Año:	2010
Nº Dictamen:	0370/2010
Fecha:	8-6-2010
Nº Marginal:	II.346
Ponencia:	Camilleri Hernández, María José Castillo Gutiérrez, Manuel del. Letrado
Órgano solicitante:	Ayuntamiento de Almuñécar (Granada)
Nombre:	Resolución de contrato de gestión de servicio público. Ayuda a domicilio. Incumplimiento del contratista. Falta de formalización del contrato.
Voces:	ADMINISTRACIÓN LOCAL: Contratación administrativa. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: Objeto: Gestión de servicio público: Ayuda a domicilio. Resolución: Causas: Incumplimiento del contratista: Falta de formalización del contrato.

Número marginal: **II.346**

DICTAMEN Núm.: 370/2010, de 8 de junio

Ponencia: Camilleri Hernández, María José

Castillo Gutiérrez, Manuel del. Letrado

Órgano solicitante: Ayuntamiento de Almuñécar (Granada)

Cuestión sometida a dictamen y principales temas tratados: Resolución de contrato de gestión de servicio público.

Ayuda a domicilio.

Incumplimiento del contratista.

Falta de formalización del contrato.

TEXTO DEL DICTAMEN

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

Es objeto del presente dictamen el expediente relativo a la resolución del contrato de servicio de Ayuda a Domicilio para Personas Dependientes, suscrito entre el Ayuntamiento de Almuñécar (Granada) y la empresa A.S., S.L., actualmente A., S.L.

Nos encontramos, por tanto, ante un contrato que tiene carácter administrativo y que, por la fecha en que fue adjudicado (el 19 de febrero de 2010), se rige por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), así como por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas [en adelante RGLCAP (aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre)], en cuando no se oponga a dicho texto legal. Asimismo, habrá de considerarse el régimen jurídico contenido en el Pliego de Cláusulas Administrativas, y supletoriamente las restantes normas del Derecho Administrativo y, en defecto de este último, resultan de aplicación las normas de Derecho Privado.

Por otro lado, la tramitación del procedimiento de resolución debe ajustarse a la ya citada Ley 30/2007, al haberse iniciado el expediente resolutorio el 12 de abril de 2010.

II

Antes de entrar en el fondo del asunto, procede apreciar la competencia de este Consejo para emitir el dictamen solicitado, así como pronunciarse sobre a quién corresponde la competencia para resolver el contrato y si el expediente remitido ha seguido el *iter* procedimental que prescribe la normativa vigente con tal finalidad.

1.- En cuanto a la primera, el artículo 17.11 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, en relación con el artículo 195.3.a) de la LCSP, establece que su dictamen es preceptivo en la resolución de contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por consiguiente, habida cuenta de la oposición del contratista manifestada en el expediente sometido a consulta, ha de afirmarse la competencia de este Órgano para la emisión del dictamen.

2.- En relación con el órgano competente para acordar la resolución, el artículo 207.1 de la LCSP establece que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación de oficio o a instancia del contratista, en su caso.

En el presente caso, el contrato se adjudica por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Almuñécar, correspondiendo igualmente a ésta acordar la resolución del contrato.

3.- En lo relativo al *iter* procedimental, se encuentra previsto en el artículo 109 del RGLCAP que, con observancia de las reglas establecidas en el artículo 195 de la LCSP, sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos de los artículos 87 y 197 de la Ley 30/2007.

d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.

Tales trámites han sido cumplimentados en el presente caso.

III

Realizadas las consideraciones precedentes, procede determinar si concurre causa que ampare la resolución contractual pretendida y, en su caso, los efectos que de ésta pudieran derivarse.

Al respecto, hay que señalar, ante todo, que constituye un hecho indubitado en el expediente el transcurso del plazo para la formalización del contrato, sin que se haya llevado a cabo. Resulta igualmente indubitado el hecho de que la adjudicación definitiva se notificó a la adjudicataria. Ella misma solicitó, en escrito de 26 de marzo de 2010, prórroga hasta el 31 de marzo para la formalización del contrato, sin que ésta se llevara a cabo.

En efecto, la documentación examinada permite constatar que, por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Almuñecar, de 19 de febrero de 2010, se adjudicó el contrato de de referencia a A.S., S.L., acto que fue notificado a la adjudicataria, quien solicitó una prórroga a tal efecto, que le fue concedida por resolución de 29 de marzo de 2010, advirtiéndole que "su incomparecencia injustificada será causa de la resolución e incautación de la garantía definitiva".

La cláusula quinta del Pliego que rige el contrato, dispone lo siguiente:

«V.1. La formalización del contrato se efectuará dentro de los 30 (treinta) días naturales a contar desde la fecha de la notificación de la adjudicación.

»V.2. Cuando por causas imputables al contratista, no pudiere formalizarse el contrato dentro del plazo señalado, se resolverá el mismo con pérdida de la fianza e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, pudiéndose adjudicar al licitador o licitadores siguientes a aquél, por orden de sus ofertas, contando con la conformidad del nuevo adjudicatario.»

El Ayuntamiento incoa el procedimiento para declarar resuelto el contrato considerando el transcurso del plazo previsto, incluido el de la prórroga concedida, una vez verificado, el 12 de abril de 2010, que la adjudicataria no había comparecido para formalizar el contrato, después de haber sido requerida para ello y haberle concedido una prórroga.

Dentro del plazo de audiencia, la adjudicataria, después de reconocer que le fue notificada la adjudicación definitiva, considera que "con posterioridad al acuerdo de adjudicación provisional tuvimos conocimiento de circunstancias y datos nuevos sobre las condiciones en las que debería realizar su actividad "A.S. S.L." que, pusieron de manifiesto la existencia de una realidad bien distinta a la reflejada en los Pliegos de Cláusulas Administrativas y Técnicas (o no explicitadas en éste, o en modo alguno por la Administración interesada) y demás documentación que estuvo a disposición de los concurrentes a la licitación".

Pues bien, frente a dichas alegaciones, debe subrayarse que los contratos administrativos se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente (art. 27 de la LCSP) y, por tanto, la empresa contratista, al haber participado en la licitación del contrato y resultar adjudicataria del mismo, queda obligada a observar lo previsto, respecto a la formalización del contrato, en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares como parte integrante del contrato que es (art. 99.3 de la LCSP).

En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 199 de la LCSP, la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, de tal forma que una vez perfeccionado el contrato no puede negarse a su formalización amparándose para ello en unas supuestas nuevas circunstancias que, al fin y al cabo, ocultan una pretensión de modificar el objeto del contrato y las condiciones económicas del mismo una vez obtenida su adjudicación.

Debe señalarse que en estos casos el interés público que ampara la decisión de la Administración de resolver unilateralmente un contrato administrativo demanda que tal medida sea proporcionada al grado de incumplimiento detectado. Como ha manifestado el Consejo de Estado (entre otros en su dictamen de 1 de marzo de 1979) *"la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a* estimarla aplicable tan sólo a los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente *desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aun mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada mesura"*.

Así pues, aparte de que existen supuestos en los que la resolución no aparece como una alternativa para la Administración, sino que se impone *ex lege*, la norma general es que la resolución del contrato se configura como un recurso al que, por la gravedad de sus consecuencias, la Administración no debe recurrir de modo sistemático.

En el presente caso, nos encontramos ante el incumplimiento de la obligación por parte del contratista de la formalización del contrato, puesto que la Administración lo requirió para que se produjera tal formalización, sin que el contratista haya cumplido con tal obligación. A mayor abundamiento, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2002, no es "necesario requerimiento expreso alguno en tal sentido, a fin de que se otorgase el documento; la adjudicataria conocía cuáles eran sus obligaciones y las incumplió, por lo que no puede acusar a la Administración de actuar de forma contraria a Derecho".

En el presente caso la empresa adjudicataria ha venido mostrando una actitud obstruccionista, negándose a su formalización, lo que de todo punto resulta contrario a los principios rectores de la contratación administrativa, a lo que debe sumarse el hecho de que la prestación del servicio se encuentra paralizada por la negativa de la empresa, con los perjuicios para el interés público que dicha actitud conlleva.

En suma, de todo lo expuesto se sigue que, habiéndose perfeccionado el contrato no se cumplió, por causas imputables a la entidad adjudicataria -puesto que la adjudicación definitiva le fue debidamente notificada, advirtiéndole que debía formalizar el contrato-, el requisito de la formalización del contrato dentro del plazo previsto en el artículo 140 de la LCSP. En el mismo artículo se dispone que en supuestos como el contemplado la Administración declarará resuelto el contrato.

En concordancia con lo dispuesto en el artículo 140 de la LCSP, el artículo 206.d) del mismo cuerpo legal tipifica como causa de resolución "la no formalización del contrato en plazo".

IV

En cuanto a los efectos de la resolución, conforme con la doctrina de este Consejo, sentada en el dictamen 613/2007, entre otros, se ha de razonar sobre el significado jurídico de la fianza en relación con la posible pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios de la Administración, y su diferenciación con las pretensiones restitutorias que pueden derivar de la resolución del contrato.

En efecto, y por lo que hace a la naturaleza de la fianza, hay que resaltar que nuestro Derecho Administrativo se aparta de la visión de la misma como una estimación anticipada y definitiva de los daños y perjuicios, sin que quepa exigir otros. La fianza está llamada a compensar el retraso en la ejecución de la obra o la prestación del servicio, que ha de implicar además la puesta en marcha de un nuevo procedimiento de contratación; el hecho del retraso en la obra o servicio y la necesidad de un nuevo procedimiento son perjuicios de difícil evaluación, y precisamente por ello son evaluados a priori con la fianza definitiva; pero si la Administración acredita que, aparte del retraso en la obra o en la prestación del servicio, y los gastos que le provoque un nuevo proceso de contratación, hay otros daños materiales "puede ejercitar cuántas acciones de resarcimiento le competan, de modo independiente a aquella fianza, sin que quepa, en definitiva imputar a la misma, el daño sufrido" (doctrina reiterada del Consejo de Estado reflejada entre otros en los dictámenes de 22 diciembre 1966, 16 enero 1969, 12 julio 1974 y 2 de mayo 1975, entre otros). La fianza no es una pena convencional por el incumplimiento, que se agota en sí misma, esto es cláusula penal en el sentido del artículo 1152, párrafo primero, del Código Civil, sino que responde a cubrir sólo los daños del retraso de la obra o la prestación del servicio; ésta es la solución adoptada por el artículo 208.4 de la LCSP; y éste es el sentido en el que ha de interpretarse la frase de este "sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía". Ni que decir tiene que la prueba de la existencia de estos otros daños está rigurosamente a cargo de la Administración, habida cuenta de que los posiblemente más importantes ya vienen cubiertos a *priori* por la fianza definitiva; y sin más carga procesal que declarar que el incumplimiento del contratista es culpable, y procediendo a la incautación de la fianza como una manifestación más de su privilegio de la decisión ejecutoria, facilitado porque la caución está en su poder.

Alega el contratista que no procede la incautación de la garantía, pues no es obligatorio para la Administración, y la falta de formalización del contrato no resulta imputable al contratista.

Obviamente, ello no resulta de recibo en la medida en que la resolución del contrato debe llevar aparejada, de conformidad con el artículo 208.4 de la LCSP, la indemnización a la Administración contratante de los daños y perjuicios ocasionados por la negativa del contratista a formalizar el contrato adjudicado -que habrán de ser cuantificados por la Administración consultante en expediente contradictorio-, de tal forma que el contratista ha de responder de los posibles daños causados al interés público, cuya garantía y salvaguarda se encuentra entre los principios esenciales que rigen la contratación administrativa. Y dicha responsabilidad se hará efectiva, en primer lugar, sobre la garantía definitiva que se ha constituido, habida cuenta de que de conformidad con el artículo 88 de la LCSP la garantía definitiva responde *"de la correcta*
ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración
por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución", sin perjuicio de *"la incautación que puede decretarse en los casos de resolución*
del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido"
.

De conformidad con lo hasta aquí razonado, procede, pues, la incautación de la garantía definitiva prestada, incluyendo la correspondiente valoración de los daños y perjuicios ocasionados, en su caso, y con independencia de aquélla.

CONCLUSIÓN

Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución del expediente relativo a la resolución del contrato de servicio de Ayuda a Domicilio para Personas Dependientes adjudicado por el Ayuntamiento de Almuñécar (Granada) a la entidad "A.S., S.L.", actualmente "A., S.L.".