

Dominio público marítimo terrestre y posible enajenación de finca de dominio público

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF-*

Extracto

El supuesto práctico se plantea respecto a la legalidad de la enajenación de una finca de la Administración General del Estado, adscrita al ministerio competente en industria, llevada a cabo, en primer lugar, sin la preceptiva declaración de innecesariedad de la misma por el órgano competente y, en segundo lugar, encontrándose la misma ubicada parcialmente dentro de la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo terrestre. Igualmente, se plantea la legalidad de unas obras llevadas a cabo en la misma y las incidencias surgidas respecto de un contrato administrativo de servicios con una empresa del ramo para la limpieza y mantenimiento del edificio, tales como la omisión del plazo de garantía, la contraprestación de la Administración permitiendo a la empresa la explotación de un bien de dominio público o la modificación del contrato para unificar las prórrogas previstas en un solo plazo.

Palabras clave: dominio público marítimo terrestre; servidumbre de protección; enajenación de finca de dominio público; procedimiento; contrato administrativo de servicios.

Fecha de entrada: 08-04-2021 / Fecha de aceptación: 19-04-2021

Enunciado

El Ministerio de Hacienda llevó a cabo en el año 2017 los trámites necesarios para poder enajenar una finca, perteneciente al Estado español desde tiempo inmemorial y sita en una población costera y adscrita al Ministerio de Industria. La misma no estaba inscrita en el Inventario de Bienes y Derechos del Patrimonio del Estado.

Mediante Acuerdo del Ministerio de Hacienda de 1 de octubre del 2017 se acordó la desafectación y puesta a disposición de la finca para su venta y, con posterioridad, se puso en marcha el procedimiento para su enajenación.

El 11 de noviembre la Administración procedió a la inmatriculación de la finca en el Registro de la Propiedad, haciéndose constar en la inscripción que la parcela estaba libre de cargas y gravámenes.

El 12 de junio de 2019, previa formalización de los oportunos trámites preceptivos, se celebró subasta pública sobre el precio de tasación (300.000 euros). Hubo dos licitadores: D. HHH, que ofreció los 300.000 euros, y D. KKK, que ofreció 295.000. La finca fue vendida a D. HHH por el precio ofrecido, pero llegado el momento de formalización del contrato no se presentó, sin alegar causa justificativa alguna. Llegado el 20 noviembre de ese año se celebró segunda subasta, que había sido decidida y publicada por el órgano de contratación en su momento, estableciendo, entonces, el precio de la finca en 295.000 euros. Hubo varias ofertas, siendo la finca adjudicada por el Ministerio de Defensa a la sociedad inmobiliaria XY, SA por 295.000 euros.

Ante la celebración de esta segunda subasta ocurrida el 20 de noviembre de 2020, recurrieron:

- a) D. KKK, en tiempo y forma contra la decisión de celebrar la segunda subasta.
- b) Un vecino de la localidad más próxima al terreno en cuestión presenta el día 20 de enero de 2021 recurso contencioso-administrativo señalando la improcedencia de esta segunda subasta.
- c) La comunidad autónoma a la que pertenecía la zona en cuestión, presenta, en tiempo y forma, justo el último día de plazo que la ley le otorga, recurso de reposición para que la Administración General del Estado anule la venta acordada. La AGE le responde y notifica que entre Administraciones públicas no cabe recursos en vía administrativa, por lo que no admite aquel. El recurso se basó en la existencia de un vicio de invalidez en la adjudicación, cual era la enajenación sin que el inmueble estuviera inscrito en el Inventario de Bienes y Derechos del Estado.

El 12 de enero del 2020 se otorgó escritura pública de compraventa.

La inscripción en el Registro de la Propiedad se realizó el 15 de abril de 2020. Ante ello, se procedió al archivo definitivo del expediente de enajenación.

El día 21 de enero de 2021, el ministerio con competencia en materia de medio ambiente, que era el órgano competente en la materia marítimo-terrestre, dicta una resolución en la que se afirma que la finca se ubica parcialmente a 80 metros medidos tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar y que en el expediente de enajenación se ha omitido un trámite fundamental, en concreto, la declaración de innecesariedad.

Por estas circunstancias el ministerio inició, con fecha 18 de marzo de 2019 un expediente de nulidad del contrato de compraventa celebrado con la inmobiliaria XY, SA.

Recuperado el terreno, utilizando las vías oportunas, se contrata con una empresa del ramo, previa licitación al respecto a través de procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, por un precio de 120.000 euros (el valor estimado era de 129.000), la limpieza y mantenimiento de un edificio construido en el mismo para estancia de vigilantes y depósito de material necesario para aquella labor.

La duración prevista era de dos años, prorrogables, año a año, por tres años más.

En este contrato son de constatar las siguientes circunstancias:

- a) En el pliego de cláusulas administrativas particulares se omitió establecer el plazo de garantía.

- b) El pago del precio a la empresa contratista se estableció mediante la autorización a la misma, por parte del órgano de contratación, de la autorización para la explotación de un bar en un edificio con oficinas adscrito al ministerio.
- c) Después de la adjudicación y del inicio de la ejecución –en concreto, a los cinco meses– del contrato se acreditó que la empresa contratista no estaba al corriente en el pago de las obligaciones correspondientes a la seguridad social de los últimos cuatro meses, sin que la deuda estuviera fraccionada, suspendida o aplazada, planteándose el órgano de contratación cómo actuar en este caso.
- d) El órgano de contratación estaba tan satisfecho con la prestación de la empresa adjudicataria que decide, seis meses antes de finalizar el plazo inicial de duración, mediante la modificación del contrato, previo expediente al respecto, ampliar aquella, de una sola vez, a tres años más. La razón se debe a que la empresa debió adquirir nuevos productos, no existentes en el mercado, al celebrarse el contrato por lo que se había producido un desequilibrio económico-financiero en el mismo.
- e) En el anuncio publicado en el perfil del contratante que se realizó el día 20 de enero se estableció que el plazo para presentar las ofertas era el mínimo previsto en la Ley con carácter general para este caso y sin reducción de tiempo alguna, por lo que finalizaría a las 13 horas del día 4 de febrero y, por su parte, el pliego de cláusulas administrativas particulares establece un plazo de 18 días. Esto provocó que una empresa licitadora fuera excluida por la mesa de contratación al presentar su oferta el día 7 de febrero. La misma recurrió su exclusión, contestando el órgano de contratación que, como se había especificado en el anuncio, se concedía el plazo mínimo para la presentación de ofertas establecido en la ley y que este era el fijado en el perfil del contratante. Por ello, se desestimó el recurso planteado.

Cuestiones planteadas:

1. Analice todos los aspectos formales y materiales referentes a los recursos interpuesto por D. KKK, por un vecino el día 20 de enero de 2020 y por la comunidad autónoma.
2. Procedencia de expediente de nulidad, analizando sus posibles causas, y de su tramitación: aspectos formales y sustantivos. En concreto, si existe causa para el referido expediente; si fuera así qué efectos produciría sobre todo lo realizado.
3. Posibilidad de que la Administración ejerza el derecho de retracto previsto en la disposición adicional tercera de la Ley de costas, por parte del ministerio competente.

4. Si lo anterior no fuera posible, ¿podría la Administración utilizar sus potestades administrativas para recuperar el inmueble vendido? Indique otras posibles alternativas de la Administración para recuperar la propiedad de la finca.
5. Analice las incidencias surgidas en el contrato administrativo celebrado.

Solución

1. Analice todos los aspectos formales y materiales referentes a los recursos interpuesto por D. KKK, por un vecino el día 20 de enero de 2020 y por la comunidad autónoma

Recurso de D. KKK

- a) Respecto a la legitimación la tiene, porque presentó oferta en la primera subasta (art.19.1 LJCA).
- b) En cuanto al plazo, el relato de hechos señala que se presentó en tiempo y forma.
- c) Respecto al objeto de la impugnación es la de decisión administrativa de celebrar la segunda subasta, lo cual es procedente.
- d) En cuanto al fondo de la cuestión, recordemos que este señor fue la segunda mejor oferta en la primera subasta.

Entiendo que su recurso debe ser estimado.

El artículo 137.2 de la Ley 33/2003, de patrimonio de las Administraciones públicas, señala que

en el caso de que la adjudicación resultase fallida por no poder formalizarse el contrato por causa imputable al adjudicatario, podrá realizarse la enajenación a favor del licitador que hubiese presentado la siguiente oferta más ventajosa o procederse a la enajenación directa del bien.

Es cierto que dicho precepto no impone la obligación de adjudicar al segundo mejor postor si la primera subasta queda desierta, pero adjudicar en una segunda subasta por el precio que ya había ofrecido D. KKK en la primera, salvo que la Administración lo justifique debidamente, es una actuación administrativa contraria a los principios de buena administración, confianza legítima, igualdad y no discriminación. En resumen, la Administración obró con desviación de poder prohibida por el artículo 48 de la Ley 39/2015 y definida en el artículo 70 de

la Ley 29/1998, LJCA. Porque nada justificó esta segunda subasta, cuyo único criterio era el precio, y lo que pretendía obtener la Administración ya se lo ofrecieron en la primera subasta. Luego, pérdida de tiempo, eludir injustificadamente al segundo postor, D. KKK, y beneficiar a la adjudicataria de la segunda subasta parece que es lo que pretendía la Administración.

Recurso contencioso-administrativo del vecino particular

A) ¿Está interpuesto el recurso en plazo?

En este recurso señala la improcedencia del procedimiento seguido y existencia de vicios de invalidez.

Recordamos que en fecha 20 de noviembre de ese año se celebró segunda subasta, que es lo que parece recurrir el vecino. Luego si computamos desde esa fecha, teniendo en cuenta que el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo es de dos meses según el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, el recurso estará en plazo. Pero lo cierto es que la decisión de realizar una segunda subasta se debió producir con bastante anterioridad, porque esta exige nuevo expediente y la presentación de nuevas ofertas, y yo creo que ese acto administrativo es el que debería haberse recurrido y supone el inicio del cómputo para interponer recurso contra el mismo, no la actuación material en sí de la celebración de esta segunda subasta, que no supone nada más que llevar a cabo lo ya decidido con anterioridad, salvo que se hayan producido infracciones del ordenamiento jurídico en su celebración, en cuyo caso el plazo se iniciaría desde su celebración y, entonces, el recurso estaría en plazo.

Pero, en el caso que analizamos, el relato de hechos indica que la razón de su recurso, aparte de los vicios de invalidez que pudieran existir, radica en que no cree ajustada a derecho la celebración de esta segunda subasta sin que nada alegue sobre posibles infracciones del ordenamiento jurídico en su celebración.

Por todo ello, el recurso debe ser resuelto mediante su no admisión por auto de la Audiencia Nacional, órgano competente según el artículo 11 de la Ley 29/1998, LJCA, por haber caducado el plazo de interposición del recurso, a tenor del artículo 51.1 d) de la LJCA.

B) ¿Tenía legitimación para recurrir?

Respecto a la legitimación para recurrir es más que discutible porque, aunque es cierto que el artículo 109 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, recoge, en esta materia, la acción pública en los siguientes términos: «Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo establecido en esta ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación», es lo cierto que la impugnación que realiza la basa en la improcedencia del procedimiento seguido para la enajenación y vicios

de invalidez en la adjudicación de la finca, teniendo todo ello su fundamentación jurídica en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas, por lo que no está solicitando a los órganos administrativos o a los tribunales la observancia de lo establecido en la Ley de costas y disposiciones que se dicten para su desarrollo y ejecución. Ahora bien, es indudable que, con el recurso, se están protegiendo directamente los bienes jurídicos protegidos por la Ley de costas por lo que, en mi opinión, el recurso debe admitirse.

Por otra parte, la legitimación como vecino de una localidad próxima a la referida finca no le otorga de por sí ningún derecho ni interés legítimo que le afecte directamente, al menos de los hechos no se deduce lo contrario.

C) ¿Era procedente la forma de adjudicación?

En cuanto a la improcedencia de la forma de adjudicación, recordamos que en el presente caso se celebró una primera subasta que quedó desierta y, con posterioridad, se celebró una segunda subasta por la que se procedió a la adjudicación de la finca. Es el artículo 137 de la LPAP el que se refiere a la forma de enajenación, señalando que

1. La enajenación de los inmuebles podrá realizarse mediante subasta, concurso o adjudicación directa.

2. La subasta podrá celebrarse al alza o a la baja, y, en su caso, con presentación de posturas en sobre cerrado; podrá acudirse igualmente a sistemas de subasta electrónica. La modalidad de la subasta se determinará atendiendo a las circunstancias de la enajenación, y la adjudicación se efectuará a favor de quien presente la oferta económica más ventajosa.

En el caso de que la adjudicación resultase fallida por no poder formalizarse el contrato por causa imputable al adjudicatario, podrá realizarse la enajenación a favor del licitador que hubiese presentado la siguiente oferta más ventajosa o procederse a la enajenación directa del bien.

Por lo tanto, nada impedía que, al quedar desierta la primera subasta, la Administración acudiera a una segunda subasta que, aunque no se recoge expresamente en el referido artículo, tampoco aparece prohibida.

Recurso de la comunidad autónoma

A) Legitimación

Nos planteamos el mismo razonamiento que para el vecino. Es cierto que el artículo 19.1 d) de la LJCA, que debe ser extensible a los recursos administrativos cuando la Adminis-

tración pueda interponerlos, señala que están legitimadas para recurrir «la Administración de las Comunidades Autónomas, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado». Resulta evidente que no nos encontramos en este caso, pero la cuestión, ya planteada con anterioridad, es que si está ejerciendo la acción pública del artículo 109 de la Ley de costas o no.

B) Plazo para recurrir

En cuanto al plazo para recurrir no hay problema, porque el relato de hechos señala que se presentó en tiempo y forma.

C) Inadmisión del recurso

En cuanto a la inadmisión de la Administración del recurso alegando que entre Administraciones no cabe recurso administrativo no es ajustado a derecho, porque hay que distinguir cuando una Administración pública actúa como interesada o en el ejercicio de potestades públicas, como así ha indicado el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias. En este sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia 6485/2006, de 20 de octubre, ante la interposición de un recurso de casación en interés de la ley a la interpretación que debe darse en derecho al artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción 29/1998, de 13 de julio, en un supuesto en el que se requiere a un ayuntamiento el reintegro de una subvención concedida por el Instituto Nacional de Empleo, sienta la doctrina a lo que aquí interesa.

La sentencia de la Audiencia Nacional recurrida en casación entiende que el precepto del artículo 44 de la Ley reguladora se refiere al supuesto de que ambas Administraciones actúen como poder, y no es aplicable al caso de que una de ellas realice la actividad, como podría haberlo hecho un particular, fuese este persona física o jurídica. Este es nuestro caso, la comunidad autónoma actúa como un particular más tratando de ejercer la acción pública, por tanto no actúa en ejercicio de poder.

De todas formas, distinguimos:

Cuando una Administración pública actúa ejerciendo potestades públicas.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia 5034/2016, de 14 de noviembre, resuelve sobre un supuesto en el que un ayuntamiento interpone un recurso de reposición frente a una resolución de la Consejería de Obras Públicas por entender que se ha extralimitado de sus competencias. En este supuesto el Tribunal Supremo sentencia que:

El Ayuntamiento no actúa como un particular, sino investido de poder ante otra Administración, viniendo a cuestionar precisamente que la Consejería de Obras

Públicas se había extralimitado en sus competencias invadiendo las propias en materia de urbanismo, de ahí que le fuera de plena aplicación el artículo 44 de la ley de la Jurisdicción.

Por tanto, en el presente caso procedía la interposición del requerimiento previo y no de un recurso administrativo.

Cuando una Administración pública actúa como un particular.

El Tribunal Supremo, en Sentencia 786/2017, de 28 de febrero, zanja el asunto en dos líneas:

Que AENA actúa en el procedimiento de expropiación en concepto de beneficiaria, no en calidad de Administración pública. No le es pues de aplicación el artículo 44 de la Ley jurisdiccional.

O en la Sentencia 4015/2015, de 29 de septiembre:

[...] el Ayuntamiento actuara investido de sus potestades administrativas, sino como el particular expropiado y con la finalidad de que se fijase el justiprecio en igualdad de condiciones. Buena prueba de ello, y se deja constancia en la sentencia, es que el ayuntamiento actuaba en dicho expediente sin estar investido de potestad administrativa alguna para poder adoptar decisión alguna sobre el objeto del mismo, la fijación del justiprecio, que es la característica y el fundamento del trámite previo a la vía contencioso-administrativa.

En ambos casos el Tribunal Supremo establece que procedía la interposición del correspondiente recurso administrativo.

Requerimiento principio / Recurso administrativo *pro actione*.

Es importante señalar que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones en que al requerimiento entre Administraciones previo al recurso contencioso-administrativo no se le aplica el error en la calificación del recurso.

El Tribunal Supremo señala que no es de aplicación el artículo 110.2 de la Ley 30/1992 (ahora art. 115.2 de la Ley 39/2015), por cuanto dicho artículo no está pensado para las Administraciones públicas, que disponen de personal técnico y jurídico sobradamente formado en estas cuestiones, no existiendo, pues, cuando se trata de las controversias entre Administraciones a que se refiere el artículo 44 de la Ley 29/1998, la razón justificativa de la previsión legal del ahora artículo 115.2 de la Ley 39/2015. Y es que, como señalan las sentencias indicadas, las cuales a su vez hacen referencia a las sentencias de la Sala de lo

Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2009, 30 de septiembre de 2009 y 7 de abril de 2011:

Los requerimientos contemplados en el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción no son recursos administrativos ni participan de la naturaleza de estos. Tales requerimientos responden a un mecanismo de acuerdo y entendimiento entre Administraciones públicas para evitar litigios, en el marco de los principios constitucionales de coordinación y colaboración que han de presidir las relaciones entre dichas Administraciones. A través de ellos se busca dar a la Administración requerida la posibilidad de reconsiderar sus decisiones y así procurar una solución que soslaye el conflicto; pero por su carácter de técnicas de acuerdo y entendimiento no son, insístmicos, ni por su naturaleza ni por su tramitación, cauces impugnatorios como los recursos administrativos.

Por todo lo expuesto, el recurso debió ser admitido.

D) Vicios existentes

En relación con los posibles vicios de invalidez seguidos en la adjudicación, descartada ya su existencia respecto al procedimiento seguido en este caso, nos podemos referir a la falta de inscripción del inmueble en el Inventario de Bienes y Derechos del Estado; el artículo 35.1 de la LPAP señala que no se podrán realizar actos de gestión o disposición de bienes y derechos si no se encuentran debidamente inscritos en el citado inventario que, a tenor del artículo 36.1, resulta obligatorio. Ahora bien, la ausencia de dicha inscripción resulta un defecto meramente formal y subsanable, por lo que no puede afectar de manera esencial al contrato celebrado. Este inventario, llevado por la Dirección General de Patrimonio del Estado, que no tiene la consideración de registro público, tiene por finalidad, entre otras, el control, la transparencia y la publicidad sobre el carácter de los bienes de la Administración, pero no es, de ninguna manera, constitutivo sobre la naturaleza jurídica de los bienes de la Administración. Por eso, la enajenación de un inmueble que no esté inscrito en el inventario es un defecto meramente formal que no afecta a la validez del contrato celebrado.

2. Procedencia de expediente de nulidad, analizando sus posibles causas, y de su tramitación: aspectos formales y sustantivos. En concreto, si existe causa para el referido expediente; si fuera así, qué efectos produciría sobre todo lo realizado

Varias cuestiones han de analizarse al respecto :

PRIMERA.– Las posibles causas de nulidad que pueden invocarse en el presente caso son:

A) La omisión de un trámite fundamental del procedimiento de enajenación de los terrenos, cual es la preceptiva declaración de innecesiedad prevista en la legislación de costas y directamente ligada con esta infracción procedimental, ya que aunque el artículo 138 de la LPAP señala que el acuerdo de incoación del procedimiento llevará implícita la declaración de alienabilidad de los bienes a que se refiera, es lo cierto que nos encontramos ante una legislación especial –Ley de costas– y una legislación general –LPAL–, debiendo prevalecer la legislación especial sobre la materia, que requería la declaración expresa de innecesiedad exigida por el artículo 17 de la Ley de costas. En el ámbito de la LPAP la competencia corresponde al Ministerio de Hacienda, mientras que, como se refleja en el relato de hechos, en este caso la competencia para esa declaración es del ministerio competente en materia de medio ambiente.

B) El hecho de que la finca se ubique, parcialmente, a 80 metros medidos tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar.

Según el artículo 23.1 de la Ley de costas, la servidumbre de protección recaerá sobre una zona de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar. Por tanto, la finca se encuentre invadiendo parcialmente la servidumbre de protección del dominio público.

Procede, por tanto, el análisis de todas estas cuestiones para poder determinar si en el presente caso el expediente de enajenación adolece de vicios determinantes de nulidad radical y, en su caso, cómo afecta esa nulidad al contrato de compraventa celebrado entre la Administración y la inmobiliaria.

A) Omisión de la declaración previa de innecesiedad

Según el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, LPAC, son nulos de pleno derecho los actos «dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido».

La jurisprudencia ha evolucionado en esta materia, pasando de una interpretación en sentido estricto respecto a que para que existiera el vicio de nulidad era necesario que el órgano administrativo se hubiera apartado completamente del procedimiento legalmente establecido, acudiendo a otro completamente distinto u omitiendo tales actos y trámites, que aquel quedaba por completo desdibujado, a un criterio de considerar nulas aquellas resoluciones dictadas al final del procedimiento, en el que se ha prescindido de alguno o de algunos de los trámites esenciales, cuya omisión crea indefensión o perjudica gravemente al administrado o cuya observancia o cumplimiento habría variado significativamente el resultado final del procedimiento, es decir, el contenido del acto administrativo. Lo mismo ocurre cuando se ha actuado positivamente por la Administración mediante conductas administrativas indebidas en contra de las limitaciones y mermas legales impuestas al ejercicio

de sus potestades. Esta actuación administrativa puede perfectamente alterar por completo el resultado final del procedimiento en perjuicio del administrado.

Y cuando la indefensión se ha producido, especialmente porque la omisión provoca un resultado administrativo –acto– diferente al que se hubiera dictado de no haberse omitido el trámite, sí cabe hablar de nulidad radical del procedimiento.

Respecto a la declaración de innecesariedad hay que señalar que, en efecto, se trata de un trámite que está previsto en el artículo 17 de la Ley de costas y por tanto impuesto *ex lege* en toda la tramitación de enajenación de bienes patrimoniales del Estado que lindan con el demanio marítimo-terrestre. El citado precepto señala:

Los terrenos del patrimonio del Estado colindantes con el dominio público marítimo-terrestre o emplazados en su zona de influencia que resulten necesarios para la protección o utilización de dicho dominio serán afectados al uso propio del mismo, en la forma prevista en la legislación de patrimonio del Estado. No se podrá proceder a su enajenación sin previa declaración de innecesariedad a los mencionados efectos.

Este informe se ha omitido en el procedimiento de enajenación de la finca, teniendo el mismo el carácter de preceptivo, y el ministro con competencia en materia de medio ambiente es el órgano competente para su declaración.

Son dos las circunstancias que deberán darse para que sea necesaria la emisión del informe: por un lado, el carácter colindante del terreno con el demanio o que esté emplazado en su zona de influencia y, por otro lado, el que resulte necesario para la protección o utilización del mismo.

Resulta innegable, si tenemos en cuenta el relato de hechos, que el terreno vendido colindante con el dominio público marítimo-terrestre y que, por otra parte, invade la zona de servidumbre de protección de dominio público. Por tanto, si el terreno es colindante y es necesario para que sea efectiva la servidumbre de protección que se extiende a una zona de 100 metros, medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar, está claro que concurren las condiciones que hacen necesario y preceptivo este informe de innecesariedad para poder enajenar ese terreno. Además, es lógico pensar que el terreno se encuentra en la zona de influencia puesto que, según el artículo 30 de la Ley de costas, se extiende como mínimo a 500 metros desde el límite interior de la ribera del mar.

Parece que la omisión del informe, establecido por la ley en el procedimiento de enajenación, es suficiente para provocar la nulidad del mismo y, en concreto, el acto de adjudicación. Pero para poder corroborar esta calificación es preciso analizar si la emisión de este informe en tiempo y forma habría aportado al expediente elementos diferentes, de los que se habría derivado la conformación de una voluntad administrativa diferente. Si esto es

así, llegamos a la conclusión de que de haberse emitido el informe, la decisión administrativa habría sido diferente a la que finalmente fue, y esta alteración sustancial del proceso de conformación de la voluntad administrativa debe ser sancionada con la nulidad radical del procedimiento y del acto decisorio correspondiente.

B) Que la finca se encuentre, parcialmente, en la zona de servidumbre de protección

Esta zona abarca 100 metros, según el artículo 23 de la Ley de costas y, en nuestro caso, parte de ella se encontraba a 80 metros. Esto significa que estaba en la zona de servidumbre de protección y no era posible su venta. Señala el artículo 7 de la Ley de costas: «Conforme a lo dispuesto en el artículo 132.1 de la Constitución, los bienes de dominio público marítimo-terrestre definidos en esta Ley son inalienables, imprescriptibles e inembargables».

Además, el artículo 9 de la Ley de costas y 12 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas, referido a la continuidad del dominio público marítimo-terrestre señala:

1. No podrán existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre, ni aun en el supuesto de terrenos ganados al mar o desecados en su ribera, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 49 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, y 104 de este reglamento.
2. Serán nulos de pleno derecho los actos administrativos que infrinjan lo dispuesto en el apartado anterior.

En cuantos a los aspectos formales de la declaración de nulidad es preciso tener en cuenta, según el artículo 106.1 de la Ley 39/2015, que se puede hacer en cualquier momento, de oficio o a solicitud de interesado, y exige, con carácter previo, el informe favorable del Consejo de Estado. Por otro lado, de acuerdo con el artículo 111 a) de la LPAC, corresponde la competencia al Consejo de Ministros para la revisión de oficio de un acto dictado por un ministro.

Según el número 4 del citado precepto,

las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

SEGUNDA.– Una vez determinada la concurrencia de causas de nulidad apreciable de oficio mediante la tramitación del correspondiente expediente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 106.1 de la Ley 39/2015, LPAC, procede analizar el efecto concreto de las mismas sobre los distintos actos dictados en el seno del expediente de enajenación que se tramitó en su día.

En cuanto al contrato de compraventa, se trata de un contrato privado (art. 26.1) excluido de la Ley 9/2017, según el artículo 9.2 de la misma. Rige, en cuanto a su régimen jurídico, la doctrina de los actos separables, es decir, todo lo concerniente a su preparación y adjudicación se regula por normas de derecho administrativo, y lo concerniente a su cumplimiento, efectos y extinción se regula por el derecho privado. El órgano jurisdiccional competente para conocer de sus controversias será, para la fase interna, la jurisdicción contencioso-administrativa y, para la fase externa, la jurisdicción ordinaria (art. 27 LCSP).

Dicho lo anterior, nos planteamos a continuación sobre qué actos del procedimiento de enajenación del bien recae el vicio de nulidad analizado anteriormente. Parece evidente que la omisión del informe de innecesaridad legalmente previsto afecta a la fase de preparación del contrato, fase sujeta en todos sus términos a las normas del Ley 33/2003, LPAP, y, por supuesto, a la normativa sectorial especial. Se trata de un trámite imprescindible, como ya hemos visto, que debe evacuarse antes que adoptarse el acuerdo de enajenación.

Queda claro, por tanto, que no puede declararse la nulidad del contrato de compraventa, sino solamente del acuerdo formal de enajenación, del que lógicamente trae causa ese contrato. Sin embargo, el contenido material, los efectos y extinción del contrato se regirán por las normas de derecho privado, sin que sea posible proceder a su anulación en vía administrativa ni a su impugnación en vía contencioso-administrativa, y sin perjuicio de intentar cuestionar su validez ante el órgano judicial competente.

Solo el acuerdo formal de enajenación está viciado de nulidad y su revisión procede a través del procedimiento contemplado en el artículo 106.1 de la LPAC, para el que no hay límite de tiempo.

La impugnabilidad del contrato de compraventa es una cuestión autónoma e independiente de la revisión del acto administrativo. Ni en vía administrativa ni en vía contencioso-administrativa pueden discutirse cuestiones relativas a la propiedad de los bienes, salvo que se haga como cuestión prejudicial civil.

La competencia para la revisión de oficio del acto nulo corresponde al Consejo de Ministros, pues el acto administrativo ha sido dictado por un ministro, en virtud del artículo 111 de la LPAC. El procedimiento debe ponerse en marcha de oficio por el ministerio autor del acto nulo, ministro de Defensa, y, luego, remitirse al Consejo de Ministros para su resolución.

TERCERA.– Analizado los aspectos relativos a la posible nulidad radical del acuerdo de enajenación, procede referirnos a los efectos que la eventual declaración de nulidad pueda tener sobre el contrato de compraventa celebrado entre la Administración y la inmobiliaria, y sobre el derecho de propiedad sobre la citada parcela. Repetimos que la nulidad solo afecta al acuerdo de enajenación y no al propio contrato de compraventa, cuya validez solo puede abordarse desde las normas del derecho privado aplicables y cuya anulación solo puede acometerse en el ámbito de la jurisdicción civil.

Pues bien, es preciso entrar a analizar los efectos del contrato perfeccionado y la situación registral actual de la parcela.

La finca estaba libre de cargas y gravámenes, es decir, no constaba registralmente ninguna limitación del derecho de propiedad, y se produjo el 15 de abril de 2020 el cambio de titularidad dominical registral. Ahora bien, nos encontramos con que la capacidad de disposición del vendedor no era tal, ya que, como consecuencia de los vicios existentes, el bien no podía ser declarado como innecesario y, en consecuencia, no era susceptible de enajenación. Esta falta de poder de disponibilidad de una de las partes en la compraventa determina la nulidad del negocio jurídico transaccional. Quien ha vendido no tenía la capacidad para disponer del bien, no por falta de titularidad dominical del Estado en sí, sino por el carácter inalienable del bien, por ubicarse parcialmente en la zona de servidumbre de protección del dominio público, amén de la falta del informe preceptivo.

En definitiva, es la jurisdicción civil la que debe pronunciarse sobre la nulidad del negocio de compraventa. En este sentido, una vez que declare la nulidad administrativa del acuerdo de enajenación y no pudiendo discutirse en vía administrativa la validez de la compraventa, la Administración deberá iniciar una demanda reivindicatoria de la propiedad basada en la nulidad de la compraventa ante el juzgado de primera instancia, ejercitando al mismo tiempo una acción de rectificación del correspondiente asiento registral y solicitando la anotación preventiva de la demanda en el registro de la propiedad, a fin de evitar que la transmisión de la finca a un tercero por parte de la inmobiliaria compradora provoque la plena eficacia respecto del nuevo titular registral.

El órgano jurisdiccional deberá pronunciarse sobre la validez de la compraventa y en su caso restaurar en la titularidad de la parcela a la Administración, procediéndose a la oportuna rectificación en el registro de la propiedad. Por supuesto, la Administración deberá indemnizar de los daños y perjuicios, entre otros, el precio pagado más los intereses devengados a la inmobiliaria compradora.

3. Posibilidad de que la Administración ejerza el derecho de retracto prevista en la disposición adicional tercera de la Ley de costas, por parte del ministerio competente

Esta disposición adicional señala que

la Administración del Estado tendrá derecho de tanteo y retracto en las transmisiones onerosas *inter vivos* de los bienes mencionados en el apartado 1 (Se declaran de utilidad pública, a efectos de expropiación, los terrenos de propiedad particular a que se refiere la disposición transitoria segunda, así como los incluidos en la zona de servidumbre de protección que se estimen necesarios para la defensa y el uso del dominio público marítimo-terrestre), a cuyo efecto deberá ser notificada por escrito. El derecho de tanteo podrá ejercerse en el plazo de tres meses y el de retracto en el de un año, ambos a contar desde la correspondiente notificación que comprenderá las condiciones esenciales de la transmisión.

La respuesta sobre si se puede ejercitar el derecho de retracto o tanteo es negativa, en primer lugar, porque el supuesto se refiere a los terrenos de propiedad particular y, en este caso, el contrato fue nulo, por lo que no se transmitió propiedad alguna.

En segundo lugar, porque ambos derechos, atribuidos a la Administración como derechos limitativos de la facultad de disposición que lleva aparejada la titularidad dominical de los bienes, están previstos para ejercitarse en relación con la enajenación o realizada a título oneroso *inter vivos* por los terceros propietarios de los terrenos. La condición habilitante del ejercicio de ambos es la existencia de un negocio jurídico de transmisión onerosa *inter vivos* entre los terceros ajenos a la propia Administración estatal, ya se trate de particulares o de otras Administraciones públicas. Pero no tiene sentido que siendo el vendedor la propia Administración del Estado, se pretenda recuperar la propiedad enajenada mediante el posterior ejercicio del retracto. No puede argumentarse que la venta se ha realizado por el Ministerio de Defensa y el retracto se ejercitaría por el ministerio competente en materia de medio ambiente, pues como señala el artículo 3.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única.

Por otra parte, el ejercicio del derecho establece el plazo de un año para ejercitar el derecho de retracto desde la notificación a la Administración, desde la propuesta de venta o de su perfección, habiendo transcurrido, en este caso, más de un año, pues la enajenación se llevó a cabo en el año 2019 y nos encontramos ya, ficticiamente, en el año 2021.

4. Si el derecho de retracto no fuera posible, ¿podría la Administración utilizar sus potestades administrativas para recuperar el inmueble vendido? Indique otras posibles alternativas de la Administración para recuperar la propiedad de la finca

Los artículos 14 y siguientes de la Ley de costas se refieren a las potestades de la Administración General del Estado sobre los bienes de dominio público marítimo-terrestre (investigación, recuperación en cualquier momento y deslinde). Esta regulación debe completarse con lo que previene la Ley 33/2003, LPAP.

Con respecto al uso de sus potestades administrativas para volver a adquirir el inmueble, debemos señalar que estas serían:

- La del artículo 55.1 de la LPAP, es decir, la potestad de recuperación posesoria en el sentido de que «las Administraciones públicas podrán recuperar por sí mismas la posesión indebidamente perdida sobre los bienes y derechos de su patrimonio. Pero, en el caso que analizamos no ha habido, "posesión indebidamente perdida", ya que el comprador adquirió la finca legalmente mediante un contrato de compraventa acordado con la Administración».
- La del artículo 58.1, o sea, la potestad de desahucio en el sentido de que «las Administraciones públicas podrán recuperar en vía administrativa la posesión de sus bienes demaniales cuando decaigan o desaparezcan el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros». Pero, como fácilmente se puede deducir, tampoco estamos ante estas causas que legitimarían el uso de la potestad administrativa, porque no ha desaparecido o decaído el título que legitimó su ocupación, que era el contrato de compraventa, porque el juez de primera instancia no se ha manifestado sobre los efectos de la nulidad del contrato.

En relación con otras posibles alternativas, señalamos que si bien, como hemos indicado, no cabe el ejercicio de las potestades administrativas sobre sus bienes ni cabe el ejercicio del derecho de retracto, y no se quiere optar por abordar en vía jurisdiccional civil la discusión sobre el contrato de compraventa y la propiedad de la finca, y el juez no ha resuelto sobre los efectos de la nulidad de la venta, que es cuestión de su competencia, existe la posibilidad:

- Acuerdo amistoso mediante el cual la Administración vuelva a comprar la finca vendida (es la adquisición a título oneroso sin utilizar la potestad expropiatoria a que se refiere el artículo 15 b) de la Ley 33/2003, de PAP. En este sentido, habría que utilizar el procedimiento de adquisición directa aplicando al apartado 4.º del artículo 116 de la Ley 33/2003, LPAP, que señala:

La adquisición podrá realizarse mediante concurso público o mediante el procedimiento de licitación restringida regulado en el apartado 4 de la disposición adicional decimoquinta, salvo que se acuerde la adquisición directa por las peculiaridades de la necesidad a satisfacer, las condiciones del mercado inmobiliario, la urgencia de la adquisición resultante de acontecimientos imprevisibles, o la especial idoneidad del bien.

En el expediente deberá acreditarse el fundamento de esta forma de adjudicación. La competencia, según el artículo 116.1 de la LPAP, corresponde al ministro de Hacienda.

- Realizar una permuta; en este sentido el artículo 153, en referencia a su admisibilidad, señala que

Los bienes y derechos del Patrimonio del Estado podrán ser permutados cuando por razones debidamente justificadas en el expediente resulte conveniente para el interés público, y la diferencia de valor entre los bienes o derechos que se trate de permutar, según tasación, no sea superior al 50 por ciento de los que lo tengan mayor. Si la diferencia fuese mayor, el expediente se tramitará como enajenación con pago de parte del precio en especie.

Y el artículo 154, procedimiento para la permuta de bienes y derechos:

1. Serán de aplicación a la permuta las normas previstas para la enajenación de bienes y derechos, salvo lo dispuesto en cuanto a la necesidad de convocar concurso o subasta pública para la adjudicación.
 2. No obstante, el órgano competente para la permuta podrá instar la presentación de ofertas de inmuebles o derechos para permutar, mediante un acto de invitación al público al que se dará difusión a través del «Boletín Oficial del Estado» y de cualesquiera otros medios que se consideren adecuados.
 3. En el caso de presentación de ofertas a través del procedimiento previsto en el apartado anterior, la selección de la adjudicataria se realizará de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones previamente elaborado.
 4. La diferencia de valor entre los bienes a permutar podrá ser abonada en metálico o mediante la entrega de otros bienes o derechos de naturaleza distinta.
- Iniciar un expediente de expropiación forzosa en el marco de lo previsto en la Ley de expropiación forzosa de 1954 y su normativa de desarrollo, aprovechando que la disposición adicional tercera de la Ley de costas declara expresamente la utilidad pública de estos terrenos afectos de su expropiación. Todo ello se entiende considerando siempre que la finca se encuentra invadiendo la servidumbre de protección y que es necesaria para la protección del dominio público marítimo-terrestre.

5. Analice las incidencias surgidas en el contrato administrativo celebrado

Con respecto al ajuste a derecho de las obras si se encontraban en la zona de servidumbre de protección, el artículo 25.2 de la Ley de costas señala que

con carácter ordinario, solo se permitirán en esta zona las obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación, como los es-

tablecimientos de cultivo marino o las salinas marítimas, o aquellos que presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre, así como las instalaciones deportivas descubiertas. En todo caso, la ejecución de terraplenes, desmontes o tala de árboles deberán cumplir las condiciones que se determinen reglamentariamente para garantizar la protección del dominio público.

Se trata de un contrato administrativo de servicios del artículo 17 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), no sujeto a SARA, a tenor del artículo 22.1 a) de la LCSP. En principio, a tenor del artículo 29.4 la duración es ajustada a derecho, pues se permite, normalmente, hasta cinco años, incluidas las prórrogas.

A) En el pliego de cláusulas administrativas particulares se omitió establecer el plazo de garantía

El artículo 210.3 de la LCSP obliga a que los contratos fijen un plazo de garantía a contar desde la fecha de recepción o conformidad. Exceptúa de tal obligación a los contratos en los que, por su naturaleza o características, no resulte necesario; pero, en este caso, debe justificarse la exclusión en el expediente y debe consignarse expresamente en el pliego.

Sin embargo, no se establece un plazo de garantía supletorio en el caso de que el pliego no establezca ninguno y tampoco haya procedido a la exclusión expresa del mismo, como ocurre en este caso.

Sin entrar en las posibles responsabilidades por el incumplimiento del artículo 210.3 del LCSP, es preciso una solución al caso concreto, debiendo aplicar por analogía la regulación establecida en el contrato de obras que, en el artículo 243.3 de la LCSP, preceptúa que el pliego debe establecer un plazo de garantía y que este no puede ser inferior a un año.

Ahora bien, este es un caso, por el objeto del contrato, en que no parecía necesario la fijación del plazo de garantía alguna, pero debía de haberse excluido y motivado expresamente en el pliego del contrato.

B) El pago del precio a la empresa contratista se estableció mediante la autorización a la misma, por parte del órgano de contratación, de la autorización para la explotación de un bar en un edificio con oficinas adscrito al ministerio

El artículo 102.1 del TRLCSP dispone que

en los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que esta u otras leyes así lo prevean.

Y es cierto que esta modalidad está prevista en los contratos de suministro, en el de concesión de servicios públicos y en el contrato de concesión de obra pública. Para este tipo de contrato no hay cobertura legal, por lo que, en principio, el precio cierto deberá expresarse en euros sin que quepa el pago en especie.

Por otra parte, no cabe duda de que lo que en el fondo ha realizado el órgano de contratación, ofreciendo como contraprestación a la empresa contratista la autorización para la explotación de un bar en un edificio administrativo, es adjudicarle un contrato administrativo, que puede ser calificado, normalmente de servicios, sin seguir las reglas del procedimiento legalmente establecido en el texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, que exige la incoación del oportuno expediente de contratación y la adjudicación a través de alguno de los medios que contempla la citada norma legal. En conclusión, la actuación administrativa es constitutiva de desviación de poder y esta adjudicación será nula de pleno derecho, acarreado la nulidad del contrato celebrado, por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (arts. 47.1.e Ley 39/2015, LPAC, y 39 de la Ley 9/2017, LCSP).

C) Después de la adjudicación –en concreto a los cinco meses– e inicio del cumplimiento del contrato se acreditó que la empresa contratista no estaba al corriente en el pago de las obligaciones correspondientes a la Seguridad Social de los últimos dos meses, sin que las mismas estuvieran aplazadas o fraccionadas, planteándose el órgano de contratación cómo actuar en este caso

El artículo 71.1 c) considera causa de prohibición para ser contratista «no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes». Sin embargo, en la LCSP no está legalmente previsto cómo reaccionar ante la prohibición de contratar sobrevenida. La Administración no puede suspender pagos por el hecho de que el contratista no esté al corriente del pagó con la Seguridad Social. Y, si no paga, se le aplicará lo dispuesto en el artículo 198 del LCSP, y la normativa sobre morosidad.

Tampoco prevé la ley que la prohibición de contratar sobrevenida sea causa de resolución del contrato, ya que ni en el artículo general de extinción del mismo, ni en los artículos específicos de cada contrato se contempla como tal causa de resolución. La única solución es que se pudiera subsumir en alguna otra causa de resolución prevista en la ley.

Si la adjudicación se hubiere hecho existiendo ya el incumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social, el contrato sería nulo de pleno derecho, a tenor de lo previsto en el artículo 39 b) de la LCSP, y esta nulidad se puede declarar durante toda su vigencia, a través de la oportuna revisión de oficio.

Por tanto, cuando la causa de prohibición de contratar se produce una vez perfeccionado el contrato, no invalida la adjudicación de la formalización, ni tiene ningún efecto en el contrato, salvo que el pliego de cláusulas administrativas particulares disponga expresamente otra cosa, sin perjuicio de las consecuencias que pudiera ocasionar esta circunstancia sobre futuros contratos a celebrar con la Administración.

D) Respecto a que el órgano de contratación estaba tan satisfecho con la prestación de la empresa adjudicataria que decide, seis meses antes de finalizar el plazo inicial de duración, mediante la modificación del contrato, previo expediente al respecto, ampliar aquella, de una sola vez, a tres años más, debemos señalar que no es ajustado a derecho

El artículo 29.4 de la Ley 9/2017, LCSP, señala que:

Los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante.

Excepcionalmente, en los contratos de suministros y de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija el periodo de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del suministro o servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su periodo de recuperación. El concepto de coste relevante en la prestación del suministro o servicio será objeto de desarrollo reglamentario.

La potestad de la Administración de modificación de los contratos se prevé en los artículos 203 y siguientes de la Ley 9/2017, y obedece a razones de interés general. Pueden ser estas previstas en los pliegos (art. 204) y no previstas (art. 205).

En este caso, entendemos que no procede la modificación del contrato en los términos establecidos que se desea. En primer lugar, porque, aunque es cierto que la du-

ración del contrato de servicios, conforme al artículo 29.4 antes señalado, permite que la duración máxima del mismo sea hasta cinco años en términos normales, es lo cierto que lo previsto en el contrato celebrado era una duración de dos años y prorrogable por otros tres, pero siempre año a año y, de ninguna manera, que se pueda tener en cuenta la duración total de las posibles prórrogas para establecer el nuevo plazo de duración en tres años. Entre otras razones, porque esto afecta a los principios de publicidad, concurrencia y transparencia, prohibidos por el artículo 1 de la Ley 9/2017, *a sensu contrario*, lo que en el fondo supone que afecta al principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la CE.

En segundo lugar, porque era obligación de la empresa contratista tener en cuenta la eventualidad de que pudieran salir nuevos productos al mercado precisos para realizar su función con mayor celeridad o eficacia y, por tanto, esta posibilidad debería haber sido tenida en cuenta en el momento en que hizo su oferta en el procedimiento de licitación. Por otra parte, no se deduce del relato de hechos que el órgano de contratación ni el contrato le impusiera la obligación de adquirir esos productos, sino que fue decisión propia. No se acredita, por otra parte, la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato (no se acredita el ejercicio del *ius variandi*, *factum principis*, fuerza mayor o riesgo imprevisible, o bien, cuando así se haya previsto en el propio contrato o incluso – cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla– (SSTS de 28 de enero de 2015, 6 de noviembre de 2015 y 15 de junio de 2016, entre otras). Esto es típico del contrato de concesión de servicios, que se encuentra recogido en el artículo 290.4 de la Ley 9/2017, LCSP, donde se recoge el *factum principis* como una decisión de la Administración derivada de una decisión voluntaria, al margen de la relación contractual pero que, aunque no lo persigue, altera indirectamente las condiciones de ejecución del contrato, haciéndolo más gravoso para el contratista y, por tanto, produciéndose una alteración de su equilibrio económico.

En tercer lugar, porque aunque es cierto que el artículo 29.4 señalado, en el párrafo segundo, admite la posibilidad de que excepcionalmente pudiera tener una duración superior a los cinco años cuando lo exija el periodo de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato, se exige, también, que no sean susceptibles de ser utilizadas en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, extremo éste que no parece darse en el presente caso. Por otra parte, se exige también que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante de la prestación del servicio, circunstancias que no parecen concurrir en este caso.

Por todo ello, en conclusión, creemos que lo que hace la Administración mediante la modificación del contrato es una actuación en desviación de poder y constitutiva de un vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015, ya que utiliza sus potestades para fines distintos de los previstos por el ordenamiento jurídico.

E) Respecto al recurso planteado, que sería el de alzada ante el órgano de contratación, porque no se trata de un contrato sujeto a SARA y la mesa de contratación no pone fin a la vía administrativa, debemos señalar que en el anuncio publicado en el perfil del contratante que se realizó el día 20 de enero se estableció que el plazo para presentar las ofertas finalizaría a las 13 horas del día 5 de febrero, y, por su parte, el pliego de cláusulas administrativas particulares establece un plazo de 18 días del anuncio publicado, a las 13 horas. Esto provocó que una empresa licitadora fuera excluida por la mesa de contratación al presentar su oferta el día 7 de febrero

Como, según el relato de hechos, se estableció el plazo mínimo establecido en la ley, sin ningún tipo de reducción, para la presentación de ofertas debemos tener en cuenta que, según el artículo 156.3 de la LCSP, sería de 15 días naturales siguiente a la fecha de publicación del anuncio, por tanto, efectivamente, el plazo de vencimiento para la presentación de ofertas era el día 5 de febrero a las 13 horas que fijó el órgano de contratación. Pero es lo cierto que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se estableció que el plazo vencía a los 18 días. Por tanto, puesto que el cómputo de los días en el ámbito de la contratación administrativa, a tenor de la disposición adicional duodécima de la Ley 9/2017, se hace por días naturales, el plazo era superior al fijado en el anuncio publicado.

La oscuridad o contradicción de los documentos contractuales en ningún caso puede perjudicar a quien no la ha causado y, como ha ocurrido en este caso, mucho menos con la ejecución del procedimiento, pues ello sería contrario a los principios de confianza legítima, transparencia y concurrencia pública. Es cierto que, conforme al artículo 136 de la LCSP el órgano de contratación respecto al plazo mínimo fijado por la ley para este caso, que se trata de un procedimiento abierto, que era de 15 días naturales a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación del anuncio (art. 156.3), pero al establecerse, en el pliego, un plazo mayor y que, además, se encuentra dentro de los límites marcados por la ley.

Por todo ello, existiendo una contradicción entre esos dos documentos contractuales, se crea una oscuridad en la interpretación y, teniendo en cuenta el artículo 1288 del Código Civil, como legislación supletoria, que señala que «la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad». Por ello, la oscuridad, al ser de las bases de licitación creadas por el poder adjudicador, no puede perjudicar a quien no lo ha consignado y mucho menos con exclusión del procedimiento.

Es de tener en cuenta que los anuncios de contratación se hallan en plano de igualdad con el resto de las cláusulas del pliego, y en caso de contradicciones o divergencia entre el anuncio y el pliego la misma no puede perjudicar a quien no la ha ocasionado. Por tanto, no hay prevalencia del anuncio sobre el pliego, pues ambos constituyen documentos contractuales a tenor de la Directiva 2014/24/UE.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, art. 1.288.
- Ley 22/1988 (Costas), arts. 7, 14, 17, 23, 25 y 30.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 11, 19.1, 44, 46, 49, 51, 70 y 109.
- Ley 33/2003 (LPAP), arts. 15, 35, 36, 116, 137 y 138.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 47.1, 48, 106, 111 y 115.2.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 32 y 34.
- Ley 9/2017 (LCSP), art. 9.2, 17, 22, 27, 29, 39, 102, 136, 156, 198, 203, 204, 205, 210 y 243.