

## **Informe 28/11, de 7 de junio de 2012. "Incidencia de la falta de formalización del contrato por causa imputable al contratista en la nueva regulación".**

Clasificación de los informes. 11. Pliegos de cláusulas administrativas y pliegos de prescripciones técnicas. 11.2 Pliegos de cláusulas administrativas particulares. 16. Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. 16.8

### **ANTECEDENTES**

El Ayuntamiento de Cenes de la Vega dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando se emita informe en los siguientes términos:

*"El artículo 27.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) tras la modificación operada por la Ley 34/2010 de 5 de agosto, señala que los contratos de los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización, a diferencia de la redacción anterior que vinculaba la perfección del contrato a su adjudicación definitiva. La formalización se recoge en el artículo 140, que en su apartado primero establece que "Los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público." Por su parte, el apartado cuarto del citado artículo establece que "Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar Incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso hubiese exigido." El artículo 206 LCSP ha prescindido como causa de resolución del contrato de la no formalización del contrato en plazo (antiguo artículo 206.d), toda vez que modificado el concepto de perfeccionamiento, hasta que no hay formalización no existe el contrato; en contraposición a la concepción precedente, donde el contrato existía desde el momento de la adjudicación definitiva.*

*En este contexto el Ayuntamiento puede encontrarse ante el siguiente supuesto: un licitador, cuya propuesta ha sido considerada la más ventajosa, presenta la documentación requerida conforme al apartado 2 del artículo 135 LCSP. Se le adjudica el contrato por el órgano competente en función de los criterios establecidos en la Disposición Adicional Segunda LCSP. Se le requiere para formalizar el contrato pero no lo hace. La Administración podrá, en su caso, incautar sobre la garantía definitiva el importe de la garantía provisional que, en este caso hubiese exigido. Pero si el licitador persiste en su negativa a formalizar el contrato, la Ley no determina un mecanismo similar al establecido en el artículo 139 para cuando es la Administración quien renuncia a la celebración del contrato. El Ayuntamiento se encuentra entonces ante una compleja disyuntiva: ha producido un acto declarativo de derechos (la adjudicación) con respecto a un tercero (el licitador) con las consecuencias que ello conlleva y no parece existir, por el contrario, una vía en la LCSP que permita la formalización del contrato. El Secretario se ha planteado la inclusión en la cláusula en los pliegos de cláusulas administrativas particulares titulada "Formalización del contrato" de un nuevo párrafo cuyo tenor sería "Si el licitador no formaliza el contrato en el plazo establecido al efecto, el órgano de contratación procederá conforme a lo establecido en el artículo 135.2 LCSP" con el fin de equiparar la ausencia de formalización del contrato con la presunción de retirada de la oferta que el citado artículo reserva para la falta de presentación de la documentos allí enumerados. Así, y conforme al artículo 99.3 LCSP que considera las cláusulas de los pliegos como parte integrante de los contratos se prevé una solución que arbitre una salida jurídica al caso. Se solicita el asesoramiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la legalidad de dicha cláusula y sobre la posible existencia de alternativas en la normativa de contratos para dilucidar dicha cuestión."*

### **CONSIDERACIONES JURIDICAS.**

1. El Ayuntamiento de Cenes de la Vega plantea la cuestión de si un licitador, cuya propuesta ha sido considerada la más ventajosa, presenta la documentación requerida para la adjudicación del contrato y éste se le adjudica, pero, a pesar de ello, no formaliza el contrato, incluso después de haber sido requerido para tal fin.

2. La formalización del contrato público, se encuentra regulada dentro del artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP, donde, en conexión con lo dispuesto dentro del artículo 27 de la misma Ley, prevé que la perfección de los contratos tenga lugar con su formalización. Los efectos derivados de su falta de formalización, no obstante, solo aparecen

regulados dentro del artículo 156, en el que se dispone que para esta situación se procederá a la incautación de la garantía, teniendo en cuenta el hecho de que no se podrá ejecutar el contrato, a lo que debemos añadir que, el artículo 206 de la redacción originaria de la Ley de Contratos del Sector Público, -precepto contenido dentro del actual artículo 223 del TRLCSP-, no contempla como causa de resolución, la falta de formalización del contrato en plazo, por el cambio producido en la concepción de lo que se entiende como momento de perfección del contrato, siendo éste el de la formalización y no el de la adjudicación definitiva, como ocurría en la Ley anterior. No existe ninguna otra norma que nos sirva para resolver la cuestión planteada, por lo que nos encontramos con una laguna legal, puesto que no prevé la ley ningún mecanismo para obligar al contratista ya adjudicatario a formalizar el contrato.

3. Realizada esa precisión, debemos partir de lo dispuesto dentro del artículo 151 del TRLCSP, donde se encuentra regulada la retirada de la oferta. En concreto, dentro de su apartado 2º, podemos leer lo siguiente: “2. El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

*Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda el de veinte días hábiles.*

*De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, 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.”*

Como vemos, este precepto está originariamente pensado para los casos en que el licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, no haya cumplido con la presentación de la documentación exigida por este precepto, dentro del plazo fijado para ello en el requerimiento que le ha sido dirigido. De no ser así, se entenderá que ha retirado su oferta, con el efecto de que el contrato se podrá adjudicar al licitador que se encuentre clasificado a continuación. Como vemos, la dificultad de aplicar esta norma al caso que nos ocupa, se encuentra en que se refiere a un momento anterior a la adjudicación del contrato, mientras que el problema planteado en la consulta afecta al empresario que ha resultado adjudicatario del mismo. Por tal motivo, aunque este artículo contempla una norma que puede ser la solución al caso, no obstante es necesario salvar la objeción que supone que se trate de un precepto que encuentra como ámbito de aplicación la fase previa a la adjudicación del contrato, a lo que debemos añadir como otra dificultad más, el hecho de que la adjudicación al contratista supone un acto declarativo de derechos, por lo que la Administración no puede adoptar medidas que lo restrinjan o impidan su ejercicio, sin sujetarse al procedimiento legalmente establecido al efecto.

4. Como actos reconocidos en la Ley que permiten a las partes de un contrato, apartarse del procedimiento, se recogen cuatro, a saber: la renuncia por parte de la Administración, el desistimiento de la Administración, -regulados ambos en el artículo 155 del TRLCSP-, la retirada expresa de la oferta por parte del licitador y la retirada tácita de la misma, que tiene lugar en el caso señalado antes, cuando el licitador clasificado en primer lugar y requerido para ello no presenta la documentación contenida en el artículo 151. 2, -regulados estos dos últimos en el artículo 151 TRLCSP-. No podemos olvidar que nos encontramos en el ámbito contractual, en el que lo relevante es la voluntad de las partes, por lo que cualquier acto realizado por ellas, puede ser interpretado en relación con el contrato realizado, lo que nos permite traer aquí a colación, siempre en defecto de la norma administrativa correspondiente y de conformidad a ella, el criterio interpretativo contenido en el artículo 1282 del CC, a cuyo tenor: “Para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato”.

En el caso que nos ocupa, aun cuando nos encontramos ante un contrato ya perfeccionado, el artículo anterior puede aplicarse analógicamente. Así en este caso el adjudicatario del contrato, a pesar de serlo, no accede a su formalización, incluso habiendo sido requerido para ello, con lo que evidencia su falta de intención de cumplir ese futuro contrato y de apartarse del mismo, por lo que, a su conducta, se le puede atribuir el efecto que la ley prevé para el caso de retirada tácita de la oferta, con la consecuencia de que el contrato se podrá adjudicar nuevamente, conforme a lo dispuesto dentro del artículo 151. 2, TRLCSP.

5. En este sentido, hay que destacar la aplicación al caso del Informe número 51/12, de esta Junta Consultiva, de 1 de marzo de 2012, en el que se establece lo siguiente: *“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.”* Sobre esta última posibilidad, señala este mismo Informe que: *“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”*. Por tanto, aplicando las consideraciones anteriores a este caso, en el que el adjudicatario se niega a proceder a la formalización del contrato, la Administración actuante podrá ampliar el plazo para que se formalice y si, en el nuevo plazo concedido no se ha formalizado, entonces podrá proceder a adjudicar el contrato al siguiente empresario clasificado.

Por tanto, podemos concluir que será válida una cláusula del tipo de la planteada en la consulta, permitiendo la aplicación al caso del art. 151, párrafo 2, siempre que se prevea la posibilidad de ampliar el plazo previamente a su aplicación.

5. A la conclusión anterior, no le obsta que la adjudicación del contrato sea un acto declarativo de derechos a favor de un administrado, como plantea la consulta. En efecto, puesto que, a pesar de haberse realizado la adjudicación, ésta no puede tener efecto, por negarse el adjudicatario a la formalización del contrato, al procederse a adjudicar nuevamente el contrato al siguiente clasificado, con ello se sustituye el acto de adjudicación anterior, por otro nuevo y posterior, con lo que el anterior queda sin efecto, sin necesidad de seguir ninguna tramitación o incoar ningún otro procedimiento.

## **CONCLUSIÓN:**

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que:

- En los casos en los que el adjudicatario no formalice el contrato, por causa imputable a su voluntad, no presentándose a formalizarlo, a pesar de haber sido requerido para ello, se puede considerar esa falta de formalización como un supuesto análogo al de la retirada de la oferta, previsto en el artículo 151. 2 del TRLCSP, por lo que se le pueden aplicar sus mismos efectos.
- No obstante lo anterior, la Administración actuante podrá conceder una ampliación de plazo en los términos del artículo 49 de la Ley 30/92. Si, después de la ampliación del plazo, el adjudicatario

origina sigue sin formalizar el contrato, podrá proceder a adjudicarlo al empresario clasificado en el lugar siguiente.

- Conforme a lo señalado antes, es plenamente válida la cláusula a la que se refiere el Ayuntamiento consultante en su escrito.