



ASUNTO: CONTRATACIÓN/INCAUTACIÓN AVAL

**Incautación de aval. Responsabilidad patrimonial cedente
del contrato.**

307/12

FC

INFORME

I. HECHOS. ANTECEDENTES

Los aportados con el escrito de solicitud de informe.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

- ✻ Real Decreto legislativo 2/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
 - ✻ RD 11098/2001, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
-



- ✿ Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

III. FONDO DEL ASUNTO.

PRIMERO. Normativa aplicable al contrato garantizado por el aval.-Conforme a lo determinado en el apartado segundo de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, *“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.”* Por consiguiente al referenciado contrato sobre el que el Ayuntamiento de XX solicita Informe le será de aplicación el Real Decreto legislativo 2/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por RD legislativo 2/2000, así como el RD 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP)

SEGUNDO. Tipo de Contrato.-Es cierto que el artículo 5.3 del TRLCAP califica como contratos de derecho privado a los contratos de compraventa sobre bienes inmuebles:

“Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.”

Sin embargo tal conceptualización ha sido matizada tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma por el Consejo Consultivo de Extremadura.

Siendo que con motivo de la oposición del avalista a la resolución del contrato de referencia, aunque sin que fuese preceptivo por no tener el avalista la condición de licitador, se instó dictamen del Consejo Consultivo de Extremadura en el que se defiende la condición de contrato administrativo especial, es por lo que constando en



el expediente la bien fundamentada posición a este respecto, consideramos innecesario argumentar y fundamentar dicha condición del contrato que nos ocupa.

TERCERO. Cesión del contrato. -Afirmada la condición de contrato administrativo especial, la compraventa realizada entre xx SLLL y xx SL debe ser considerada a los efectos que aquí interesa como una cesión del contrato, regulado en el artículo 114 del TRLCAP:

1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato.

2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- 1. Que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión.*
- 2. Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 % del importe del contrato, o realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si éste fuese de gestión de servicios públicos.*
- 3. Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia exigible de conformidad con los artículos 15 a 20, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente.*
- 4. Que se formalice la cesión, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.*

3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.

4. La Administración no autorizará la cesión del contrato en favor de personas incursas en suspensión de clasificaciones o inhabilitadas para contratar.



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

No consta que el adjudicatario haya cumplido con el preceptivo trámite de comunicar al Ayuntamiento de XX su intención de ceder el contrato a los efectos de la autorización que el referido precepto exige. Hecho éste que impidió que la Corporación pudiera exigir la garantía al cesionario, circunstancia ésta que cae bajo la estricta responsabilidad de XX SLL, así como sus consecuencias.

Lo cierto es que, depositada por cesionario o por cedente, el contrato debe estar garantizado en todo momento en los términos que el TRLCAP exige. A mayor abundamiento, en el llamado contrato de compraventa celebrado entre cedente y cesionario nada se mencionado por el “vendedor” de la existencia de dos avales que garantizaban el contrato, es decir, de la “carga” que por mandato legal existía para garantizar el cumplimiento del contrato.

Pero es más, consta en el expediente de resolución de contrato instruido que con fecha X de junio de 2011 se notificó a la empresa XX SLL, adjudicataria inicial del contrato, el acuerdo de la Junta Vecinal de XX por el que se acordó la resolución del contrato con incautación de las garantías depositados mediante avales bancarios por XX SLL, sin que conste oposición de ésta ni a la resolución del contrato ni a la incautación de las garantías.

Así lo entendió también el Consejo Consultivo de Extremadura en su dictamen 32/2012 instado por el Ayuntamiento de XX:

“Y como quiera que, además, aquí se ha producido un incumplimiento culpable del contratista, el Ayuntamiento tiene derecho a incautar la garantía prestada por el mismo. Aunque en este caso los avales fueran presentados inicialmente por XX SL, la transmisión de las fincas a XX 2005 SL se efectuó insertando a esta segunda en la posición jurídica de la primera respecto del contrato administrativo suscrito con la entidad local menor de XX, haciéndose cargo también de las garantías prestadas para el cumplimiento del mismo.”



CUARTO. Falta de legitimidad del reclamante.-Con fecha 21 de febrero de 2012, el reclamante se dirige a la Entidad Local Menor, a "título personal" ya que, según el mismo manifiesta, "*cualquier relación de mi persona con XX SLL quedó totalmente extinguida*", instando la anulación de los avales depositados por esa empresa en concepto de garantías del contrato referenciado, o en su defecto poner a su disposición los avales originales para su cancelación.

Consideramos que aún en el supuesto de que dichos avales no hubiesen sido ejecutados como consecuencia de la resolución del contrato, el reclamante carece de la legitimidad necesaria para la reclamación planteada, toda vez, y como él mismo afirma, se ha desvinculado de la empresa que presentó los avales. Siendo ésta quien, en todo caso, debió, por un lado comunicar al Ayuntamiento la cesión del contrato, por otro, oponerse a la resolución del contrato con incautación de la garantía, y, por último, instar la cancelación de los avales.

Por consiguiente, y como **conclusión**, estimamos que debe rechazarse la pretensión planteada por el particular, con manifestación de los recursos que contra este acuerdo desestimatorio proceden.

Badajoz, diciembre de 2012