



Sr. Amilivia González, Presidente y  
Ponente

Sr. Estella Hoyos, Consejero  
Sr. Fernández Costales, Consejero  
Sr. Pérez Solano, Consejero  
Sr. Madrid López, Consejero  
Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 30 de julio de 2009, ha examinado el *expediente de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de xxxxx para declarar la nulidad del acto de adjudicación y del contrato de arrendamiento con opción de compra de un edificio a construir sobre los solares y locales sitos en la calle xxxx1 nº 3, 5 y 7, y calle xxxx2 nº 6, 8, 12 y 14, para su utilización como oficinas y servicios municipales centralizados*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

## DICTAMEN

### I

#### ANTECEDENTES DE HECHO

El día 2 de julio de 2009 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de xxxxx para declarar la nulidad del acto de adjudicación y del contrato de arrendamiento con opción de compra de un edificio a construir sobre los solares y locales sitos en la calle xxxx1 nº 3, 5 y 7, y calle xxxx2 nº 6, 8, 12 y 14, para su utilización como oficinas y servicios municipales centralizados*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 6 de julio de 2009, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 696/2009, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico



del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Amilivia González.

**Primero.-** Mediante Decreto del Alcalde, de fecha 18 de noviembre de 2004, se anunció la intención del Ayuntamiento de disponer en régimen de propiedad, de arrendamiento con opción de compra o a través de cualquier otro negocio jurídico adecuado, de un edificio -ya construido o por construir, de nueva planta o rehabilitado- para la reubicación centralizada de los servicios administrativos municipales, dentro del ámbito del conjunto histórico-artístico de la ciudad. Dicho edificio debería entregarse, debidamente acondicionado, en el plazo máximo de dos años y medio desde la firma del correspondiente contrato.

Tal Decreto se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de xxxxx nº 142, de 26 de noviembre de 2004 (y su corrección de errores en el nº 144, de 1 de diciembre de 2004), y en los periódicos locales "ppppp de xxxxx" y "pppp1" el 28 de noviembre de 2004.

El anuncio se comunicó asimismo a ocho agencias inmobiliarias de la ciudad y a CEOE-CEPYME, al objeto de lograr una mayor difusión del anuncio e invitar a aquellas para que pudieran presentar manifestaciones de interés en el plazo de un mes.

Durante el plazo concedido, se presentaron cinco manifestaciones de interés, relativas a ubicaciones situadas dentro del casco histórico de la ciudad.

**Segundo.-** En un informe fechado el 30 de mayo de 2005, el arquitecto municipal consideró que la oferta más idónea era la presentada por la entidad qqqqq, S.L., que comprendía la actuación sobre las parcelas sitas en las calles xxxx1 nº 5 y 7, y xxxx2 nº 12 y 14, y los locales de los edificios situados en el nº 3 de la calle xxxx1, y en los nº 6 y 8 de la calle xxxx2.

En dicho informe se calculó una superficie total de las parcelas y locales ofertados de 2.700 m<sup>2</sup>, valorada entre 7.500.000 y 8.000.000 euros, teniendo en cuenta los valores habituales de mercado de suelo y construcciones en la zona. No obstante, se afirmaba que la valoración debería ajustarse una vez conocidos los datos exactos de superficies.



**Tercero.-** Por Decreto del Alcalde de 8 de julio de 2005, se acordó iniciar el expediente administrativo para la "contratación directa con la propiedad de los inmuebles sitos en la c/ xxxx1 núms. 5 y 7, y c/ xxxx2 de xxxxx núms. 12 y 14, así como de los locales de los edificios nº 3 de la primera de las citadas y núms. 6 y 8 de la segunda, para el arrendamiento, con opción de compra, del edificio a construir sobre dichos inmuebles debidamente adecuado para su utilización como oficinas y servicios municipales, mediante procedimiento negociado sin publicidad".

Figuran en el expediente un informe-propuesta de la técnico del Servicio de Contratación, visado por el Secretario General, y un informe favorable a la contratación del Interventor General, fechados los días 5 y 7 de septiembre de 2005, respectivamente.

El Pleno del Ayuntamiento aprobó, en sesión extraordinaria celebrada el 12 de septiembre de 2005, el pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación citada. En él figura que el edificio a construir deberá contar como superficies construidas mínimas con 3.300 m<sup>2</sup> sobre rasante y 1.000 m<sup>2</sup> bajo rasante; como presupuesto máximo (sic) que había de servir como tipo de base para el contrato, la cantidad de 720.000,00 euros anuales, I.V.A. incluido; un precio máximo de la venta del edificio (en el momento de ejercitar la opción de compra) de 10.000.000,00 de euros; y una duración del contrato de arrendamiento con opción de compra del futuro edificio, de 25 años, contados a partir de la entrega de las llaves del futuro edificio a construir en los solares y locales indicados, y formalización del acta de entrega del mismo. Se plasman asimismo las obligaciones de las partes, los plazos parciales y demás condiciones del contrato a suscribir; entre ellas, se señala que la obligación de abonar la renta por parte del Ayuntamiento, como arrendatario se iniciará a partir del momento de la entrega del edificio una vez construido y adecuado a los fines que se pretenden.

En el mismo acuerdo plenario se convocó el procedimiento negociado sin publicidad y se otorgó a la entidad qqqqq, S.L., en calidad de propietaria de los inmuebles ofrecidos, un plazo para que presentara la oferta.

La citada entidad comunicó durante ese plazo al Ayuntamiento que los derechos de propiedad que ostentaba sobre los edificios, solares y locales sobre



los que presentó la oferta habían sido cedidos a la empresa qqqq1, S.A. Ante ello, se invitó a esta empresa para que presentara su oferta hasta el 26 de enero de 2006.

Consta en el expediente la oferta presentada por D. yyyyy, en representación de la empresa qqqq1, S.A., en la que se contienen dos variantes (con incremento de superficie y del precio de licitación) y se incluyen diversas modificaciones en relación con las condiciones consignadas en el pliego de cláusulas administrativas particulares; entre ellas, la exclusión de los locales sitos en los números 6 y 8 de la calle xxxx2.

El 27 de enero de 2006 se reunió la Mesa de Contratación para proceder a la apertura de la oferta presentada. Se emitieron informes por el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos del Servicio de Obras Públicas y Mantenimiento, que consideró más idónea la variante B (que implica un precio por metro cuadrado inferior al fijado en el pliego de cláusulas administrativas particulares); por la técnico del Servicio de Patrimonio, que puso de manifiesto los aspectos de la oferta que se apartaban de lo establecido en el pliego; y por el Secretario General, que expuso su opinión favorable a la negociación de los términos del contrato siempre que no se desnaturalizara el pliego de condiciones ni se produjeran efectos discriminatorios en el procedimiento.

El 30 de enero de 2006, la Mesa de Contratación propuso adjudicar el contrato de arrendamiento de inmueble urbano, con opción de compra, del futuro edificio a construir sobre los solares y locales sitos en la calle xxxx1 nº 3, 5 y 7, y calle xxxx2 nº 6, 8, 12 y 14, para su utilización como oficinas y servicios municipales centralizados, a D. yyyyy, en representación de la empresa qqqq1, S.A

**Cuarto.-** El Pleno del Ayuntamiento, en sesión extraordinaria de 2 de febrero de 2006, y previo dictamen de la Comisión de Régimen Interior, Economía y Hacienda, acordó adjudicar el contrato conforme a la propuesta realizada por la Mesa de Contratación. La adjudicación se efectuó aceptando la variante B ofertada, con una superficie construida sobre rasante de 4.100 m<sup>2</sup>, y bajo rasante 1.400 m<sup>2</sup>, por el precio de 893.200 euros anuales, I.V.A. incluido.

**Quinto.-** Obran asimismo en el expediente los siguientes documentos:



- Dos escritos del Secretario General (según afirma en su informe de 29 enero de 2007), fechados los días 28 de abril y 26 de mayo de 2006, en los que se formulan observaciones en relación con diversos aspectos dudosos del contrato.

- Comunicaciones internas entre la Secretaría General y otros órganos municipales sobre diversas cuestiones relativas al contrato (concreción de la plusvalía, del I.V.A., etc.).

- Informe del arquitecto municipal, de fecha 22 de diciembre de 2005 (que no figuraba en el expediente de contratación, como constatan los Servicios de Patrimonio y Contratación), que versa sobre la idoneidad de los precios que se incluyeron en la oferta presentada.

- Informe del Jefe de Servicio de Hacienda, de 24 de noviembre de 2006, en el que realiza *a posteriori* un estudio financiero del proyecto adjudicado.

- Informe de 30 de noviembre de 2006, de la técnico del Servicio de Patrimonio, en el que se ratifica en lo expuesto en su informe dirigido a la Mesa de Contratación.

- Comunicaciones entre la Secretaría General y el Interventor General, en relación con la necesidad de determinado informe.

- Informe del Servicio de Contratación, de 11 de enero de 2007.

- Informe del Secretario General del Ayuntamiento, fechado el 29 de enero de 2007, en el que, ante las irregularidades advertidas en la adjudicación del contrato (entre otras, no haberse pronunciado sobre las modificaciones ofertadas por el adjudicatario) desaconseja la firma del contrato y propone declarar la lesividad del acuerdo de adjudicación.

**Sexto.-** El 23 de febrero de 2007, la empresa adjudicataria presentó un escrito en el que instaba al Ayuntamiento a la formalización del contrato, y reclamaba los daños y perjuicios ocasionados por la demora en la formalización y ejecución del contrato, que valoraba, a fecha 31 de diciembre de 2006, en 203.578,81 euros.



Manifestaba asimismo, ante los reparos formulados por el Secretario, que la adjudicación era válida (a cuyo efecto aporta un dictamen jurídico).

**Séptimo.-** Con fecha 6 de marzo de 2007, se elevó a escritura pública el contrato privado de arrendamiento de inmueble con opción de compra del "arrendamiento de inmueble urbano, con opción de compra, del futuro edificio a construir sobre los solares y locales sitos en la Calle xxxx1 núms. 3, 5 y 7 y Calle xxxx2 núms. 6, 8, 12 y 14 de xxxxx, para su utilización como oficinas y servicios municipales centralizados". Dicho contrato fue suscrito por el Concejal Delegado de Fomento y Turismo (por Delegación del Alcalde de 5 de marzo de 2007) y por D. yyyyy.

En dicho contrato se excluyen expresamente los locales sitos en los nº 6 y 8 de la calle xxxx2, y se incorporan las modificaciones que se recogían en la oferta presentada por el adjudicatario.

**Octavo.-** Mediante Acuerdo del Pleno de 21 de septiembre de 2007, se iniciaron los trámites de revisión del contrato de arrendamiento con opción de compra, y del acuerdo de adjudicación.

Con posterioridad se emitieron los siguientes informes:

- Informe, fechado el 18 de abril de 2008, emitido conjuntamente por los Servicios de Patrimonio y Contratación en el que consideran, a la vista de los incumplimientos advertidos en el expediente, que existen defectos suficientes como para poder acordar la declaración de lesividad del contrato.

- Comunicación interna, de 19 de mayo de 2008, del Secretario General en la que ratifica el criterio expuesto en su informe de 29 de enero de 2007.

- Informe, de fecha 22 de mayo de 2008, del Interventor General en el que estima que existen defectos en el acto de adjudicación y en el contrato cuya entidad permite declarar la nulidad de pleno derecho.

- Informe del Secretario General, de 30 de junio de 2008.



**Noveno.-** Mediante Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, de 8 de julio de 2008, se acordó iniciar el procedimiento de revisión de oficio del contrato de arrendamiento con opción de compra, y del acto de adjudicación de éste.

**Décimo.-** Concedido el trámite de audiencia, la empresa contratista presentó el 5 de septiembre de 2008 un escrito en el que se oponía a la revisión pretendida.

**Decimoprimer.-** Con fecha 19 de septiembre de 2008 los Servicios de Contratación y de Patrimonio, a la vista de las alegaciones formuladas, se ratificaron en el contenido de su anterior informe de 18 de abril de 2008.

**Decimosegundo.-** El 26 de septiembre de 2008, el Ayuntamiento remitió el expediente administrativo a la Consejería de Interior y Justicia, al objeto de solicitar el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León.

**Decimotercero.-** Mediante Acuerdo del Presidente del Consejo Consultivo de 19 de noviembre de 2008, se inadmitió a trámite la solicitud de dictamen.

La inadmisión se fundamentaba en que el expediente se remitía de forma incompleta, al no incluirse en él "el borrador, proyecto o propuesta de resolución exigido por el artículo 51 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre", según el cual las solicitudes de dictamen "deberán incluir toda la documentación y antecedentes necesarios para dictaminar sobre las cuestiones consultadas, así como el borrador, proyecto o propuesta de resolución".

A lo anterior, el Acuerdo referenciado añadía:

"Se advierte, además, que se ha producido la caducidad del procedimiento de revisión de oficio, al haber transcurrido el plazo para resolver, de conformidad con lo establecido en el artículo 102.5 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sin que conste, por otra parte, que se haya hecho uso de la facultad de suspensión del plazo a que se refiere el artículo 42.5 c) de la Ley referida.



»Ello no imposibilita la incoación de un nuevo procedimiento de revisión de oficio; con la posibilidad de conservación de actos y trámites contemplada en el artículo 66 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sin perjuicio de la posible utilización de las facultades de suspensión de plazos cuyo acuerdo deberá ser notificado a los interesados para que produzca efectos la suspensión, de acuerdo con lo anteriormente señalado”.

**Decimocuarto.-** Posteriormente, el Ayuntamiento de xxxxx, no aceptando “los planteamientos formulados por el Consultivo en acto de 19 de noviembre de 2008”, solicitó el 4 de diciembre la modificación del Acuerdo del Presidente del Consejo Consultivo, de 19 de noviembre, pues -según informe del Secretario General de la Corporación municipal- “no sólo no enerva a este órgano nihilizando su actuación, sino antes al contrario, lo refuerza en el deber de informar conforme a lo solicitado por el Ayuntamiento de xxxxx acerca de la nulidad absoluta o radical del artículo 102 indisociable e inescindiblemente unido con el también artículo 62, ambos de la Ley L.R.J. y P.A.C.”.

El Ayuntamiento de xxxxx consideraba igualmente que el Consejo Consultivo de Castilla y León no es competente para declarar la caducidad del procedimiento y consideraba innecesaria la formulación de una propuesta de resolución, dado que las causas de nulidad se infieren del expediente administrativo. En justificación de sus argumentos enumeraba principios administrativos como “*in dubio pro actione*”, “tutela administrativa efectiva” y “eficaz en la eficiencia”.

**Decimoquinto.-** El Consejo Consultivo, en respuesta a este último escrito, se ratificó, por Acuerdo de su Presidente de 23 de diciembre de 2008, en el anterior Acuerdo de 19 de noviembre. Con el fin de aclarar aún más los argumentos en que se fundaba la inadmisión de la solicitud de consulta, añade lo siguiente:

“La existencia de la propuesta de resolución, elaborada, una vez instruido el procedimiento administrativo, en este caso de revisión de oficio, se considera imprescindible para que el Consejo Consultivo pueda emitir su dictamen teniendo en cuenta los términos en que se encuentre formulada la referida propuesta. No es suficiente para ello el Acuerdo del Ayuntamiento Pleno, de 8 de julio, de incoación del “expediente de declaración de nulidad del contrato de arrendamiento con opción de compra (...)”, así como el acuerdo





plenario de adjudicación del contrato”, por cuanto que con posterioridad debe incorporarse al expediente la documentación resultante de la práctica del trámite de audiencia a los interesados, así como cualquier otro documento o informe aportado al expediente, que deberán ser tenidos en cuenta en la elaboración de la propuesta en el sentido que en cada caso proceda”.

En relación con la posible caducidad del procedimiento, en este mismo Acuerdo de 23 de diciembre de 2008 se reiteraba lo siguiente:

“Independientemente de la existencia de la causa que motiva la inadmisión de la solicitud de consulta, se advierte en el Acuerdo de 19 de noviembre, cuya modificación se solicita, a título informativo, que se ha producido la caducidad del procedimiento de revisión de oficio, al haber transcurrido el plazo para resolver, de conformidad con lo establecido en el artículo 102.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin que conste, por otra parte, que se haya hecho uso de la facultad de suspensión del plazo a que se refiere el artículo 42.5 c) de la Ley referida. Esta advertencia se realiza con el fin de que la Administración consultante reconsidere la posibilidad de iniciar de nuevo el procedimiento de revisión y evitar que el dictamen que en su día se emitiera únicamente pudiera limitarse a declarar caducado el procedimiento”.

**Decimosexto.-** El Ayuntamiento de xxxxx, en sesión ordinaria celebrada por el Pleno el 27 de febrero de 2009, según certificado expedido por su Secretario, acordó por mayoría simple “Solicitar del Consejo Consultivo el preceptivo y obligatorio dictamen, si el Ayuntamiento sigue por la vía de la nulidad radical” sobre el “Acuerdo plenario de adjudicación de contrato de arrendamiento con opción de compra de inmueble para nueva Casa Consistorial sito en C/ xxxx1”. No constaba que se hubiera acordado el inicio de un nuevo procedimiento de revisión de oficio.

A la solicitud de dictamen se acompañaba un índice numerado de la copiosa documentación a que dio lugar, primero, el expediente de contratación por procedimiento negociado sin publicidad “con la propiedad de los inmuebles sitios en la C/ xxxx1 núms. 5 y 7 y C/ xxxx2 de xxxxx núms. 12 y 14, así como de los locales de los edificios nº 3 de la primera de las citadas y núms. 6 y 8 de la segunda, para el arrendamiento, con opción de compra del edificio a construir



sobre dichos inmuebles debidamente adecuado para su utilización como oficinas y servicios municipales”, contrato elevado a público el 6 de marzo de 2007; y, segundo, la revisión de oficio del referido contrato, procedimiento cuya incoación tuvo lugar por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de xxxxx, adoptado por mayoría absoluta en sesión extraordinaria celebrada el 8 de julio de 2008.

**Decimoséptimo.-** El Consejo Consultivo de Castilla y León, en su Dictamen 352/2009, de 21 de abril, consideró que procedía declarar la caducidad del procedimiento de revisión tramitado.

**Decimooctavo.-** El 12 de mayo de 2009, la Alcaldesa acordó iniciar un nuevo procedimiento de revisión de oficio del contrato de arrendamiento con opción de compra, y del acto de adjudicación de éste.

**Decimonoveno.-** Obran incorporados al nuevo expediente de revisión los siguientes informes:

- Informe conjunto de los Servicios de Contratación y de Patrimonio, de fecha 12 de mayo de 2009, sobre la concurrencia de causas de nulidad en los actos cuya nulidad se pretende.

- Informe del Secretario General, fechado el 12 de mayo de 2009.

**Vigésimo.-** Concedido el trámite de audiencia, la empresa contratista volvió a oponerse a la revisión pretendida.

**Vigesimoprimer.-** Con fecha 16 de junio de 2009, el Secretario General, el Servicio de Contratación y el Servicio de Patrimonio informaron desfavorablemente las alegaciones formuladas por la empresa.

**Vigesimosegundo.-** El 16 de junio de 2009, la Alcaldesa solicitó el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León, y acordó la suspensión del plazo máximo para resolver, al amparo del artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Dicho acuerdo fue notificado a la empresa el 17 de junio.



**Vigesimotercero.-** El 23 de junio de 2009, la empresa contratista presentó un nuevo escrito alegaciones en el que, en esencia, reitera las formuladas con anterioridad.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

## **II CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**1ª.-** El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 2º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado b), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

Además, la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo resulta justificada, con toda claridad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Del referido artículo se deduce que dicho dictamen es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, ya que ésta sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiera sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

**2ª.-** La competencia para resolver el procedimiento corresponde al órgano de contratación, conforme establece el artículo 64 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP). En este caso, al Pleno del Ayuntamiento (artículo 22.2.n) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local).

**3ª.-** El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento de revisión de oficio, tramitado por el Ayuntamiento de xxxxx, por el que se



pretende declarar la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación y del contrato de arrendamiento con opción de compra de un edificio a construir sobre los solares sitos en la calle xxxx1 nº 3, 5 y 7, y calle xxxx2 nº 6, 8, 12 y 14, para su utilización como oficinas y servicios municipales centralizados.

La primera cuestión que ha de abordarse es la de la naturaleza jurídica del contrato cuya nulidad se pretende, pues de ello depende el alcance de la potestad revisora de la Administración consultante.

Ha sido admitido por todos los intervinientes en el procedimiento (Secretario del Ayuntamiento, Jefes de Servicio, contratista, etc.) que el contrato de arrendamiento con opción de compra suscrito por el Ayuntamiento tiene la consideración de contrato privado de la Administración, de conformidad con lo previsto en el artículo 5.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP), y en el artículo 112.2.3ª del Texto Refundido de las disposiciones legales en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril. Esta cuestión, no obstante, será objeto algunas observaciones en la consideración jurídica 6ª.

Considerando, sin perjuicio de lo que se expondrá al final del dictamen, que el contrato suscrito tiene naturaleza privada, el régimen jurídico aplicable viene recogido en el artículo 9 del TRLCAP, cuyos apartados 1 y 3 señalan:

“1. Los contratos privados de las Administraciones públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado. A los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables se les aplicarán, en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones públicas. (...)

»3. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia,



podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción”.

De acuerdo con este precepto, la Administración puede revisar y anular, en su caso, los actos de preparación y adjudicación de los cuales trae causa el contrato; nulidad que, a su vez, podrá aducirse ante los tribunales civiles. Sin embargo, la nulidad del contrato privado ha de invocarse ante la jurisdicción civil, no pudiendo la Administración revisarlo de oficio.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 43/07, de 29 de octubre de 2007, señaló que tratándose de un contrato de naturaleza jurídico-privada “es evidente que no cabe aplicar para su resolución las potestades que asisten a la Administración en aquellos casos en que actúa en el ámbito del Derecho Administrativo y en consecuencia no podrá acordar y ejecutar de modo unilateral la resolución. Por el contrario debe valerse de las técnicas propias del derecho privado, lo que implica, en caso de no consentir la resolución el interesado, acudir a la jurisdicción ordinaria en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para obtener la resolución contractual y el desahucio del inmueble”. Argumento que se considera aplicable también para la anulación de contratos privados de la Administración.

Por ello, teniendo en cuenta lo expuesto, el presente dictamen aborda el examen de las causas de nulidad invocadas por el Ayuntamiento que se refieran de forma exclusiva a los actos de preparación y adjudicación del contrato. Ello sin perjuicio de las observaciones que se efectuarán en la consideración jurídica 6ª en relación con el propio contrato.

**4ª.-** Partiendo de las premisas anteriores, es preciso determinar la normativa aplicable y el procedimiento a seguir para la revisión de oficio de los actos administrativos de preparación y adjudicación de un contrato privado de la Administración.

En cuanto a la normativa aplicable, la disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público, dispone que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior (disposición referida únicamente a los contratos



administrativos y no a los privados). Por ello, ante la ausencia de una regla transitoria específica para los contratos privados, ha de aplicarse supletoriamente tal previsión, al amparo del artículo 4.3 y de la disposición transitoria segunda del Código Civil, y del viejo aforismo *tempus regit factum* (todo hecho jurídico se regula por la ley del tiempo en que el hecho quedó jurídicamente realizado).

En el presente caso, teniendo en cuenta que el contrato fue adjudicado por el Pleno del Ayuntamiento en su sesión de 2 de febrero de 2006, la normativa aplicable viene determinada fundamentalmente por el TRLCAP y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

El artículo 61 del TRLCAP establece que “Los contratos regulados en la presente Ley serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes”.

El artículo 62 recoge como causas de nulidad de Derecho administrativo las siguientes:

“a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

»b) La falta de capacidad de obrar o de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, o el estar incurso el adjudicatario en alguna de las prohibiciones o incompatibilidades señaladas en el artículo 20 de esta Ley.

»c) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la Ley General Presupuestaria [actualmente artículo 46 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria] y las demás normas de igual carácter de las restantes Administraciones públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia”.

El artículo 63 del TRLCAP señala que “Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y en



especial de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con el artículo 63 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

En relación con el procedimiento, el artículo 64.1 del TRLCAP dispone que “La declaración de nulidad de los contratos por las causas expresadas en el artículo 62 podrá ser acordada por el órgano de contratación, de oficio o a instancia de los interesados, de conformidad con los requisitos y plazos establecidos en el artículo 102 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

Respecto a los efectos de la declaración de nulidad, el artículo 65 prevé:

“1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

»2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afectará a éstos y sus consecuencias.

»3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio”.

Finalmente, el artículo 66, bajo el epígrafe “Causas de invalidez de derecho civil”, indica que “La invalidez de los contratos por causas reconocidas en el derecho civil, en cuanto resulten de aplicación a la contratación administrativa, se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidos en el ordenamiento civil, pero el procedimiento para hacerlas valer se someterá a lo previsto en los artículos anteriores para los actos y contratos administrativos anulables”.

En relación con el procedimiento a seguir, y por lo que respecta a las entidades locales, el artículo 4.1.g) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora



de las Bases del Régimen Local, reconoce con carácter general a los municipios, en su calidad de Administraciones Públicas de naturaleza territorial, la potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos, dentro de la esfera de sus competencias. Por su parte, el artículo 53 de la misma ley establece que, sin perjuicio de las específicas previsiones de sus artículos 65, 67 y 110, "las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común"; y en los mismos términos se pronuncia el artículo 218.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2.568/1986, de 28 de noviembre. Dicha remisión a la legislación estatal sitúa actualmente la cuestión en los artículos 102 a 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (a los que remite también, como se ha expuesto, el artículo 64 del TRLCAP).

El artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, exige que, para dar curso al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, concurren los siguientes presupuestos:

- La existencia de un acto administrativo finalizador de un procedimiento o que haya ganado firmeza por no haber sido impugnado en tiempo y forma.
- Que dicho acto haya puesto fin a la vía administrativa y haya causado estado en dicha vía.
- Que la solicitud de revisión de oficio se inste por persona interesada o de oficio por la propia Administración.

Dicho precepto no contempla, sin embargo, un procedimiento específico para la revisión de oficio de los actos administrativos, sino que se limita a exigir el dictamen previo favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. Por ello, resultan de aplicación las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos contenidas en el título VI de la citada ley.

A la vista de la documentación obrante en el expediente, puede afirmarse que el procedimiento se ha tramitado de acuerdo con lo previsto en la





Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Así, figura el acuerdo de iniciación adoptado por el Pleno, la concesión del trámite de audiencia a la empresa contratista – que ha presentado alegaciones-, y la propuesta de resolución. Asimismo, se han incorporado al expediente informes del Servicio de Contratación, del Servicio de Patrimonio y del Secretario del Ayuntamiento relativos a la eventual concurrencia de causas de nulidad en el acuerdo de adjudicación del contrato de arrendamiento y en el contrato suscrito. Finalmente, la exigencia de informe del Consejo Consultivo se cumple con la emisión del presente dictamen.

No consta, sin embargo, el acuerdo de nombramiento de instructor del procedimiento y su notificación a la empresa; si bien se infiere del expediente que la actuación instructora se ha realizado directamente por el Secretario del Ayuntamiento.

Finalmente, ha de ponerse de manifiesto que, en este caso, no se ha producido la caducidad del procedimiento de revisión de oficio. El artículo 102.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone que “cuando el procedimiento (de revisión) se hubiere iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo”.

En el presente caso, el procedimiento ha sido incoado de oficio mediante Decreto de la Alcaldesa, de 12 de mayo de 2009, habiéndose suspendido el plazo máximo para dictar y notificar la resolución mediante Acuerdo de la Alcaldesa, de 16 de junio de 2009 (notificado a la empresa el 17 de junio), es decir, antes de expirar el plazo de tres meses citado.

Teniendo en cuenta lo anterior, y que tampoco ha transcurrido el plazo máximo de suspensión establecido en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es claro que el procedimiento no ha caducado.

**5ª.-** En cuanto al fondo del asunto, el Ayuntamiento pretende declarar la nulidad de pleno derecho del contrato de arrendamiento con opción de compra y del acto de adjudicación de éste, por considerar que concurren las causas prevista en las letras e) y f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido; y actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición).



Con carácter previo, ha de insistirse en que, como se ha expuesto *ut supra*, la Administración ostenta la potestad de revisar los actos administrativos que hubiera dictado (en este caso, los actos de preparación y adjudicación) cuando en ellos concurre alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en la ley. No puede, sin embargo, anular por sí misma los contratos privados que sean consecuencia de aquellos actos, sino que, según se desprende del TRLCAP y del informe citado de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, tales contratos han de ser impugnados ante la jurisdicción civil; ello sin perjuicio de los efectos de la declaración de nulidad previstos en el artículo 65 del TRLCAP.

Hecha esta salvedad, debe recordarse que, tal y como ha manifestado el Consejo de Estado, la revisión de oficio de los actos administrativos constituye un supuesto excepcional en virtud del cual la Administración, conforme a una privilegiada facultad de autotutela, puede, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, anular o declarar la nulidad de sus propios actos sin necesidad de acudir al proceso jurisdiccional contencioso-administrativo. "Se trata de un auténtico procedimiento administrativo especial de naturaleza autónoma" (dictámenes del Consejo de Estado 447/94, de 21 de abril de 1994; 3.493/97, de 24 de julio de 1997; 4.313/1998, de 19 de noviembre de 1998).

En el mismo sentido, el Dictamen 2441/2000, de 5 de diciembre, señaló que "la revisión de oficio constituye un cauce de utilización excepcional y de carácter limitado ya que comporta que, sin mediar una decisión jurisdiccional, la Administración puede volver sobre sus propios actos dejándolos sin efecto. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio sino que ello sólo es posible cuando concurre de modo acreditado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos (Dictamen de 8 de octubre de 1998 y, en una línea de pensamiento análogo, el Dictamen de 30 de marzo de 2000)".

Las causas habilitantes para que la Administración Pública declare la nulidad de un contrato son las enumeradas en el artículo 62 del TRLCAP, cuya letra a) se remite al 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Las causas de nulidad han de ser objeto de interpretación estricta, habida cuenta, de una parte, su propia naturaleza, y, de otra, el carácter singular de la potestad administrativa de autotutela prevista en el artículo 102 del mismo cuerpo legal.



Procede, pues, analizar por separado las causas de nulidad invocadas por el Ayuntamiento en el procedimiento de revisión de oficio tramitado. Así, se señala en la propuesta de resolución:

“(…) la nulidad de pleno derecho del expediente se puede fundamentar en los apartados e) y f) del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dado que el artículo 11.c) del TRLCAP establece que entre los requisitos de los contratos está la determinación del objeto de los mismos, y el artículo 13 del citado texto legal dispone que el objeto de los contratos deberá ser determinado y su necesidad para los fines del servicio público correspondiente se justificará en el expediente, y en la plica correspondiente a D. yyyyy, en representación de la empresa qqqq1, S.A., se puede constatar que se ha producido una modificación en el objeto del contrato incluido en el [pliego de cláusulas administrativas particulares], toda vez que se disminuye las superficies en los locales ofertados en relación con las previstas en el pliego (se suprimen en la oferta los solares de los números 6 y 8 de la Calle xxxx2). Además, se incumple con lo previsto en los artículos 80, 87 y 92 del TRLCAP, completado por el artículo 93 del RLCAP, porque ni la invitación remitida a qqqq1, S.L. (sic) con fecha 16 de enero de 2006 ni el pliego de cláusulas administrativas particulares incluyen la posibilidad de incluir variantes, y la empresa qqqq1, S.L. (sic) presentó incluidas en su propuesta dos variantes no admisibles y modificó al alza el precio del contrato, al aceptar el Ayuntamiento la variante de la oferta que incluía una superficie construida sobre rasante de 4.100 m<sup>2</sup> y bajo rasante 1.400 m<sup>2</sup>, por el precio de 893.200 euros anuales, IVA incluido, lo que supone una cantidad mensual de 74.433,33 euros, IVA incluido.

»Por otro lado, en base a lo previsto en el apartado 5º del artículo 49 del TRLCAP, una vez fijadas en los pliegos las condiciones administrativas que se consideren convenientes, el Ayuntamiento habrá de adjudicar el contrato conforme a los mismos. Además, en base al artículo 54 del TRLCAP y el artículo 71 del RGLCAP, los contratos de la Administración se deberán formalizar en documento administrativo, formalización en la que deberá estar presente, en base a lo dispuesto en el artículo 2 del RD 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, el Secretario



General de la Corporación, al que corresponde la función de la fe pública que comprende, entre otras funciones, la de autorizar contratos y documentos administrativos análogos en que intervenga la Entidad, no subsanable por la protocolización ante fedatario público”.

*Prima facie*, el Ayuntamiento parece fundar la nulidad de la adjudicación del contrato principalmente en la causa recogida en la letra e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido), invocando como residual el motivo previsto en la letra f) (“actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”). Ante ello, tras exponer la jurisprudencia y la doctrina existente sobre las causas referidas, se van a examinar de forma individual los vicios alegados.

A) En relación con la causa de nulidad recogida en la letra e), es doctrina reiterada del Consejo de Estado (Dictámenes 173/2008, de 30 de abril; y 2002/2008, de 11 de diciembre) que, “para que sea aplicable, es necesario que la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías en la tramitación que se caractericen por su especial gravedad” (Dictámenes 542/1996, de 7 de marzo; 926/1997, de 3 de abril; 4.894/1997, de 23 de octubre; 6.175/1997, de 19 de febrero de 1998). En otros Dictámenes (2.301/1998, de 10 de septiembre) se dice que “es necesario apreciar con rigor que el procedimiento se ha violentado de modo terminante y claro (...) debiendo justificarse cumplidamente que se ha producido alguna anomalía esencial en su tramitación”. En un sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Supremo, al requerir “omisiones sustanciales y de entidad, equiparables a la falta de aquellos requisitos procedimentales que configuran la esencialidad del procedimiento” (Sentencia de 12 de julio de 1993) o bien al entender que se produce por “el seguimiento de un procedimiento completamente opuesto al correcto” (Sentencia de 20 de abril de 1990). E, igualmente, otros dictámenes que exigen “omisiones sustanciales y de entidad, equiparable a la falta de aquellos requisitos procedimentales que configuran la esencialidad del procedimiento” (Dictamen 906/1996, de 28 de marzo), o una omisión de “hitos esenciales” del procedimiento (Dictámenes 45.853, de 17 de noviembre de 1983, y 1.532/1992, de 4 de marzo de 1993).



Sobre la misma cuestión, el propio Consejo de Estado, en su Dictamen 1365/2008, de 13 de noviembre, expone que este motivo de nulidad “supone una total inaplicación del procedimiento legalmente establecido, sin que sea suficiente advertir omisiones o infracciones de tramitación. La ausencia total de procedimiento debe ser entendida en el sentido de que no existan los engarces formales necesarios en el *iter* administrativo para concluir en el acto que se pretende emanar, envolviendo tales ausencias o errores procedimentales un radical vicio con irremediables efectos sobre el acto administrativo final (Dictámenes 2.756/96, de 25 de julio, y 1.950/2004, de 23 de septiembre). Ni siquiera la omisión del trámite de audiencia da lugar `siempre y de forma automática´ a la nulidad por esta causa (Dictamen 3.035/95, de 25 de abril), sino que resulta necesario, como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1991, `ponderar, en cada caso, las consecuencias producidas por tal omisión en la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido´”.

Por otro lado, en cuanto al motivo de nulidad establecido en la letra f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (“actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”), debe recordarse que tal causa de nulidad viene siendo interpretada muy estrictamente por el Consejo de Estado. Una aplicación en puridad de dicha categoría de modo que permita darle significado y entidad propia por contraste con los supuestos de anulabilidad (artículo 63 de la misma Ley 30/1992), postula evitar un entendimiento amplio de los “requisitos esenciales” para la adquisición de facultades o derechos, pues de otro modo se llegaría fácilmente a una desnaturalización de las causas legales de invalidez.

Tal y como señalaba el Consejo de Estado en su Dictamen 1.393/1998, de 9 de septiembre, procede recordar el criterio riguroso que se viene aplicando para subsumir un caso en el supuesto del artículo 62.1.f), por cuanto una laxitud en cuya virtud se pudiera transitar desde el vicio de legalidad a la apreciación, por concurrencia, de la ausencia de un requisito esencial (entendido por tal el legalmente exigido), arrasaría la distinción entre grados de invalidez y atentaría gravemente contra la seguridad jurídica al permitir cuestionar, en cualquier momento, no sólo los actos incursos en un vicio de singular relevancia para el interés público concreto y para el genérico



comprometido en la legalidad del actuar administrativo, sino todos los actos en los que una prescripción legal hubiera sido vulnerada o un requisito legal se hubiera desconocido. Así pues, se requiere no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales, es decir, relativos a la estructura definitoria del acto, para la adquisición de los derechos por su beneficiario.

En este sentido cabe recordar la distinción, realizada por el Consejo de Estado en numerosos dictámenes (véanse el nº 2.454/1994, antes citado, o los nº 5.577/1997 y 5.796/97, entre otros muchos), entre «requisitos necesarios» y «requisitos esenciales». No todos los requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de «esenciales».

La cuestión principal consiste en determinar qué requisitos pueden ser considerados como esenciales, lo cual no puede establecerse apriorísticamente para todos los supuestos, sino de manera individual para cada uno de ellos.

B) Entrando a examinar los vicios invocados por el Ayuntamiento, se alega, en primer lugar, que “en la plica correspondiente a D. yyyyy, en representación de la empresa qqqq1, S.A., se puede constatar que se ha producido una modificación en el objeto del contrato incluido en el [pliego de cláusulas administrativas particulares], toda vez que se disminuye las superficies en los locales ofertados en relación con las previstas en el pliego (se suprimen en la oferta los locales de los números 6 y 8 de la Calle xxxx2)”. Considera que ello implica una vulneración del artículo 11.c) del TRLCAP (que establece que entre los requisitos de los contratos está la determinación del objeto de los mismos), y del artículo 13 del mismo texto legal (que dispone que el objeto de los contratos deberá ser determinado y su necesidad para los fines del servicio público correspondiente se justificará en el expediente).

En efecto, la oferta presentada por la empresa adjudicataria contenía dos variantes -diferenciadas por superficies y precios distintos, y que ambas parecen incluir la modificación aludida (supresión de los números 6 y 8 de la calle xxxx2).

Sin embargo, el acuerdo de adjudicación del contrato comprende de forma expresa los citados solares como objeto del contrato, y tal acuerdo no ha



sido impugnado por el adjudicatario -lo que presupone su aceptación-. No se recogen en el expediente las razones que motivaron la inclusión en el acuerdo plenario de los solares citados manteniendo el precio de la variante B. Lo que resulta evidente es que, desde un punto de vista formal y atendiendo a la literalidad del acuerdo, el acto de adjudicación no modifica el objeto contractual delimitado en el pliego.

Por ello, al no apreciarse, desde un punto de vista formal, alteración del objeto del contrato en el acto de adjudicación con respecto al pliego de cláusulas administrativas particulares, no cabe declarar la nulidad de pleno derecho por este motivo.

Cuestión distinta es la intención final pretendida por el Ayuntamiento que, según se desprende del contrato suscrito por el concejal delegado, pudiera haber sido la exclusión de los solares indicados. No obstante, ésta es una cuestión atinente exclusivamente al contrato propiamente dicho, de cuyas controversias, como se indicó *ut supra*, ha de conocer el orden jurisdiccional civil ex artículo 9.3 del TRLCAP, máxime cuando, como fácilmente se advierte, la delimitación del objeto del arrendamiento contenida en el contrato difiere del recogido en el acuerdo de adjudicación.

Sin perjuicio de lo anterior, incluso considerando que hubiera podido existir un error o una falta de concurrencia entre la oferta y la aceptación sobre el objeto del contrato, se trataría de una causa de invalidez de derecho civil. Aun cuando el artículo 66 del TRLCAP alude a la "invalidez de los contratos por causas reconocidas en el derecho civil, en cuanto resulten de aplicación a la contratación administrativa" y que "el procedimiento para hacerlas valer se someterá a lo previsto (...) para los actos y contratos administrativos anulables", este Consejo considera, junto con parte de la doctrina administrativista, que las citadas expresiones ("contratación administrativa" y "contratos administrativos anulables") han de interpretarse como referidas a la contratación pública, por lo que resultaría de aplicación también a los contratos privados. Conclusión que se desprende asimismo del artículo 61 del TRLCAP, que alude a todos los contratos regulados en dicha ley.

En este sentido, debe recordarse que la regla general en el Derecho Administrativo, cuando un acto infringe el ordenamiento jurídico, es la anulabilidad y no la nulidad (a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Civil).



Por ello, la concurrencia del citado vicio de derecho civil constituirá, en su caso, un motivo de anulabilidad para cuya declaración habrá de seguirse el procedimiento previsto para los actos y contratos administrativos anulables, es decir, exigirá la previa declaración de lesividad y su posterior impugnación judicial (artículos 66 del TRLCAP y 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

C) En segundo lugar, el Ayuntamiento señala que la adjudicataria “presentó incluidas en su propuesta dos variantes no admisibles y modificó al alza el precio del contrato, al aceptar el Ayuntamiento la variante de la oferta que incluía una superficie construida sobre rasante de 4.100 m<sup>2</sup> y bajo rasante 1.400 m<sup>2</sup>, por el precio de 893.200 euros anuales, IVA incluido”. Entiende, de esta forma, que “se incumple con lo previsto en los artículos 80, 87 y 92 del TRLCAP, completado por el artículo 93 del RLCAP, porque ni la invitación remitida a qqqq1, S.L. (sic) con fecha 16 de enero de 2006 ni el pliego de cláusulas administrativas particulares incluyen la posibilidad de incluir variantes”.

En relación con este motivo, deben analizarse por separado las dos circunstancias que se desprenden de la redacción transcrita.

- Por una parte, parece aludirse al incumplimiento del pliego de cláusulas administrativas particulares, en la medida de que se propusieron por el licitador dos variantes -con incremento de la superficie y del precio fijados por la Administración-; que tal posibilidad no estaba admitida por el pliego, y que, sin embargo, el Ayuntamiento aceptó una de ellas al adjudicar el contrato.

Debe partirse de que el procedimiento seguido para la adjudicación del contrato de arrendamiento fue un procedimiento negociado sin publicidad, del que se predicen unas notas que lo diferencian del abierto (subasta y concurso) y del restringido. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa así lo reconoció al señalar, en su Informe 21/97, de 14 de julio de 1997, consideración jurídica 2, lo siguiente:

“El procedimiento negociado, término procedente de las nuevas Directivas comunitarias, es un procedimiento de adjudicación de contratos, caracterizado frente a la subasta y al concurso, formas de adjudicación obligatorias en los procedimientos abiertos y restringidos, porque la adjudicación del contrato se adjudica, conforme señala el artículo 74.4 de la





Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 'previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios' y siendo la consulta y negociación los elementos esenciales definidores de este procedimiento de adjudicación, como antes lo eran de la contratación directa aunque la legislación anterior no era tan expresiva en este extremo, todas las cuestiones planteadas tienen que ser resueltas conciliando el principio de flexibilidad derivado de la negociación que caracteriza a este procedimiento de adjudicación con la preceptiva intervención de la Mesa de contratación prevista en el artículo 82 y en el artículo 93.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

»Con carácter general debe afirmarse que en el procedimiento negociado no existe una licitación en sentido estricto y técnico jurídico como existe en la subasta y en el concurso y que las ofertas a que se refiere el artículo 93 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como antes el artículo 37 de la Ley de Contratos del Estado, no son equiparables a las proposiciones a que se refiere el artículo 80 de la LCAP, entre otras razones y como fundamental, porque el precio u oferta económica es uno de los elementos, quizá el fundamental, que se negocia con los empresarios en el procedimiento negociado sin que pueda quedar fijado con carácter inalterable en la oferta a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones.

»Aunque en el procedimiento negociado, como en el resto de los procedimientos de adjudicación, el adjudicatario ha de reunir los requisitos positivos de capacidad solvencia y el negativo de no estar incurso en prohibición de contratar y sobre dichos requisitos ha de pronunciarse la Mesa, lo cierto es que la ausencia de única verdadera licitación y la falta de un trámite preceptivo de presentación de ofertas en sentido análogo al de presentación de proposiciones permite concluir que en cualquier momento antes de la adjudicación puede producirse la intervención preceptiva de la Mesa de Contratación que formule su propuesta al órgano de contratación con lo cual se cumple el requisito de su intervención en el procedimiento negociado prevista en los artículos 82 y 93.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el carácter necesariamente flexible y sin formalismos innecesarios que derivan de la utilización del procedimiento negociado, cuyo elemento esencial es la negociación entre la Administración y uno o varios empresarios y que resulta incompatible con la rigurosidad de tramitación de la subasta y el concurso en procedimientos abiertos y restringidos, teniendo en cuenta que



solución contraria a la propugnada desnaturalizaría el procedimiento negociado, en contra de la intención del legislador y regulación concreta del mismo incorporada a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al igual que sucedía en la legislación anterior en relación con la contratación directa”.

A la vista de lo expuesto, cabe considerar la posibilidad de que, en el presente supuesto, teniendo en cuenta que la selección de los inmuebles se realizó atendiendo exclusivamente a su ubicación física y no a otros criterios, el Ayuntamiento podía haber negociado los términos del contrato con el empresario, modificando incluso, si fuera menester, determinados aspectos del pliego de cláusulas administrativas particulares -sin desvirtuar la esencia del contrato pretendido- al objeto de hacer coincidir la voluntad negociadora de ambas partes. Modificación que, en este caso, no podría considerarse *contra legem* puesto que, como se ha expuesto, una excesiva rigidez procedimental desnaturalizaría el procedimiento negociado, cuyo elemento esencial es la negociación entre la Administración y, en este caso, un empresario, y que resulta incompatible con la rigurosidad de tramitación de la subasta y el concurso en procedimientos abiertos y restringidos. Ahora bien, en ningún caso podrían alterarse determinadas cláusulas (*a.e.*, presupuesto previamente aprobado en caso de concurrencia de varios empresarios cuya previa selección se hubiera realizado en función del precio ofertado), si bien, como ya se ha indicado, en el caso analizado, no parece que las modificaciones planteadas hubieran podido desnaturalizar el objeto del contrato ni causar indefensión.

Por ello, la admisión de variantes contenidas en las ofertas -que no proposiciones- puede considerarse adecuada siempre que ello se recoja finalmente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que, no cabe olvidar, es la ley del contrato.

- Por otra parte, se señala que el contrato se ha adjudicado por un precio superior al presupuesto previamente aprobado.

El artículo 93.2 del RGLCAP dispone que “en el procedimiento negociado, la adjudicación no podrá tener lugar, en ningún caso, por importe superior al presupuesto previamente aprobado”. Esta disposición, de carácter básico, ha de ser entendida en su sentido literal (*in claris no fit interpretatio*, o *in claris cesa interpretatio*), y su tenor alude al presupuesto previamente aprobado. Debe pues examinarse si existe o no presupuesto aprobado.



El artículo 11.2.e) del TRLCAP exige, entre los requisitos para la celebración de los contratos, "la existencia de crédito adecuado y suficiente, si del contrato se derivan obligaciones de contenido económico para la Administración", sancionando el artículo 62.c) del TRLCAP con la nulidad radical la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Ahora bien, el artículo 69 del TRLCAP prevé lo siguiente:

"1. Completado el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución comprenderá también la aprobación del gasto, (...).

»3. Los expedientes de contratación podrán ultimarse incluso con la adjudicación del contrato y su formalización correspondiente, aun cuando su ejecución, ya se realice en una o en varias anualidades, deba iniciarse en el ejercicio siguiente. A estos efectos podrán comprometerse créditos con las limitaciones que se determinen en las normas presupuestarias de las distintas Administraciones públicas sujetas a esta Ley.

»4. Cuando el contrato se formalice en ejercicio anterior al de la iniciación de la ejecución, el pliego de cláusulas administrativas particulares deberá someter la adjudicación a la condición suspensiva de existencia de crédito adecuado y suficiente para financiar las obligaciones derivadas de contrato en el ejercicio correspondiente".

Y el artículo 47 de la Ley General Presupuestaria permite adquirir compromisos de gastos que hayan de extenderse a ejercicios posteriores a aquel en que se autoricen con los límites que se indican, los cuales no son de aplicación a los arrendamientos de inmuebles, incluidos los contratos mixtos de arrendamiento y adquisición.

Estos dos últimos preceptos exceptúan, por tanto, el requisito de la existencia de crédito adecuado y suficiente, en la medida que la aprobación del crédito se difiere al ejercicio en el que se realizará materialmente el gasto.



Expuesto lo anterior, el pliego de cláusulas administrativas particulares señala que “la financiación del contrato de arrendamiento con opción de compra se realizará con cargo a la partida correspondiente de gastos corrientes del presupuesto municipal del ejercicio económico correspondiente al de la entrega de las llaves del edificio a construir sobre los inmuebles citados y la consiguiente posesión del mismo para la utilización objeto de este contrato de arrendamiento, en cuyo momento la Administración municipal habrá de contemplar esta obligación en el presupuesto municipal correspondiente y en los de los años sucesivos durante la vigencia del contrato de arrendamiento. No generando obligación de financiación alguna en el presente ejercicio económico 2005, por las características y condiciones de la contratación que se pretende sobre edificio futuro”.

Resulta, pues, evidente que el pliego de cláusulas administrativas particulares carecía de consignación presupuestaria, es decir, de presupuesto previamente aprobado, y que tal crédito tampoco existía en el momento de la adjudicación del contrato, sino que su aprobación debería hacerse en el momento del inicio del arrendamiento.

Esta circunstancia impide, así, considerar vulnerado el artículo 93.2 del RGLCAP, ya que éste alude de forma expresa al “presupuesto previamente aprobado”. En consecuencia, reiterando la doctrina expuesta en relación con la flexibilidad del procedimiento negociado, el pliego de cláusulas administrativas particulares no estableció un presupuesto insuperable -ya que no existía aprobación del gasto- sino un precio base de licitación que permitía, con las limitaciones antes expuestas, la negociación con el empresario invitado a participar en el procedimiento.

Pero además, el pliego parece diferir la aprobación del gasto del contrato a la condición suspensiva de que exista crédito adecuado y suficiente en el ejercicio correspondiente, ya que se indica que tal consignación habrá de preverse en el ejercicio presupuestario en el que se hiciera entrega de las llaves del edificio, y reiterarse durante la vigencia del arrendamiento -periodo en el que se realiza el gasto-.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la condición suspensiva incide sobre la eficacia de los actos y no sobre su validez, ha de concluirse que este contrato, al igual que todos los de cumplimiento plurianual que carezcan



de consignación presupuestaria inicial, es válido, pero carecerá de eficacia si no se incluye el crédito en el presupuesto del año en el que deba realizarse el gasto.

D) En tercer lugar, considera que se ha incumplido el artículo 49.5 del TRLCAP, puesto que el contrato adjudicado se aparta de las condiciones fijadas en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

De acuerdo con el artículo 49.1 del TRLCAP, los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben incluir los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato. Este contenido obligatorio ha permitido la calificación doctrinal y jurisprudencial de los citados pliegos como "ley del contrato".

No obstante esta calificación, la infracción de los pliegos no conlleva inexcusablemente la nulidad radical del acto de adjudicación del contrato, sino que solo podrá declararse cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 62 del TRLCAP.

En el supuesto analizado, el acuerdo del Pleno adjudicó el contrato atendiendo a la variante B ofertada (identificada por la superficie y precio), pero no contempla ni aprueba la admisión de excepción alguna al pliego de cláusulas administrativas particulares. Por ello, puede considerarse dudoso que, desde un punto de vista formal, las modificaciones ofertadas por el adjudicatario hayan sido aceptadas al adjudicar el contrato.

No obstante, incluso admitiendo esta posibilidad, las innovaciones propuestas por el contratista carecen de entidad suficiente -incluso la relativa al precio del contrato ya analizada anteriormente- como para que puedan considerarse incluidas en alguno de los supuestos previstos en el artículo 62 del TRLCAP. Por lo que se somete a la consideración de esa Administración la posibilidad de instar, en su caso, la anulación ante los tribunales a través del procedimiento previsto en el artículo 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (declaración de lesividad) -posibilidad ya contemplada inicialmente en los diversos informes emitidos por el Secretario y los técnicos de ese Ayuntamiento-.



En este sentido, procede traer a colación la Sentencia de 14 de enero de 2005, de la Sala de lo Contencioso-administrativo (de Burgos) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sección 1ª (rec. 80/2003), cuyo fundamento de derecho octavo se inclina también por considerar anulables este tipo de infracciones, al señalar lo siguiente:

“Aplicando tales criterios legales y jurisprudenciales al caso de autos procede resolver la petición de nulidad formulada por la actora con base al hecho de que los adjudicatarios debieron ser excluidos tanto por la Mesa de Contratación como por el Acuerdo impugnado de la adjudicación por no cumplir los requisitos exigidos en el pliego contenido en las cláusulas económico-administrativas, por lo que el motivo causante de anulabilidad que no de nulidad previsto en el art. 63.2 de la Ley 30/1992 concurre tanto en la actuación de la Mesa de Contratación como en la adopción de los acuerdos de adjudicación. (...)

»Por ello, la adjudicación de la subasta a dos licitadores, no constando acreditado que cumplan todas las condiciones exigidas en el Pliego de Condiciones, determina que en aplicación del art. 63 del R.D. Legislativo 2/2000 y del art. 63.2 de la Ley 30/1992 se anulen las resoluciones recurridas de fecha 20.12.2002 y de 28.10.2002. (...)

»Por otro lado, de conformidad con lo establecido en el art. 61 y en el art. 65.1, ambos del R.D. Legislativo 2/2000 la anulación de mencionado acto preparatorio y del acto de adjudicación, determina también que sea anulado el contrato firmado el día 19 de noviembre de 2.002, y ello sin necesidad de tener que entrar a enjuiciar el motivo de impugnación esgrimido por la actora de que referido contrato se apartaba del Pliego de Condiciones, lo que por otro lado es plenamente cierto. A este respecto conviene recordar que el contrato que resulta de la adjudicación debe en todo caso ajustarse a las cláusulas y condiciones contenidas en el Pliego, así como a las demás condiciones aprobadas en el acuerdo de Adjudicación”.

E) En cuarto lugar, se alega por el Ayuntamiento que el contrato no fue formalizado en documento administrativo con presencia del Secretario del Ayuntamiento, sino en documento privado elevado posteriormente a escritura pública. Se considera que se han vulnerado los artículos 54 del TRLCAP, 71 del RGLCAP, y 2 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se



regula el Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional (éste último atribuye al Secretario General de la Corporación la función de la fe pública, que comprende, entre otras funciones, la de autorizar contratos y documentos administrativos análogos en que intervenga la Entidad, no subsanable, según se indica por el Ayuntamiento, por la protocolización ante fedatario público).

En este sentido, cabe recordar que el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre -al que se remite el artículo 63 del TRLCAP-, indica en su apartado 2 que “el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”. Lo que deberá tenerse en cuenta en el supuesto de considerar la posibilidad de declarar la lesividad del contrato por este motivo.

En cualquier caso, como se ha indicado anteriormente que la potestad revisora de la Administración, a través del procedimiento de revisión de oficio, alcanza únicamente a los actos de adjudicación del contrato, cuya nulidad acarrearía la del propio contrato (artículo 65 del TRLCAP), pero no al contrato propiamente dicho. Por ello, la pretendida anulación por este motivo habrá de ejercitarse ante la jurisdicción ordinaria.

**6ª.-** Finalmente, cabe formular diversas observaciones en relación con la naturaleza jurídica del contrato suscrito.

El artículo 5.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP) -norma aplicable por razones temporales al citado contrato-, define en sus apartados 1 y 2 los contratos administrativos típicos y especiales, y establece en su apartado 3 que “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 (...)”.

A priori, la literalidad del precepto no dejaría lugar a dudas, en el presente supuesto, de la naturaleza privada del contrato de arrendamiento suscrito, cuyo objeto es el alquiler de un edificio destinado a albergar



dependencias municipales. Este criterio también ha sido recogido en el Dictamen 628/2008, de 12 de noviembre, del Consejo Consultivo de Andalucía, relativo al expediente de revisión de oficio del contrato de arrendamiento de unas plazas de garaje suscrito por el Consejo Audiovisual de Andalucía; y por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus informes 36/97, de 10 de noviembre de 1997, 61/06, de 26 de marzo de 2007, y más concretamente, el informe 42/07, de 29 de octubre de 2007.

Sin embargo, el examen del pliego de cláusulas administrativas particulares y del propio contrato revela que el objeto pretendido es el arrendamiento de un futuro edificio a construir conforme al proyecto que debe presentar el adjudicatario y ser aprobado por el Ayuntamiento, y cuyas obras ha de ejecutarse en un determinado plazo fijado en el contrato.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 72/04, de 11 de marzo de 2005) ha señalado, en relación con un supuesto parecido, lo siguiente:

“En el supuesto que se plantea se pretende obtener un resultado de ejecución de obra mediante una opción que se aprecia contraria a tal sistema, toda vez que coincidiendo la existencia de la necesidad señalada se acude a una figura en la que se mezclan contratos administrativos, contrato de obras y contratos de servicios, con contratos privados, contrato de cesión de superficie y contrato de arrendamiento de un bien inmueble, que sin embargo no será utilizado por el arrendatario para satisfacer sus propias necesidades sino para satisfacer necesidades o servicios del propio Ayuntamiento, que al parecer, después de construido el edificio a costa de un tercero ajeno a la Administración, pasa a ser arrendador.

»Sin perjuicio de señalar que tal opción es un claro subterfugio para eludir la aplicación de las normas reguladoras de los contratos tipo, carece en todo caso de viabilidad por la dicción literal del artículo 6 que respecto de los contratos mixtos exige que los contratos que se contratan conjuntamente sean de la misma naturaleza administrativa, lo que impide la concurrencia de contratos administrativos y contratos privados”.

En el supuesto analizado, tras el contrato de arrendamiento suscrito, parece subyacer la voluntad del Ayuntamiento de construir y disponer de un





edificio en propiedad para albergar sus dependencias municipales, conforme al proyecto técnico que debe ser aprobado por la propia entidad local. Así se desprende del pliego de cláusulas administrativas particulares:

a) En la cláusula 4<sup>a</sup>, apartado 1, figuran los plazos para la presentación del proyecto técnico de construcción del edificio y para la ejecución de las obras.

b) En el apartado IV (“Ejecución del contrato”), la cláusula 17<sup>a</sup> alude a los plazos de construcción y entrega del edificio en su apartado 1 (que erróneamente remite a la cláusula 5<sup>a</sup>, en lugar de mencionar la 4<sup>a</sup>), y a los efectos del incumplimiento de tales plazos en su apartado 3.

c) En la cláusula 26<sup>a</sup> se prevén como obligaciones del arrendador, entre otras, las siguientes:

- Redactar el proyecto de construcción.

- Realizar a su costa las modificaciones del proyecto de construcción del futuro edificio que se señalen por parte del Ayuntamiento, pudiendo solicitar la rescisión del contrato si acredita que los cambios introducidos hacen antieconómica la ejecución del contrato (sic) o suponen una desviación en los costes (sic) de al menos el 5%.

- Indemnizar al arrendatario en caso de no realizar las modificaciones al proyecto de construcción que le sean indicadas por el mismo, sin acreditar suficientemente que las mismas suponen una desviación en los costes (sic) superior al 5%.

d) En la cláusula 28<sup>a</sup> se imponen penalidades al adjudicatario por incumplir los plazos de presentación del proyecto técnico, de construcción del edificio y de entrega de éste al Ayuntamiento.

e) La cláusula 29<sup>a</sup> prevé como causa de resolución del contrato de arrendamiento “las modificaciones del proyecto de construcción propuestas por el Ayuntamiento de xxxxx cuyo coste suponga una desviación de al menos el 5% y se acredite debidamente que los cambios introducidos hacen antieconómica la ejecución del contrato”.



Además, consta en el expediente que la valoración del precio ofertado por el licitador tuvo en cuenta el coste de la construcción del edificio.

En definitiva, este Consejo Consultivo considera que la técnica contractual empleada no fue adecuada, aun cuando la Junta Consultiva de Contratación Administrativa parece avalar, de forma implícita, este tipo de actuaciones en su informe 42/07, de 29 de octubre.

### **III CONCLUSIONES**

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

No procede declarar la nulidad del acto de adjudicación ni del contrato de arrendamiento con opción de compra de un edificio a construir sobre los solares y locales sitos en la calle xxxx1 nº 3, 5 y 7, y calle xxxx2 nº 6, 8, 12 y 14, para su utilización como oficinas y servicios municipales centralizados; ello sin perjuicio de que, como se expone en el cuerpo del dictamen, el Ayuntamiento pueda instar, en su caso, la anulación de aquel acto o del contrato ante los tribunales competentes.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.