto en el art. 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), previendo la audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, y del avalista, en tal plazo, de proponerse incautación de garantía, informe del Servicio Jurídico en ciertos supuestos, y dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, en su caso, cual aquí sucede, al oponerse el contratista. Trámites a los que se ha dado estricto cumplimiento, antes de la formulación de la Propuesta de Resolución.

Y ésta, según se adelantó, considera que el contratista incumplió los términos del contrato, pues no cumplió con su obligación, contractualmente asumida, de adquirir un vehículo nuevo para realizar el servicio contratado, en contradicción con los principios de que nadie puede ir contra sus propios actos y la prohibición del enriquecimiento injusto, que concurriría si se admitiera que el contratista está liberado de la obligación de adquisición señalada.

## II

Mediante Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 13 de agosto de 1999, se adjudicó a J.A.H.M. el contrato para el transporte urbano en El Castillo, condicionado a que abone el canon pendiente desde enero de 1998 hasta la convocatoria del concurso, procediéndose de lo contrario a declarar desierto el concurso de adjudicación, siendo el contratista notificado el 23 de noviembre de 1999. No consta al respecto que el adjudicatario procediese al abono antedicho, ni que, incumpléndose los términos del Acuerdo plenario, se declarase desierto en consecuencia el concurso a los efectos consiguientes.

El Pleno, en sesión de 27 de noviembre de 2002, acordó conceder tal ampliación, pero en 20 años más, contados a partir de la finalización del plazo inicial de 5 años. Tal Acuerdo se adoptó sin haberse constatado la adquisición del nuevo vehículo comprometido, así como sin fiscalización de la Intervención de fondos y sin el informe de la Secretaría General, trámites estos de carecer preceptivo.

El 7 de febrero de 2012, el contratista solicitó autorización para la ampliación del recorrido del minitren. Y, justamente, al solicitarse e incorporarse la

documentación del citado vehículo, se constató que seguía siendo el inicial, matriculado el 13 de diciembre del año 1994. A la vista de tal circunstancia, se solicita informe de la Secretaría General, que se emite proponiéndose incoar expediente de resolución del contrato de concesión administrativa por incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato.

2. Incoado el procedimiento y concedida audiencia al contratista, éste formuló alegaciones el 29 de junio de 2012 oponiéndose a la resolución porque: la competencia para resolver corresponde al Pleno del Ayuntamiento, como órgano de contratación; se desconoce las causas de resolución del contrato, causándose indefensión; el incumplimiento de la formalización del contrato no le es imputable; la prórroga del contrato no estaba supeditada a condición alguna, tratándose de una simple ampliación sin haberse incumplido obligación alguna prevista por la Ley o en el Pliego de la contratación.

La Administración considera al respecto lo siguiente, el contratista confunde órgano competente para la instrucción con órgano de contratación, siendo distintos. El Acuerdo del Pleno de la Corporación de 31 de mayo explicita que la resolución tiene lugar por incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, sin hacerse alusión alguna para fundarla a la falta de formalización; la ampliación del plazo concedida no es una simple prórroga del plazo inicial, pues existe oferta del contratista de adquisición de un nuevo tren para la prestación del servicio cuya amortización comportaba la necesaria ampliación del contrato en 20 años, pasando a tener una duración de 25, aceptándolo el Ayuntamiento con esta condición.

3. La Propuesta de Resolución mantiene que el art. 112 LCAP prevé como causa de resolución del contrato el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales. Ciertamente también se prevé que lo sean la falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva y la no formalización del contrato en plazo, pero aduce que, como en este caso no puede deducirse de las actuaciones si estas omisiones son imputables a la Administración o al contratista, no cabe considerar la consecuencia de estos incumplimientos para las partes. Más aún, aunque califica el proceder administrativo al respecto como negligente, la Propuesta de Resolución estima que no se ha causado daño alguno al contratista, que ha venido disfrutando de las contraprestaciones abonadas por la Administración.

En este orden de cosas, pues, la Propuesta de Resolución entiende incuestionable que se incumplió una obligación contractual esencial, cuyo cumplimiento, además, justificaba ampliación del plazo de ejecución inicial de 5 años a 25 años acordada

con este presupuesto, cual era la adquisición de un nuevo vehículo destinado, en sustitución del antes utilizado, a la prestación del servicio contratado. Por tanto, en aplicación del art. 114 LCAP, procede resolver el contrato por incumplimiento culpable del contratista, a quien le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de dicha garantía.

En este sentido, se considera que la cuantificación del daño indemnizable corresponde a la depreciación del valor del vehículo producida desde que el contratista debió adquirirlo hasta la fecha, determinándose mediante índices objetivos similares a los utilizados en supuestos de transmisión de un vehículo, o bien, por tasación pericial.

### III

1. Pues bien, a la vista del expediente remitido ha de convenirse que la Administración incumplió con sus obligaciones en relación con el contratista y en defensa del interés general, que debe procurar. Así, se ha desentendido tanto de la formalización, en sus propios términos, acordados por ella misma, como de la ejecución del contrato, que se dejó totalmente en manos del contratista, afectando este cuestionable proceder a la contratación de referencia y a su resolución propuesta.

Al respecto cuando menos y habida cuenta de cuál es la concreta causa de resolución planteada, debiera eliminarse toda alusión a incidencias o eventuales incumplimientos precedentes que no inciden al efecto directamente y complican la correcta resolución del procedimiento tramitado, sin perjuicio de lo que se expondrá al respecto.

2. En efecto, ante todo se recuerda que no consta que el adjudicatario cumpliera la condición de cuyo cumplimiento se hacía depender la adjudicación del contrato, establecida por la Administración, comprometiéndose a abonar el licitador, luego adjudicatario, todos los gastos derivados de la concesión. Pero, a continuación y dada esta circunstancia, el Pleno municipal no declaró desierto el concurso, en orden precisamente a acordar la invalidez de la adjudicación acordada por este motivo, como se decía expresamente en el Acuerdo correspondiente.

Por tanto, en su momento se debió proceder en consecuencia, no formalizándose el contrato o resolviendo por este motivo el que se hubiere formalizado, indebidamente por lo demás.

3. Seguramente dado el precedente expuesto, no se produjo la exigible formalización del contrato, ni la constitución de fianza definitiva por el contratista, entonces o tras la ampliación del contrato no formalizado e improcedentemente adjudicado.

La Administración, pese a reconocer negligencia al respecto, declara no conocer la parte a la que imputar estos incumplimientos. Lo cierto es que el Pliego señalaba que, tras la adjudicación definitiva, se requerirá al adjudicatario para que presente la documentación acreditativa de haber constituido la fianza definitiva y, así mismo, que se le citara para la formalización del contrato. Por tanto, sin duda incumbía a la Administración actuar en orden a que el contrato se formalizara y garantizara tras la adjudicación, sin perjuicio de lo antedicho.

Además, la ampliación del plazo de duración del contrato, fijado en cinco años en el propio Pliego, se hizo mediante Acuerdo plenario con las omisiones materiales y formales ya indicadas previamente. Por consiguiente, similarmente a lo ocurrido con la adjudicación, la ampliación debió acordarse ineficaz al no cumplirse la condición que la justificaba, en exclusiva y determinadamente, aparte de que tal Acuerdo parece susceptible de revisión al adoptarse con omisión determinante del procedimiento a seguir, en cuanto se omiten trámites esenciales del mismo.

Pero el contratista debía conocer la pertinencia de las actuaciones mencionadas y, actuando sin buena fe, las obvió, de nuevo en relación con sus incumplimientos, obteniendo beneficio tanto para obtener el contrato durante 5 años, como para lograr su ampliación otros 20, sin contrapartida alguna en uno y otro caso; es decir, se enriqueció injustamente sin cumplir ninguna de las obligaciones que había contraído para ser adjudicatario y disfrutar de la ampliación.

4. En esta tesitura se podría plantear la cuestión de cuál ha de ser la causa resolutoria aplicable al caso, empezando por el incumplimiento inicial del adjudicatario y siguiendo con los posteriores antes expuestos y, finalmente, el referido a la ampliación del contrato.

Y es que, jurisprudencial y doctrinalmente, se mantiene de modo reiterado que, si concurrieran varias causas de resolución contractual, ésta se debería fundar en la primera en el tiempo.

Sin embargo y según se indicó, aunque el primer incumplimiento es una obligación esencial, lo es del adjudicatario con carácter condicional a su cumplimiento, de modo que, justamente por eso, no se consideraba en el Pliego y en el correspondiente Acuerdo de adjudicación como causa resolutoria del contrato directamente, sino como motivo para declarar desierto el concurso previo y, por ende, inexistente la adjudicación, no produciéndose el perfeccionamiento del contrato y, por tanto, siendo éste inexistente.

Y, en todo caso, tanto en el primer supuesto de incumplimiento, como en el segundo, que, sin embargo, sí hubiera podido ser causa resolutoria aplicable, al estar ello legalmente previsto, lo cierto es que, incumpliendo sus respectivas obligaciones ambas partes, la causa esencial de ello es imputable a la Administración y, sin duda alguna, el contrato a adjudicar primero y formalizar luego, pese a lo expuesto, se ejecutó por ambas partes sin problema alguno, incluso la ampliación de la duración, hasta la incoación del presente procedimiento resolutorio; todo lo cual ha de tenerse en cuenta a los efectos pertinentes, incluida la resolución.

Esto es, procede en definitiva fundar la causa resolutoria en el supuesto incumplimiento del contratista, a propuesta suya en orden a obtener, y conseguir, la ampliación del contrato con esta condición, de aportar un tren nuevo para prestar el servicio en sustitución del hasta entonces utilizado.

5. Precisamente, el art. 112 LCAP dispone que es causa de resolución de los contratos el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales [apartado g)], debiéndose acordar por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento reglamentariamente determinado, al que ya nos hemos referido.

Además, según cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. Al respecto, el acuerdo de resolución se pronunciará expresamente sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida (art. 114.4 y 5 LCAP).

Y, según lo razonado, tal causa concurre en este caso, obteniendo además por ello el contratista un lucro, con la ampliación del contrato, sin contrapartida de la inversión ofertada.

En cuanto a la fianza, es patente que procede su incautación por el motivo indicado, debiendo exigirse también la pertinente indemnización, cuya cuantía, al ser patente que excede de la fianza provisional depositada y no hacerse cuestión del aprovechamiento del contratista en la realización de las prestaciones pactadas correspondientes al servicio concernido, al parecer realizadas en cuanto tales, es razonable que se fije según los criterios que se recogen en la Propuesta de Resolución al respecto.

No obstante, se advierte que la Propuesta de Resolución no está formulada de modo formalmente correcto, debiendo distinguirse entre antecedentes, fundamentos y resuelvo.

Y también que, en su caso y sin que ello afecte, no obstante, a lo expuesto en el Punto precedente sobre la pertinencia de la resolución propuesta y su causa, la Propuesta de Resolución habrá de ajustarse, en lo que procediese, al contenido del informe del Tesorero municipal, de 22 de junio de 2012, emitido a solicitud de la Alcaldesa sobre las garantías presentadas por el concesionario y el grado de cumplimiento del abono por el mismo del canon acordado desde el 13 de agosto de 1999 hasta la fecha.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución analizada es conforme a Derecho, sin perjuicio de las observaciones que se formulan en el apartado 5 del Fundamento III.