Asunto : Informe sobre renuncia por adjudicatario de arrendamiento de Lote en Dehesa Boyal de propios.
Solicitante : **Ilmo. Ayuntamiento de Pedroche**
Expte. : 221/2021

INFORME JURÍDICO

ANTECEDENTES

- El Alcalde-Presidente del Ilmo. Ayuntamiento de Pedroche remite escrito por el que exponiendo que por un adjudicatario de tres Lotes de arrendamiento en Dehesa Boyal de propios de ese municipio, una vez requerido de documentación, se ha presentado renuncia a uno de los Lotes adjudicados y que requerido por ello se ha presentando escrito por el que justifica la renuncia al mismo, y habiendo sometido tales circunstancias a consideración del Pleno de la corporación, y adjuntando copia del expediente tramitado al efecto, se solicita de este Servicio Jurídico se emita informe respecto de determinadas cuestiones relativas a dicho proceso contractual, en los siguientes términos :

1.- ¿Qué órgano municipal sería el competente para resolver tanto los actos de trámite como la resolución?

2.- Una vez estudiadas las razones expuestas por el adjudicatario renunciante, ¿entienden éstas como justas y razonables para argumentar la renuncia?

3.- De acuerdo al pliego de cláusulas administrativas particulares, ¿sería procedente excluirlo de las dos próximas subastas? ¿Se podría considerar como perjuicio para el Ayuntamiento la diferencia entre el precio ofertado por el adjudicatario renunciante y el finalmente adjudicado, multiplicado por los seis años de duración?

4.- De acuerdo a lo dispuesto en el art. 150.2 de la Ley de Contratos, ¿habría que incautarle la garantía provisional depositada y requerirle el 3% del tipo de licitación multiplicado por los 6 años?

5.- De acuerdo a lo dispuesto en el art. 71 de la Ley de Contratos, ¿habría que declarar la prohibición de contratar con la Administración? En caso afirmativo ¿con qué Administraciones además del Ayuntamiento? ¿Qué período temporal abarcaría dicha prohibición?.

NORMATIVA APLICABLE

- Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL)
- Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRLRL).
- Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA).
- Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (LBELA).
- Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (RBELA)
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021

pie_firma_corto_dipu_01

- Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. (RGC).

En virtud de ello, se emite el presente

INFORME

PRIMERO. En primer término, se nos hace oportuno quizás dejar por sentado el contenido de determinados conceptos que se manejan en el presente caso y que, por su incidencia, entendemos han de quedar precisados con objeto de ver la procedencia de algunas de las actuaciones que se requieren de aclaración en el escrito de consulta.

Así, se entiende estamos ante un contrato por el que se están sacando a licitación arrendamientos de bienes inmuebles de carácter patrimonial pues, si bien se trata de Dehesas boyales -que comúnmente tienen el carácter de bienes comunales-, a tenor de los condicionantes que se detallan en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares regulador del contrato, en el caso que nos ocupa, los bienes no aparecen con tal carácter comunal sino muy por el contrario con el carácter de pertenencia de propio a la corporación municipal. Esto resulta relevante no ya por el hecho de que se trataría, en el caso de los comunales, de bienes con cierto arraigo histórico donde entran en juego fundamentalmente las costumbres y ordenanzas locales conectadas directamente con uno de los derechos de los vecinos establecidos en el artículo 18.1 c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL), sino también por el hecho del protagonismo que en este caso alcanzaría uno de los órganos municipales colegiados como es el Pleno de la corporación, circunstancia ésta que cabría relacionarla ya con una de las cuestiones que se plantean por el ayuntamiento consultante en su escrito. Así, a modo de simple referencia, ya que no es el caso que nos atañe, y bajo la premisa de que respecto de esta figura comunal bien puede afirmarse que la misma actualmente es exclusiva del Derecho Administrativo, señalar que lo que siempre y necesariamente hay en los bienes comunales es una comunidad de aprovechamiento y disfrute, con independencia de que la propiedad de la cosa sea o no también común; así también, en los aprovechamientos de este tipo de bienes el título de comunero deriva de la condición de vecino de algún lugar, aunque ésta cualidad no debe interpretarse siempre en el sentido de vecindad administrativa. Los bienes comunales son un ejemplo de comunidad germánica o en mano común, en donde no existen cuotas que puedan dividirse, lo que comporta un régimen jurídico caracterizado por su indivisibilidad y su inalienabilidad, y un peculiar régimen de aprovechamientos.

El hecho de que en el presente caso sea el Ayuntamiento el que obtenga los rendimientos de la explotación de los bienes a adjudicar sin la participación necesaria de los vecinos, o la exigencia de una vecindad concreta -aunque sea valorable a la hora de los criterios de selección del contratista, como así se deduce del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares-, nos conduce a la patrimonialidad de los bienes en cuestión, y por ende, a la aplicación en este supuesto de las normas que rigen el uso y aprovechamiento de éste tipo de bienes (bienes patrimoniales).

pie_firma_corto_dipu_01
Código seguro de verificación (CSV):
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021

En otro orden de cosas, centrados en el concepto patrimonial de los bienes a arrendar, conviene referir que si bien la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (LBELA), dispone en su artículo 36 (*La cesión de uso de los bienes (patrimoniales)*) que : "*El arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de los bienes patrimoniales podrá hacerse mediante subasta pública, concurso o por procedimiento negociado.",* señalando seguidamente en el artículo 37.1 que : *"En la adjudicación de los arrendamientos u otras cesiones de uso de los bienes patrimoniales será necesaria la subasta cuando el precio sea el único criterio determinante de la adjudicación, y en cualquier otro caso para el que no esté expresamente establecido que deberá producirse la adjudicación mediante concurso o a través del procedimiento negociado.",* circunstancia ésta que el apartado 2 del artículo 77 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (RBELA), ratifica indicando que : *"Cualquier modalidad de cesión de uso de bienes patrimoniales, excepto la del artículo 41 de la Ley 7/1999, se realizará mediante subasta siempre que el precio sea el único criterio determinante de la adjudicación y en aquellos supuestos en que no esté previsto el concurso o el procedimiento negociado conforme al artículo 37, apartados 2 y 3, de la Ley 7/1999.",* no cabe duda que ello permite ciertamente la posibilidad de que la adjudicación de los respectivos lotes de arrendamiento se llevase a cabo por medio de subasta pública (término éste que la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) ya no utiliza, al cambiarse por el sistema de criterio único donde únicamente puede utilizarse el precio como criterio de selección del contratista), como así parece a priori que era el sistema elegido por el consistorio en el presente caso, pues el párrafo primero de la cláusula 1º del Pliego no deja lugar a dudas cuando señala que : "*Constituye el objeto de la contratación el arrendamiento, mediante subasta pública y tramitación ordinaria, de cada uno de los nueve lotes que a continuación se relacionan…*". Ahora bien, si como vemos la subasta pública se erige en el procedimiento preceptivo en materia patrimonial cuando el precio sea el único criterio determinante de la adjudicación del contrato, lo cierto es que, en la licitación que estamos analizando, aún cuando como vemos expresamente se señala que éste es el sistema de selección del contratista elegido por la corporación para tal motivo, del tenor literal de sus cláusulas, concretamente la 8º (*Criterios para la adjudicación de ofertas*), el sistema resultante no puede en absoluto considerarse como el de subasta pública pues, sin perjuicio de que la puntuación del criterio "precio ofertado" es bastante relevante respecto al resto de criterios establecidos, resulta obvio que éste no es el "criterio único" de selección de adjudicatarios, al disponerse otros seis criterios más (en total 7) que si bien establecen puntuaciones ciertamente inferiores, también son conducentes a la adjudicación de los diferentes lotes.

Es por ello que, aún cuando esta cuestión puede resultar irrelevante para el análisis de los planteamientos sometidos a consulta, sí se ha estimado procedente por el que suscribe hacer hincapié en tal circunstancia en orden a la posible incidencia que ello pudiera tener en el iter procedimental del proceso contractual seguido por el Ayuntamiento, señalando a la par que igualmente es de considerar que respecto del citado Pliego de cláusulas particulares no se tiene conocimiento que fuera objeto de recurso por tal motivo.

SEGUNDO.- En relación con los contratos privados, dado que estamos ante uno de ellos calificado como tal por el propio Ayuntamiento, el artículo 9.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, viene a determinar que :

pie_firma_corto_dipu_01
Código seguro de verificación (CSV):
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021

"2. Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial. En estos contratos sólo podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas no es superior al 50 por 100 del importe total del negocio y, a su vez, mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 34.2."

En su virtud el contrato se regirá por la legislación de régimen patrimonial, debiendo acudir pues en primer término a lo que dispone la legislación en esta materia para estudiar el régimen aplicable al contrato que nos atañe, sin perjuicio de lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares regulador del mismo, pues de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula 28º de éste, la preparación y adjudicación de los lotes se regirán en primer lugar por dicho Pliego y supletoriamente por la legislación patrimonial andaluza, la nacional, y demás legislación contractual y de régimen local

TERCERO.- La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en su Disposición Adicional Segunda (*Competencias en materia de contratación en las Entidades Locales*), viene a establecer la distribución competencial entre Alcaldes (o Presidentes de Entidades Locales) y el Pleno de las respectivas corporaciones, disponiendo, en lo que aquí interesa, en sus apartados 9 y 10 lo siguiente :

"...
*9. En las entidades locales corresponde a los **Alcaldes** y a los Presidentes de las Entidades Locales la competencia para la celebración de los **contratos privados**, así como la adjudicación de concesiones sobre los bienes de las mismas y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial cuando el presupuesto base de licitación, en los términos definidos en el artículo 100.1, no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones de euros, así como la enajenación del patrimonio, cuando su valor no supere el porcentaje ni la cuantía indicados.*

*10. Corresponde al **Pleno** la competencia para celebrar contratos privados, la adjudicación de concesiones sobre los bienes de la Corporación y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial así como la enajenación del patrimonio **cuando no estén atribuidas al Alcalde o al Presidente**, y de los bienes declarados de valor histórico o artístico cualquiera que sea su valor. (...)"*

En función de ello, si acudimos al clausulado del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que regulan la contratación llevada a cabo, en la cláusula 1ª del mismo, se nos indican dos cuestiones que nos definen el régimen competencial que resultaría aplicable a referido contrato : por un lado, el carácter de contrato privado con el que se califica el mismo, y por otro lado el

pie_firma_conto_dipu_01
Código seguro de verificación (CSV):
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021

importe total de los tipos de licitación por lotes de los arrendamientos que se detallan, los cuales en su conjunto apenas superan los treinta mil euros (30.120,00.- euros).

A tenor de lo cual, en orden a que la citada cuantía total de contratación dista mucho del límite cuantitativo en euros establecido en referida D.A.2ª, y que, tomándose como referencia el importe de los recursos previstos en los Capítulos 1 a 5 del Estado de Ingresos del Presupuesto General del Ayuntamiento para el ejercicio 2021 (aprobado por el Pleno corporativo el día 27 de noviembre de 2020, según consta en el portal de transparencia de dicha entidad), igualmente dista mucho no ya de superar sino incluso de alcanzar el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto, resulta obvio pues que el órgano competente para aprobar y adjudicar la contratación pretendida sería la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento.

No obstante, se observa en la documentación remitida por el Ayuntamiento consultante que en el procedimiento contractual llevado a cabo por dicha entidad respecto de los arrendamientos de referencia el órgano de contratación no ha sido la Alcaldía-Presidencia sino el Pleno del Ayuntamiento, ello en base a que el correspondiente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, conforme consta en diligencia insertada en el mismo, indica que fué aprobado por acuerdo Plenario de 23 de abril de 2021, y que asimismo el propio Pliego, en su cláusula 11 (*Adjudicación y firma del contrato*), dispone con absoluta claridad que : "*la adjudicación definitiva del contrato se llevará a cabo por el Pleno de la Corporación* (...)".

Respecto de dicha cuestión, y al objeto de dar respuesta a la primera de las preguntas formuladas por el Ayuntamiento consultante, entendemos debemos realizar los siguientes planteamientos :

I.- En primer lugar, cabría plantear que si la competencia para contratar en este supuesto concreto le correspondería a la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento y no al Pleno corporativo sobre la base de lo dispuesto en la D.A.2ª LCSP, la adopción de los respectivos acuerdos pudieran calificarse a priori como adoptados por un órgano manifiestamente incompetente, lo que hubiera dado lugar sin más a acometer un proceso de revisión de oficio de los mismos en virtud de lo previsto en el artículo 47.1 letra b) y 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). Ello sobre la base de lo dispuesto en el art. 8 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, LRJSP dice que "*la competencia es irrenunciable y que se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes*.".
No obstante lo anterior, tenemos que tener en cuenta que el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento es miembro nato del Pleno del Ayuntamiento, y como su nombre indica es, conforme a lo dispuesto en el artículo 21.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, LBRL, el Presidente de la Corporación municipal con las expresas atribuciones de convocar y presidir las sesiones del Pleno (salvo los supuesto previstos en la Ley). Bajo esta premisa, habida cuenta que obviamente el Alcalde fué el que confeccionó el orden del día de la sesión (mejor dicho, sesiones, pues se trata tanto de la aprobatoria del Pliego de Cláusulas administrativas como de la adjudicación definitiva de los contratos) convocando la misma, es decir, sometiendo el asunto a consideración del Pleno de la corporación, y que, a su vez, éste, como miembro de la misma, participó en la deliberación y votación de dicho asunto junto

pie_firma_certo_dipu_01
Código seguro de verificación (CSV):
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021

con el resto de miembros corporativos, nos cabe entender que existió una voluntad cierta de delegación interorgánica del asunto, delegación ésta que se supone implícita o, si se prefiere, tácita en cuanto que tanto un órgano como otro aceptaron las actuaciones llevadas a cabo. Esto es, dice el art. 114 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF) que la delegación de atribuciones requerirá, para ser eficaz, su aceptación por parte del Delegado, siendo que la delegación se entenderá aceptada tácitamente si en el término de tres días hábiles contados desde la notificación del acuerdo el miembro u órgano destinatario de la delegación no hace manifestación expresa ante el órgano delegante que no acepta la delegación. Ya vemos que la primera prescripción de ese régimen general consiste en la necesidad de su aceptación por parte del órgano en que se delega, aceptación que se configura nada menos que como condición de eficacia de la delegación. Es decir, admitiendo desde el principio que se trata de órganos entre los cuales no existe relación de jerarquía y siguiendo lo dispuesto por art. 114.1 ROF, la delegación ha de conferirse por resolución o acuerdo expreso que debe notificarse al destinatario de la misma. Esta necesidad de notificación obedece a la exigencia de aceptación, que puede ser expresa, pero que también se presume si en el plazo de tres días hábiles, contados desde la notificación del acuerdo, no se hace manifestación explícita de rechazo. Aunque el precepto habla de término, estamos ante un plazo, a computar conforme a las reglas de la LRJSP. Dice el art. 115 ROF que, si no se dispone otra cosa, el órgano delegante conservará las siguientes facultades en relación con la competencia delegada:

a) La de recibir información detallada de la gestión de la competencia delegada y de los actos o disposiciones emanados en virtud de la delegación.
b) La de ser informado previamente a la adopción de decisiones de transcendencia.
c) Los actos dictados por el órgano delegado en el ejercicio de las atribuciones delegadas se entienden dictados por el órgano delegante, correspondiendo en consecuencia a éste la resolución de los recursos de reposición que puedan interponerse, salvo que en el Decreto o acuerdo de delegación expresamente se confiera la resolución de los recursos de reposición contra los actos dictados por el órgano delegado.

Del apartado a) cabe deducirse que de las actuaciones y actos dictados en el ejercicio de la competencia delegada es responsable el órgano delegado, pero el acierto o desacierto de la delegación es achacable al delegante, en un orden distinto de responsabilidades. Por ello, el ejercicio de esta facultad viene a suponer un control del delegado por el delegante. El término disposiciones ha de entenderse como decisiones o acuerdos emanadores de actos en sentido estricto, pero no de reglamentos u ordenanzas.

Según lo señalado, el Alcalde puede pues hacer delegaciones de competencias siguiendo para ello el esquema del art. 21 LRBRL y, en su caso, el art. 24 del texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local -TRRL-, y, a tenor de ello, en el ámbito del nivel competencial en materia de contratación, hay que referirse específicamente a lo previsto en el apartado c) del art. 24 TRRL que disponía : "*La contratación y concesión de obras, servicios y suministros, que excediendo de la cuantía señalada en el art. 21.1.1) LRBRL, tengan una duración no superior a un año y no exijan créditos superiores al consignado en el presupuesto anual*". Este artículo fué derogado

pie_firma_conv_dipu_01
Código seguro de verificación (CSV):
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021

primero por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y ya posteriormente por el RDLeg 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público -TRLCSP-, y en la actualidad por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) que, en relación con lo previsto en su Disp. Adic. 2ª, dispone en su artículo 51 que :

> *"Artículo 61 Competencia para contratar*
>
> *1. La representación de las entidades del sector público en materia contractual corresponde a los órganos de contratación, unipersonales o colegiados que, en virtud de norma legal o reglamentaria o disposición estatutaria, tengan atribuida la facultad de celebrar contratos en su nombre.*
>
> *2. Los órganos de contratación podrán delegar o desconcentrar sus competencias y facultades en esta materia con cumplimiento de las normas y formalidades aplicables en cada caso para la delegación o desconcentración de competencias, en el caso de que se trate de órganos administrativos, o para el otorgamiento de poderes, cuando se trate de órganos societarios o de una fundación.*

Materia ésta pues delegable que alcanza, como no puede ser de otra forma, a los contratos privados a que se refiere el apartado 9 de indicada Disposición Adicional 2º LCSP, y que, por tanto, bajo la premisa que antes se ha expuesto en virtud de la teoría de la delegación tácita interorgánica nos conduciría a admitir como válidos los acuerdos adoptados por el Pleno de la corporación al respecto de la contratación de referencia.

II.- Sin perjuicio de lo anterior, en segundo lugar, otra cuestión que no obstante nos suscita duda es la posibilidad de que por parte de la Secretaría General del Ayuntamiento, en el informe preceptivo de éste a que se refiere el apartado 8º de la Disposición Adicional 3ª LCSP (*8. Los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario. Será también preceptivo el informe jurídico del Secretario en la aprobación de expedientes de contratación, modificación de contratos, revisión de precios, prórrogas, mantenimiento del equilibrio económico, interpretación y resolución de los contratos. Corresponderá también al Secretario la coordinación de las obligaciones de publicidad e información que se establecen en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*), respecto del que no se tiene conocimiento de su contenido habida cuenta que no obra en la documentación del expediente remitido por el Ayuntamiento consultante, se haya podido ofrecer otra justificación legal respecto de la adecuación a derecho del sometimiento del asunto al Pleno de la corporación y no que éste fuese competencia de la Alcaldía.

A este respecto, y caso de así fuese, se hacen las reservas oportunas en orden a que pudiera existir tal fundamentación por parte del funcionario respectivo en el preceptivo informe que hubiera emitido a este respecto.

III.- Por último, en relación con lo expuesto respecto de la admisión de la existencia de una delegación tácita de competencias en favor del Pleno corporativo para el supuesto que

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021

estamos tratando, nos cabría plantear la aplicación de la figura de la avocación de competencias que se regula actualmente en el artículo 10 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuanto que dispone :

> *"Artículo 10 Avocación*
>
> *1. Los órganos superiores podrán avocar para sí el conocimiento de uno o varios asuntos cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos administrativos dependientes, cuando circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial lo hagan conveniente.*
>
> ***En los supuestos de delegación de competencias en órganos no dependientes jerárquicamente, el conocimiento de un asunto podrá ser avocado únicamente por el órgano delegante**.*
>
> *2. En todo caso, la avocación se realizará mediante acuerdo motivado que deberá ser notificado a los interesados en el procedimiento, si los hubiere, con anterioridad o simultáneamente a la resolución final que se dicte.*
>
> *Contra el acuerdo de avocación no cabrá recurso, aunque podrá impugnarse en el que, en su caso, se interponga contra la resolución del procedimiento*

Según la STSJ País Vasco de 17 de octubre de 2005 [j 1], la avocación es: "*La forma que adopta la recuperación de la competencia en un caso singular por circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial que lo hagan conveniente.*". Esta figura administrativa en cuanto que alteradora de la regla general de la competencia requiere, como bien indica el artículo 10 LRJSP, del cumplimiento de unos requisitos, pues si bien se podría convenir en que la avocación puede operar con la máxima amplitud, pues el artículo 10.1, en su primer párrafo, permite que los órganos superiores puedan avocar para sí el conocimiento de uno o varios asuntos cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos administrativos dependientes, cuando circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial lo hagan conveniente, en cambio, entre órganos no vinculados jerárquicamente solo el órgano que antes hubiera delegado alguna competencia en otro órgano podrá avocar el conocimiento de algún asunto que forme parte del ámbito de la competencia delegada.

En todo caso, la avocación, en cuanto supone una merma del ejercicio competencial que tiene atribuido o delegado un determinado órgano administrativo, ha de ser adoptada mediante acuerdo motivado, que ha de ser dado a conocer a quienes aparezcan como interesados en el procedimiento si los hubiere, con anterioridad o simultáneamente a la resolución que se dicte en el mismo.

Es oportuno reparar en la imposición legal de motivar los acuerdos de avocación por, al menos tres razones: por una parte porque la avocación rompe la atribución o, al menos, el ejercicio de competencias establecido con carácter general en relación con uno o varios casos, por otra, porque el artículo 10.1, al final de su párrafo primero, alude a circunstancias

pie_firma_conte_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021

de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial como las que pueden justificar la avocación, por lo que el acuerdo que la imponga ha de contemplar en la preceptiva motivación referencias a alguna de esas circunstancias; y, por último, porque dicho acuerdo puede ser objeto de control judicial, no de forma aislada dada su condición de acto de trámite, sino con motivo de la impugnación del acto resolutorio del procedimiento, como prescribe el artículo 10.2 en su párrafo segundo, por lo que lo convincente que sea o no la motivación del acuerdo de avocación puede ser determinante para el resultado del control judicial que se efectúe sobre el acto.

En resumidas cuentas, y al objeto de dar respuesta a la primera de las cuestiones planteadas en la consulta formulada, cabe concluir que a priori todas las resoluciones y trámites que no correspondieran a la Mesa de Contratación nombrada al efecto -que como se puede comprobar en la documentación remitida por el la entidad consultante, al momento actual ha finalizado en la práctica las tareas que tenía asignada por el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares en materia de selección del contratista- debería adoptarlas el Pleno de la corporación toda vez que éste, por efecto de la delegación tácita a que nos hemos referido, es el órgano de contratación responsable de indicado proceso contractual.

Ahora bien, nada obsta, conforme a la normativa administrativa y con los requisitos exigidos por el artículo 10 LRJSP, a que por el órgano delegante -en nuestro caso la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento- se avoquen para sí las competencias delegadas al respecto y, en virtud de ello, se continúen por éste los trámites y resoluciones que corresponda adoptar en relación con dicho proceso de contratación.

CUARTO.- En lo que respecta a la segunda de las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento consultante, entendemos a nuestro juicio que debemos ceñirnos estrictamente a lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares regulador de la contratación en su Cláusula 11ª in fine, en cuanto que ésta dispone que : "*En el caso de que un licitador que haya resultado adjudicatario provisional renunciara a la adjudicación sin una razón que el Ayuntamiento entienda justa y razonable, se entenderá como posible perjuicio ocasionado la diferencia entre el importe económico ofrecido y el que finalmente se obtenga de la adjudicación definitiva de los lotes afectados y deberá resarcir al Ayuntamiento por el mismo. Además, perderá la fianza depositada, sin que pueda ésta detraerse del posible perjuicio ocasionado. Asimismo, el licitador quedará excluido de participar en las próximas dos subastas de la Dehesa.*"

Es decir, a tenor del literal de referido párrafo de indicada cláusula la apreciación o no de que las causas expuestas por el contratista son justas y razonables es una potestad que le corresponde exclusivamente al Ayuntamiento, es decir, al órgano competente al respecto de la contratación que, en nuestro caso, se identifica con el Pleno del Ayuntamiento. Esto es, es el citado órgano el que discrecionalmente debe enjuiciar si la exposición justificativa que formula el adjudicatario interesado es suficiente o no para entender que existe causa justa para la renuncia presentada.

pie_firma_corto_dipu_01
Código seguro de verificación (CSV):
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021

No obstante ello, y a modo de mera opinión del que suscribe, cabe apreciar determinadas puntualizaciones a lo expuesto por el citado adjudicatario :

- Se trata de un escrito de justificación basado únicamente en cuestiones puramente subjetivas, es decir, que se refieren a circunstancias que se atañen exclusivamente a la explotación agroganadera del que éste es titular y no a cuestiones objetivas que pudieran afectar a la esencia del contrato.

- Está basado en cálculos económicos respecto de indicada explotación ganadera que, a la vista del contenido del "Estudio Económico" que acompaña en Anexo I a su escrito, se refiere a elementos cuantitativos (costes, ingresos, compras, ventas, etc.) que en teoría debería conocer o haber conocido el licitador antes de acudir a la licitación. Es decir, a nuestro entender, dichos cálculos, por su contenido, no son algo fortuito o sobrevenido con posterioridad a la contratación que el licitador le hubiera sido imposible de prever, sino que por el contrario se nos antoja que son los cálculos económicos de su negocio que o bien eran de su conocimiento o bien estaban en la potencialidad de conocerlos en cualquier momento, por ello bajo dicha premisa no concebimos que procediera a la puja del Lote de referencia con determinada cuantía, y posteriormente arguyera dichos cálculos para renunciar a la proposición formulada.

- El interesado formula su petición sobre una hipotética situación en la que ambas partes contratantes (Administración e interesado) se encuentren en un plano de igualdad en la contratación, y en virtud de lo cual ambas se verían favorecidas por la renuncia presentada arguyéndose en este sentido que, de verse como adjudicatario del citado Lote, y ante el planteamiento económico que este anexa a su solicitud, se vería abocado al impago de las correspondientes anualidades que obviamente perjudicarían a la hacienda municipal, tratando de justificar tal renuncia sobre la base de un futuro incumplimiento por su parte de las obligaciones contraídas. Es decir, traslada a la Administración la hipotética responsabilidad que dimanaría de un posible impago por su parte del canon anual del arrendamiento en orden a que conforme a los cálculos económicos de la explotación aquél le provocaría pérdidas.

Así el interesado manifiesta en su escrito que el pago del importe de adjudicación supone "un agravio" a su situación financiera que impide que pueda hacer frente a las anualidades correspondientes que perjudicaría de forma directa al Ayuntamiento.

A nuestro juicio nos resulta por completo inconsistente e incongruente tal afirmación pues a nuestro juicio el único responsable del impago que hipotéticamente se pudiera producir sería el adjudicatario, como obligado a ello ante la Administración municipal. Esto es, ese agravio a que se refiere en su escrito lo ha instado él voluntariamente al participar en la licitación. Y, bajo la hipótesis de que se pudiera producir tal impago, si bien en un primer momento la hacienda municipal se vería afectada por ello, resulta obvio que la Administración quedaría habilitada para exigir el cobro por las vías que legalmente procediesen, sobre todo teniendose en cuenta que conforme a la Cláusula 15ª del Pliego de Cláusulas Administrativa Particulares que rigen la contratación, se exige a los adjudicatarios la presentación de un

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021

Aval Bancario (o el ingreso anticipado de la anualidad correspondiente) garantizador del cumplimiento de los pagos.

- Por último, y al hilo de lo anterior, conviene recordar que el licitador cuando decide participar en el proceso contractual abierto por la corporación municipal acepta todas y cada una de las cláusulas dispuestas por el Pliego de Cláusulas Administrativa Particulares que, como bien indica el apartado 2 del Modelo de Proposición Económica, que se anexa al citado Pliego (anexo II), el licitador "*Acompaña a esta proposición la documentación exigida en el Pliego, cuyo clausulado conoce y acepta incondicionada e íntegramente*", por lo que, desde un primer momento es consciente de que al participar en la licitación y presentar un proposición es conocedor y asume todo el condicionado que se contiene en los Pliegos.

QUINTO.- Pasando a la tercera de las cuestiones planteadas en la consulta, que aparece subdividida a su vez en dos cuestiones diferentes, relativas ambas a los posibles efectos que se pueden derivar de la actuación del adjudicatario en cuanto renunciante a uno de los Lotes de arrendamiento que le fue adjudicado, estimamos conveniente realizar el análisis de cada una de ellas por separado habida cuenta la distinta consideración que conforme al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares tienen éstas :

I.- En lo que se refiere a la exclusión del licitador en las dos próximas licitaciones que se lleven a efecto por el Ayuntamiento respecto de arrendamientos de la Dehesa, no nos cabe la menor duda de su aplicación al caso sobre la base lo que expresamente dispone la Cláusula 11ª in fine del citado Pliego, en el último de sus párrafos : "*Asimismo, el licitador quedará excluído de participar en las próximas dos subastas de la Dehesa*". Esto es, del literal del texto de indicado párrafo se deduce con meridiana claridad que se trata de una actuación imperativa por parte del Ayuntamiento; se dice: "*quedará*", no "*se podrá quedar*" o términos parecidos, los cuales pudieran inducir a una posibilidad o no de actuación municipal al respecto. La afirmación es taxativa en cuanto a su cumplimiento.
O sea, si el Ayuntamiento no diera por buenos los argumentos esgrimidos por el licitador en su escrito y por tanto no entendiese que la renuncia presentada por éste contiene una razón justa y razonable que justifique la misma, nos resulta obvio que la aplicación del citado precepto contractual se haría ineludible para la Administración municipal, y por ende, debería excluir al licitador en las dos siguientes convocatorias que se efectuasen en relación con aquella Dehesa.

II.- En lo referente al posible perjuicio que tal renuncia pudiera suponer para el municipio subsumido en la diferencia entre el importe económico ofrecido por el licitador renunciante y el que finalmente se obtenga en la adjudicación definitiva de los lotes, y a tenor de la la redacción del último párrafo de la Cláusula 11ª del Pliego, a nuestro parecer, se atisba una cierta confusión en los términos en que procede la actuación municipal al respecto. Y es que, por supuesto partiendo igualmente de la premisa de que el Ayuntamiento no considera justos y razonables los argumentos y fundamentos expuestos por el adjudicatario interesado, se parte de un término imperativo pues se dice: "*se entenderá*" para posteriormente indicar una posibilidad: "*posible perjuicio*".

pie_firma_conte_dipu_01
Código seguro de verificación (CSV):
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021

Bajo tal tesitura no queda por menos que, a nuestro juicio, atender en primer lugar a la expresión imperativa y por tanto considerar que el vocablo "posible" se vendría a referir en este caso a unos perjuicios ciertos que se le producen a la Administración municipal por aquella renuncia pero que al no poder calibrarse con exactitud se entienden como una posible estimación que se concreta en ese diferencial de las precios ofertados.

No obstante, no descartamos tampoco la interpretación en orden a que el consistorio pudiera entender que no se ha producido un perjuicio cierto, es decir, no se estimase que existiese un posible perjuicio y por ello no se exigiese el mismo al licitador.

Obviamente, se comprueba que, entre lo ofertado por el licitador renunciante y el precio finalmente adjudicado como definitivo a otro licitador, existe una diferencia cuantitativa cierta de 1.040,00.- euros (5.900,00-4.860,00 €) que supone un merma de derechos para la hacienda municipal, y que, a la postre, a nuestro leal saber y entender, representa un cierto perjuicio para los intereses municipales.

De estimarse así por la corporación resulta evidente que tal perjuicio económico deberá reclamarse al interesado por el importe reseñado, teniéndose en cuenta para ello que, conforme a lo que el propio Pliego dispone en la citada Cláusula 11ª, tal reclamación deberá efectuarse al margen de la incautación de la Fianza Provisional depositada por el mismo, sin que se haga indicación alguna en cuanto a que tal importe haya de multiplicarse por seis anualidades, habida cuenta que se refiere a los importe de adjudicación al alza respecto de los tipos de licitación que se disponen en el Cuadro por Lotes que se inserta en la Cláusula 1ª del Pliego, y estos éstan, como se puede comprobar, referidos a una sola anualidad.

SEXTO.- La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en su artículo 150 (*Clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato*), en su apartado 2 segundo párrafo, dispone lo siguiente :

"(...) De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71.".

Por su parte, el artículo 62, del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (vigente en cuanto no se oponga a lo dispuesto en la LCSP), dispone lo siguiente :

"Artículo 62 Efectos de la retirada de la proposición, de la falta de constitución de garantía definitiva o de la falta de formalización del contrato respecto de la garantía provisional

1. Si algún licitador retira su proposición injustificadamente antes de la adjudicación o si el adjudicatario no constituye la garantía definitiva o, por causas imputables al mismo, no pudiese formalizarse en plazo el contrato, se procederá a la ejecución de la garantía provisional y a su ingreso en el Tesoro Público o a su transferencia a los organismos o

pie_firma_conto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021

entidades en cuyo favor quedó constituida. A tal efecto, se solicitará la incautación de la garantía a la Caja General de Depósitos o a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales donde quedó constituida.
2. A efectos del apartado anterior, la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 83.3 de la Ley, o el reconocimiento por parte del licitador de que su proposición adolece de error, o inconsistencia que la hagan inviable, tendrán la consideración de retirada injustificada de la proposición."

Asimismo, refiriéndonos de nuevo a la Cláusula 11ª in fine del Pliego de Cláusulas Administrativa Particulares, en tanto en cuanto el Ayuntamiento no considerase como justa y razonable la renuncia del licitador, ésta con carácter imperativo y sin paliativos dispone la pérdida de la fianza depositada.

Es decir, en combinación con todas estas normas tanto en términos legales como reglamentarios queda suficientemente claro dos cosas :

- La procedencia de la incautación de la Fianza Provisional, en el caso de que ésta se hubiese constituído por el licitador -como así sucede en el supuesto que nos atañe-.

- Y asimismo la procedencia de exigir al licitador el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad.

Ahora bien, volviendo sobre la ya referido en el apartado II del precedente Cuarto punto de este informe, si bien en aquél caso estábamos ante una reclamación al licitador de "perjuicios" causados a la Administración municipal como consecuencia de su renuncia a la adjudicación definitiva dispuesta por el propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, lo que, como ya vimos, podía producirse y liquidarse al margen de la incautación de la fianza provisional constituída por éste, ahora nos encontramos ante una "penalidad" impuesta por la propia legislación contractual que sí específicamente establece que en primer término ha de liquidarse detrayendo el correspondiente importe de aquella Garantía Provisional.

Bien es cierto que en este supuesto estamos hablando de cuantías relativamente pequeñas, pues según la Cláusula 9ª del Pliego la cuantía depositada por el licitador es de 200,00.- euros, y la penalidad a imponer es de tan sólo 81,00.- euros (entendemos que el cálculo habrá de hacerse sobre el precio base de licitación del Lote de arrendamiento respecto del que ha renunciado : 2.700,00.- euros).Sobre este menester resulta evidente que procede la detracción del importe referido como "penalidad" (81,00.- euros) respecto del importe constituído como Garantía Provisional (200,00.- euros).

Existe una circunstancia que conviene referir respecto de la incautación de dicha fianza provisional y es que, a tenor de lo previsto en el primer párrafo de la Cláusula 9ª del Pliego, el importe de la misma se constituyó por el interesado con carácter único, o sea, como condición "*sine qua non*" para la participación en el proceso contractual con total independencia del número de Lotes a que se optase en este. Ello entendemos trae consigo dos particularidades :

pie_firma_corto_dipu_01
Código seguro de verificación (CSV):
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021

- Por un lado, al tratarse de una Garantía provisional de carácter único fijada así por el Pliego como cuantía determinada para la participación de los interesados, y no establecerse en éste precisión alguna respecto de su posible correspondencia con cada uno de los Lotes a licitar, y siguiendo lo expuesto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 7 de junio de 2007 (Rec.822/2004), en su F.D.3 º, párrafos tercero y cuarto ("*(...) Las aludidas cláusulas no precisan que la incautación de la garantía se refiera exclusivamente a la que corresponda a aquélla vivienda que haya sido adjudicada provisionalmente al interesado y de la que luego se renuncia, sino que tal incautación se extiende a la garantía constituida, y como cuando son varias viviendas objeto de licitación la garantía a constituir debe ser la señalada a la vivienda del precio más alto es tal garantía la que se incauta. Por tanto en el presente caso el recurrente prestó una garantía por importe de 8.955,60 € que se correspondía con la vivienda cuyo precio de licitación era el más alto de todas las relacionadas, vivienda de referencia 042092 y que el interesado incluyó en el núm. 109 por orden de preferencia. Los artículos 35,2 del T.R de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 62 del Reglamento General establecen también la incautación de las garantías prestadas en los supuestos en que el adjudicatario provisional retire injustificadamente su proposición, sin que la garantía prestada pueda considerarse como garantía global a tenor del art. 36.2 LCE , ni cabe apreciar tal confusión en la resolución impugnada, por cuanto la garantía se presta para participar en el concurso y por el importe correspondiente a la vivienda, cuyo precio de licitación sea el más alto a tenor de lo dispuesto en el Anexo I del Pliego de Condiciones del concurso, y no del contrato de la vivienda adjudicada finalmente como pretende la parte recurrente*."), resulta evidente que la incautación habría de hacerse por el total de la cuantía depositada, es decir, en nuestro caso, por los 200,00.- euros exigidos para la participación en la licitación, pues como bien se ha indicado, esta cuantía actuaba con independencia de que los Lotes a licitar fueran uno, dos o tres.

- Por otro lado, habrá de tenerse en cuenta tal circunstancia para el caso de que el depósito de la Fianza Provisional haya servido para complementar la Fianza Definitiva que se hubiera exigido al adjudicatario para los otros dos Lotes (Núms. 4 y 5) que le fueron adjudicados definitivamente en indicado proceso contractual, pues de ser así, dada la procedencia de incautación de aquella Fianza Provisional (Lote Núm.7), habría que proceder al reajuste de garantías de estas otras a fin de ajustarlas a los porcentajes que corresponda de conformidad con lo dispuesto por el artículo 109 LCSP, el cual viene a disponer .

> *Artículo 109. Constitución, reposición y reajuste de garantías.*
> *1. El licitador que hubiera presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 deberá acreditar en el plazo señalado en el apartado 2 del artículo 150, la constitución de la garantía definitiva. De no cumplir este requisito por causas a él imputables, la Administración no efectuará la adjudicación a su favor, siendo de aplicación lo dispuesto en el penúltimo párrafo del apartado 2 del artículo 150.*
>
> *2. En caso de que se hagan efectivas sobre la garantía definitiva las penalidades o indemnizaciones exigibles al contratista, este deberá reponer o ampliar aquella, en la cuantía que corresponda, en el plazo de quince días desde la ejecución, incurriendo en caso contrario en causa de resolución.*

Código seguro de verificación (CSV):
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021
pie_firma_conto_dipu_01

3. Cuando, como consecuencia de una modificación del contrato, experimente variación el precio del mismo, deberá reajustarse la garantía, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado, en el plazo de quince días contados desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación. A estos efectos no se considerarán las variaciones de precio que se produzcan como consecuencia de una revisión del mismo conforme a lo señalado en el Capítulo II del Título III de este Libro.

4. Cuando la garantía definitiva se hubiere constituido mediante contrato de seguro de caución y la duración del contrato excediera los cinco años, el contratista podrá presentar como garantía definitiva un contrato de seguro de caución de plazo inferior al de duración del contrato, estando obligado en este caso, con una antelación mínima de dos meses al vencimiento del contrato de seguro de caución, bien a prestar una nueva garantía, o bien a prorrogar el contrato de seguro de caución y a acreditárselo al órgano de contratación. En caso contrario se incautará la garantía definitiva por aplicación del artículo 110.c).

A título meramente informativo reseñar que respecto de la aplicación o nó de esta penalidad establecida por el artículo 150.2 LCSP existe una divergencia en la doctrina por cuanto existen posturas que reclaman la aplicación taxativa del precepto sin más desde el momento en que se verifica el incumplimiento por parte del adjudicatario y otras que admiten una cierta flexibilidad dependiendo de si se produce un incumplimiento parcial, defectuoso o imperfecto o por el contrario este es total o absoluto. Y así, en este sentido, se ha pasado de un criterio jurisprudencial y doctrinal con una interpretación literal y rigurosa acerca de la aplicación de la norma, como es el caso de las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) Núms. 747/2018, 816/2018, 1184/2018 o 173/2019, a una interpretación más flexible, acorde a la finalidad del precepto.

De hecho, recientemente se ha producido una discrepancia entre la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE), en su Informe 6/2021, de 15 de junio, que entiende que la penalidad que establece el artículo 150.2 LCSP, debe aplicarse de forma automática, por así disponerlo una norma legal (*«Tanto en el primer caso (falta de acreditación de la solvencia técnica), como si en el trámite de subsanación el licitador falta nuevamente a la acreditación de la solvencia técnica, se habrán de aplicar las consecuencias descritas en el artículo 150.2, de modo que procederá entender que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de la posible existencia de una prohibición de contratar. A continuación, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas. Esta aplicación tiene carácter automático por virtud de la aplicación de la norma legal»*.), y el TACRC en sus Resoluciones 747/2018, 582/2019, 710/2021, en las que ha venido argumentando que no todo incumplimiento del requerimiento debe dar lugar a la imposición de penalidades, entendiendo que un cumplimiento defectuoso del requerimiento por parte del licitador no puede equipararse a un incumplimiento total que implique el efecto de ser considerado como una retirada de la oferta, sancionable con la imposición de una penalidad del 3% del presupuesto base

pie_firma_conte_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021

de licitación, IVA excluido. el TACRC, con posterioridad al Informe 6/2021, de 15 de junio de la JCCPE, ha reiterado su doctrina en la Resolución 710/2021, de 17 de junio, al entender que *«sólo procede su imposición* (la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación) *cuando el incumplimiento de los requisitos para ser adjudicatario es grave y claro, y el licitador no ha actuado de buena fe, y media dolo, culpa o negligencia»*. Argumenta así el TACRC que si el licitador hubiera alegado las especiales circunstancias en que se encontraba, el órgano de contratación debería haberlas admitido a efectos de la imposición de la penalidad.

A nuestro modo de ver, en el caso que nos atañe, nos inclinamos más por la postura más rigorista en cuanto que, como claramente se ha verificado, el imcumplimiento por el licitador no estaría sometido a modulación alguna pues resulta evidente que éste deviene de una voluntad clara y expresa del mismo de no mantener su proposición en la licitación, lo que, según nuestro criterio, conllevaría sin más a la aplicación de la penalidad establecida por la norma, con las connotaciones procedentes con arreglo a lo que a continuación se concluye.

En síntesis, a fin de dar respuesta a lo planteado en el apartado 4 de las consultas formulada por el Ayuntamiento de referencia podemos señalar lo siguiente :

A.- Atendiendo a lo dispuesto en la Cláusula 11ª in fine del Pliego, en relación con el artículo 62 del RD 1098/2001, de 12 de octubre ya referido, a la vista de la renuncia presentada por el licitador a la adjudicación del Lote Núm. 7, entendemos que no cabe la menor duda de que, por ministerio de la Ley, habría de procederse a incautar la indicada Fianza Provisional constituída por el adjudicatario para la participación en el procedimiento contractual de referencia.
Habría de incautarse el total de la fianza provisional constituida y, en caso de que ésta hubiese servido para complementar las fianzas definitivas que se hubiesen exigido al mismo adjudicatario para los otros Lotes que le fueron adjudicados, éstas deberían reajustarse en las cuantías correspondientes.

B.- Dado que la aplicación de la penalidad a que se refiere el artículo 150.2 LCSP (3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido) habría de realizarse en primer lugar sobre la Fianza Provisional constituída al efecto, y a la vista de los cálculos efectuados respecto de la cuantía que tal porcentaje representa sobre tal garantía, cabe la posibilidad de que o bien se liquida tal penalidad en primer término y posteriormente se incauta el restante de la fianza (esto es, se impone una penalidad de 81,00.- euros y se incauta el resto de la garantía por importe de 119,00.- euros), o bien se incauta directamente toda la fianza provisional resultando a raíz de ello improcedente la liquidación de la penalidad por entender que el importe de ésta va implícito en tal incautación.
Señalar asimismo que, en lo que respecta a aplicación de la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, no encontramos una justificación ni en la norma ni en el Pliego que fundamentase la multiplicación de éste por seis anualidades, teniendo en cuenta asimismo que el tipo base de licitación a que se refiere la Cláusula 1ª del Pliego, en cuanto a lo previsto en el Cuadro que se inserta en la misma, se está refiriendo a una cuantía que cabe entender se refiere a una sóla anualidad (en indicada Cláusula no se hace referencia alguna a que dichos tipo de licitación lo sean por una anualidad, sólo cabe deducirse ello del contenido de las Cláusulas 14ª (Pagos) y 15ª (Aval y Pago Anticipado)).

pie_firma_conte_dipu_01
Código seguro de verificación (CSV):
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021

C.- Debe tenerse en cuenta que desde el punto y hora que la incautación de la Fianza Provisional se deduce no ya porque el Pliego así expresamente lo disponga sino también porque la norma legal así lo establece de forma preceptiva para el supuesto de que el licitador retire su proposición, éllo ha de producirse en cualquier caso.
Quiere ello decir que el Ayuntamiento, aún en el supuesto de que conforme a lo señalado en el apartado II del punto Cuarto de este informe estimase bien que los fundamentos esgrimidos por el adjudicatario para la renuncia son justos y razonables o bien que no considerandolo así no se ha producido perjuicio para la entidad, siempre habría de proceder a incautar la Fianza Provisional por tal renuncia, pues como se ha indicado, con independencia de esas otras actuaciones, la incautación es preceptiva por tal motivo.

SÉPTIMO.- El artículo 71 de la LCSP (*Prohibiciones de contratar*), en su apartado 2, letra a), viene a disponer que :

2. Además de las previstas en el apartado anterior, son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las entidades comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley, en las condiciones establecidas en el artículo 73 las siguientes:

*a) **Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación,** o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el apartado 2 del artículo 150 dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia.*

A su vez, los siguientes artículos 72 y 73 de la Ley (que se corresponden con las oportunas salvedades con los artículos 17 a 20 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -como ya hemos indicado, vigente mientras no se oponga a lo previsto en la LCSP-, y que se aplican supletoriamente a lo dispuesto en la norma vigente), vienen a disponer lo siguiente :

Artículo 72 Apreciación de la prohibición de contratar. Competencia y procedimiento

3. La competencia para fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar en el caso de las letras a) y b) del apartado 1 del artículo anterior, en los casos en que no figure en la correspondiente sentencia o resolución, y la competencia para la declaración de la prohibición de contratar en el caso de la letra e) del apartado primero del artículo anterior respecto de la obligación de comunicar la información prevista en el artículo 82.4 y en el artículo 343, corresponderá al Ministro de Hacienda y Función Pública previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, o a los órganos que resulten competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas en el caso de la letra e) citada.
A efectos de poder dar cumplimiento a lo establecido en el párrafo anterior, el órgano judicial o administrativo del que emane la sentencia o resolución administrativa deberá remitir de oficio testimonio de aquella o copia de esta a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, sin perjuicio de que por parte de este órgano, de tener conocimiento de su existencia y no habiendo recibido el citado testimonio de la sentencia o copia de la resolución administrativa, pueda solicitarlos al órgano del que emanaron.

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021

pie_firma_corto_dipu_01

En los supuestos previstos en la letra e) del apartado 1 del artículo anterior referido a casos en que se hubiera incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140, o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, ***y en los supuestos previstos en el apartado segundo del artículo 71, la declaración de la prohibición de contratar corresponderá al órgano de contratación.***
(...)
5. Cuando conforme a lo señalado en este artículo, sea necesaria una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición, el alcance y duración de esta se determinarán siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca. (...)

6. En los casos en que por sentencia penal firme así se prevea, la duración de la prohibición de contratar será la prevista en la misma. En los casos en los que esta no haya establecido plazo, esa duración no podrá exceder de cinco años desde la fecha de la condena por sentencia firme.
En el resto de los supuestos, el plazo de duración no podrá exceder de tres años, para cuyo cómputo se estará a lo establecido en el apartado tercero del artículo 73.

7. En el caso de la letra a) del apartado 1 del artículo anterior, el procedimiento, de ser necesario, no podrá iniciarse una vez transcurrido el plazo previsto para la prescripción de la correspondiente pena, y en el caso de la letra b) del apartado 2 del mismo artículo, si hubiesen transcurrido más de tres meses desde que se produjo la adjudicación.
En los restantes supuestos previstos en dicho artículo, el procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar no podrá iniciarse si hubiesen transcurrido más de tres años contados a partir de las siguientes fechas:

a) Desde la firmeza de la resolución sancionadora, en el caso de la causa prevista en la letra b) del apartado 1 del artículo anterior;
b) Desde la fecha en que se hubieran facilitado los datos falsos o desde aquella en que hubiera debido comunicarse la correspondiente información, en los casos previstos en la letra e) del apartado 1 del artículo anterior;
c) Desde la fecha en que fuese firme la resolución del contrato, en el caso previsto en la letra d) del apartado 2 del artículo anterior;
d) ***En los casos previstos en la letra a) del apartado 2 del artículo anterior, desde la fecha en que se hubiese procedido a la adjudicación del contrato, si la causa es la retirada indebida de proposiciones o candidaturas; o desde la fecha en que hubiese debido procederse a la adjudicación, si la prohibición se fundamenta en el incumplimiento de lo establecido en el apartado segundo del artículo 150;***
e) Desde que la entidad contratante tuvo conocimiento del incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato en los casos previstos en la letra c) del apartado segundo del artículo 71.

Artículo 73 Efectos de la declaración de la prohibición de contratar

1. En los supuestos en que se den las circunstancias establecidas en el apartado segundo del artículo 71 y en la letra e) del apartado primero del mismo artículo en lo referente a

pie_firma_conte_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021

haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable del artículo 140 o al facilitar otros datos relativos a su capacidad y solvencia, la prohibición de contratar afectará al ámbito del órgano de contratación competente para su declaración.

Dicha prohibición se podrá extender al correspondiente sector público en el que se integre el órgano de contratación. En el caso del sector público estatal, la extensión de efectos corresponderá al Ministro de Hacienda y Función Pública, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del apartado tercero del artículo anterior respecto a la letra e) del apartado primero del artículo 71, la competencia para la declaración de la prohibición de contratar corresponda a los órganos que resulten competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas, la citada prohibición de contratar afectará a todos los órganos de contratación del correspondiente sector público.

Excepcionalmente, y siempre que previamente se hayan extendido al correspondiente sector público territorial, los efectos de las prohibiciones de contratar a las que se refieren los párrafos anteriores se podrán extender al conjunto del sector público. Dicha extensión de efectos a todo el sector público se realizará por el Ministro de Hacienda y Función Pública, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, y a solicitud de la Comunidad Autónoma o Entidad Local correspondiente en los casos en que la prohibición de contratar provenga de tales ámbitos.

En los casos en que la competencia para declarar la prohibición de contratar corresponda al Ministro de Hacienda y Función Pública, la misma producirá efectos en todo el sector público.

2. Todas las prohibiciones de contratar, salvo aquellas en que se den alguna de las circunstancias previstas en las letras c), d), g) y h) del apartado primero del artículo 71, una vez adoptada la resolución correspondiente, se comunicará sin dilación para su inscripción al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o el equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, en función del ámbito de la prohibición de contratar y del órgano que la haya declarado.

Los órganos de contratación del ámbito de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla o de las entidades locales situadas en su territorio notificarán la prohibición de contratar a los Registros de Licitadores de las Comunidades Autónomas correspondientes, o si no existieran, al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público.

La inscripción de la prohibición de contratar en el Registro de Licitadores correspondiente caducará pasados 3 meses desde que termine su duración, debiendo procederse de oficio a su cancelación en dicho Registro tras el citado plazo.

pie_firma_conte_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021

3. Las prohibiciones de contratar contempladas en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 71 producirán efectos desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquella o esta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición.

En el resto de supuestos, los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente.

No obstante lo anterior, en los supuestos previstos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 71 en los casos en que los efectos de la prohibición de contratar se produzcan desde la inscripción en el correspondiente registro, podrán adoptarse, en su caso, por parte del órgano competente para resolver el procedimiento de determinación del alcance y duración de la prohibición, de oficio, o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera adoptarse.

4. Las prohibiciones de contratar cuya causa fuera la prevista en la letra f) del apartado primero del artículo 71, producirán efectos respecto de las Administraciones Públicas que se establezcan en la resolución sancionadora que las impuso, desde la fecha en que esta devino firme."

A tenor pues de todo ello, y con el fin de responder a las cuestiones planteadas a este respecto por el Ayuntamiento consultante, podemos determinar los siguientes pormenores al respecto de la posible declaración de prohibición de contratar del adjudicatario renunciante :

- La apreciación de la concurrencia de la prohibición de contratar señalada en la letra a) del apartado 2 del art. 71 LCSP no es automática sino que requerirá la previa declaración de su concurrencia mediante procedimiento al efecto, remitiendo el art. 73 LCSP, a las normas de desarrollo de dicha Ley.

- Sobre el procedimiento para la declaración de dicha prohibición, el art. 72.7.d) LCSP establece que no podrá iniciarse si hubiesen transcurrido más de tres años contados desde la fecha en que se hubiese procedido a la adjudicación del contrato, si la causa es la retirada indebida de proposiciones o candidaturas; o desde la fecha en que hubiese debido procederse a la adjudicación, si la prohibición se fundamenta en el incumplimiento de lo establecido en el apartado 2 del art. 150 LCSP.

- Respecto a la aplicación o no de la prohibición, hay que tener en cuenta que estaríamos ante una condición de aptitud del contratista por lo que su apreciación o no por la corporación tendría efectos respecto de futuro cumplimiento por el interesado de lo previsto en el artículo 65.1 de LCSP, por lo que en principio podría entenderse como preceptiva. Esta cuestión, en el supuesto de que se acometiera por la corporación el procedimiento de declaración de prohibición de contratar, a nuestro juicio, debiera de modularse adecuadamente por el órgano de contratación en consideración sobre todo de lo previsto en la Cláusula 11ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares a la hora de imponer al licitador una prohibición de acudir a las próximas dos licitaciones de lotes de la Dehesa.

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021

pie_firma_conto_dipu_01

- Conforme a lo dispuesto en el último párrafo del art. 71.3 LCSP, en los supuestos previstos en el apartado 2 del art. 71 LCSP, la declaración de la prohibición de contratar corresponderá al órgano de contratación. (Sobre esta cuestión puede servir de referencia lo expuesto en el Acuerdo 10/2013, de 22 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la C.A. de Madrid)

- En lo que respecta al tiempo de tiempo de duración de la prohibición de contratar, en el caso de que efectivamente se declarara por el órgano de contratación de la corporación, nos tenemos que remitir a lo previsto en el art. 72.6 LCSP, que dispone expresamente que el plazo de duración no podrá exceder de tres años, y para cuyo cómputo se estará a lo establecido en el apartado 73.

Respecto a esta precisión conviene volver sobre la ya expuesto con anterioridad en orden a que, si se estima procedente por el órgano de contratación iniciar el proceso de declaración de prohibición de contratar del interesado, se tengan en muy en cuenta los efectos que ello trae consigo para este y para futuras licitaciones que se pudieran llevar a cabo por el Ayuntamiento, entendiendo la procedencia de modular adecuadamente tales circunstancias para no incurrir en medidas desproporcionadas, desajustadas o poco equilibradas.

- En cuanto a los efectos de la posible declaración de dicha prohibición de contratar, cabe remitirse al art. 73 LCSP que dispone en su apartado 1, para los supuestos del apartado 2 del art. 71 LCSP, que la prohibición de contratar afectará al ámbito del órgano de contratación competente para su declaración, pudiéndose extender dicha prohibición al correspondiente sector público en el que se integre el órgano de contratación.

- De lo preceptuado en los arts. 73 LCSP, apartados 2 y 3 respectivamente, resulta necesario destacar que dicha prohibición de contratar una vez declarada, se inscribirá en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o el equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, en función del ámbito de la prohibición de contratar y del órgano que la haya declarado, y que los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente.

Por último quizás convenga, nuestro juicio, referir la conveniencia de que, con independencia de que, conforme a lo dicho, pudiera entenderse preceptivo la aplicación de la prohibición de contratar del interesado por el incumplimiento verificado, por el órgano de contratación se hiciera reflexión en orden a calibrar el alcance las medidas que tal declaración conlleva respecto del perjuicio que la referida renuncia del adjudicatario ha causado o causaría a los intereses municipales, considerando además el esfuerzo administrativo que el procedimiento respectivo llevaría consigo, pues, no debe olvidarse -y sirva ello también para referir el proceso que al respecto debiera seguirse, en su caso, por la entidad local- que, la iniciación debiera llevarse a cabo por parte del órgano de contratación, de acuerdo con la Disp. Adic. 2ª LCSP (Alcalde o Pleno), exigiéndose según el art. 19.2 RGLCAP que tras dicha iniciación se incorporen al expediente los correspondientes informes de los servicios técnicos y jurídicos, a continuación procedería dar cumplimiento al preceptivo trámite de audiencia al contratista, que por aplicación de las previsiones del art. 82.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021

pie_firma_corto_dipu_01

Común de las Administraciones Públicas -LPACAP-, habría de ser de un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, para alegaciones y presentación de los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes por el interesado; y que, tras ello procedería la emisión de la propuesta de la resolución y finalmente al acuerdo al respecto por parte del referido órgano de contratación, que obviamente habría de ser notificado al contratista, de acuerdo con las reglas de la indicada LPACAP, pudiendo éste, en su caso, interponer contra el mismo -que pondría fin a la vía administrativa, potestativamente, y de conformidad con los arts. 123 y 124 LPACAP-, el correspondiente recurso de reposición en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación, ante este mismo órgano o, en su defecto, interponer recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su recepción, ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, según lo dispuesto en el art. 8.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa -LJCA-, sin perjuicio de que pudiera ejercitar cualquier otro que creyese conveniente. Este acuerdo o resolución del órgano de contratación asimismo habría de ser notificado a la JCCA a los efectos prevenidos en el art. 73 LCSP, incluida su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que sea procedente, solicitando asimismo, en su caso, que por parte de la JCCA se formulase propuesta al Ministro de Hacienda para que, teniendo en cuenta el daño causado a los intereses públicos, pudiera extender sus efectos a la contratación con cualquier órgano, ente, organismo o entidad del sector público, con audiencia del empresario afectado.

Es decir, en síntesis, conviene hacer especial hincapié en la conveniencia de que se estudie y valore por el órgano de contratación si existirían una correcta y adecuada proporcionalidad y equilibrio entre la adopción de la declaración referida (de prohibición de contratar) y el perjuicio al interés público que la actuación llevada a cabo por el adjudicatario haya causado o podido causar, precisándose si efectivamente quedaría justificado el empleo de los medios indicados en relación con el fin que se pretende.

Es cuanto tengo que informar, señalando que la opinión jurídica que se recoge en el presente informe se somete a la de cualquiera otra mejor fundada en derecho.

Córdoba, a (*fecha y firma electrónica*).
El Consultor Técnico adscrito al Servicio de Asesoría Jurídica. Diputación de Córdoba.
José Antonio Del Solar Caballero.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 28/10/2021