

D. DERECHO ADMINISTRATIVO	CONVENIO INTERADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO	Núm. 94/2004
--------------------------------------	--	-------------------------

Javier FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA
Letrado del Tribunal Supremo

• **ENUNCIADO:**

El día 15 de julio de 2003, el Alcalde del Ayuntamiento de XXX efectúa convocatoria del Pleno municipal para la celebración de una sesión extraordinaria cuyo único punto del orden del día es la aprobación de un Convenio para la prestación y gestión del servicio público de aguas potables a través de la empresa municipal de la localidad vecina «Aguas de YYY, S.A.». El Pleno se celebraría a las 12,00 horas del día 16 de julio, y el asunto no fue dictaminado por órgano alguno, por la razón de la urgencia del asunto, según explicó en la misma convocatoria el Alcalde. Dicha convocatoria fue entregada a todos los concejales de la Corporación. Llegado el día y la hora citada se celebra el referido Pleno, en el que, por mayoría absoluta de todos los presentes se aprueba el Convenio interadministrativo de colaboración entre, por una parte, el Ayuntamiento de XXX, y de otra, el Ayuntamiento de YYY, a través de la empresa municipal «Agua de YYY, S.A.», que presta el servicio de suministro o abastecimiento de agua en dicho municipio.

Según consta en el acuerdo aprobatorio, el Convenio se formaliza al amparo del artículo 57 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Bases de Régimen Local (LBRL), y de los principios de libertad de pactos consagrados en el Real Decreto-Ley 2/2000, Texto Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas (TRLCAP), artículo 4.º; artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC); y artículo 111 del Real Decreto-Ley 781/1986, de 18 de abril, Texto Refundido de disposiciones vigentes en materia de Régimen Local. Dice el acuerdo aprobatorio del Pleno que se trata de un Convenio por medio del cual se formaliza una encomienda de gestión del servicio público del agua, perfectamente posible de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 30/1992, LRJAP y PAC.

Destacamos las siguientes cláusulas del convenio:

1. La financiación del servicio se realizará mediante la inclusión por el Ayuntamiento de XXX en sus Ordenanzas Fiscales de las tarifas que de mutuo acuerdo se establezcan y sean suficientes para cubrir todos los costes del servicio. De manera que la potestad de aprobación de las tarifas queda pendiente del acuerdo o convenio con la citada empresa municipal del Ayuntamiento de YYY, que hará suyo el importe de la facturación que perciba de los usuarios como contraprestación del servicio, deduciéndose que la facturación será emitida por la propia citada empresa. Según esa misma cláusula, obligándose en ella prestar el Ayuntamiento de XXX, en caso de operaciones de crédito de esa entidad, los avales solidarios que fuesen precisos.

2. A tal efecto, se ceden para su explotación a la misma todas las instalaciones, elementos y redes adscritas al servicio de agua, si bien continúan siendo propiedad del Ayuntamiento de XXX, pudiendo aquélla realizar todas las obras, incluidas las necesarias para las nuevas acometidas e instalaciones necesarias, que pasarían a ser parte del activo de la empresa.

3. Las acometidas domiciliarias o conexiones a redes públicas se realizará con arreglo a las normas de la empresa.

4. El convenio que durará 10 años se resolverá, de mutuo acuerdo, entre los dos Ayuntamientos; y si uno de ellos decide rescindirlo queda en vigor durante cinco años más para el otro. Mas el saldo del activo de obras y de inversiones, deducidas las amortizaciones practicadas, debe ser abonado por el Ayuntamiento, a cuyo efecto se faculta a la empresa municipal gestora para realizar la recaudación del servicio de agua potable y destinar y aplicar el producto de la misma a resarcir dicho saldo.

A la vista del mismo, un grupo municipal, que votó en contra del acuerdo, dirige escrito al Ayuntamiento, a los cinco días de celebrada la sesión, para que el Pleno proceda a la anulación del mismo por ser nulo de pleno derecho. Dicho escrito es contestado por el Alcalde en el sentido de que carecen de legitimación para pedir lo que pidieron, con independencia de que puedan dirigirse al órgano jurisdiccional contencioso-administrativo competente a través del recurso oportuno.

A la vista de la contestación del Alcalde, los concejales discrepantes acuden a la vía contencioso-administrativa.

Obtenida la tutela judicial en el sentido de lo solicitado y, por lo tanto, anulado el Convenio celebrado, el Ayuntamiento decide convocar, a través de procedimiento restringido y mediante concurso, el servicio de gestión y suministro de agua del municipio.

Con el exclusivo fin de beneficiar a las empresarios, sociedades e instituciones privadas sin ánimo de lucro, que tan importante labor social vienen desarrollando, se señala en el pliego de cláusulas administrativas que tan sólo podrán participar en el procedimiento restringido dichas instituciones, justificándolo porque, de esta manera, el Ayuntamiento está contribuyendo a la satisfacción del interés general pues, lo obtenido por aquellas instituciones revierte, de nuevo, en el citado interés, dado las actividades benefactoras de estas instituciones.

Igualmente, se señala en el Pliego de cláusulas administrativas que la Administración queda exonerada de pagar intereses de demora a la empresa o sociedad adjudicataria aunque se produzca el supuesto de hecho causante de aquello. Tal cláusula aparece motivada por el principio de autonomía de la voluntad y la libertad de pactos que presiden la contratación administrativa.

De la misma manera se señala, también, que el plazo para presentar las solicitudes al objeto de ser seleccionado en el procedimiento restringido, previo al posterior concurso, será de diez días hábiles a contar desde la publicación del anuncio en los Boletines Oficiales.

Finalizado este plazo, ante las escasas ofertas recibidas, la Administración (el órgano de contratación) decide prorrogar el mismo por diez días más.

Por su parte, uno de los licitadores se dirige a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa solicitando que, de inmediato, proceda a suspender este proceso de adjudicación del contrato, ya que existen infracciones importantes del ordenamiento jurídico. El escrito que presenta no es de recurso contencioso-administrativo.

Otro de los licitadores recurre dicho Pliego porque no se expuso al público por plazo de ocho días como exigen las normas.

Superada ya la fase de procedimiento restringido y seleccionadas las empresas que van a tomar parte en el concurso, presentadas sus ofertas, finalizando el plazo dado para ello. Por eso, posteriormente, se reúne la Mesa de Contratación para proponer la adjudicación del contrato. En la sesión de la misma están presentes el presidente y secretario de la misma (el Secretario de la Corporación), y el Interventor, pero faltaban los cuatro vocales restantes. En la citada sesión, celebrada el 4 de septiembre de 2004, proponen adjudicar el contrato a un empresario que había solicitado ser declarado en concurso.

Solucionadas todas las cuestiones anteriores y seleccionado un contratista con arreglo a derecho comienza la ejecución del contrato, sin que durante los diez meses siguientes se produzca incidencia alguna.

Sin embargo, con posterioridad la empresa concesionaria empieza a prestar el servicio de forma irregular, afectando, especialmente, el correcto y normal suministro de agua a determinados barrios del municipio que, sin causa justificada para ello, pasan varias horas al día sin dicho elemento.

Por otra parte, la concesionaria, desde hacía algún tiempo, había dejado de abonar el canon estipulado a la Administración.

Ante estas circunstancias el órgano de contratación decide:

1. Dictar, sin más, acuerdo resolviendo el contrato por incumplimiento de sus obligaciones por parte de la contratista.

2. Iniciar procedimiento de apremio para cobrar las cantidades adeudadas por aquélla.

La empresa contratista ante estas medidas decide presentar sendos recursos solicitando la declaración de nulidad a anulabilidad de los mismos. En el segundo de los casos, argumenta que el TRLCAP prohíbe el embargo de estas cantidades.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Analizar si es conforme a derecho la contestación dada al grupo municipal que presentó escrito solicitando la anulación del acuerdo.

2. Analizar el ajuste a derecho del acuerdo del Pleno municipal, aprobatorio del Convenio interadministrativo.

3. ¿Resulta conforme a derecho lo establecido en los pliegos de cláusulas administrativas respecto a que sólo podrán tomar parte del procedimiento restringido las instituciones privadas sin ánimo de lucro?

4. ¿Es ajustado a derecho la cláusula del pliego que exonera a la Administración pagar intereses de demora al contratista?

5. ¿Está correctamente señalado el plazo para tomar parte en el procedimiento restringido, previo al concurso?

6. ¿Resulta ajustada a derecho la prórroga del plazo para presentar solicitudes por diez días más?

7. ¿Obra con arreglo a derecho el licitador que sin interponer recurso contencioso-administrativo se dirige a un órgano de este orden solicitando la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato?

8. ¿Cómo se resolverá el recurso presentado por un licitador por el hecho de que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares no se expusiera, por plazo de ocho días, al público?

9. ¿Resulta ajustado a derecho la propuesta de la Mesa?, ¿cómo debe de proceder el órgano de contratación?

10. ¿Cómo se resolverán los últimos recursos interpuestos por la empresa concesionaria?

• SOLUCIÓN:

1. Análisis de la contestación dada al grupo municipal ante la presentación de un escrito solicitando la anulación del acuerdo.

No es ajustada a derecho la contestación ofrecida por el Ayuntamiento a este grupo municipal, indicándole que carecía de legitimación para pedir lo que pidió, y que se dirigieran a la vía contencioso-administrativa si querían anular el acuerdo plenario.

En primer lugar, hay una clara incompetencia del Alcalde para resolver sobre la solicitud, porque el escrito de los concejales disidentes, ya se entienda como solicitud de revisión de oficio o como recurso de reposición contra el acuerdo aprobatorio del Convenio, debió ser resuelto por el Pleno municipal que era el órgano competente para la aprobación del citado Convenio y, por tanto, para resolver lo presentado, en vía administrativa, contra el mismo. Se trata de un vicio de nulidad absoluta, por ser órgano manifiestamente incompetente, a tenor del artículo 62.1 b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJAP y PAC.

En segundo lugar, el artículo 63.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, concede legitimación para impugnar los actos y acuerdos de las corporaciones locales que infrinjan el ordenamiento jurídico, a los concejales que hubieren votado en contra de tales actos y acuerdos.

Es cierto que la Ley no habla o se refiere a grupos municipales, o sea, la legitimación es de los concejales, a título individual, pero no cabe duda de que cuando el relato de hechos hace referencia a la expresión «grupo municipal» entendemos que se refiere a que el escrito aparece firmado por todos y cada uno de los concejales que conforman el grupo municipal, como lo confirma el que en la contestación a ese escrito el propio Ayuntamiento les indica que se dirijan a la vía contencioso-administrativa. De manera que lo que se cuestiona no es esto, sino el haberse dirigido al Ayuntamiento en lugar de a la vía contencioso-administrativa impugnando el acuerdo aprobatorio del convenio.

En este sentido, debemos afirmar que carece de razón jurídica la contestación dada a los concejales discrepantes, por varias razones:

A) En primer lugar, porque con carácter previo a la vía contencioso-administrativa es potestativa la interposición del recurso de reposición regulado en el artículo 115 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJAP y PAC. De manera que ese escrito, aunque no especificara de que se trataba o cuál era su naturaleza, pudo y debió ser interpretado como un recurso de reposición, previo a la vía contencioso-administrativa, pues su naturaleza no ofrecía problema alguno si tenemos en cuenta, además, que se interpone a los cinco días de celebrada la sesión plenaria extraordinaria, cuando el plazo para el susodicho recurso es, en caso de resolución expresa, de un mes.

Afirma, en este sentido, el artículo 110.2 de la Ley 30/1992 que «el error en la calificación del recurso por parte del recurrente, no será obstáculo para su tramitación, si de su contenido se deduce su verdadero carácter». En este caso, no hay error en la calificación, porque no se denominó de ninguna manera, sino que hubo omisión de calificación. Pero el efecto debe ser el mismo en virtud de los principios procedimentales *in dubio pro actione*, contradictorio, eficacia e interpretación más favorable al ejercicio del derecho.

B) Existe, en segundo lugar, otra posible interpretación, igualmente, distinta a la que ha realizado el Ayuntamiento. En el escrito de los concejales se solicita la anulación del acuerdo y se afirma que el mismo es nulo de pleno derecho. Pues bien, suponiendo que el carácter o naturaleza del escrito no estuviera claro que, en nuestra opinión lo estaba como se desprende del comentario anterior, es lo cierto que el artículo 102 de la Ley 30/1992 regula la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho. Por lo tanto, era fácil deducir que lo que estaban solicitando era la incoación de ese

procedimiento, porque lo que pretendían era la anulación del acuerdo por ser nulo de pleno derecho. No se puede objetar a esta interpretación el que la legitimación que otorga el artículo 63.1 b) de la Ley 7/1985 a los concejales que votan en contra es que tan sólo les otorga legitimación para recurrir, y no para poder solicitar la incoación de otros procedimientos que sin denominarse recursos tienen idéntica finalidad cual es la de anular el acto o acuerdo. Cuando la Ley les confiera la posibilidad del recurso ha de entenderse que, también, les otorga legitimación para tratar de poner en marcha todo aquello que sirva a la misma finalidad, esto es, destruir y hacer desaparecer del ámbito jurídico un acto o resolución que vulnera el ordenamiento jurídico.

2. Ajuste a derecho del acuerdo aprobatorio del Convenio.

Adelantemos que el mismo es contrario a derecho por varios motivos.

A) Existió el vicio de nulidad absoluta o de pleno derecho contemplado en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, al haberse prescindido de las normas esenciales que regulan la voluntad de los órganos colegiados.

En este sentido, afirma el relato de hechos que la convocatoria de la sesión se produce el día 15 de julio, y el pleno extraordinario se celebra el día 16 de julio. Por tanto, no se ha respetado el plazo mínimo de dos días hábiles que deben transcurrir entre la convocatoria y la celebración del Pleno exigido por los artículos 46.2 b) de la Ley 7/1985, LBRL, y 80.4 del Reglamento de Organización, Régimen Jurídico y Funcionamiento de las Corporaciones Locales aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

Por otra parte, se indica, asimismo, que no fue dictaminado el asunto por comisión alguna, esto supone que se vulneró lo dispuesto en el artículo 82.2 del Reglamento de Organización, Régimen Jurídico y Funcionamiento de las Corporaciones Locales, que obliga al dictamen previo de todos los asuntos por la comisión informativa correspondiente, siendo, también, vicio de nulidad absoluta.

Tan sólo, en el caso de que se tratara de una sesión extraordinaria urgente, que no lo ha sido, hubiera sido posible su celebración sin respetar el plazo mínimo de dos días hábiles entre la convocatoria y el día del pleno, y sin existir el dictamen previo de la comisión informativa correspondiente.

B) Respecto al contenido del convenio, debemos adelantar que el mismo infringe, igualmente, el ordenamiento jurídico.

Lo primero que debemos señalar es que, a tenor del relato de hechos, en rigor, el Ayuntamiento de YYY no es el que asume directamente la gestión del servicio público de aguas potables al Ayuntamiento de XXX, sino que se lleva a cabo técnica y materialmente por la empresa municipal «Aguas de YYY, S.A.», perteneciente al primero de los Ayuntamientos citados. Por tanto, es más que dudoso que, realmente, estemos en presencia de un auténtico Convenio interadministrativo entre los dos Ayuntamientos, desde el punto de vista legal.

A tenor de su contenido, el Convenio es utilizado como un auténtico fraude de ley, se utiliza su figura para encubrir una auténtica desmunicipalización del servicio que constituye una cesión de la gestión del mismo que pasa a realizarse de forma indirecta al confiarse a una entidad mercantil de las consideradas municipales, pero, en todo caso, sometida, al Derecho privado, al margen de las formalidades legalmente impuestas a la contratación administrativa y a la concesión de servicios públicos.

Es perfectamente posible la utilización de los convenios interadministrativos entre diferentes Administraciones para la cooperación económica, técnica y administrativa de las mismas, como prevé el artículo 57 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, LBRL. Pero aquí no ha existido un convenio de cooperación meramente técnica, económica o administrativa sino que se ceden a una empresa constituida por otra entidad local las competencias administrativas necesarias para la prestación del servicio en forma indirecta.

Es cierto que el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJAP y PAC permite mediante la encomienda de gestión a otros órganos o entidades de la misma o distinta Administración para la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de derecho público, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. Pero dicha encomienda no supone, en ningún caso, cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones jurídicas den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.

En el supuesto que analizamos, no sólo se encomiendan actividades materiales, técnicas o de servicios de la competencia municipal, sino que se ceden ciertas competencias administrativas sin que la empresa cesionaria precise, en estos supuestos, del soporte de actos o resoluciones concretos.

Por otra parte, la intervención del Ayuntamiento de YYY se limita a la firma y aprobación del convenio, pero no asume ninguna obligación ni tampoco le corresponde ningún derecho. La única que asume derechos y deberes es la empresa municipal de ese Ayuntamiento o entidad cesionaria, que es una empresa que adopta la forma de sociedad mercantil y cuyo régimen jurídico es de derecho privado, lo que excluye la aplicación de los convenios de encomienda de gestión, pues, de acuerdo con el artículo 15.5 de la LRJAP y PAC, «El régimen jurídico de la encomienda de gestión no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose, entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que pueda encomendarse a personas o entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo».

No es óbice para la aplicación de lo anteriormente indicado que la sociedad haya sido constituida con capital municipal del Ayuntamiento de YYY y dependa del mismo a todos los efectos, pues si esas notas tienen validez para el ejercicio de sus competencias en ese municipio, en cambio, dejan de tener sentido si lo que pretende es ejercer en el ámbito de otro municipio, pues entonces prima su sometimiento al régimen jurídico de derecho privado, que, en todo caso, se da por su forma de sociedad mercantil anónima con el que ha sido constituida.

Por todo ello, no cabe hablar de encomienda de gestión de un servicio público a una sociedad sujeta al derecho privado sino que, en tal caso, ha de acudirse a la legislación de contratos y, en el caso concreto de las Administraciones locales, cuando se está hablando de la prestación indirecta de servicios públicos, como el de agua, a la concesión administrativa.

Por todo lo indicado, el convenio celebrado, aparte de lo indicado respecto a las circunstancias de su aprobación en el apartado anterior, no es ajustado al ordenamiento jurídico, pues no cabe un convenio de esa naturaleza para la cesión de las competencias inherentes a la prestación del servicio a una empresa de derecho privado, con lo cual, la utilización de la misma no impedirá la aplicación de la normativa que se hubiere tratado de eludir: esto es, la relativa del procedimiento para posibilitar la gestión indirecta del servicio (art. 85 de la LBRL), más concretamente, la reguladora de la concesión, regulada en el Real Decreto Legislativo 2/2000, por el que se aprueba el TRLCAP, así como en los artículos 113 y siguientes del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955. Aplicándose, en consecuencia, las normas relativas a la publicidad y concurrencia de la licitación. La ausencia de todo ello, acarrea, en este sentido, la nulidad del convenio por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, a tenor de lo previsto en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJAP y PAC.

Finalmente, conviene recordar que el artículo 154.2 del TRLCAP, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, excluye de la aplicación de su reglas a los supuestos de gestión del

servicio público mediante la creación de Entidades públicas destinadas a este fin, ni cuando se atribuya a Entidades de derecho privado en cuyo capital sea mayoritaria la participación de la Administración.

3. Contenido del pliego de cláusulas administrativas, respecto a la cláusula que limita la posibilidad de tomar parte en el procedimiento restringido, tan sólo, a sociedades, empresas e instituciones privadas sin ánimo de lucro.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 122 del reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, en relación con el artículo 159.1 del TRLCAP, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, los contratos de gestión de servicios públicos ordinariamente se adjudicarán por procedimiento abierto o restringido, mediante concurso. El procedimiento negociado sólo podrá tener lugar, previa justificación razonada, en el expediente y acuerdo del órgano de contratación, en los supuestos del artículo 156.2 del TRLCAP.

En cuanto al procedimiento restringido, según el artículo 73 del TRLCAP, existen dos fases: en la primera, los empresarios interesados, a la vista del anuncio de licitación, solicitan tomar parte en la selección; la Administración selecciona a alguno de ellos, a los que invita por escrito a presentar proposiciones; en la segunda fase, selecciona la proposición más ventajosa mediante concurso.

Ahora bien, para el procedimiento restringido, el TRLCAP en su artículo 91, exige que la Administración haya elaborado y justificado en el pliego de cláusulas administrativas «los criterios objetivos con arreglo a los cuales el órgano de contratación habrá de cursar las invitaciones a participar en el procedimiento...», añadiendo que «las solicitudes de participación deberán ir acompañadas de la documentación que acredite la personalidad del empresario y, en su caso, su representación, la clasificación o el cumplimiento de las condiciones de solvencia económica, financiera y técnica o profesional que se determinen en el anuncio». Por lo demás, se establece un límite mínimo de cinco empresas que deben ser invitadas a presentar ofertas.

Partiendo de todo ello y, con independencia de que esas instituciones o empresas sin ánimo de lucro deben reunir los requisitos de capacidad y solvencia exigidos por el TRLCAP, es lo cierto que los criterios a establecer en el procedimiento restringido han de ser objetivos y razonados, por lo que no parece que quepa la posibilidad de limitar la posibilidad de contratar, exclusivamente, a ese colectivo de instituciones o empresas sin ánimo de lucro, pues no parece que exista ningún criterio objetivo que justifique que el servicio público va a ser mejor prestado por una entidad sin ánimo de lucro que por una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, siempre que se les exija acreditar su solvencia. Aceptar lo contrario es vulnerar los principios que deben presidir la contratación administrativa de igualdad y concurrencia.

4. Ajuste a derecho de la cláusula por la que se exonera a la Administración de pagar intereses de demora al contratista.

Esta cláusula no es ajustada a derecho.

Es verdad que en el ámbito de los contratos, incluidos los administrativos, se pueden estipular aquellos pactos y condiciones que las partes estimen pertinente, sin embargo, los mismos, en ningún caso, podrán contrariar las leyes que, como en este caso, tienen carácter imperativo. En este sentido, el artículo 99, con carácter general, establece como derechos del contratista el pago o contraprestación económica a que tenga derecho, así como, en su caso, los oportunos intereses de demora.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en varias ocasiones, así por ejemplo, en la Sentencia de 3 de abril de 1992, señalando que «el margen de disponibilidad en sede contractual no posibilita el establecimiento de condiciones que asignen el cumplimiento de la obligación de pago a la voluntad exclusiva del deudor de tal prestación (la Administración) por contrariar lo dispuesto en los artículos 1.115 y 1.256 del Código

Civil. Así se sostiene que la cláusula del pliego de condiciones esgrimida por la Administración demandada para oponerse al abono de los intereses de demora debe contrariarse nula por contrariar el principio de seguridad jurídica y el de igualdad entre las partes en cuanto pudiera depender de la voluntad de la Administración el abono de la deuda generada por la ejecución de la obra, dada la ambigüedad de los términos de aquél». Entiende, en este sentido la Sentencia apuntada que en una relación contractual corresponde el cumplimiento de las obligaciones a quienes sean partes en el contrato sin que relaciones ajenas a éste, puedan oponerse, válidamente, frente a la otra parte.

5. Plazo para tomar parte en el procedimiento restringido previo al concurso.

Debemos señalar que este plazo está incorrectamente señalado.

Por un lado, debemos tener en cuenta que el artículo 76 del TRLCAP señala que los días, en los casos de aplicación de esta Ley, se entenderán naturales, salvo que la misma Ley señale otra cosa. Por su parte el artículo 78.2 determina que la publicación se efectuará con una antelación mínima, en el caso de procedimiento restringido, de diez días anteriores al señalado como el último para la admisión de proposiciones.

Por tanto, observamos que este último artículo, referido al procedimiento restringido, no señala, expresamente, que los días deben ser hábiles. Luego se aplicará la regla natural establecida en el artículo 76, debiéndose entender como naturales.

La calificación de este vicio puede ser de anulabilidad (art. 63 de la Ley 30/1992, LRJAP y PAC), o de irregularidad no invalidante, al tratarse de un defecto de tiempo: en todo caso, habría que ver las circunstancias concretas del caso.

6. Ajuste a derecho de la prórroga del plazo para presentación de solicitudes.

No se ajusta a derecho por una doble razón:

1. Porque el artículo 11 del TRLCAP establece los principios que deben presidir la contratos administrativos, estableciéndose el de publicidad, igualdad, concurrencia y no discriminación. Para que es prórroga o ampliación de plazos hubiera sido preciso, en todo caso, que en los Pliegos de condiciones se hubiera establecido la posibilidad de la misma. Quizás, si así hubiera sido, otros posibles licitadores hubieran tomado parte en ese proceso de selección previa a través del procedimiento restringido de haber sabido que disponían de más plazo para preparar todo lo preciso y exigible. Al no haberse previsto así, no cabe duda de que se les ha sustraído algo importante que les coloca en situación de desigualdad e indefensión respecto a otros licitadores.

2. En segundo lugar, porque a la ampliación de plazos se refiere el artículo 49 de la Ley 30/1992, en los siguientes términos «1. La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder, de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de terceros. El acuerdo de ampliación deberá ser notificado a los terceros», añadiendo en el número 3 «Tanto la petición de los interesados como la ampliación deberán producirse, en todo caso, antes del vencimiento del plazo de que se trate. En ningún caso podrá ser objeto de ampliación un plazo ya vencido. Los acuerdos sobre ampliación de plazos o de su denegación no serán susceptibles de recurso».

Por tanto, vemos, en primer lugar, que como hemos afirmado anteriormente, con esa ampliación se perjudicaban derechos de terceros y, en segundo lugar, que el plazo ya estaba vencido, luego no era posible acuerdo de ampliación de plazo alguno.

Esta indebida e ilegal ampliación puede ser constitutiva de vicio de anulabilidad (art. 63 de Ley 30/1992), por infracción del ordenamiento jurídico, o incluso de nulidad (art. 62.1 de la LRJAP y PAC),

por vulnerar derechos susceptibles de amparo constitucional. En este caso, el artículo 14 de la Constitución que establece el principio de igualdad (art. 53 de la Constitución).

7. Recurso del licitador por ausencia de exposición al público del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Será desestimado. Es cierto, que el artículo 122 del Texto Refundido de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, exige que el Pliego se exponga al público por plazo de ocho días, aunque permite incluir dicho trámite dentro del período del anuncio de licitación. Sin embargo, debemos tener en cuenta lo siguiente:

A) Aunque el trámite fuera preceptivo, su ausencia, sí ha existido otro tipo de publicación de manera que se pudo tener conocimiento de su contenido, no causa ningún tipo de indefensión y, por tanto, se tratará de una irregularidad no invalidante. Recordemos que el concepto de indefensión que acogen las normas es de tipo material (que exista y perjudique a los interesados), no el meramente formal.

B) Tras la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, LCAP y, hoy, con el TRLCAP, esta regla de publicidad puede entenderse derogada. El artículo 49 del TRLCAP no impone que se dé publicidad a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, los cuales se integran en el expediente de contratación (art. 67 del TRLCAP). El artículo 69 tampoco requiere publicidad previa a su aprobación por el órgano de contratación. Por otra parte, el apartado sexto del artículo 49 del TRLCAP sustituye la publicidad por la obligación de la Administración contratante de facilitar copia de los Pliegos a todos los interesados que la soliciten.

Sobre esta cuestión se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en Informe 13/2000, de 6 de julio, señalando que se entendía derogado el artículo 122 del Texto Refundido de Régimen Local en estos términos «dicha derogación tácita se produce cuando la nueva norma, en este caso la LCAP, establece una regulación completa y uniforme de una materia, en este caso la publicidad de los contratos, que debe considerarse incompatible con requisitos o exigencias aisladas de la norma anterior -art. 122 del Texto Refundido de Régimen Local, en cuanto establece la exposición al público de pliegos y anuncios- y que deben dar lugar a la consideración de que el citado artículo 122 se opone al contenido de la LCAP».

8. Escrito presentado por un licitador ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa solicitando la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

Este licitador ha obrado conforme a derecho.

La Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para el año 2004 ha añadido un nuevo artículo al Real Decreto-Ley 2/2000, TRLCAP, el 60 *bis*, que bajo la rúbrica de medidas provisionales permite a los interesados en un procedimiento de adjudicación del contrato y, en todo caso, a los licitadores solicitar la adopción de medidas provisionales para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen perjuicios a los intereses afectados, incluidas aquellas medidas destinadas a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato.

Estas solicitudes podrán formularse con independencia de que, en su caso, se interponga el recurso correspondiente.

El órgano competente para adoptarlas es el que lo sea para conocer de los correspondientes recursos, cualquiera que sea su clase.

El plazo para solicitarlas es de cinco días a contar desde la fecha de la infracción alegada, debiendo resolverse, de forma motivada en un plazo de diez días, entendiéndose denegadas en el supuesto de no recaer resolución expresa.

En este caso, ya comentamos que, al menos, la ampliación de plazo acordada no fue ajustada a derecho; y que el plazo de diez días para la presentación de solicitudes se fijó, indebidamente, en días hábiles, luego suponían la comisión de infracciones legales que justificaban el escrito del licitador.

Por otra parte, las decisiones fueron tomadas por el órgano de contratación que, en este caso, será, o bien el Alcalde, o bien el Pleno, ignoramos este extremo puesto que el relato de hechos no nos lo indica, pero que en todo caso ponen fin a la vía administrativa. Luego, el competente para conocer del recurso será, con independencia del recurso potestativo de reposición, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que es la que, en conclusión, deberá tomar las medidas pertinentes para corregir las infracciones alegadas.

9. Ajuste a derecho de la propuesta de la Mesa de contratación. Actuación del órgano de contratación.

La forma de actuar de la Mesa es contraria a derecho por dos razones:

A) En primer lugar, porque no estaba válidamente constituida cuando adoptó la propuesta de resolución. A falta de legislación autonómica, y de régimen propio de regulación, habría que aplicar lo dispuesto en los artículos 22 y siguientes de la Ley 30/1992, referidos a los órganos colegiados. En concreto, el artículo 26.1 señala que «para la válida constitución del órgano, a efectos de celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la presencia del presidente y de secretario o, en su caso, de quienes les sustituyan, y la de la mitad, al menos de sus miembros...».

En el presente caso, estaban el presidente, el secretario y el interventor, faltando los otros cuatro vocales, luego, no estaban la mitad, al menos de sus miembros. Por tanto, esta propuesta es nula de pleno derecho al incurrir en el vicio contemplado en el artículo 62.1 e) de la LRJAP y PAC, pues se prescindió de las normas esenciales que regulan la formación de voluntad de los órganos colegiados.

B) En segundo lugar, la propuesta de adjudicación del contrato recae sobre un empresario que ha solicitado la declaración de concurso. Pues bien, a tenor de lo establecido en el artículo 20 b) del TRLCAP, tras la modificación operada en dicho artículo por la Ley Concursal 22/2003, que entra en vigor el día 1 de septiembre de 2004, es causa de prohibición para ser contratista el haber solicitado la declaración de concurso. Luego de adjudicarse a este empresario se estaría cometiendo un vicio de nulidad absoluta o de pleno derecho (art. 22 del TRLCAP).

Respecto a la forma de proceder del órgano de contratación ante esta propuesta no ajustada a derecho, deberá motivar la no adjudicación al propuesto (art. 81.3 del TRLCAP). Igualmente, de acuerdo con el artículo 83 del TRLCAP, y previo informe de los servicios jurídicos correspondientes, como existió infracción del ordenamiento jurídico en la propuesta de la mesa que, en principio, no sólo afecta a esta propuesta en sí, sino al acuerdo nulo de la mesa, por no estar válidamente constituida, lo procedente, en este caso, no es adjudicar, sin más, al siguiente mejor postor, como permite dicho precepto, sino dejar sin efecto la convocatoria.

10. Recursos interpuestos por la empresa concesionaria.

Debemos distinguir:

A) El recurso contra el acuerdo de resolución del contrato será estimado puesto que hubo ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente previsto. En este sentido, para resolver el contrato hubiera sido preciso la incoación del oportuno expediente en el que con la intervención de la interesada y, previo informe del Consejo de Estado, en caso de oposición del contratista, se dictara la resolución oportuna. La ausencia del mismo ocasiona el vicio de nulidad radical o absoluta contemplado en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, LRJAP y PAC.

B) Respecto al recurso por el procedimiento de apremio, o bien, será inadmitido, puesto que el acuerdo de iniciación es un acto de trámite no recurrible (art. 107 de Ley 30/1992); o bien será desestimado ya que es cierto que el TRLCAP, en el caso de contratos administrativos, limita la posibilidad de embargo de las cantidades que debe abonar la Administración (certificaciones de obras) a supuestos concretos, pero es que éste no es el caso. Aquí se trata de lo contrario, son unas cantidades que en concepto de canon de la concesión debe abonar el contratista a la Administración, y, sin embargo, no las abona. Luego, la Administración está legitimada para poner en marcha el procedimiento de apremio, como medio de ejecución forzosa, contemplado en los artículos 93 y siguientes de la Ley 30/1992.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- Ley 7/1985 (LBRL), arts. 46.2 b) y 63.1 b).
- Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 15, 26.1, 62.1 a), b) y e), 63, 102, 107, 110.2, y 115.
- RD Ley 2/2000 (TRLCAP), arts. 11, 20 b), 22, 49, 60 bis, 67, 69, 73, 76, 78.2, 81.3, 83, 154.2 y 156.2.
- RD Leg. 781/1986 (TRRL), art. 122.
- RD 2568/1986 (Rgto. de Funcionamiento de las Entidades Locales), arts. 80.4, 82 y 85.
- Decreto de 17 de junio de 1955 (Rgto. de Servicios de las Corporaciones Locales), art. 122.
- STS de 3 de abril de 1992.
- Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 13/2000, de 6 de julio.