



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 2 / 2 0 1 0

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de enero de 2010.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Economía y Hacienda en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio por la que se declara la nulidad de la modificación del contrato suscrito el día 2 de febrero de 2004 con la entidad P., S.L., para el arrendamiento del actual Edificio de Servicios Múltiples III (EXP. 797/2009 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. A través de escrito remitido, el 4 de diciembre de 2009, por el Consejero de Economía y Hacienda se solicita preceptivamente por el procedimiento ordinario, al amparo de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, Dictamen sobre el borrador (sic) de Resolución por el que se declara la nulidad de la modificación del contrato suscrito el día 2 de febrero de 2004 con la entidad mercantil P., S.L., para el arrendamiento del edificio en construcción situado en la calle León y Castillo, esquina Paseo de Lugo, en Las Palmas de Gran Canaria, actual Edificio de Servicios Múltiples III.

(NOTA: Debe haber algún error en las fechas, pues no puede suscribirse el contrato el 2-II-04 y ser "adjudicado" el 1-VI-05)

El contrato se adjudicó el 1 de junio de 2005, e iniciado "el uso del edificio", se constató la necesidad de que el arrendador llevara a cabo determinadas obras e instalaciones no previstas en el contrato, apreciándose asimismo la conveniencia de que determinados trabajos e instalaciones, convenidas inicialmente, no fueran ejecutados por aquél, como se acordó en principio, sino por la propia Administración. Se propuso, pues, modificar el contrato con su saldo a favor del arrendador de

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

96.798,67 euros (ascendiendo la liquidación pendiente de pago a la cifra de 84.948,06 euros), al que el arrendador prestó conformidad, habiéndose plasmado la voluntad modificadora del contrato de la Administración en Resolución del Director General de Patrimonio, competente al amparo del art. 23.2, apartados b) y d), del Reglamento Orgánico de la Consejería de Hacienda, aprobado por Decreto 8/2003, de 31 de enero. La modificación aprobada se incorporó como addenda al contrato el 2 de noviembre de 2006.

II

1. Ante todo, ha de advertirse que el art. 9 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado, aplicable al caso, disponía que los contratos privados de la Administración se registrarán, en su "preparación y adjudicación", por las normas administrativas específicas que fueren de aplicación y la presente Ley y, "en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de Derecho privado".

Más concretamente, respecto al contrato de arrendamiento se precisa en la Ley que la preparación y adjudicación se verificará con arreglo a la legislación patrimonial, que en este supuesto es la Ley 8/1987, de 28 de abril, de Patrimonio (LP), y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Decreto 133/1988, de 22 de septiembre (RP).

2. Pues bien, el art. 85 LP dispone que el arrendamiento de bienes inmuebles por la Comunidad Autónoma se hará por "concurso público o adjudicación directa", conforme al procedimiento exigido para "las adquisiciones de inmuebles en propiedad"; lo que remite a los arts. 64 y siguientes LP.

Tales reglas prevén: a) el órgano competente es la Consejería de Hacienda, que redactará las bases del concurso, las cuales, como mínimo, deberán pronunciarse sobre "la justificación del objeto y finalidad" del arrendamiento, "las características urbanísticas de la finca", la "forma de pago", la partida con cargo a la cual se efectuará el pago, y el "modelo de proposición"; b) la intervención del Servicio Jurídico y de la Intervención General; c) la elevación al Consejero para la aprobación del expediente (art. 65.2 RP); d) la publicación de la convocatoria en el BOC, con el contenido del art. 66 RP y tramitación de la presentación y apertura de plicas conforme los arts. 67 a 70 RP; e) la valoración técnica de las ofertas y adjudicación por el Consejero (art. 71 RP); y f) la firma del contrato por el Consejero o persona en quien delegue (art. 86 RP).

En todo caso, los efectos y extinción del contrato se rigen por el Derecho Privado, incluyendo la resolución o modificación. En este sentido, el art. 87 LP dispone que las incidencias que surjan con ocasión de la ejecución de tales contratos serán resueltos por la Consejería de Hacienda “previo informe de la Intervención General y de los Servicios Jurídicos de la Comunidad (art. 89 LP)” ; órganos que, en efecto, han intervenido aquí en la modificación del contrato.

III

1. De acuerdo con el Proyecto de Resolución sometido a Dictamen, se ha iniciado un procedimiento revisor, que por cierto debiera culminarse con la formulación definitiva de aquél, con la pretensión de declarar la nulidad de la modificación del contrato convenido entre las partes al estimarse que “se llevó a cabo con omisión de determinados trámites de procedimiento, lo que provoca que tal modificación está incurso en causa de nulidad”, aunque sin precisarse las causas para iniciar la revisión y, en su caso, declarar la nulidad.

No obstante, parece claro que se pretende aplicar la causa prevista en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC, de conformidad con el cual son nulos los “actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.

En este orden de cosas y como ya se observó en el informe del Servicio Jurídico de 28 de julio de 2009, sin pronunciamiento al respecto por parte del órgano instructor del procedimiento tramitado, como debiera hacerse en caso de discrepancia, procede que se precise la causa de nulidad a utilizar y se argumente su aplicabilidad al caso.

Precisamente, aparte de que la cuestión debería resolverse en el ámbito jurídico-privado al que pertenece, extremo sobre el que se volverá, resulta que ciertamente no se acredita que la decisión en su día adoptada por la Administración para modificar el contrato privado de arrendamiento, y no propiamente la modificación de éste *per se*, se adoptó *prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido* al efecto. Así, nada hay en el correspondiente expediente al respecto, salvo la mera afirmación de que así ocurrió, sin más.

Además, no parece que la concreta actuación seguida sea la adecuada en cuanto que se trata de un contrato privado y, por tanto, sujeto al Derecho aplicable al mismo. En esta línea y en lo referente a la modificación acordada por las partes, novándose la obligación de acuerdo con las normas jurídico-privadas que ordenan

esta circunstancia, no es de aplicación la normativa jurídico-pública, concretamente la citada Ley 30/1992, ni particularmente su art. 102 para declararse unilateralmente por la Administración la nulidad del contrato modificado o de la modificación parcial del contrato suscrito.

Así, cabría declarar la nulidad de la decisión administrativa separada y previa, pero en orden a decidir posteriormente lo que corresponda sobre la validez de lo pactado en la vía procedente (arts. 1300 y siguientes del Código Civil), ocurriendo no obstante que el arrendador está conforme tanto con la modificación inicial del contrato, como con la anulación de ésta. A mayor abundamiento, siendo patente que no se desea por la Administración, ni por el contratista, la invalidez o la rescisión del contrato de arrendamiento, ha de tenerse en cuenta que la anulación de la modificación llevaría a la situación contractual previa a la misma, con lo que ello supone, procediendo efectuar las actuaciones que correspondan para ajustar tal situación a la realidad, como las partes parecen convenir.

En definitiva, arrendador y arrendatario pueden convenir y pactar lo que proceda de conformidad con las reglas de la buena fe y los pactos suscritos, modificándose el contrato o dejando sin efecto la modificación, aunque, visto lo realizado, proceda que el arrendatario indemnice al arrendador en las cantidades que correspondan dadas las circunstancias, manteniéndose la ejecución del contrato de arrendamiento una vez resuelta la cuestión.

IV

1. En cualquier caso, de acuerdo con lo previsto en el art. 102.5 LRJAP-PAC, habiéndose iniciado el procedimiento revisor a iniciativa de la propia Administración (Resolución del Director General de Patrimonio y Contratación, de fecha 6 de abril de 2009) y habiendo transcurrido, con creces, más de tres meses desde ese momento sin dictarse su resolución, se ha cumplido tal plazo de caducidad y, por tanto, el procedimiento tramitado ha caducado y así debe resolverse (art. 42.1 LRJAP-PAC). Y ello, sin perjuicio de que, en su caso, se pueda iniciar nuevo procedimiento revisor por idéntica o diferente causa.

2. Por otra parte, no cabe tampoco soslayar el hecho de que, a pesar de que la entidad interesada muestra su conformidad con los términos planteados por la Administración y, por consiguiente, con la liquidación de obras realizadas en el edificio, especialmente por el propio arrendador, la Intervención ha reparado los mismos, contradiciendo la posición de la Dirección General de Patrimonio, órgano

que tramita la revisión, ratificándose ambos órganos en su opinión. No obstante, se formaliza la Propuesta de Resolución sin que conste efectuada la ordenada elevación del expediente al Consejo de Gobierno en esta circunstancia, en orden a que éste resuelva la discrepancia al aducirse por el Instructor que ésta se refiere a “aspectos estrictamente técnicos referidos a modificaciones de obra y valor de materiales”.

Sin embargo, este Organismo no comparte el argumento de la Dirección General de Patrimonio, pues la proscripción del enriquecimiento injusto obliga a una depurada liquidación de las obras en cuestión, de modo que la indemnización por las obras realizadas, por ambas partes pero sin eventual cobertura formal, se compense debidamente.

Desde luego, la liquidación es un elemento esencial en este caso, derivada de la modificación inicialmente acordada y que ahora se desea dejar sin efecto; cosa que, como se dijo, las partes pueden libremente convenir.

3. Finalmente, ha de observarse que, emitido el informe del Servicio Jurídico en julio de 2009, con el carácter desfavorable que se ha comentado, no se ha recabado Dictamen hasta meses después sin justificación al respecto, produciéndose ex lege el efecto de caducidad antes expuesto.

Además, como debiera haberse efectuado, no se formula definitivamente una Propuesta de Resolución en la que, emitido tal informe del Servicio Jurídico, que no es la actuación que ha de culminar el procedimiento al ser posterior la intervención de este Organismo, se explicita formalmente la postura final del órgano instructor al respecto y, en particular, se recoja la argumentación por la que, a su juicio, no procede la crítica del informe jurídico y habría de resolverse el procedimiento según se propuso inicialmente.

CONCLUSIÓN

El procedimiento revisor iniciado y tramitado ha caducado, procediendo dictar Resolución declarando esta circunstancia, no cabiendo pronunciamiento sobre el fondo del asunto y no pudiéndose declarar la nulidad propuesta; todo ello, sin perjuicio de las consideraciones que, además, se recogen en los Fundamentos III y IV.