

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

DICTAMEN Nº 795/2016

OBJETO: Expediente sobre revisión de oficio del "por nulidad de pleno derecho del acuerdo de Pleno de 12 de febrero de 2009, de aprobación de aval a favor de la entidad concesionaria del «Club de Raqueta La Quinta»".

SOLICITANTE: Ayuntamiento de Antequera (Málaga).



Presidente:
Cano Bueso, Juan B.

Consejeras y Consejeros:
Álvarez Civantos, Begoña
Balaguer Callejón, María Luisa
Escuredo Rodríguez, Rafael
Gutiérrez Melgarejo, Marcos J.
Gutiérrez Rodríguez, Francisco J.
Sánchez Galiana, José Antonio

Secretaria:
Linares Rojas, María Angustias

El expediente referenciado en el objeto ha sido dictaminado por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía, en sesión celebrada el día 14 de diciembre de 2016, con asistencia de los miembros que al margen se expresan.

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 11 de octubre de 2016 tuvo entrada en este Consejo Consultivo solicitud de dictamen realizada por el Sr. Alcalde-Presidente, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17.11 y al amparo del artículo 22, párrafo segundo, de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 20, párrafo segundo, de la citada Ley, la competencia para la emisión del dictamen solicitado corresponde a la Comisión Permanente y, de acuerdo con lo establecido en su artículo 25, párrafo primero, el plazo para su emisión es de treinta días.

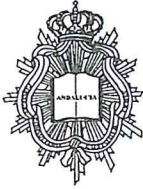
En este punto hay que indicar que, por escrito de 18 de octubre de 2016, se requirió al Ayuntamiento de Antequera para que completara la documentación remitida. Dicho requerimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27, párrafo segundo, de la Ley del Consejo Consultivo, interrumpió el plazo para la emisión del dictamen, que se ha reanudado a partir del 24 de noviembre de 2016, fecha en la que ha tenido entrada en este Consejo Consultivo la documentación solicitada.

Del expediente remitido se desprenden los siguientes antecedentes fácticos:

1.- Tras la tramitación del oportuno expediente, el Pleno del Ayuntamiento de Antequera (Málaga), en sesión celebrada el 12 de febrero de 2009, adoptó el siguiente acuerdo (documento 7.1 del expediente):

«1º.- Avalar a la empresa [redacted] para la terminación de las obras del "Club Raqueta La Quinta", de conformidad con la propuesta de préstamo negociado por [redacted] ante la entidad financiera [redacted], debiendo asumir el contratista los posibles costes del avál.

»2º.- Condicionar, como avalista, la obtención del crédito a la empresa concesionaria contra las certificaciones de obra que se presenten en la entidad financiera con el visto bueno del Ayuntamiento, para de esta forma garantizar que el crédito obtenido se invierte efectivamente en dicho proyecto.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

»3º.- Requerir a la empresa concesionaria el compromiso de solicitar los préstamos que para entidades de promoción deportiva tiene establecidos la Junta de Andalucía, disminuyendo con esta operación la misma cantidad en el crédito concedido y en el cual el Ayuntamiento es avalista.

»4º.- Facultar a la Alcaldía-Presidencia para la firma de cuantas operaciones sean necesarias para la concesión del aval.»

2.- A continuación destacamos la siguiente documentación que precede al acuerdo del Pleno, citado anteriormente:

- Propuesta de la Alcaldía-Presidencia, de 11 de febrero de 2009 (documento 7.4 del expediente):

«Aprobación de aval a favor de para el Club de Raqueta La Quinta

»Exposición de motivos:

»Debido a la crisis financiera en la que estamos inmersos y a que una de las empresas que constituyen el, que es la constructora no consigue obtener la financiación para la finalización del proyecto Club de Raqueta La Quinta, se hace necesario dar un paso por parte del Ayuntamiento para permitir hacer viable la operación.

»La Ley de Haciendas Locales permite que el Ayuntamiento avale créditos para la realización de concesiones administrativas como es este caso, salvando el hecho de que no está incluida dicha posibilidad en el Pliego de Condiciones de la concesión, lo que se salvará con la renuncia de las dos empresas restantes que acudieron a la licitación.

»Por esta razón, se propone:

»1.- Avalar a la empresa el crédito necesario, que ronda los dos millones de euros para la terminación de las obras del Club Raqueta La Quinta, para lo que se adjunta una propuesta de préstamos negociado por ante la entidad financiera



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Los posibles costes del aval tendrá que asumirlos el contratista.

»2.- Condicionar, como avalista, la obtención del crédito a la empresa concesionaria contra las certificaciones de obra que se presenten en la entidad financiera con el visto bueno del Ayuntamiento, para de esta forma garantizar que el crédito obtenido se invierte efectivamente en dicho proyecto.

»3.- La empresa concesionaria ha de comprometerse a solicitar los préstamos que para entidades de promoción deportiva tiene establecidos la Junta de Andalucía, disminuyendo con esta operación la misma cantidad en el crédito concedido y en el cual el Ayuntamiento es avalista.

»4.- Facultar al Alcalde-Presidente para la firma de cuantas operaciones sean necesarias para la concesión del aval.»

- Informe del Secretario General del Ayuntamiento, de fecha 11 de febrero de 2009 (documento 7.3 del expediente), que finaliza con las siguientes conclusiones:

«1ª.- El que la Administración avale ahora al contratista para la obtención de un crédito, supone una evidente financiación pública de la obra y es una condición esencial nueva que no figuraba en los pliegos de condiciones que sirvieron de base a la licitación y que está expresamente prohibida por dichos pliegos, que no permiten ningún tipo de contribución a las obras por parte del Ayuntamiento. Supondría una infracción de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

»Celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato, la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede luego ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada.

»2ª.- En caso de demora en la ejecución del contrato, deben imponerse las penalidades recogidas en la ley, que se deducirán de las cantidades que se deban abonar al contratista y/o de la



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

garantía o bien se podrá resolver el contrato, previa audiencia.

»3ª.- El contratista tiene derecho al abono de las obras de construcción ya ejecutadas menos las penalidades impuestas, pero la Administración tiene también derecho a indemnización por los daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso o con motivo de la resolución del contrato.

»Es todo cuanto tengo el deber de informar, salvo criterio mejor fundado en Derecho. No obstante la Corporación, con su superior criterio, decidirá lo que estime más adecuado al interés municipal.»

- Informe del Interventor General del Ayuntamiento, de fecha 12 de febrero de 2009 (documento 7.2 del expediente), que finaliza:

«• A la vista de lo recogido en la legislación específica podemos informar que no existe inconveniente en poder avalar a una empresa concesionaria del Ayuntamiento.

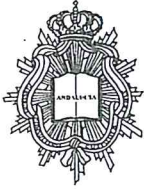
«• La operación de crédito a largo plazo a avalar deberá ser formalizada por la empresa concesionaria, no por algunas de las empresas individuales que formen parte de la UTE.

«• Previamente a la formalización de la operación de crédito a avalar, la concesión que regula la relación de esta empresa con el Ayuntamiento se debe elevar a escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

«• El importe del préstamo garantizado no podrá ser superior al que hubiere supuesto la financiación directa mediante crédito de la obra por ejecutar por la propia entidad.

«• Se deberá tomar un nuevo acuerdo expreso por el Pleno del Ayuntamiento cuando se conozcan las características financieras de la operación de crédito a avalar y se comprobará el cumplimiento de los requisitos de ahorro neto, de deuda viva y de aprobación del Presupuesto.

«• No obstante, todo lo anterior, en este expediente concre-



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

to habrá que tener en cuenta el informe de Secretaría General en relación a la no inclusión en el Pliego de Cláusulas de esta concesión de obra pública de la posibilidad de constituir aval del Ayuntamiento a favor de la empresa concesionaria.»

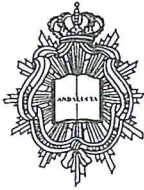
3.- Mediante Decreto de la Alcaldía de 18 de julio de 2016 (página 14.3 del expediente, se resolvió el inicio de procedimiento de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho del acuerdo de Pleno de 12 de febrero de 2009 de aprobación de aval a favor de para el "Club de Raqueta La Quinta", figurando lo siguiente:

« Resultando que procede el análisis de nulidad del referido acuerdo plenario de fecha doce de febrero de dos mil nueve de "Aprobación de aval a favor de " para el "Club de Raqueta La Quinta", conforme al Informe Jurídico emitido por Secretaría General de fecha 15 de julio de 2016 y ello por las siguientes razones:

»1.- Por prohibición de posibilidad de financiación de conformidad con la cláusula II.3 del *Pliego de Cláusulas Administrativas* donde establece que "El Ayuntamiento no contribuirá a la financiación de las obras en forma alguna y no tiene previsto destinar cantidad alguna a la subvención de la explotación. El adjudicatario podrá hipotecar la concesión conforme al artículo 255 del *TRLCAP*".

»2.- Por respeto al principio de igualdad, no discriminación y libre concurrencia que garantice el acceso a la contratación pública en condiciones de igualdad de todos los posibles contratistas.

»3.- Por vulneración de la doctrina de los actos propios "*non venire contra factum proprium*" y del principio de buena administración. Si el Pleno aprueba unos Pliegos prohibiendo una financiación por parte del Ayuntamiento, después no puede aprobar



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

un aval solidario de las obras de la concesión.

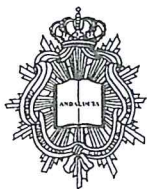
»Considerando que el artículo 11 TRLCAP establece que los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas en la presente Ley y en todo caso, a los de igualdad y no discriminación.

»El principio de igualdad de trato implica, como se ha reiterado por la doctrina, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera.

»Resultando en este sentido que todos eran conocedores de la cláusula II.3 del Pliego por el que se establecía la imposibilidad de financiación alguna por parte de la Entidad Local.

»Era conocedor el adjudicatario que firmó un contrato administrativo de concesión de obra pública de fecha 24 de mayo de 2007, donde en la cláusula quinta se indica que *"El contratista declara conocer el pliego de cláusulas administrativas particulares, el de prescripciones técnicas que en su conjunto conforman proyecto de explotación, en prueba de conformidad, los firma. Estos documentos forman parte integrante de este contrato."*

»Así mismo eran conocedores los integrantes del Pleno donde consta expresamente en el propio acuerdo la siguiente advertencia hecha por la Secretaria General que no fue atendida por el Pleno: *"... Se da cuenta del informe negativo emitido por Secretaría, haciendo constar que la financiación pública de la obra que ahora se acuerda es una condición esencial nueva que no figuraba en los pliegos de condiciones que sirvieron de base a la licitación y que incluso está expresamente prohibida por dichos pliegos que señalan que no se permite ningún tipo de contribución a las obras por parte del Ayuntamiento, con lo que celebrada la licitación y adjudicado el contrato la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto precio y condiciones no puede ser*



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

luego alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada."

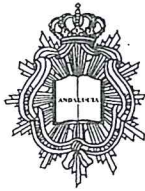
»También era concedora la propia entidad : del informe negativo emitido por la Secretaría General dado que el referido acuerdo está incorporado en la escritura del préstamo hipotecario de fecha 1 de diciembre de 2009, como se puede comprobar.

»Resultando a la vista de lo anterior que queda suficientemente acreditado que en el procedimiento seguido no se ajustó al régimen jurídico de la contratación del sector público y en especial al PCAP que constituye junto el PPT la ley del contrato, como viene afirmando reiteradamente nuestra jurisprudencia, no se han aplicado adecuadamente los principios que rigen la contratación pública, en particular el de libre concurrencia e igualdad de trato y no discriminación.

»Resultando por ello que el acuerdo del Pleno de la Corporación, adoptado en sesión ordinaria celebrada el día doce de febrero de dos mil nueve, de Aprobación de aval a favor de

para el Club de Raqueta La Quinta incumple expresamente y conscientemente las determinaciones del Pliego de Cláusulas Administrativas y el Ordenamiento Jurídico.

»Considerando que dado que el contrato de concesión de obra pública se suscribió el día 24 de mayo de 2007, las causas de nulidad a considerar en este caso son las previstas en el artículo 62 del TRLCAP, entre las cuales su letra a) contempla por remisión, las previstas en el artículo 62.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en concreto en su apartado f) se establece que los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

requisitos esenciales para su adquisición.

»Considerando así mismo lo dispuesto por el artículo 6.3 del Código Civil estableciendo que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

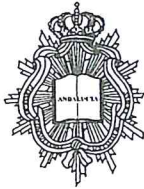
»Considerando respecto al régimen jurídico de contratación, los artículos 225 y 245 del TRLCAP estableciendo lo siguiente respecto a la financiación de la Entidad Local:

»Artículo 224.3 del TRLCAP. Financiación de las obras públicas construidas mediante contrato de concesión:

»3. Cuando existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra objeto de la concesión, la Administración podrá también aportar recursos públicos para su financiación, que adoptará la forma de financiación conjunta de la obra, mediante aportaciones dinerarias o no dinerarias, subvenciones o préstamos reintegrables con o sin interés o préstamos participativos de acuerdo con lo establecido en el artículo 236 y en la sección II del Capítulo III de esta Ley y de conformidad con las previsiones del correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares debiendo respetarse en todo caso el principio de asunción de riesgo por el concesionario.

»Artículo 245 TRLCAP. Régimen económico-financiero de la concesión. Aportaciones públicas a la construcción de la obra:

»1. Las Administraciones Públicas podrán contribuir a la financiación de la obra mediante aportaciones que serán realizadas durante la fase de ejecución de las obras, tal y como dispone el artículo 236 de esta Ley, una vez concluida éstas, o al término de la concesión, cuyo importe será fijado en los pliegos de condiciones correspondientes o por los licitadores en sus ofertas cuando así se establezcan en dichos pliegos. En los dos últimos



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

supuestos, resultará de aplicación la normativa sobre contratos de obra bajo la modalidad de abono total, salvo la posibilidad de fraccionar el abono.

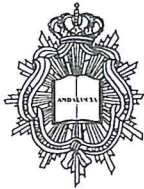
»2. Las aportaciones públicas a que se refiere el apartado anterior podrán consistir en aportaciones no dinerarias del órgano de contratación o de cualquier otra Administración con la que exista convenio al efecto, de acuerdo con la valoración de las mismas que se contenga en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

»Resultando que los dos artículos anteriores nos llevan a concluir que para que la Administración Pública contribuya a la financiación de la obra de la concesión mediante aportaciones no dinerarias, debe venir admitido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y como quiera que en el Pliego se establece justo lo contrario, la de no admitir posibilidad de financiación de la obra por parte del Ayuntamiento, el acuerdo plenario de fecha 12 de febrero de 2009 para avalar a la empresa "

el crédito necesario para la terminación de las obras del "Club Raqueta La Quinta" fue adoptado contraviniendo lo establecido en los preceptos legales antes transcritos, lo cual implica una situación de nulidad de pleno derecho en tanto que se constituye en dicho acuerdo el Ayuntamiento como avalista solidario(...)

»A la vista de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102.2 de la LRJAPAC, modificada por la Ley 4/1999 de 13 de enero, los artículos 4.1.g) 53 y 21.1K) de la Ley de Bases de Régimen Local y los artículos 4.1.g) y 218 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales, en uso de las facultades que legalmente me están conferidas vengo en resolver:

»Primero.- Iniciar el procedimiento administrativo de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho del acuerdo de Pleno



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

de 12 de febrero de 2009 por el que se acordó la aprobación de aval a favor de para el "Club de Raqueta La Quinta" por constituir un acto que incurre en el caso previsto en el apartado f) del artículo 62.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, así como del artículo 6.3 del Código Civil...»

El anterior Decreto de la Alcaldía fue notificado a el 4 de agosto de 2016, y a la entidad M (documento 14.4 del expediente), el 23 de septiembre de 2016.

4.- El 18 de agosto de 2016 formula alegaciones el representante de la mercantil (documento 14.2 del expediente), del siguiente tenor:

«Tercero.- Sobre las causas de nulidad.

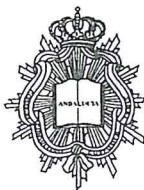
»Justifica el Ayuntamiento de Antequera el inicio del expediente de revisión de oficio arriba referenciado en la nulidad del acuerdo de pleno de 12 de febrero de 2009 al amparo del artículo 62.1.f) LRJAPPAC y como consecuencia de según su entender de:

»1.- Incurrir en la prohibición de financiación de conformidad con lo previsto en la cláusula II.3 del pliego de cláusulas administrativas.

»2.- No respetar el principio de igualdad, no discriminación y libre concurrencia en la contratación pública.

»3.- Vulnerar la doctrina de los actos propios.

»Todos dichos motivos serán seguidamente analizados a fin de acreditar la inconsistencia de la fundamentación sobre la que se basa el Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de Antequera para iniciar el expediente de revisión de oficio.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

»Cuarto.- Sobre la inexistencia de financiación.

»Tal como se ha expuesto uno de los motivos aducidos por el Ayuntamiento para justificar la pretendida nulidad del acuerdo del pleno de referencia se fundamenta en lo previsto en la cláusula II.3 del pliego de cláusulas administrativas que establece que el Ayuntamiento no contribuirá a la financiación del contrato administrativo en forma alguna y que no se destinará cantidad alguna a la subvención de la explotación.

»Como se ha dicho el acuerdo cuya nulidad se pretende consiste en el afianzamiento por parte del Ayuntamiento de Antequera del préstamo hipotecario suscrito por

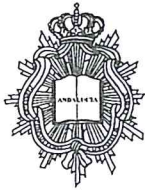
L. ... en escritura otorgada ante el notario de Málaga don P.D.S. el día 1 de diciembre de 2009, bajo el número de protocolo 2274 para la construcción del denominado Centro Deportivo La Quinta.

»Se adjunta acuerdo para afianzar incorporado al citado préstamo como Documento nº 0.

»Al respecto cabe manifestar que la fianza se regula en el artículo 1822 del Código Civil como la obligación de pagar o cumplir por un tercero, por lo tanto, se configura como una especie de los llamados contratos de garantía, que son aquellos que tratan de asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

»Por ello, el otorgamiento de la fianza por parte de la Administración no supone, una financiación del contrato administrativo, sino el otorgamiento de un compromiso de cumplimiento en caso de que ... no hubiese cumplido con sus obligaciones.

»Además, el afianzamiento cuya anulación pretende el Ayuntamiento se configura como un contrato de garantía en el que las relaciones se establecen entre el fiador, el Ayuntamiento, y el acreedor, ... quienes son las verdaderas partes del mismo configurándose el mismo como accesorio al préstamo



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

hipotecario, pero ajeno, autónomo e independiente del contrato de concesión administrativa en cuyo contenido basa el Ayuntamiento su postura.

»En el contrato de fianza de referencia ANTEQUERA... se configura como parte únicamente a los efectos de garantizar y afianzar, a su vez, al Ayuntamiento de Antequera ante

»En consecuencia, pretender basarse en el contenido del contrato de concesión administrativa para intentar invalidar una fianza en la que las relaciones jurídicas que nacen de la misma son independientes del mismo no constituyen sino una aplicación torticera de las normas dicho contrato de concesión administrativa y del resto de normativa citada en el decreto de alcaldía.

»Como consecuencia lo anterior, todo el andamiaje jurídico creado por el Ayuntamiento para acordar el inicio del presente expediente cae por su propio peso y, tal como se acreditará más adelante, únicamente obedece a su voluntad de no atender las obligaciones que asumió.

»Quinto.- Sobre la no vulneración de los principios de contratación.

»Como se ha dicho en el presente caso el otorgamiento de la fianza es un hecho autónomo al contrato administrativo, por lo cual dicho otorgamiento no puede vincularse a las condiciones en las que se licitó.

»Pero aunque se pretendiese lo contrario, como hace ahora el Ayuntamiento, cabe manifestar que en nada se vulneró ningún principio de los que rigen la contratación pública.

»Así es de transcendental importancia un hecho que conoce aunque omite el Ayuntamiento, cual es la manifestación del resto de las empresas que concurrieron a la licitación de no tener ningún inconveniente den la suscripción de la fianza renunciando a cualquier alegación en relación a una posible modificación que



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

pudiera entenderse producida en las condiciones de licitación.

»Se adjunta al presente escrito como documentos nº 1 y 2 copia de las declaraciones emitidas en dicho sentido por S.L. y S.A. únicas empresas que licitaron junto con la adjudicataria.

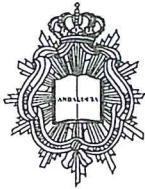
»Por lo tanto, cualquier posible vulneración del procedimiento de licitación quedó subsanada con anterioridad a la firma de la fianza que se pretende anular...

»Séptimo.- Sobre la aplicabilidad a los límites a la revisión de oficio.

»En el negado supuesto de que el Ayuntamiento de Antequera entendiese que el acuerdo de pleno cuya revisión se pretende fuese nulo debe tenerse en cuenta que la facultad de revisora de la Administración viene limitada por lo previsto en el artículo 106 de la Ley 30/1992...

»La jurisprudencia mantiene un criterio restrictivo tanto en la aplicación de los supuestos de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como en su declaración por la vía del artículo 102 de dicha ley, y señala que se trata de un cauce impugnatorio para el que se recomienda la máxima prudencia, habida cuenta de que entraña un riesgo evidente para la estabilidad o seguridad jurídica (sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1993 y 16 de diciembre de 1993, y de la Sala de lo Militar del Alto Tribunal de 2 de junio de 2011).

»Dicho precepto contiene una serie de principios moduladores de la revisión de actos administrativos a fin de atemperar los efectos de la nulidad como consecuencia de la concurrencia de otros principios jurídicos de obligada observancia, como son los de seguridad jurídica, proporcionalidad, equidad, buena fe y protección de la confianza en la apariencia de la actuación administrativa, entre otros.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

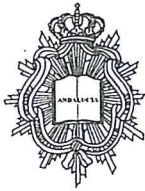
»En el presente caso nos encontramos con que, contrariamente a lo indicado en el Decreto ante el cual se formulan alegaciones, tanto [redacted] como [redacted] actuaron en todo momento de buena fe y confiaron plenamente en el Ayuntamiento de Antequera, la primera endeudándose y la segunda concediendo un préstamo en la apariencia de buen derecho creada por el Ayuntamiento de Antequera.

»No es cierto que a la escritura de préstamo hipotecario afianzado por el Ayuntamiento se incorpore informe negativo alguno de la Secretaría de dicho Ayuntamiento. Lo único que se incorpora son las certificaciones de los acuerdos adoptados por el pleno del Ayuntamiento haciéndose constar la existencia de un informe positivo de la intervención y la existencia de una salvedad de Secretaría cual era que la posibilidad de avalar no se encontraba prevista en el pliego de condiciones, la cual, no obstante ello, quedaba subsanada por la renuncia de los otros licitantes, observación y subsanación a la cual dicha Secretaría no puso ningún reparo.

»Por lo tanto, no sólo [redacted] y [redacted] sino también el notario que intervino el préstamo confiaron en la legitimidad y legalidad creada por el Ayuntamiento de Antequera.

»Como falta de la buena fe y equidad mostrada por el Ayuntamiento de Antequera cabe tener en cuenta que a saber de esta parte y como seguramente acreditará [redacted] dicho Ayuntamiento, sabedor de las obligaciones que había asumido a la firma de la fianza, estaba negociando con dicho banco un préstamo aprobado por el Banco a fin de atender sus obligaciones.

»Además debe tenerse en cuenta que la decisión del Ayuntamiento de Antequera de iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la fianza se produce después de transcurridos más de siete años desde el otorgamiento de la misma y tras ser conecedor



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

el mismo de dos circunstancias relevantes cuales son:

»1) La solicitud formulada, en fecha 16 de mayo de 2016, por esta parte de inicio de expediente de resolución de mutuo acuerdo de la concesión administrativa dado el desequilibrio económico en el que se encuentra la concesión.

»Se adjunta solicitud como documento nº 3.

»2) Una vez, dicho Ayuntamiento ha tenido conocimiento de la ejecución judicial de la fianza instada contra él y la que suscribe que se tramita en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Antequera (Málaga) bajo los autos nº 256/2016.

»Se adjunta texto de la demanda como documento nº 4.

»Por lo tanto, teniendo en cuenta que han transcurrido más de siete años desde el otorgamiento del aval sin que el Ayuntamiento haya manifestado reparo alguno al mismo, éste generó una confianza legítima en los fiadores, prestatario y demás operadores del tráfico jurídico quienes confiaron en la legalidad de la decisión adoptada por el mismo, por cuanto éste incluso aporta documentación a la escritura de préstamo hipotecario en la que ratifica dicha legalidad.

»Debe, asimismo, resaltarse que la decisión del consistorio se produce una vez le es exigido el aval, como una maniobra con trasfondo procesal para eludir sus responsabilidades, por lo que debe concluirse que aún en el negado supuesto de que se considerase que el acuerdo del pleno de 12 de febrero de 2009 incurre en causa de nulidad, operarían los límites previstos en el citado artículo 106 de forma que no cabría tampoco la declaración de nulidad del acuerdo.

»En este sentido cabe recordar que el Tribunal Supremo, en sentencias de 23 de octubre de 2000 y de 29 de noviembre de 2005, señala (...)



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

»En el presente supuesto es evidente que primaría la seguridad jurídica sobre la legalidad dada la apariencia de buen derecho creada...»

5.- El 19 de septiembre de 2016 en sesión ordinaria del Ayuntamiento Pleno se acordó la ratificación del Decreto de Alcaldía de fecha 18 de julio de 2016, la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Andalucía y la suspensión del plazo para resolver, por el tiempo que medie entre la solicitud de petición de dictamen al Consejo Consultivo y la recepción del informe (documento 14.1 del expediente).

El anterior acuerdo del Pleno se notificó a los señores concejales el 18 de octubre de 2016 (documento 1 del expediente complementario) y a los señores concejales el 20 de octubre de 2016 (documento 2 del expediente complementario).

6.- El 10 de octubre de 2016 la Técnico de Administración General del Ayuntamiento, emite propuesta de resolución (documento sin numerar del expediente), del siguiente tenor:


«Primero.- Desestimar las alegaciones presentadas por los señores concejales en relación con el expediente de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho del acuerdo del acuerdo de Pleno de 12 de febrero de 2009 por el que se acordó la aprobación de aval a favor de " " para el "Club de Raqueta La Quinta" por los motivos expresados en la parte expositiva del presente acuerdo.

»Segundo.- Declarar nulo de pleno derecho el acuerdo de Pleno de 12 de febrero de 2009 por el que se acordó la aprobación de aval a favor de " " para el "Club de Raqueta La Quinta" por constituir un acto que incurre en el caso previsto en el apartado f) del artículo 62.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Proce-




CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

dimiento Administrativo común, así como del artículo 6.3 del Código Civil... »



7.- El 11 de octubre de 2016 formula alegaciones la representación de ' ' mostrando su oposición al expediente de revisión de oficio (documento 3 y 4 del expediente complementario), en base a la ausencia de presupuesto alguno para proceder a la revisión del acto como supuestamente nulo y a la omisión completa de la certificación del Secretario conformando la legalidad y la omisión de indemnización por los graves perjuicios a la Entidad UNICAJA.



8.- El 15 de noviembre de 2016, emite informe el órgano instructor (documento 6 del expediente complementario) desestimando las alegaciones formuladas por .

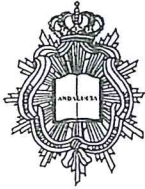
FUNDAMENTOS JURÍDICOS



I

Se somete a este Consejo Consultivo la propuesta de revisión de oficio del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Antequera (Málaga), de 12 de febrero de 2009, de aprobación de aval a favor de la entidad ' ' concesionaria del «Club de Raqueta La Quinta»".

Antes de realizar cualquier otra consideración, hay que recordar que la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, reconoce la potestad de las Corporaciones Locales de revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el

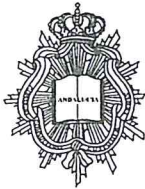


CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación estatal reguladora del procedimiento administrativo común [arts. 4.1.g) y 53], al igual que lo hace el artículo 218.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.


En cualquier caso, la remisión a la legislación estatal conduce a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en concreto al capítulo III ("Nulidad y anulabilidad") del título III ("De los actos administrativos") y a su título V ("De la revisión de los actos en vía administrativa"), si bien dado que el acto a revisar es del año 2009, de un lado, y que el procedimiento se inició el 19 de septiembre de 2016 (disposición transitoria tercera), el régimen a considerar es el establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuyo ámbito de aplicación se incluyen las Entidades que integran la Administración Local [arts. 1 y 2.1.c) de dicha Ley]. Concretamente, la revisión de los actos en vía administrativa se rige por lo establecido en los artículos 102 a 106 de dicha Ley.

La intervención de este Consejo Consultivo constituye trámite esencial e ineludible (art. 17.11 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, en relación con el art. 102:1 de la Ley 30/1992; y actual art. 106.1 de la Ley 39/2015, citada), al haber condicionado el legislador estatal la declaración de nulidad al previo dictamen favorable del órgano consultivo.

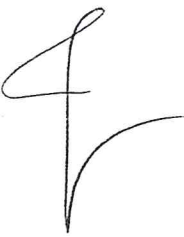


CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

II

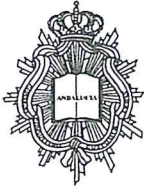


Realizadas las consideraciones precedentes, en cuanto al órgano competente para acordar el inicio y resolver el procedimiento de revisión de oficio, se ha de observar, en primer término, que no existe una previsión expresa en la Ley 30/1992 (a diferencia de la actual Ley 39/2015, que en su artículo 111 establece la competencia en el ámbito de la Administración General del Estado) ni en la Ley 7/1985 acerca del órgano competente para acordar la declaración de nulidad de un acto administrativo, en términos generales, o de la Administración Local, en particular.



Ahora bien, considerando que el artículo 110.1 de la citada Ley 7/1985 precisa que el órgano competente para la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria es el Pleno de la Corporación, que la idea que subyace en la enumeración de los órganos competentes de la Administración del Estado en el artículo 111 antes citado (como en la disposición adicional decimosexta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, derogada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), es la de que la autoridad u órgano superior a quien haya dictado el acto es la competente para la revisión de oficio, y que, conforme a los artículos 103.5 de la Ley 30/1992 (actual 107.5 de la Ley 39/2015), y 22.2.k) de la Ley 7/1985, corresponde al Pleno la declaración de lesividad de los actos del Ayuntamiento; considerando todo ello, ha de concluirse que la competencia para la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos del Ayuntamiento corresponde al Pleno.

Esta doctrina asentada del Consejo Consultivo (dictamen 16/1998, entre otros), no ha sido alterada tras la reforma intro-



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

ducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre (dictámenes 69/1995, 26/2000, 13/2001, 330 y 353/2004), en cuanto a los municipios que no se pueden catalogar como municipios de gran población (Título X de la Ley 7/1985). Por tanto, corresponde al Pleno del Ayuntamiento de Antequera la declaración de nulidad pretendida.

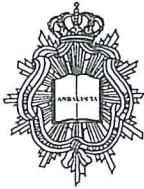
En orden al *iter procedimental* instruido, debe reseñarse que el mismo se ha ajustado a las prescripciones de la Ley 30/1992, resaltándose que su iniciación se produjo a instancia de la Administración municipal, se ha emitido informe jurídico, otorgamiento de audiencia a la parte interesada y finalmente propuesta de resolución.



III

Entrando en la cuestión de fondo, corresponde examinar la eventual concurrencia de causa de nulidad en el acuerdo del Pleno de 12 de febrero de 2009, de aprobación de aval a favor de la entidad concesionaria del «Club de Raqueta La Quinta».

Se invoca como causa de nulidad la prevista en el apartado f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, es decir, por tratarse de un acto expreso contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquieren derechos o facultades careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición. En concreto, se alega que el Ayuntamiento no podía conceder el aval al estar expresamente prohibido por el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigió la contratación al disponer que "II.3. El Ayuntamiento no contribuirá a la financiación de las obras en forma alguna y

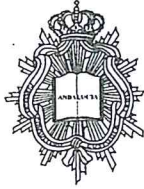


CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

no tiene previsto destinar cantidad alguna a la subvención de la explotación”, considerando que el aval para la obtención de un crédito supone “una evidente financiación pública de la obra y es una condición esencial nueva que no figuraba en los pliegos de condiciones que sirvieron para la licitación” (así se hace constar en el informe del Secretario General de 11 de febrero de 2009).

Debe recordarse, como ha dicho este Consejo en reiteradas ocasiones, que las causas de nulidad de pleno derecho han de interpretarse restrictivamente. Las referencias doctrinales y criterios interpretativos existentes en la materia obligan a contemplar la teoría de las nulidades con moderación y cautela, ya que, como este Órgano Consultivo ha subrayado en numerosos dictámenes, el legislador, al regular la invalidez de los actos administrativos, ha reservado la nulidad a los vicios más graves, mientras que las restantes infracciones del ordenamiento jurídico se sancionan con la anulabilidad. Por ello, este Consejo Consultivo viene señalando, a partir de su dictamen 6/1997, que uno de los principios medulares del esquema legal sobre la invalidez de los actos administrativos es el carácter restrictivo y excepcional de la nulidad absoluta, frente a la simple anulabilidad.

Ello luce especialmente en el supuesto del artículo 62.1 f) que nos ocupa. Hoy la jurisprudencia, para evitar que esta causa de nulidad desvirtúe el sistema, centra su aplicabilidad en la distinción entre requisitos esenciales y requisitos necesarios. Sólo aquéllos justifican la nulidad. Ahora bien, esta distinción, difícil desde el punto de vista lógico pues lo es entre género y especie (lo esencial es siempre necesario), que como se sabe es convencional, solo puede ser resuelta con un juicio de razonabilidad sobre la situación concreta, ponderando a la hora

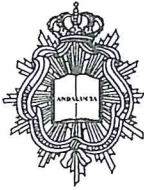


CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

de decidir o no la revisión la intensidad del interés público restaurado con ésta, y el perjuicio al administrado en su situación adquirida. En la práctica, este juicio de razonabilidad ha de partir, aunque no sea su único elemento, de la finalidad perseguida por la norma o normas infringidas y su relevancia para la protección de los intereses públicos siempre preferentes.

Respecto a la cuestión que nos ocupa, como se hace constar en el informe emitido el 12 de febrero de 2008, con carácter previo a la concesión del aval, por el Interventor General, la legislación aplicable permite al Ayuntamiento avalar a una empresa concesionaria de éste. Así el artículo 49.6 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (RD. Legislativo 2/2004, de 5 de marzo), dispone que "las corporaciones locales podrán, cuando lo estimen conveniente a sus intereses y a efectos de facilitar la realización de obras y prestación de servicios de su competencia, conceder su aval a las operaciones de crédito, cualquiera que sea su naturaleza y siempre de forma individualizada para cada operación, que concierten personas o entidades con las que aquéllas contraten obras o servicios, o que exploten concesiones que hayan de revertir a la entidad respectiva". Dichas operaciones han de estar sometidas a la fiscalización previa y el importe del préstamo garantizado no puede ser superior al que hubiera supuesto la financiación directa mediante crédito de la obra o del servicio por la propia entidad (art. 49.8).

Por consiguiente, como se decía, la operación realizada está permitida por el citado RD. Legislativo 2/2004. La Administración consultante fundamenta la nulidad del acuerdo del Pleno, precisamente, en el incumplimiento de las cláusulas del Pliego, que prohibirían en esta contratación en concreto la posibilidad de financiación municipal. Y, a juicio de este Consejo Consultivo,



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

el eventual incumplimiento de una cláusula del pliego, atendiendo a la interpretación restrictiva que de las causas de nulidad ha de hacerse, no puede estimarse como motivo para acordar la nulidad de pleno derecho del acto, constituyendo, en su caso, motivo de anulabilidad del mismo.

CONCLUSIÓN

Se dictamina desfavorablemente la propuesta de declaración de nulidad del acuerdo de Pleno de 12 de febrero de 2009, de aprobación de aval a favor de la entidad «¹»
concesionaria del «Club de Raqueta La Quinta»».

Es cuanto el Consejo Consultivo de Andalucía dictamina.

En Granada, a catorce de diciembre de dos mil dieciséis.

EL PRESIDENTE LA SECRETARIA GENERAL

Fdo.: Juan B. Cano Bueso Fdo.: María A. Linares Rojas

SR. ALCALDE-PRESIDENTE DEL AYUNTAMIENTO DE ANTEQUERA. - (MÁLAGA)