



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

El Alcalde del Ayuntamiento de..., en escrito de 27 de junio 2011 y registro de entrada en la Diputación el día 29, solicita al Departamento de Asistencia a Municipios y Formación la emisión de un informe jurídico sobre la posibilidad legal de anular dos contratos firmados "*por el anterior Alcalde con sendas orquestas*" para la actuación de éstas en las fiestas patronales del próximo mes de septiembre. Se apunta como argumento para la anulación de los citados contratos las serias dificultades económicas del Ayuntamiento, y que los contratos fueron firmados, probablemente (pues, no consta en ellos la fecha), por el anterior Alcalde "en funciones", tras la celebración de las pasadas elecciones locales.

A la solicitud se adjunta la siguiente,

DOCUMENTACIÓN

Copia de los contratos, de idéntico formato, suscritos por el citado Alcalde, en nombre del Ayuntamiento, con los representantes de dos orquestas diferentes, para actuar, respectivamente, los días... De su contenido cabe destacar las cláusulas que obligan y, en su caso, penalizan el incumplimiento del contrato por parte del Ayuntamiento, cuyo texto literal es el siguiente:

(...) "9ª c) *Si el contrato fuese anulado por causas ajenas al ARTISTA; la empresa tendrá que abonar el 100% del contrato.*

10º.-*Si el representante legal de la Empresa fuese sustituido por otro antes de la actuación, aceptará todas sus cláusulas.*

(...) 19ª.-*El incumplimiento de cualquiera de las cláusulas por parte de la empresa contratante eximirá al artista del cumplimiento de su obligación teniendo la empresa que abonar el 100% de la retribución estipulada en la cláusula cuarta."*



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

LEGISLACION APLICABLE

- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).
- Ley 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG).
- RD Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL).
- Código Civil (CC).

INFORME

Primero.- Tanto la LCSP, para los contratos en general, como la LRJPAC, para los actos administrativos en particular, contemplan dos grados o categorías de invalidez: la nulidad de pleno derecho, cuya declaración tiene efectos desde el momento en que el contrato existe, y la anulabilidad, que los tiene a partir del reconocimiento de la misma. Las causas de nulidad están expresamente tasadas en la ley (se transcriben más adelante a pie de página), mientras que las de anulabilidad remiten genéricamente a cualquier infracción del ordenamiento jurídico.

A las categorías de nulidad y anulabilidad se puede añadir, en este caso, la irregularidad, deficiencia que no afectaría a la validez del contrato, porque un defecto de forma –art. 63 *a contrario* LCSP- solo determina la anulabilidad cuando haga que el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

Segundo.- Los contratos suscritos por el Sr. Alcalde con las referidas orquestas tienen, -art. 20¹ LCSP- la consideración de privados, lo que significa que

¹ **LCSP .- Artículo. 19. Contratos administrativos.**

1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:

a) Los contratos de obra(...), . **No obstante, los contratos de servicios (...) que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo. (...)**

Artículo 20. Contratos privados.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

se rigen por las normas de derecho administrativo, en cuanto a su preparación y adjudicación, y por las de derecho privado, en cuanto a sus efectos y extinción (doctrina de los actos separables). Además, la validez de estos contratos está vinculada a la de los actos separables, de modo que la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato conlleva la del contrato mismo (art. 35 LCSP)². Sobre la posible ausencia de los actos preparatorios adecuados en los referidos contratos, se hará mención al final del informe.

2.1.-Desde la perspectiva del derecho administrativo, la normativa sobre invalidez de los contratos está recogida en los arts. 31³ y ss de la LCSP; así como en las reglas sobre invalidez de los actos administrativos, nulidad y anulabilidad, contenidas en los arts. 62 y 63⁴ LRJPAC, respectivamente. El procedimiento de

(...)Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, (...).

2. Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado. (...)

² **LCSP Artículo 35. Efectos de la declaración de nulidad.**

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

³ **LCSP Artículo 31. Supuestos de invalidez.** Además de los casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado, los contratos de las Administraciones Públicas(...), serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes.

Artículo 32. Causas de nulidad de derecho administrativo.

Son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes:

- Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.
- La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 49.
- La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.

Artículo 33. Causas de anulabilidad de derecho administrativo.

Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

⁴ **LRJPAC Nulidad y anulabilidad.- Artículo 62. Nulidad de pleno derecho.**

1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguiente:

- Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

revisión varía en un caso y otro: en la nulidad de pleno derecho cabe que ésta se efectúe por la propia Administración, con las formalidades previstas en el art. 102⁵ LRJPAC, mientras que en la anulabilidad la Administración está obligada a impugnar su propio acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa previa su declaración de lesividad (art. 103⁶ LRJPAC).

-
- c) Los que tengan un contenido imposible.
 - d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
 - e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
 - f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
 - g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.
- (...)

Artículo 63. Anulabilidad.

1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.
2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.
3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.

⁵ LRJPAC Artículo 102. Revisión de disposiciones y actos nulos.

1. Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1.
 2. Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2.
- (...)
4. 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 139.2 y 141.1 de esta Ley; sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.
- (...)

⁶ LRJPAC Artículo 103. Declaración de lesividad de actos anulables.

1. Las Administraciones públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.
2. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el artículo 84 de esta Ley.
- ^(*)3. Transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

2.2.-Desde la perspectiva del derecho privado, sin embargo, el art. 1261 del Código Civil dispone que no hay contrato sin la concurrencia de tres requisitos, consentimiento de los contratantes, objeto cierto y causa de la obligación que se establece, y el art. 1300 del mismo texto legal, que los contratos en que concurren estos requisitos pueden ser anulados siempre que adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley, siendo nulo el consentimiento que se preste por error, violencia, intimidación o dolo (art. 1265 CC). Los artículos 1275 y 1276, por otra parte, prevén la nulidad de los contratos si incurren en los vicios de inexistencia, ilicitud o falsedad de la causa del contrato.

Tercero.- Se ha considerado necesaria la anterior disquisición teórica para concretar la respuesta a lo cuestionado por el Sr. Alcalde en su escrito, pudiendo anticiparse ya la imposibilidad legal de anulación de ambos contratos, en base a cualquiera de los siguientes argumentos:

3.1.- Por considerar elevado su precio, en base a las dificultades económicas del Ayuntamiento, circunstancia que, a la vista de los motivos descritos en el punto anterior, no puede ser causa de nulidad o de anulabilidad de un contrato, ni desde la perspectiva del derecho administrativo, ni desde la del derecho civil. En consecuencia, una forma de solucionar la cuestión podría ser negociar la rescisión del contrato con cada orquesta a la mayor brevedad; de forma que tuvieran tiempo y oportunidad de contratar con otra empresa; así los perjuicios serían menores y se podría minorar la indemnización a que tuvieran derecho.

Desde un punto de vista económico sólo si no existiera crédito presupuestario suficiente y adecuado para financiar el gasto los contratos adolecerían del vicio de nulidad radical a que se refieren los arts. 32 LRJPAC transcrito y el 173.⁵⁷ TRLHL, en cuyo caso el procedimiento a seguir sería el señalado en el art. 102 LRJPAC. La

(...)5. Si el acto proviniera de las entidades que integran la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad

⁷ **TRLHL. Art. 173.- Exigibilidad de las obligaciones, prerrogativas y limitación de los compromisos de gasto.-** (...) “No podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar”



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

declaración de nulidad del contrato, de haber lugar, acarrearía la obligación del Ayuntamiento de indemnizar los daños y perjuicios acareados a la parte no culpable, o sea, a las orquestas (art. 36 LCSP).

3.2.-El Sr. Alcalde menciona también que los contratos fueron firmados estando su predecesor "en funciones". A este respecto el art. 194.2 de la LOREG dispone que, transcurrido el mandato, los miembros de las Corporaciones cesantes continúan en funciones para la administración ordinaria hasta la toma de posesión de sus sucesores, y no podrán adoptar acuerdos que requieran de mayoría cualificada. La cuestión está en determinar qué se entiende por administración ordinaria, al tratarse de un concepto no definido legalmente. La informante opina que, habiendo consignación presupuestaria, contratar orquestas por los importes reflejados -8.500 y 11.000 euros, respectivamente- formaría parte de la administración ordinaria de cualquier Ayuntamiento, porque no son contratos de especial relevancia o trascendencia, ni excepcionales por razón de la materia, así como, tampoco requieren de una mayoría cualificada para su celebración.

3.3.- La falta de fecha en los documentos sería, por otra parte, una mera irregularidad no invalidante, puesto que, se reitera, el defecto de forma sólo determina la anulabilidad cuando suponga la carencia en el acto de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin, o dé lugar a la indefensión de los interesados, circunstancias que no se dan en el presente caso.

Cuarto.- Con independencia de que en el futuro sea el Ayuntamiento quien redacte un pliego de condiciones y retome la iniciativa en la contratación, que es lo procedente, del formato y lectura del texto de los contratos en cuestión cabe deducir que -como suele ocurrir con mayor frecuencia de la deseable-, son los artistas quienes los han redactado, mientras que el Ayuntamiento se ha limitado a adherirse al texto, y que por eso es probable que no exista un expediente propiamente dicho en donde haya quedado constancia de los actos preparatorios de los mismos.

En el punto segundo se apuntó que, tratándose de contratos privados como los celebrados con las citadas orquestas, los actos preparatorios y de adjudicación están sometidos a derecho público y la nulidad de dichos actos



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

conlleve la del propio contrato. La cuestión a resolver es si, al no existir expediente de contratación, y haberse prescindido del procedimiento en los actos de preparación y adjudicación, los propios contratos podrían ser en consecuencia declarados nulos de pleno derecho.

A juicio de la informante tales formalidades, tratándose de contratos menores como los presentes, ambos inferiores a los 18.000 euros, no son imprescindibles. Además de la competencia del Alcalde para suscribirlos⁸, la LCSP les exime de las formalidades exigidas al resto de contratos, como puede deducirse del art. art. 122.3 de la ley:

“Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 95.

Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros cuando se trate de otros contratos (...)”

Y, por su parte, el art. 95 de la ley, al referirse al expediente de contratación de los contratos menores, señala que la tramitación del expediente solo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente con los requisitos exigidos en la norma.

Finalmente, y ante la duda que se había planteado respecto a si se puede utilizar la figura del contrato menor para la adjudicación de los contratos privados, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 18/2007, de 26 de marzo, ha entendido que resulta admisible la figura del contrato menor para los contratos de derecho privado que celebren las Administraciones Públicas.

⁸ **LCSP. DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA. NORMAS ESPECÍFICAS DE CONTRATACIÓN EN LAS ENTIDADES LOCALES.** 1. Corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, de gestión de servicios públicos, los contratos administrativos especiales, y los contratos privados cuando su importe no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto (...)



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

En consecuencia, siendo el precio de cada orquesta inferior a 18.000 euros puede utilizarse la figura del contrato menor que, solo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, pudiéndose adjudicar directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación.

CONCLUSIÓN

A la vista de los datos aportados no existen, a juicio de la informante, razones legales suficientes como para anular los contratos suscritos por el Ayuntamiento con las referidas orquestas. No obstante, si el Sr. Alcalde encontrara, en los preceptos reproducidos o en el texto del informe, otras causas distintas de las ya analizadas que justificaran la declaración de nulidad o la anulabilidad de los contratos, deberá tener en cuenta también que la parte no culpable habrá de ser indemnizada.

Es cuanto me corresponde informar, advirtiendo que la opinión jurídica recogida en el presente informe se somete a cualquier otra opinión mejor fundada en Derecho, y no supe en modo alguno a otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo a 12 de julio de 2011