



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 8 / 1 9 9 3

La Laguna, a 14 de diciembre de 1993.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno en relación con la *Revisión de la Resolución de adjudicación del mercado municipal (EXP. 71/1993)**.

F U N D A M E N T O S

I

Por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno se solicita Dictamen preceptivo sobre la "revisión de la Resolución de adjudicación del Mercado Municipal", al amparo del art. 114.3 del 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 (TRRL). Sin embargo, debe señalarse que el mencionado precepto no resulta de aplicación, toda vez que no se trata tanto del ejercicio del *ius variandi* que por el mismo se atribuye a la Administración, sino de la revisión de un acto administrativo, que tiene su encuadre en los arts. 102 y 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Ahora bien, respecto de lo regulado en los citados artículos, la intervención del Consejo Consultivo sólo resulta preceptiva cuando se trate de la revisión de actos nulos (art. 102.1) y en el supuesto de actos anulables, en las condiciones establecidas en el apartado 1 del art. 103, pero no en los demás casos de anulación de actos declarativos de derechos previstos en el art. 103.2, que exigen la previa declaración de lesividad para el interés público y la ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

* **PONENTE:** Sr. Alcaide Alonso.

II

1. En el Boletín Oficial de la Provincia de 7 de octubre de 1992, publica la Corporación de S. Bartolomé de Lanzarote un anuncio por el que se convoca concurso para el arrendamiento del mercado municipal con arreglo al pliego de condiciones aprobado en sesión plenaria de 6 de julio de 1992. A este concurso se presenta una única oferta que se estimó, en sesión plenaria celebrada el día 9 de diciembre de 1992, no cumplía con lo determinado en el pliego, por lo que el mismo se declaró desierto. En la misma sesión se facultó al Sr. Alcalde para que, con sujeción al resto de las condiciones establecidas, pudiera adjudicar el arrendamiento del mercado mediante contratación directa. Ambos acuerdos se publican en el BOP de 1 de febrero de 1993, en el que se anuncia, además, la apertura de un nuevo plazo para la presentación de ofertas. En esta nueva fase sólo se presenta una, que propone una contraprestación de 150.000 ptas. mensuales de renta, oferta que se acepta adjudicándose el arrendamiento por Decreto del Sr. Alcalde de 3 de marzo de 1993. Tras el ingreso de la fianza definitiva, se formaliza el contrato el 1 de abril de 1993, suscrito por el Alcalde y los adjudicatarios.

2. En sesión celebrada el día 23 de junio de 1993, el Pleno de la Corporación adopta el acuerdo de declarar lesivo para el interés público la adjudicación del mercado municipal, con base fundamentalmente en los siguientes motivos: 1) Que la adjudicación directa, que se hace por concurso, no se publica; 2) Se adjudica a dos personas y quien la explota es una sola; 3) No se consultó con varias empresas; 4) El contrato no se formaliza en escritura pública, sino en "documento privado", en el que no consta la intervención del Secretario; 5) Se iba a adjudicar un mercado municipal y, sin modificar las bases, se convierte en supermercado; 6) El precio es una baja temeraria prohibida en la normativa de contratos de las Corporaciones locales.

Las objeciones formuladas son, unas de orden formal -el procedimiento de contratación y la formalización del contrato-; las restantes, de orden sustantivo, lo cual obliga a hacer un tratamiento separado de ellas.

a) Por lo que afecta a las primeras, cabe señalar que la posibilidad de proceder al arrendamiento del mercado municipal tiene su fundamento en los arts. 85.4 d) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL); 95.2 TRRL y 113 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL), teniendo su concreta regulación en los arts. 138 a 142 de este mismo texto, preceptos que permiten

afirmar que el objeto del arrendamiento administrativo es el servicio público y no los bienes o instalaciones a través de los que se instrumentaliza el servicio, lo que explica que esta modalidad se considere como una forma de gestión de servicio público. Por su parte, el recurso a la contratación directa en el presente expediente tiene su fundamento legal en los arts. 120.1.6º TRRL; 37.6, 69.5 y 87.5 de la Ley de Contratos del Estado (LCE); 213 del Reglamento de Contratos del estado (RCE) y 41.5 Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (RCCL), que permiten este tipo de procedimiento en el supuesto, entre otros, de que el contrato no llegara a adjudicarse mediante otro procedimiento - en el caso de la gestión de servicios públicos el concurso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 118.3 TRRL- porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles. El acuerdo plenario no cuestiona este tipo de procedimiento, sino el no haber consultado a tres empresas. A este respecto, cabe señalar que el número de tres empresas que exigen los arts. 120.2 TRRL, 37 LCE y 117 y 118 RCE es un número mínimo, a lo que nada obsta una convocatoria pública que permita la consulta a un número superior, como así expresamente lo permite para el contrato de obras el párrafo tercero del art. 118 RCE.

Se aduce también la ausencia de publicación de la adjudicación. Sin embargo, se trata de un supuesto en el que la publicación no es preceptiva, pues el art. 124 TRRL sólo exige la publicación de los contratos de obras cuando su importe sea superior a la cantidad reglamentariamente establecida. Aunque el precepto se refiere exclusivamente a los contratos de obras y no a los de servicios o suministros, puede entenderse que no se trata de una omisión del Legislador pues en este Capítulo (Capítulo III, Contratación) se está aludiendo a todo tipo de contratos.

b) Finalmente, también se pone de manifiesto en el acuerdo de la Corporación que el contrato no se hace en escritura pública, sino en documento privado, del que no da fe el Secretario como documento administrativo. De acuerdo con el art. 113.6 TRRL, los contratos se formalizarán en escritura pública o en documento administrativo, dando fe, en este caso, el Secretario de la Corporación. Por su parte, el art. 49.2 RCCL compete este precepto al señalar que cuando no proceda el otorgamiento de escritura, la formalización se hará en documento por duplicado, que será suscrito en unidad de acto por el Presidente y el Secretario de la Corporación interesada y por el contratista, a quien se entregará uno de los ejemplares y el otro

quedará en poder de la propia Corporación. Debe tenerse en cuenta en relación con este extremo el art. 70 LCE, que señala que "los contratos de gestión de servicios públicos, cualquiera que sea la forma de adjudicación, una vez aprobados (...) se formalizarán en documento administrativo, que será título suficiente para acceder a cualquier registro público", sin perjuicio de lo cual, los contratos de gestión de servicios públicos podrán formalizarse en "escritura pública, a instancia de contratista y a su costa". El contrato que consta en el expediente parece ser un documento administrativo en el que consta la firma del órgano de contratación, así como el sello de la Corporación, aunque no consta la intervención del Secretario. Ahora bien, la formalización no afecta a la validez del contrato, cuya perfección se produce en el momento de su adjudicación definitiva tal y como expresamente disponen los arts. 8.13 y 70 LCE y 48.1 RCCL, por lo que debe entenderse que esta irregularidad de orden formal resulta subsanable, excluida específicamente como causa de anulabilidad en el apartado 2 del art. 63 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre.

3. Por lo que respecta a las cuestiones de fondo, básicamente, son tres: explotación de las instalaciones por uno de los adjudicatarios; baja temeraria y uso diferente del mercado.

En relación a la explotación por uno solo de los adjudicatarios, no consta en el expediente ninguna acreditación de este extremo. Más aún, en el caso de que ello fuera así, no constituye un motivo de nulidad de la adjudicación por cuanto que ambos adjudicatarios depositaron la fianza exigida y ambos constan como partes en el contrato, con sus respectivas firmas, respondiendo ambos de su cumplimiento.

Por lo que atañe a la baja temeraria, tampoco puede apreciarse dado que el pliego de condiciones no fijó un canon en base al cual contrastar el importe ofrecido, sino que dejó su importe a la libre proposición por los contratistas, a partir de lo cual se puede plantear la nulidad del pliego de condiciones toda vez que los arts. 118 E) TRRL y 115 RSCL, en su cláusula 8ª, referida a las concesiones pero aplicable igualmente al arrendamiento de acuerdo con el art. 140.2, exigen, entre los puntos que deben contemplar los pliegos de cláusulas de explotación, el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración. Además, debe tenerse en cuenta que en el contrato de arrendamiento el precio es un elemento esencial del mismo, como así lo establece para el ámbito privado el art. 1.544 del Código Civil. Es

cierto que el RSCL no dice de forma expresa que el precio (o canon en su propia terminología) sea la contraprestación del arrendatario, aunque su esencialidad puede inferirse de dos preceptos de la propia regulación: el art. 139.2, al exigir que la garantía represente el importe de un trimestre, por lo menos, del canon y el art. 140.1, al señalar como causa de resolución del contrato la demora en el pago por más de 30 días. Esta esencialidad conlleva la obligación para la Administración actuante de fijar el precio en el pliego de condiciones, necesario, por lo demás, para fijar el importe de la garantía que imperativamente debe prestarse por exigencia del citado art. 139.2 RSCL. Es decir, no puede fijarse el importe de al menos un trimestre si previamente no se ha establecido el precio.

En el expediente de referencia, a pesar de dejar la fijación del canon a la libre proposición de los licitadores, sin embargo se fija una fianza definitiva de 600.000 ptas "y en cualquier caso no menor del importe del arrendamiento de tres mensualidades", lo cual parece indicar, o bien que esas 600.000 ptas. constituyen el mínimo exigido (la suma de tres mensualidades que implicaría un precio de arrendamiento de 200.000 ptas, mensuales) o bien que cabe una fianza menor si el arrendamiento se adjudica por un precio inferior, lo que en cualquier caso produce una indeterminación o inseguridad insostenible contraria a la transparencia que debe regir la contratación.

Finalmente, en relación con el uso de las instalaciones, el pliego de condiciones sólo alude al arrendamiento de los locales e instalaciones del mercado municipal, sin especificar el destino concreto de las mismas o, más concretamente, el tipo de productos que pueden venderse. Además, no obra en el expediente ninguna normativa aprobada por la Corporación reguladora en materia de mercados, como así lo exigen los arts. 30 y 33 RSCL, normativa que constituye el cauce adecuado para la especificación concreta de los destinos y usos de este servicio, horario de apertura y, en general, las condiciones que permitan un óptimo aprovechamiento del servicio en aras del interés de la colectividad. Sin una normativa relativa a estos extremos que concrete el uso del mercado y sin que tampoco el pliego de condiciones los haya previsto, no puede jurídicamente contrastarse que se haya efectuado un diferente uso de las instalaciones, siendo así que en la oferta presentada se hace expresa alusión a los productos que se pondrán a la venta, así como al horario de apertura, horario que según la base II del pliego, será el establecido en el calendario laboral,

estimándome entonces por el órgano de contratación que la oferta se adecuaba a las condiciones exigidas.

En definitiva, pese a las objeciones opuestas en el acuerdo adoptado por la Corporación consultante en la sesión celebrada el día 23 de junio de 1993, la única capaz de anular la adjudicación efectuada del arrendamiento del mercado municipal del Ayuntamiento de S. Bartolomé de Lanzarote es la prevista, con el efecto de nulidad, en el apartado f) del art. 62 de la LRJAP-PAC, para cuya declaración es preceptivo el Dictamen de este Consejo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 102.1 de la referida regulación.

III

Respecto de la declaración previa de lesividad acordada consulta a este Consejo por el Ayuntamiento de referencia, no resulta preceptiva la mencionada consulta por cuanto en el art. 103 de la Ley 30/92, citada, sólo se hace referencia a ella para los supuestos de actos anulables contenidos en su apartado 1, mas no para los demás aludidos en el apartado 2, en los que la referida declaración previa de lesividad no precisa de consulta específica toda vez que sus efectos se desenvuelven en la esfera de la jurisdicción contencioso-administrativa.

CONCLUSIONES

1. En el expediente sólo se estima que concurre como causa de nulidad, la omisión del canon en el pliego de condiciones, que pudiera dar lugar a la revisión de oficio por la propia Corporación Municipal conforme establece el art. 102.1 LRJAP-PAC, conforme se expresa en el Fundamento II.
2. No procede evacuar por este Consejo la declaración previa de lesividad consultada por la Corporación conforme se argumenta en el Fundamento III.