

La subasta en nuestra Administración local

SUMARIO: I. Introducción.—II. Qué es la subasta. 1. Concepto; 2. Principios fundamentales: A) Competición: a) Publicidad; b) Amplitud del llamamiento; c) Secreto de las proposiciones; d) Igualdad entre los competidores. B) Automatismo en la adjudicación. 3. Mecanismo: A) Acuerdo de celebración de subasta y de aprobación del pliego de condiciones; B) Anuncios: a) Del pliego de condiciones; b) De la licitación. C) Presentación de proposiciones; D) Adjudicación provisional; E) Adjudicación definitiva; F) Formalización del contrato. 4. Ventajas e inconvenientes.—III. Excepciones al procedimiento de subasta. 1. Licitatorias: A) Concurso-subasta; B) Concurso. 2. No licitatorias: A) Concierto directo: a) Destajo. B) Por administración.—IV. Vicios de la subasta. 1. Criterio para su valoración; 2. Clases: A) Nulidad absoluta: a) Sus causas: a') Falta de consentimiento; b') Falta de objeto; c') Falta de causa del contrato; d') Falta de las formalidades prescritas «ad substantiam». b) Sus efectos; c) Su declaración. B) Nulidad relativa o anulabilidad; a) Sus causas; b) Sus efectos; c) Su declaración.

I

INTRODUCCIÓN

Es característica de la vida moderna el auge de las necesidades colectivas. A su compás, y para su satisfacción, crecen los servicios públicos.

En el plano de la vida local, órbita de nuestro estudio, este fenómeno de expansión es bien notorio.

Las obligaciones de las Entidades locales han ido aumentando paulatinamente, y hoy los ordenamientos legislativos nos ofrecen

un programa pleno e incitante de servicios a realizar en orden a urbanismo, patrimonio, salubridad e higiene, abastos, transportes, instrucción y cultura, beneficencia, policía, concursos y exposiciones, ferias y mercados, fomento de la agricultura, ganadería e industria, instituciones de crédito, etc.

El principio de la *especialidad*, que conceptúa en el aspecto sociológico a las Corporaciones locales como comunidades específicas, y según el cual a éstas se les ha dado vida para cumplir funciones concretas, más allá de las cuales, en frase de Bequet, «no pueden nada, no tienen derecho a nada y no son nada», ha ido cediendo, para dar paso al principio contrapuesto de la *extensión*, que asigna a los entes locales el carácter de sociedades totales y sostiene, en consecuencia, que todo lo que afecte de manera directa e inmediata al interés de una comunidad no nacional, con independencia del interés mediato y general que pudiera tener para el país en que la comunidad se halla inserta, pertenece a la competencia local, que podrá ejercitarse sin otro límite que el que resulte de la necesidad de no ponerse en pugna con las directrices y normas de la nación.

En la evolución, en el cambio de dirección operado, han influido diversos factores: el extraordinario crecimiento de la población urbana, con la secuela inevitable de la aparición de complejos problemas, que el individuo no puede satisfacer por sí mismo; la civilización y el progreso constante, imprimiendo transformaciones en el ambiente y en los medios habituales de la existencia; el legítimo deseo de la población, tanto urbana como rural, de elevar su nivel de vida; la quiebra, en fin, de la doctrina liberal, que propugna la abstención de los entes públicos en el juego de la vida social.

Actualmente, las Entidades locales se ven obligadas a desarrollar una intensa y creciente actividad administrativa, que no cabe dentro del marco estrecho de su propia organización.

Han de buscar colaboraciones extrañas, y una forma de singular importancia es la que se canaliza a través de la contratación. A ella se acogen constantemente, unas veces por necesidad, es decir, por imperativo legal, y otras discrecionalmente, por conveniencias financieras, técnicas y de muy diversa índole, ya que la gestión

directa sólo es exigible para aquellas funciones que impliquen ejercicio de autoridad.

Pues bien, entre las modalidades que la contratación local ofrece, la de la subasta, al igual que sucede en la esfera estatal, constituye la regla general. «Los contratos que celebren las Entidades locales se realizarán, por regla general, mediante subasta», dice el artículo 307, 1 del texto refundido de la Ley de Régimen local de 24 de junio de 1955. «Los contratos en que intervengan las Corporaciones locales se celebrarán, por regla general, mediante subasta pública, cualquiera que sea la naturaleza, origen o destino de los fondos que se hayan de abonar o percibir», reitera el artículo 13, 1 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales de 9 de enero de 1953.

Y no sólo en el área de la contratación se manifiesta la primacía y obligatoriedad del procedimiento de subasta. Dentro del campo de la gestión directa ejerce también su influjo, de tal manera, que cuando las Corporaciones quieren realizar, por sí, obras y servicios, es decir, valiéndose de sus órganos privativos, actuando como comúnmente se dice, por administración, no pueden hacerlo en todo caso, sino tan sólo en aquellos de excepción que se hallan determinadamente previstos en los textos legales.

La subasta viene a ser así el cauce legal por donde debe discurrir ordenadamente una buena parte de las energías y de los recursos que se movilizan para el mejoramiento de la vida local, y que, en su conjunto, representan aportaciones ingentes.

Para que el esfuerzo no se malogre, es de necesidad la rigurosa y honesta aplicación de los preceptos que la regulan y la exigencia de las responsabilidades que de la infracción de los mismos se deriven. Porque no hay que olvidar que alrededor de la subasta —y de toda la contratación— merodea con frecuencia la codicia y que ésta es muy dada a producir turbiedades. Advertido del peligro, el Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, según declara su preámbulo, se halla inspirado «por el afán de precaver y evitar cuantas corruptelas pudieran deslizarse en el área de los intereses particulares, con menoscabo de los generales de Municipios y Provincias». Llevado de este afán, su artículo 20,

regla 2.^a, encarga expresamente al Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de comprobar periódicamente el cumplimiento de las normas de excepción licitatoria, «para que, si advirtiese infracciones, puedan ser exigidas las responsabilidades pertinentes».

De aquí el interés que ofrece el estudio y divulgación de la materia.

II

QUÉ ES LA SUBASTA

1. *Concepto*.—Si nos fijamos en los artículos 307, 1 de la Ley de Régimen local y 13, 1 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, antes transcritos, observaremos que en ellos se configura la subasta como un *medio* para llegar a la estipulación de los contratos. En efecto, en ambos preceptos se lee que los contratos que celebren las Entidades locales se realizarán, por regla general, «mediante subasta».

La subasta, pues, es un instrumento que sirve para preparar el contrato, para generarle. El contrato en sí, su conclusión, su perfección, es un acto distinto del conjunto de actos que constituyen la subasta.

No tienen en cuenta esta distinción, confundiendo la subasta (medio) con el contrato (fin), el diccionario de la Real Academia Española, que define la subasta como «venta pública de bienes o alhajas que se hace al mejor postor y regularmente por mandato y con intervención de un Juez u otra autoridad», ni el de Alcubilla, para el que la subasta es «la venta o arrendamiento que se hace de una cosa en público remate o licitación al que más ofrezca, y también la compra o alquiler de una cosa o la adjudicación de un servicio o de una obra en público remate al que lo ceda o efectúe por un precio más bajo». En cambio, la subasta aparece bosquejada con más o menos precisión o detalle, pero diferenciada del contrato, en las siguientes definiciones: «Tiene por fin la subasta obtener, mediante la publicidad y la concurrencia de los particulares, las condiciones más ventajosas para la Administración y lograr el precio más alto cuando ella ha de recibirlo, o el gasto menor

cuando ella lo ha de abonar» (Abella). «Es un llamamiento general e indeterminado que hace la Administración, comprometiéndose a adjudicar la obra o el servicio a la persona o Entidad que haga la proposición más ventajosa» (García Oviedo). «Conjunto de trámites esenciales, de obligatoria observancia en la generación del contrato administrativo, como garantía del interés público, encaminados a lograr las condiciones más ventajosas para la Administración, por la pública concurrencia en proposiciones secretas, determinada por la publicación de una oferta inalterable de la propia Administración, hasta llegar a la perfección del contrato, mediante la adjudicación al mejor postor» (Albi).

El conjunto de formalidades, el proceso que se sigue hasta llegar a la adjudicación definitiva, es lo que constituye realmente la subasta; la adjudicación definitiva constituye el contrato.

En cuanto a la naturaleza jurídica de una y otra fase, observaremos que mientras la subasta se halla integrada por una serie de operaciones indispensables preparatorias de la adjudicación definitiva, operaciones que hay que calificar por esto como *actos-trámites*, la adjudicación definitiva entraña una declaración de la Administración pública, que produce unilateralmente efectos jurídicos, con respecto a persona o personas determinadas, y que tiene, por tanto, la condición de *acto administrativo*.

2. *Principios fundamentales*.— Los principios fundamentales que rigen la subasta pueden reducirse a dos: competición y automatismo en la adjudicación. El primero es común a todos los procedimientos licitatorios y el segundo es privativo de la subasta.

A) *Competición*.— Responde este principio al deseo de lograr el mayor número posible de licitadores, con el fin de que de la pugna entre ellos surjan las condiciones más ventajosas para la Administración, y se desdobra en las siguientes reglas:

a) *Publicidad*.— Requiere anuncio de la oferta circunstanciada de la Administración, o sea del pliego o pliegos de condiciones; anuncio de la licitación y de sus pormenores; exposición y posibilidad de copia de memorias, planos, proyectos, modelos, muestras y demás elementos; que sean públicos los actos de apertura de pliegos.

Es condición importantísima, por promover la concurrencia en el doble sentido de que difunde la oferta de la Administración y de que lleva al ánimo de los interesados en ella la confianza de que todo se hará correctamente.

b) Amplitud del llamamiento.—En términos generales, podrán tomar parte en la subasta las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que se hallen en plena posesión de su capacidad jurídica y de obrar, y no estén comprendidas en ninguna de las causas de incapacidad o incompatibilidad que señala el Reglamento de Contratación.

c) Secreto de las proposiciones.—Las proposiciones y los documentos que las acompañen se han de presentar en sobre cerrado, manteniéndose en riguroso incógnito el contenido de éstos hasta el acto público de su apertura. Tal precaución representa una importante reforma, que arranca del Real Decreto de 27 de febrero de 1852, en cuyo preámbulo se dice, refiriéndose al acaloramiento de los licitadores, «que solía llevarlos, a veces, a hacer proposiciones tan onerosas que no les era posible cumplir después. El resultado de esto era con frecuencia que, creyendo la Administración haber obtenido contratos ventajosos, veía al fin burladas sus esperanzas, con pérdida de tiempo y de dinero. La Administración, al celebrar contratos, no debe proponerse una sórdida ganancia, abusando de las pasiones de los particulares, sino averiguar el precio real de las cosas y pagar por ellas lo que sea justo, y a esto conduce el sistema de pliegos cerrados».

d) Igualdad entre los competidores.—Las mismas condiciones han de regir para todos. En el curso de la subasta todos estarán asistidos de los mismos derechos y sujetos a las mismas obligaciones. En principio, ha de reputarse que adolece de nulidad cualquier cláusula, acuerdo o determinación que implique ventaja para alguno o algunos de los licitadores.

B) Automatismo en la adjudicación.—En la subasta, la Administración carece de libertad para adjudicar el remate. Sin ninguna discrecionalidad, con cerrado automatismo, la competición ha de dirimirse, atendiendo exclusivamente al factor precio, en favor de

la oferta que, ajustándose al pliego de condiciones, represente una mayor ventaja económica.

3. *Mecanismo*.—En el desarrollo de los trámites propiamente constitutivos de la subasta, y en el de los ulteriores hasta llegar a la formalización del contrato, son de apreciar, según nuestro Derecho positivo, los siguientes períodos :

A) Acuerdo de celebración de subasta y de aprobación del pliego de condiciones.—Con arreglo al derogado Reglamento para los contratos municipales de 2 de julio de 1924, dichos acuerdos constituían trámites distintos. Primero habría de adoptarse el acuerdo de celebración de subasta, anunciarse al público a efectos de reclamaciones, y resolver las que se produjeran (art. 26), y después proceder a la aprobación del pliego de condiciones, que debería contener una cláusula (art. 6.º, 10) en la que se hiciera constar el cumplimiento de los requisitos anteriores.

Hoy no existe tal dualidad, y ambos acuerdos pueden ser simultáneos, aunque no es preceptivo que lo sean. En el mismo acto cabe resolver la celebración de subasta y la aprobación del pliego de condiciones que ha de regir para la misma.

La competencia para adoptarlos radica en la Comisión municipal permanente o en el Presidente de la Diputación provincial, según que se trate de obras y servicios municipales o provinciales, cuando la duración de los contratos no exceda de un año y no exija créditos superiores a los consignados en el presupuesto anual del ejercicio (arts. 122, *b*), y 268, *e*), de la Ley de Régimen local, y 123, 2.º, y 170, 13 y 15, del Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales) y a las Corporaciones locales en pleno en otro caso (arts. 121, *d*), y 270, *f*), de la Ley y 122, 1.º, y 172, 3.º, del Reglamento citado).

Es de tener presente que si bien los expresados artículos hacen referencia exclusiva a obras y servicios, son también de aplicación en la contratación de bienes, según lo prescrito en la Disposición adicional primera del Reglamento de Contratación vigente.

Obsérvese también la antinomia existente entre dichos preceptos que hacen un reparto de competencia entre los distintos órganos municipales y provinciales, y el artículo 312 de la propia Ley

de Régimen local, en donde, sin distinción alguna, se determina que la aprobación de los pliegos de condiciones corresponde al pleno de la Corporación.

La competencia para contratar, atribuida a los distintos órganos municipales y provinciales, comprende, según el artículo 2, 1, del Reglamento de Contratación, no sólo facultades para la aprobación y modificación de los pliegos de condiciones, sino para suspender la licitación, adjudicar definitivamente el remate, acordar la recepción definitiva de las prestaciones objeto del contrato y acordar la resolución, rescisión o denuncia contractual. Para resolver las cuestiones incidentales que surjan en los contratos son siempre competentes (art. 2, 2) la Comisión municipal permanente o el Presidente de la Diputación.

El pliego de condiciones, como dice Fernández de Velasco, «contiene la oferta hecha por la Administración y todas aquellas condiciones económicas, técnicas y jurídicas que la misma Administración estima pertinentes y oportunas». Se forma unilateralmente por la Administración, y a los interesados sólo les cabe la impugnación del mismo, si contiene cláusulas ilegales, o la aceptación en bloque, sin posibilidad de discusión ni de reformas en otro caso. Podrá ser doble, cuando se separen las condiciones facultativas de las económico-administrativas.

Deberá contener, necesariamente, las determinaciones siguientes (art. 23 del R. de C.): objeto del contrato, expresado con el detalle necesario, y, cuando existan proyectos técnicos, sucinto extracto de los mismos; duración del contrato y época o períodos en que se deba prestar el servicio, realizar las obras o suministros en su totalidad y por partes, y verificar los pagos, así como plazos de garantía que deban mediar entre la recepción provisional y la definitiva; tipo de licitación, con indicación de la forma en que haya de hacerse la mejora respecto al mismo; cuadro que, bajo la rúbrica «Porcentaje de los elementos de los precios unitarios», descomponga en detalle los que integren el presupuesto; casos en que proceda la imposición de sanciones al contratista, por demora, deficiencia en los materiales o en los servicios, o por cualquier otro incumplimiento de sus compromisos, así como la cuantía de las respectivas multas; la obliga-

ción de la Corporación de establecer anualmente la adecuada consignación, si la duración del contrato excediere de un año y los pagos hubieren de realizarse con cargo al presupuesto ordinario.

Aparte de las precisiones anteriores, que constituyen el contenido mínimo de los pliegos, las Entidades locales gozan de libertad para añadir cualquier otra condición lícita que estime necesaria o simplemente conveniente.

La importancia del pliego de condiciones es trascendental, pues constituye la ley del contrato, con fuerza vinculante para ambas partes.

B) Anuncios.—Han de hacerse separada y sucesivamente del pliego de condiciones y de la licitación.

a) Del pliego de condiciones.—Después de aprobado tiene que exponerse al público durante ocho días, mediante anuncio en el tablero de edictos y en el «Boletín Oficial de la Provincia».

Dentro del expresado plazo, se podrán presentar reclamaciones fundadas en infracción determinantes de anulabilidad de los pliegos o de alguna de sus cláusulas, que serán resueltas por el órgano competente en cada caso para la aprobación del pliego. Transcurrido dicho término no serán admisibles tales reclamaciones, pero quedarán a salvo las impugnaciones basadas en vicio de nulidad. Ya veremos más adelante, al hablar de los vicios de la subasta, la diferencia existente entre los conceptos de anulabilidad y de nulidad.

Una vez resueltas las reclamaciones, la subasta sigue sus trámites, independientemente de los recursos que pudieran formularse, y salvo los casos de suspensión legal, ya que según el artículo 361 de la Ley de Régimen local, los actos y acuerdos de las autoridades y Corporaciones locales serán inmediatamente ejecutivos, cuando no requieran aprobación o autorización gubernativa.

b) De la licitación.—El contenido mínimo del anuncio de licitación, con excepción de las reducciones válidas para prensa y radio que luego se dirán, será (art. 25 del R. de C.): objeto y tipo de la misma; duración del contrato y época o plazo en que se deba prestar el servicio, realizar la obra o suministro y verificar los pagos; oficina o dependencia de la Corporación donde estén de mani-

fiesto los pliegos, en unión de las memorias, proyectos, planos, modelos, muestras y demás elementos que convenga conocer para la mejor inteligencia de las condiciones; garantía provisional que se exija a los licitadores y cantidad líquida a que ascienda; garantía definitiva que haya de prestar el adjudicatario; modelo de proposición; plazo, lugar y horas en que hayan de presentarse las plicas; lugar, día y hora en que deba verificarse su apertura; constancia de existir crédito suficiente en el presupuesto, cuando el contrato haya de obligar a la Administración al pago de alguna cantidad; constancia de haber obtenido las autorizaciones que sean necesarias para la validez del contrato.

El anuncio se publicará (art. 26 del R. de C.): en el «Boletín Oficial de la Provincia», en todo caso; en un diario no oficial, con dos inserciones discontinuas, y en una emisión radiofónica local o de la capital de la provincia, si el precio tipo excediese de 250.000 pesetas; en el «Boletín Oficial del Estado», cuando dicho precio rebasare la cifra de 500.000 pesetas o fuere indeterminado; en un diario de la capital del Estado, con dos inserciones alternativas, y en una emisión de Radio Nacional de España, si el importe de la licitación excediere del millón y medio de pesetas, y en un periódico de los de mayor circulación de la capital de la nación respectiva, si se tratara de efectos que hayan de adquirirse en el extranjero.

El anuncio en la prensa y por radio se limitará a un sucinto extracto, referido al objeto del contrato, plazo y lugar de presentación de proposiciones y diario oficial en que figuren las circunstancias detalladas.

Durante el período previo de licitación, el anuncio estará expuesto en el tablero o vitrina de la Casa sede de la Entidad contratante.

Entre la publicación del anuncio y el acto de apertura de las plicas habrá de mediar, al menos, veinte días hábiles, que el órgano competente de la Corporación podrá aumentar en los casos en que lo estime conveniente; cuando se tratase de efectos que hayan de adquirirse en el extranjero, el plazo mínimo será de cuarenta días; todos los plazos se contarán a partir del día siguiente al de

la publicación del último anuncio en el «Boletín Oficial de la Provincia» o en el del Estado, en su caso (art. 27 del R. de C.).

C) Presentación de proposiciones.—Articulada en el pliego de condiciones la oferta de la Administración, y dada publicidad a ésta, es llegado el momento de que los particulares interesados y conformes formulen su aceptación, mediante la presentación de proposiciones.

Toda proposición deberá ajustarse al modelo descrito en el pliego de condiciones, sin alterar su contenido, e irá acompañada del documento que sea exigido para acreditar la personalidad del licitante; de poder bastante o certificación fehaciente cuando se actúe en representación; del resguardo demostrativo de haber constituido la fianza provisional, y de una declaración en la que el licitador afirme, bajo su responsabilidad, no hallarse comprendido en ninguno de los casos de incapacidad o incompatibilidad señalados por los artículos 4.º y 5.º del Reglamento de Contratación.

En la presentación de proposiciones se observarán las siguientes reglas (art. 31 del R. de C.): El plazo se iniciará con la publicación del primer anuncio y concluirá el último día hábil anterior al señalado para la apertura de plicas; las proposiciones y los documentos que las acompañen se presentarán en sobre cerrado, que podrá ser lacrado y precintado, y en el que figurará la inscripción: «Proposición para tomar parte en...»; las plicas se entregarán en la Casa sede de la Entidad interesada, ante el Secretario o funcionario que él mismo designe; será obligatoria la admisión de cuantos sobres se presenten, siempre que reúnan las condiciones externas reglamentarias, y en caso de que fueren rechazados, el portador podrá acudir al Presidente de la Corporación o a quien haga sus veces, contra cuya resolución cabrá recurso contencioso-administrativo; en un libro registro destinado al efecto se hará constar el número de orden de la plica que corresponda al de su presentación, fecha y hora de entrega, nombre y apellidos y domicilio del presentador, sucinta descripción del sobre, referida a los caracteres y aditamentos que, como los sellos de lacre, convengan para la mejor identificación y seguridad del documento, y subasta a que se contraiga la proposición; a todo presentador que lo solicite se le

expedirá recibo en el que se reflejen los datos anteriores ; entregada y admitida la plica, no podrá el licitador retirarla, pero sí presentar otras, dentro del plazo y con arreglo a las condiciones expresadas, sin incluir nuevo resguardo de garantía provisional ; el Jefe de la oficina a cuyo cargo se haile el libro registro especial exhibirá los asientos y entregará los sobres de proposiciones recibidos durante el día al Depositario de fondos, quien, después de efectuar la oportuna comprobación, se hará cargo de dichos documentos para custodiarlos en la Caja de la Entidad contratante, y consignará en el citado libro : «Recibí para su custodia la plica y resguardo a que se refiere este asiento» ; terminado el plazo de presentación de proposiciones, el Secretario de la Corporación expedirá a quien lo solicite certificación del número y circunstancias de las plicas admitidas.

D) Adjudicación provisional.—Tiene lugar en acto público, que se celebrará en la sede de la Entidad, ante el Presidente de la Corporación o el Concejal o Diputado en quien delegue y el Secretario, que dará fe, con sujeción a las siguientes normas (art. 34 del R. de C.) : Constituída la Mesa el día y hora señalados, se dará lectura del anuncio, y el Presidente advertirá a quienes concurran que pueden examinar las plicas, compulsarlas con los respectivos asientos del libro registro, solicitar las aclaraciones y formular las observaciones que estimen pertinentes hasta el momento en que comience la apertura de los sobres, sin que después se admita interrupción alguna ; el Presidente abrirá la primera plica presentada y dará lectura, en voz alta, de la proposición que contenga, y de igual modo procederá respecto de las demás, siguiendo el orden de numeración que a cada una le haya correspondido, con facultad para desechar las proposiciones no ajustadas al modelo que puedan producir duda racional sobre la persona del licitador, precio ofrecido o compromiso que contrajere ; concluída la lectura de todas las proposiciones, el Presidente adjudicará el remate, con carácter provisional, al mejor postor ; si apareciesen dos o más ofertas iguales, que representen la máxima ventaja respecto de las restantes, se abrirá inmediatamente licitación verbal entre quienes las hubieren firmado, por pujas a la llana, durante quince minutos, y si transcu-

rrido ese tiempo subsistiese el empate, se decidirá por sorteo la adjudicación provisional; en el caso de que no estuvieren presentes todos los licitadores afectados por el empate o sus mandatarios con poder especial para la puja, se suspenderá el acto y se les citará, a fin de reanudarlo, el cuarto día hábil siguiente, y si tampoco concurrieren en su totalidad, se verificará la puja entre los que concurren, resolviéndose a favor del que se presentare, si lo hiciere uno solo, y decidiéndose por insaculación, si no lo hiciere ninguno; hecha la adjudicación provisional, el Secretario unirá al expediente los resguardos de las garantías y las proposiciones presentadas, incluso las que se hubieren desechado, salvo que los licitadores a quienes afecten estas últimas firmen en el acta su conformidad, con expresa renuncia de sus posibles derechos, en cuyo caso le serán devueltas y podrán retirar la garantía que hubieren constituido.

Antes de levantar la sesión se extenderá el acta de la misma, que será leída en voz alta por el Secretario autorizante, y sometida a la firma del Presidente, de los licitadores y de los reclamantes que lo solicitaren, consignándose en ella (art. 35 del R. de C.): lugar, día, mes y año de celebración del acto y hora en que comienza; nombre y apellidos del Presidente; relación ordinal de todas las proposiciones presentadas, con expresión del respectivo nombre y apellidos de cada licitador y del precio ofrecido; referencia de las proposiciones admitidas y, en su caso, de las desechadas, así como de los motivos a que esta última declaración hubiere obedecido y conformidad con la misma de los proponentes que la manifestaren y a quienes se les entreguen sus resguardos; observaciones y reclamaciones que se formularen; adjudicación provisional que el Presidente proclame, y hora en que se dé por terminada la subasta. Se recogerán también en el acta las observaciones que sobre el contenido anterior hicieren los interesados al ser leída.

Dentro de los cinco días siguientes al en que se hubiere celebrado la licitación, los firmantes de las proposiciones admitidas y las de las desechadas que hubieren mostrado su disconformidad podrán exponer por escrito cuanto estimen conveniente respecto a los preliminares y desarrollo del acto licitatorio, capacidad jurídica de los demás optantes, y adjudicación definitiva (art. 36 del R. de C.).

E) Adjudicación definitiva.—Terminados los trámites preparatorios en que el procedimiento de subasta consiste, es llegado el momento de concluir, de perfeccionar el contrato, procediendo a la adjudicación definitiva.

Hasta este momento, la Corporación puede aplazar e incluso dejar sin efecto la subasta, pues con ninguno de los trámites anteriores, ni siquiera con el de la adjudicación provisional, queda forzada a la conclusión del contrato. «Los que acuden a las subastas o concursos de servicios públicos—dice la Sentencia de 12 de abril de 1904, entre otras—no tienen derecho alguno que puedan hacer valer en la vía contenciosa hasta que por resolución firme y ejecutiva de la Administración activa se les hayan adjudicado dichos servicios».

Ello representa una clara postura de privilegio de la Administración con respecto a los licitadores, ya que éstos, una vez presentadas sus proposiciones, no pueden retirarlas.

Las obligaciones contractuales es en este momento de la adjudicación definitiva cuando surgen recíprocamente, porque, según dispone el artículo 45 del Reglamento de Contratación, «el contrato se perfeccionará por la adjudicación definitiva, en virtud de la cual los licitadores y la Corporación quedarán obligados a su cumplimiento».

Conforme a los preceptos reguladores de la competencia citados anteriormente, al exponer la fase inicial del mecanismo de la subasta, corresponderá a la Comisión municipal permanente la adjudicación definitiva de los contratos municipales, cuando la duración de los mismos no exceda de un año y no exija créditos superiores a los consignados en el presupuesto anual del ejercicio, y al Ayuntamiento pleno en los demás casos. Con arreglo a las mismas bases se halla distribuída la competencia para la adjudicación definitiva de los contratos provinciales entre el Presidente de la Diputación y la Corporación en pleno, por lo que cabe que en esta clase de contratos se de, en algunos casos, la inconveniencia, la anomalía, de que sea el mismo Presidente de la Diputación—a quien compete presidir toda clase de subastas o delegar en un Diputado—el que haga la adjudicación provisional y la definitiva.

En la adjudicación definitiva se observarán las siguientes reglas (art. 44 del R. de C.): expirado el plazo de cinco días concedido, a partir de la adjudicación provisional, para la presentación por escrito de reclamaciones, se resolverá sobre la validez o nulidad del acto licitatorio; si la licitación se declarare válida, se hará la adjudicación definitiva a favor del autor de la proposición más ventajosa entre las admitidas, o también entre las desechadas que hubieran debido admitirse, y se devolverán las garantías provisionales a los licitadores, excepto al adjudicatario; si se hubiere admitido un solo licitador, habrá de hacerse la adjudicación a favor de éste, siempre que se ajuste al tipo fijado o lo mejore; la adjudicación definitiva deberá realizarse dentro del plazo de sesenta días, transcurrido el cual sin acuerdo expreso, se entenderá confirmada la adjudicación provisional.

Efectuada la adjudicación definitiva se notificará al contratista en el plazo de diez días y se le requerirá al mismo tiempo para que, dentro de los diez siguientes al de la fecha en que reciba la notificación, presente el documento que acredite haber constituido la garantía definitiva, y para que, el día y hora en que se le indique, concurra a formalizar el contrato.

Si no atendiere dichos requerimientos se producirán las siguientes consecuencias: a) Pérdida de la garantía provisional o definitiva. b) Celebración de nuevo contrato, en las mismas condiciones, y si la segunda adjudicación resultare menos beneficiosa para la Entidad local, ésta se reintegrará de la pérdida a costa del primer adjudicatario. c) Si en la nueva licitación no se presentare proposición admisible y la obra o servicio se efectuare por administración o concierto directo, el primitivo adjudicatario responderá del mayor gasto que ocasionare. d) Si la garantía prestada resultare insuficiente para hacer efectivas las responsabilidades anteriores, se procederá contra los demás bienes del adjudicatario, por la vía administrativa de apremio.

F) Formalización del contrato.—La formalización del contrato se efectuará mediante escritura pública, cuando el gasto o ingreso total que haya de producir a la Entidad contratante exceda de 250.000 pesetas, y siempre que por precepto legal se exija su otorgamiento,

cualquiera que fuere la cuantía de aquéi ; cuando no proceda el otorgamiento de escritura, la formalización se hará en documento por duplicado, que será suscrito en unidad de acto por el Presidente y el Secretario de la Corporación interesada y por el contratista, a quien se entregará uno de los ejemplares, y el otro quedará en poder de la propia Corporación ; en los contratos que no excedan de 10.000 pesetas, la formalización podrá limitarse, si el órgano local competente no dispone lo contrario, a la comunicación literal del acuerdo en que consten las condiciones y la adjudicación, con el «recibí y conforme» del contratista en el duplicado ; no será necesaria la formalización de los contratos mediante documento público, cualquiera que fuere su cuantía, cuando se refieran a adquisiciones directas de artículos, materiales o efectos en establecimientos o sitios públicos de venta (art. 49 del R. de C.).

Las escrituras públicas, así como los documentos suscritos por el Presidente de la Corporación, el Secretario y el contratista deberán contener (art. 50 del R. de C.): copia literal de los pliegos de condiciones ; referencia al acto de la licitación, en la parte que afecte a la proposición del adjudicatario ; copia literal del acuerdo de adjudicación definitiva ; copia de la carta de pago o documento que acredite la constitución de garantía definitiva ; constancia, en su caso, de los extremos señalados en la regla primera del artículo 20 del Reglamento de Contratación ; cláusula de otorgamiento en que se declare que ambas partes se obligan al cumplimiento exacto del contrato, conforme al pliego de condiciones ; advertencia al contratista de la obligación de cumplir lo dispuesto por las leyes protectoras de la Industria Nacional y del Trabajo, en todos sus aspectos, incluidas las de Previsión y Seguridad Social.

¿Qué sucede cuando el adjudicatario no se aviene a la formalización del contrato? De una parte, el artículo 46, 3 del Reglamento de Contratación dice que, en tal caso, «la adjudicación quedará de pleno derecho sin efecto», con las consecuencias previstas en el 97, y este artículo, el 97, parece corroborar tal criterio, pues en la redacción de su primer párrafo se citan los casos del artículo 46, 3, como si fueran casos de resolución forzosa, frente a aquellos otros de carácter potestativo en que «la Corporación acuerde la resolución

del contrato». De otra, el artículo 48 expresa que «será preceptiva la formalización escrita del contrato, pero la falta de este requisito no afectará a la validez de la obligación», agregando que «las partes podrán compelerse recíprocamente al cumplimiento de las formalidades establecidas...», y en el mismo frente, el 65 expresa que «si el contratista incumpliera las obligaciones que le incumben, la Corporación estará facultada para exigir el cumplimiento o declarar la resolución del contrato». Pudiera argüirse que el sentido de este último precepto hace referencia exclusiva a las obligaciones que constituyen el contenido del contrato, pero es lo cierto que en él no se hace distingo alguno, que el contrato nace con la adjudicación definitiva, que el adjudicatario es contratista y que una de sus obligaciones es la de la formalización.

En vista de la contradicción de los preceptos reglamentarios, ¿quedará resuelto el contrato o tendrá opción la Entidad local para exigir el cumplimiento o declarar la resolución? A nuestro juicio, esto último es lo legalmente correcto. En las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones del Código civil, según dispone el artículo 16 de éste, por lo que es de aplicación el 1.279 del mismo Cuerpo legal, que prescribe: «Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma, desde que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez». Es también el criterio consagrado por la jurisprudencia. Así tenemos, entre otras, la Sentencia de 28 de febrero de 1935, que dice: «Que en cuanto a la falta de documento público o privado en que conste el contrato, es de tener en cuenta que el precepto invocado (art. 19 del Reglamento de Contratación municipal de 2 de julio de 1924), ha de someterse, en cuanto a interpretación y alcance, por deficiencia de la ley especial (art. 16 del Código civil), a lo que establece este Cuerpo legal en sus artículos 1.279 y 1.280, y por ello estimar que el precepto administrativo no puede tener interpretación distinta de la que una copiosa jurisprudencia ha dado a los de carácter estrictamente civil, consistente en limitar la órbita de éstos a la facultad, recíproca en

los contratantes, de compelerse a llenar la forma de otorgamiento de escritura, o cualquiera otra especial, tanto en los contratos en los cuales se exija generalmente tal requisito, como en aquellos otros que específicamente han de constar en documento público, y, por tanto, no alcanzando la falta de requisitos de forma a la validez y eficacia de los contratos, es obvio que, en este caso, no es de estimar dicho fundamento».

En cambio, si es la Corporación la que se resiste a la formalización del contrato, el adjudicatario no puede resolverle sin la anuencia de aquélla, y la única acción unilateral que le cabe es la de compeler a la Administración al cumplimiento de las formalidades requeridas en cada caso.

4. *Ventajas e inconvenientes.*—La subasta es el procedimiento preferible, como forma general, de la contratación administrativa, y el que se acepta por las legislaciones de todos los países.

Con él se hace posible la concurrencia y la competencia entre los industriales; permite a la Administración contratar en las más favorables condiciones económicas; imposibilita o dificulta las conculaciones entre los interesados en la contratación y las autoridades; evita, en fin, las sospechas, fundadas o infundadas, pero inevitables, que se producen en las otras formas de contratación, particularmente en los casos de contratación directa.

Pero de la ritualidad y automatismo de la subasta se derivan también serios inconvenientes: unas veces, porque resultaría imprudente poner las obras y los servicios públicos en manos que no presten otra garantía que la pecuniaria; otras, porque no sea posible la concurrencia, atendida la existencia de un monopolio de derecho o de hecho; en ocasiones, porque la urgencia del caso haga embarazoso e inservible el procedimiento complicado de la subasta; también porque se trate de adquisiciones, de obras o de servicios de insignificante volumen, etc.

De aquí la fórmula armónica de prescribir la subasta como regla general y establecer junto a ella determinados procedimientos de excepción, como remedio a las rémoras y dificultades que suscitaría la rígida aplicación de sus preceptos.

III

EXCEPCIONES AL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA

1. *Licitatorias*.—Se asemejan a la subasta en cuanto se hallan regidas por el mismo principio fundamental de la competición y, en consecuencia, por las reglas de publicidad, secreto de las proposiciones e igualdad entre los licitadores, y se diferencian de ella en que no se atiende exclusivamente al factor precio para efectuar la adjudicación. Las modalidades que ofrecen son :

A) Concurso-subasta.—En él la licitación versa, no sobre un tipo expresado numéricamente, como en la subasta, sino sobre el conjunto de las circunstancias y elementos relativos al sujeto y al objeto del contrato, y consta de dos períodos : en el primero la Corporación seleccionará las proposiciones que reúnan las condiciones requeridas por el pliego, y en el segundo hará la adjudicación, entre las admitidas, a la oferta económicamente más ventajosa.

Vemos, pues, que este procedimiento de excepción viene a consistir, conforme insinúa ya su enunciado, en una combinación del concurso y de la subasta. En el primer período rige la discrecionalidad del concurso ; en el segundo, el automatismo de la subasta.

B) Concurso.—En el concurso, al igual que en el concurso-subasta, la licitación versa sobre el conjunto de las circunstancias y elementos relativos al sujeto y al objeto del contrato, pero la adjudicación no es automática y se otorgará a la proposición que, cumpliendo las condiciones del pliego, resulte más ventajosa, sin atender únicamente a la oferta económica, y según el juicio de la Corporación, que será discrecional, si la ley o la convocatoria no determinaran motivos de preferencia.

Podrán celebrarse por concurso-subasta o por concurso, pero concediendo preferencia a la primera modalidad (art. 13, 2 del Reglamento de Contratación), los contratos siguientes (art. 37 del R. de C.): a) Los de compra de efectos que hayan de adquirirse necesariamente en el extranjero. b) Los de adquisición de efectos cuyo precio no se pueda fijar previamente. c) Los que por su natu-

raleza especial exijan garantías o condiciones también especiales, por parte de los contratistas. *d)* Los de adquisición y arrendamiento de inmuebles. *e)* Los de concesión de servicios y los de explotación de servicios municipalizados en régimen de Empresa mixta. *f)* Los que se refieran a proyectos, modelos o condiciones técnicas no establecidos previamente por la Corporación y que hayan de presentar los licitadores. *g)* Los relativos a la formación de proyectos o anteproyectos de obras o servicios determinados, que hayan de servir de base en su día para contratarlas. *h)* Aquellos en que la Corporación facilite medios auxiliares para realizarlos y cuya buena utilización exija garantías singulares por parte de los contratistas. *i)* Los en que la licitación haya de llevarse a cabo sobre tipos o precios múltiples.

La excepción de subasta a que se refiere la letra *a)* del párrafo anterior se acreditará mediante certificaciones expedidas por los Ministerios de Industria y Comercio, y en los supuestos recogidos bajo las letras *c)*, *e)*, *f)*, *g)*, *h)*, será indispensable que el proyecto técnico, aprobado por la Corporación, establezca la necesidad de condiciones especiales en los contratistas y las determine (art. 38 del R. de C.).

Salvo en los casos referentes a la compra de efectos que hayan de adquirirse necesariamente en el extranjero, y en los de adquisición y arrendamiento de inmuebles, las excepciones anteriores requerirán acuerdo de la Corporación en pleno, adoptado por el voto de las dos terceras partes de quienes de hecho la integren, y, en todo caso, de la mayoría absoluta legal.

Es requisito común a todos los procedimientos de excepción a la subasta, licitatorios o no, que el Secretario haga constar, antes de que la Corporación adopte acuerdo, que, a su juicio, han quedado debidamente justificados y, en otro caso, formulará advertencia de manifiesta ilegalidad y deberá negarse a autorizar los documentos que en lo sucesivo hubieran de formalizarse (art. 20, 1 del R. de C.).

2. *No licitatorias.*

A) **Concierto directo.**—Consiste en la celebración del contrato con la persona que, no estando incurso en incapacidad o incompatibilidad, sea elegida libremente por la Administración, quien actúa aquí a la manera de un particular, sin sujeción a requisitos de publicidad, ni a normas de selección. Se define por Delegado diciendo que tiene lugar «cuando la Administración encarga a tercera persona, sin mediar subasta ni concurso, la ejecución de la obra o servicio por un precio determinado, siendo de cuenta de aquélla todo lo necesario para el cumplimiento del contrato y a su perjuicio o beneficio la utilidad o el riesgo que en la ejecución se corra».

Dentro del concierto directo, cabe para las obras públicas la modalidad de :

a) **Destajo.**—Es el fraccionamiento de la obra en partes y la adjudicación de cada una de ellas a contratistas distintos.

Para la utilización de esta variedad se requiere que la obra de que se trate sea divisible en tramos o trozos, de manera que resulte factible la actuación simultánea de diversos adjudicatarios, y que existan razones de interés público o de carácter social que aconsejen acudir a este método contractual, o que resulte el más adecuado para lograr la máxima celeridad en la realización de la obra.

B) **Por administración.**—Con arreglo a este sistema es la propia Corporación de su cuenta y riesgo, la que lleva a cabo la obra o el servicio, valiéndose para ello de su personal de plantilla y del eventual necesario. En puridad, el sistema rechaza el contrato, pero en la práctica suele manifestarse cobijando en su seno una porción de pequeños contratos con proveedores y operarios.

Podrán ser concertados directamente o realizados por administración los servicios u obras siguientes (art. 311 de la Ley y 41 del R. de C.): a) Los que se refieran a operaciones de deuda, negociación de efectos públicos o transporte material de fondos. b) Los que no puedan ser objeto de concurrencia por versar sobre efectos o materias amparados por patentes o que constituyan modelo de utilidad, o de los que sólo haya un productor o poseedor. c) Los de re-

conocida urgencia, incompatible con las formalidades de subasta, concurso-subasta o concurso. *d)* Los que después de intentada segunda subasta, que resultare desierta, se realicen con arreglo a los precios y condiciones que le sirvieron de base. *e)* Los que después de un concurso o concurso-subasta declarado desierto se efectúen en condiciones no inferiores a las fijadas para aquéllos. *f)* Los que en su total importe no excedan de 150.000 pesetas en presupuestos superiores a cien millones ; de 100.000 en los que rebasen de veinte millones ; de 30.000 en los que superen los cinco millones ; de 15.000 los que pasen de un millón ; de 10.000 en los que excedan de medio millón, y de 5.000 pesetas en todos los demás.

Respecto a la excepción de la letra *a)* del párrafo anterior, es menester tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 42, 1 del Reglamento de Contratación, según el cual sólo se comprenderán en la misma los contratos de préstamo con el Banco de Crédito Local de España, y los de transporte material de fondos ; la negociación de valores públicos propiedad de las Corporaciones deberá realizarse con intervención de Agente o Corredor colegiado ; las operaciones de deuda de Corporaciones se ajustarán a los trámites ordenados en el artículo 749 de la Ley.

La excepción de la letra *b)* podrá aplicarse cuando la circunstancia de productor único se acredite mediante certificación del Ministerio de Industria, o cuando se trate de bienes o prestaciones de alta calidad artística, justificada con informe de la Real Academia correspondiente, salvo si existieren servicios técnicos de arte organizados por la Corporación (art. 42, 2 del R. de C.).

De la excepción de la letra *c)* se viene haciendo muy frecuente uso en la Administración local, aplicándola injustificada y arbitrariamente en muchos casos. Hay que advertir que para la legitimidad de la excepción son precisos dos requisitos sustantivos. Uno, el de que la urgencia haya sobrevenido por circunstancias imprevisibles y no por descuido y negligencia de la Corporación. No es admisible, por ejemplo, cuando a principios de la estación estival se invoca con apremio para realizar obras de captación y conducción de aguas, que resuelvan el problema real de escasez de dicho líquido en una localidad, si este problema ha ido surgiendo paulatina-

mente con el aumento gradual de la población indígena y veraniega. El otro requisito exige que la ejecución de la obra, servicio o suministro haya de ser de tal manera inmediata, que no sea posible el desarrollo de los trámites licitatorios, ni aun con la reducción de plazos que permite el artículo 19 del Reglamento de Contratación, sin experimentar notorios perjuicios. Se requiere, además, el requisito formal de un expediente sumario, en el que conste informe técnico favorable, donde se justifique razonadamente que concurren las condiciones anteriores.

Los límites máximos fijados en la excepción de la letra f) se refieren a un mismo ejercicio económico. Salvo lo dispuesto para las obras que se realicen por destajo, que en su conjunto tendrán que acomodarse también a dichos límites, no podrá fraccionarse en partes o grupos la materia de los contratos, cuyo período de ejecución corresponda a un solo presupuesto ordinario, debiendo cuidar muy especialmente el Secretario y el Interventor de que no se infrinja dicha prohibición, formulando, al efecto, cuando proceda, dentro de sus respectivas competencias, la advertencia de manifiesta ilegalidad.

Así como para los casos de concurso-subasta y concurso, el Reglamento de Contratación, en su artículo 38, 3, prescribe el *quorum* con que deben ser adoptados los acuerdos, nada dispone ni aclara sobre el particular, en lo relativo a los procedimientos no licitatorios. Para solventar este extremo contamos tan sólo con el artículo 311, 2 de la Ley, que tiene, en verdad, una redacción extraña. Dice así: «Para celebrar por concurso los contratos de obras y servicios a que se refieren las letras a), b) y c) de este artículo, así como para concertar directamente o realizar por administración las obras y servicios comprendidos en los apartados segundo y tercero del anterior, será necesario justificar los hechos en expediente sumario, y que la Corporación lo acuerde por voto de las dos terceras partes de quienes de hecho la integren y, en todo caso, de la mayoría absoluta legal». Parece que se hallan trastocados los términos y que se cita el concurso donde debiera citarse el concierto directo y el sistema de por administración, y viceversa. No se comprende, en efecto, cómo puede hablarse de celebrar por concurso

contratos incompatibles con él, como aquellos en que no sea posible la concurrencia y los de reconocida urgencia. La redacción correcta, conforme al buen sentido, debería ser: «Para concertar directamente o realizar por administración las obras o servicios a que se refieren las letras a), b) y c) de este artículo, así como para celebrar por concurso los contratos de obras y servicios comprendidos en los apartados segundo y tercero del anterior, será necesario justificar los hechos en expediente sumario y que la Corporación lo acuerde por voto de las dos terceras partes de quienes de hecho la integren y, en todo caso, de la mayoría absoluta legal». Según esto, es en los citados casos a), b) y c) de concierto directo o de realización de obras y servicios por administración, donde se requiere el expediente sumario y el *quorum* expresado.

IV

VICIOS DE LA SUBASTA (1)

1. *Criterio para su valoración.*—En esta materia, al igual que en la teoría de las nulidades del derecho administrativo en general, se pueden apreciar dos posiciones radicales para el enjuiciamiento de las irregularidades y determinación de las sanciones que llevan aparejadas.

Una, inspirada en el criterio de la lógica jurídica pura, según la cual la naturaleza del vicio viene determinado automáticamente por la naturaleza de la infracción, con entera independencia de las circunstancias del caso.

Otra, fundamentada precisamente en el estudio y ponderación de dichas circunstancias, a las que Jèze denominaba «los intereses en juego». Para este autor, en la sanción de las irregularidades de los actos jurídicos es menester conciliar, mediante una teoría muy elástica, tres clases de intereses. De una parte, el interés general.

(1) Plegándonos al sentido usual de la expresión, nos vamos a referir con este epígrafe a las anomalías determinantes de ineficacia del contrato, ya procedan de los trámites preparatorios en que la subasta propiamente dicha consiste, ya del mismo contrato.

La ley organiza en interés público, en atención a un determinado orden social, facultades generales, y determina las condiciones del ejercicio de estas facultades legales. Es de utilidad social que se observen las reglas, que se respeten las restricciones, por lo que la sanción natural y lógica de la irregularidad debe ser la ineficacia jurídica del acto realizado. De otra, el interés del patrimonio individual o del patrimonio administrativo afectado por el acto jurídico irregular. Estos patrimonios se hallan preservados y protegidos por reglas de derecho y no debe pesar sobre ellos carga alguna que dimanase de la vulneración de dichas reglas, cuya aplicación se impone, por tanto, y ello con más fuerza y severidad en los casos de administración de bienes públicos y en aquellos otros en que la administración de los bienes particulares no corra a cargo de sus titulares, como sucede con los bienes de los menores. La exigencia, en función de estos patrimonios, también es de nulidad. Finalmente, el interés de los terceros. Toda anulación de un acto tiene o puede tener repercusiones muy graves para ellos. Sobre la base de un acto jurídico irregular han podido originarse situaciones jurídicas en las cuales estén interesados terceros absolutamente ajenos a la irregularidad que, por añadidura, no es posible conocer fácilmente en muchos casos. El interés social exige que las relaciones entre los particulares tengan gran estabilidad y, por consiguiente, la regla que aquí se postula es contraria a la multiplicación de las nulidades.

Como dice Garrido Falla, «debe huirse tanto de las posturas excesivamente logicistas, como de aquellas otras que relativizan excesivamente la cuestión, al remitirlo todo a la apreciación de los intereses en juego, que se den en cada caso concreto». En efecto, un criterio equilibrado y prudente parece ser el de que la ley presida siempre la resolución de los problemas, pero sin exagerado dogmatismo, sin rigideces de interpretación, templando discretamente sus preceptos al calor de la realidad, para dar satisfacción a las necesidades de la vida social, que es, en definitiva, el fin del Derecho.

Acorde, en cierto modo, con este criterio, la Sentencia de 29 de enero de 1915 dice: «Cuando las Leyes y los Reglamentos administrativos no declaren expresamente nulos los actos contrarios a sus

preceptos, la apreciación de si el quebranto cometido entraña nulidad, depende de la importancia que revista, del derecho a que afecte, de las derivaciones que motive, de la situación o posición de los interesados en el expediente, y, en fin, de cuantas circunstancias concurren, que deberán apreciarse en su verdadero significado y alcance para invalidar las consecuencias de los actos o para mantenerlas».

2. *Clases.*—Los vicios de la subasta se originan en infracciones legales de muy diversa importancia. Prescindiendo de aquellas que dan lugar a actos irregulares, pero válidos, y haciendo abstracción del concepto de inexistencia de los actos jurídicos, en razón a que entre este concepto y el de nulidad absoluta sólo diferencias teóricas pueden encontrarse, tendremos que los vicios de la subasta determinantes de invalidez quedan reducidos a dos categorías: de nulidad absoluta y de nulidad relativa o anulabilidad.

La fluidez y complejidad de la materia es grande, y la teoría jurídica de las nulidades se halla todavía sin construir con solidez y fijeza, por lo que los casos concretos que en la práctica se ofrezcan aparecerán a menudo con carácter incierto, que hará difícil la tarea de su clasificación. La influencia, antes apuntada, de los intereses en juego, impide el dar soluciones abstractas absolutas y hace aconsejable el uso moderado de fórmulas contingentes. Un principio que puede presidir esa labor de discernimiento entre nulidades absolutas y relativas, atendido el carácter imprescriptible de las primeras y la necesidad de situaciones estables en la vida social, es la de sentar como regla la anulabilidad y como excepción la nulidad absoluta. Este principio se recoge por el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de enero de 1936, al declarar que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con mucha parsimonia y moderación la teoría jurídica de las nulidades.

Es de advertir que al hablar de las causas productoras de una y otra clase de vicios, nos fijaremos principalmente en los contratos administrativos, que son los que con más frecuencia se derivan de la subasta, aunque también cabe el llegar por este medio a contratos de índole civil.

A) Nulidad absoluta.—a) Sus causas.—Si tenemos en cuenta

que la nulidad absoluta de los contratos en general nace de la falta de un elemento esencial, cabe afirmar que adolecen de dicho vicio aquellos contratos celebrados por las Corporaciones locales, que se hallen sujetos al requisito de subasta, en los que se den algunos de los supuestos siguientes :

a') Falta de consentimiento.—No cabe hablar de consentimiento por parte de la Administración local, cuando se presta por quien no tiene la condición de órgano de la misma (Ayuntamiento disuelto ; Alcalde destituido ; los llamados funcionarios de hecho, cuando actúan sin apariencias de legalidad) o por órgano absolutamente incompetente (casos de incompetencia territorial o funcional). Tampoco cuando en el consentimiento prestado ha mediado violencia o intimidación de tal entidad que constituya precisamente el motivo determinante de que el consentimiento se expresara.

No hay consentimiento en la otra parte cuando se dan en ella las mismas circunstancias de violencia e intimidación calificadas ; asimismo debe anotarse como falta de consentimiento la que recoge la Sentencia de 4 de octubre de 1941, que señala como primer requisito para que el contrato exista, el que haya dos personalidades distintas y anula el formalizado por un Ayuntamiento con un Patronato de una Fundación integrado precisamente por el propio Ayuntamiento.

b') Falta de objeto.—En tal caso nos hallaremos cuando el objeto no esté determinado ni sea determinable ; cuando no sea posible ; cuando caiga fuera del ámbito de la competencia local ; cuando envuelva ilicitud penal, y cuando entrañe ilicitud civil o administrativa, que tenga señalada expresamente la sanción de nulidad absoluta.

c') Falta de causa del contrato.—Según el artículo 1.275 del Código civil : «los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral». El artículo 1.276 determina que : «la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probare que estaban fundados en otra verdadera y lícita». Y el 1.277 prescribe : «Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presu-

me que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario».

Es la teoría de la causa, una de las más intrincadas del Derecho, que se hace más ardua todavía, si cabe, al proyectarse sobre el Derecho administrativo. Sobre ella se ha sutilizado en extremo por los tratadistas, distinguiéndose entre la verdadera causa jurídica de los contratos el móvil de su otorgamiento y el fin ulterior de las partes. Se niega por algún sector doctrinal su razón de ser en el Derecho administrativo e, incluso, en el privado, identificándola con alguno de los otros elementos esenciales de los contratos: con la voluntad, cuando se exagera su aspecto psicológico; con el propio objeto, cuando se destaca con exceso su objetivo material. Alrededor de la causa se ha creado una zona de gran confusionismo y ello obliga a emplear la máxima cautela en la interpretación de los artículos transcritos, para la determinación de los casos de nulidad absoluta, que, a nuestro juicio, han de quedar circunscritos a aquéllos en que aparezca con relieve la inexistencia de causa, la ilicitud penal de la misma, o la ilicitud derivada de contravenir leyes de carácter no penal, que determinen expresamente tal clase de nulidad para la contravención.

d') Falta de las formalidades prescritas *ad substantiam*.—Las garantías procedimentales en que consiste la subasta tienden fundamentalmente a estimular la concurrencia, evitando confabulaciones entre administradores y administrados, de manera que todas aquellas irregularidades formales que burlen tal designio deben ser causa de nulidad absoluta. Así, por ejemplo, el que se lleve a cabo una subasta, omitiendo los anuncios preceptivos; el acogerse indebidamente a cualquiera de las formas de excepción, simulando la urgencia, fraccionando la materia de los contratos, o usando de cualquier otro fraude. Entre los vicios formales determinantes de nulidad absoluta cabe incluir también la falta de *quorum* en los acuerdos en que sea exigible.

b) Sus efectos.—Los contratos viciados de nulidad absoluta no producen, como tales, efecto jurídico alguno. La nulidad absoluta obra de pleno derecho, o sea, sin necesidad de declaración judicial, desde el momento mismo en que se realiza el acto nulo, y

puede ser alegada mediante acciones o excepciones imprescriptibles. Es perpetua e insubsanable, toda vez que, según el artículo 1.310 del Código civil, sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261. Cuando el contrato absolutamente nulo haya sido ejecutado, en todo o en parte, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, y si la devolución fuere imposible, por haberse perdido la cosa, se restituirán los frutos percibidos y el valor que tenía aquélla cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha, pareciendo obvio que cuando las prestaciones del contrato hubieran sido de hacer o no hacer, la devolución o restitución tendrá que recaer sobre el equivalente o valor de esas prestaciones, con sus intereses correspondientes.

Por consiguiente, ante aquellos contratos inejecutados en que concurra alguna causa de nulidad absoluta, a las Entidades locales se les ofrece una solución sencilla y clara, que es, al mismo tiempo, una obligación: no ejecutarlos. Si se les compeliere a ello en vía jurisdiccional, el planteamiento de la excepción de nulidad debe determinar un fallo absolutorio. En igual caso, los particulares contratantes no pueden adoptar, sin riesgo, la misma actitud cómoda y pasiva, pues de hacerlo se exponen a contraer las responsabilidades de que habla el artículo 97 del Reglamento de Contratación, responsabilidades que las Corporaciones pueden hacer efectivas por la vía administrativa de apremio. Su proceder, cuerdamente, ha de ser muy otro: acudir a la jurisdicción competente, en demanda de que declare la radical nulidad del contrato.

Cuando a pesar de su ineficacia absoluta el contrato hubiera sido ejecutado, en todo o en parte, para reponer las cosas al estado que tenían al tiempo de su celebración, es preciso, en todo caso, la acción de nulidad, y la acomodación a las normas del fallo que se dicte. Quiérese decir que las Entidades locales carecen aquí de la prerrogativa de la ejecutividad y no pueden proceder unilateralmente o por vía directa. Hay que remitir a la vía jurisdiccional la resolución del problema, que entrañará muchas veces dificultades enojosas y tal vez prácticamente insuperables. En ocasiones,

el tiempo transcurrido y la mutación experimentada, a lo largo de él, en las personas y en las cosas, hará aconsejable a las Corporaciones el desistir de una acción que puede resultar puramente platónica.

Aparte de las consecuencias anteriores, que hacen referencia a las prestaciones, es decir, al contenido de los contratos, la nulidad de éstos puede dar origen, según sea la causa, a responsabilidad penal y civil de las personas intervinientes en los mismos, y motiva, desde luego, responsabilidad disciplinaria para el Secretario y el Interventor que, en sus respectivas competencias, no hagan la oportuna advertencia, en los casos de manifiesta ilegalidad, por entrañar esta inhibición una falta de defectuoso cumplimiento de funciones, que puede ser muy grave, a tenor de lo previsto en el artículo 105, 3.º del Reglamento de Funcionarios de Administración local.

c) Su declaración.—La nulidad absoluta se produce y existe por el sólo hecho de que el contrato adolezca de alguno de los vicios esenciales que la originan, y puede ser alegada en todo tiempo, tanto por acción como por excepción. Su declaración es independiente de su existencia y en este aspecto no tiene otro alcance que ese: declararla.

La declaración de nulidad compete, en los contratos administrativos, a la jurisdicción contencioso-administrativa, y en los civiles, a la jurisdicción civil ordinaria.

¿Quiénes se hallan legitimados para solicitar tal declaración?

Respecto a los contratos civiles, el artículo 1.302 del Código civil, dice: «Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron, ni los que causaron la intimidación o violencia o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato». En interpretación de dicho artículo, se discute si podrán o no ejercitar la acción de nulidad los terceros que no han intervenido en el contrato y resulten perjudicados por éste. La jurisprudencia es contradictoria. Hay sentencias (1 de abril de 1897; 18 de abril y 18 de diciembre

de 1901 ; 23 de noviembre de 1903) que dan a entender que carecen de acción para impugnar la validez del contrato las personas que no han sido parte en el mismo, mientras otras (23 de septiembre de 1895 ; 8 de julio y 12 de octubre de 1916 ; 12 de noviembre de 1920 ; 27 de octubre de 1925 ; 26 de septiembre de 1927) declaran que al afirmar el artículo 1.302 del Código civil que pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos, no excluye el derecho de que la ejerciten también aquellos terceros a quienes perjudique la obligación. Castán opina que en los contratos absolutamente nulos, pero sólo en éstos, cabe extender la acción a los terceros perjudicados.

Respecto a los contratos administrativos, el artículo 386, 3 de la Ley de Régimen local, texto refundido de 24 de junio de 1955, concede a los particulares un recurso contencioso-administrativo de plena jurisdicción, por lesión de un derecho administrativo del reclamante, y otro de anulación, por incompetencia, vicio de forma o cualquier otra violación de leyes o disposiciones administrativas, siempre que el recurrente tenga un interés directo en el asunto. Está por ver cómo entiende la jurisprudencia este requisito de tener «interés directo en el asunto». Probablemente exigiendo que se sufra un perjuicio personal. Esta misma duplicidad de recursos es la que se viene a otorgar a las Entidades locales por el artículo 391 de la Ley, que dice : «Las autoridades y Corporaciones locales podrán interponer, ante el Tribunal provincial de lo Contencioso, recurso contra sus propias decisiones, previa la correspondiente declaración de lesividad para los intereses económicos de la Corporación local respectiva, siempre que dichas decisiones impliquen, además, vulneración de un derecho administrativo de la referida Corporación o violación de leyes o disposiciones administrativas, que motive recurso de anulación».

Y ensanchando notablemente, en cuanto a los particulares, el ámbito de la legitimación, rige para una y otra clase de contratos el artículo 371 de la Ley, que autoriza a cualquier vecino que se halle en el pleno goce de sus derechos civiles y políticos, para que requieran a las Corporaciones locales a que ejerciten las acciones

precedentes, y si no lo acuerdan en el plazo de dos meses, podrá ejercitar la acción el propio requirente, en nombre y en interés de la Entidad local, previo consentimiento del Gobernador civil, oído que sea el Abogado del Estado.

La acción debe dirigirse contra el contrato en sí y no contra ninguno de los actos-trámites que hayan conducido a él, aunque se haya producido en éstos el vicio que se estime causante de la nulidad, porque las resoluciones de trámite de la Administración sólo pueden impugnarse directamente, al menos en vía contenciosa, en aquellos casos en que decidan el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a la vía gubernativa o hagan imposible su continuación.

B) Nulidad relativa o anulabilidad. — a) Sus causas. — Así como la nulidad absoluta de los contratos nace de la falta de un elemento esencial, su nulidad relativa se origina cuando estos elementos, existiendo, se hallan afectados, no obstante, de un vicio sustancial.

Las causas de anulabilidad entrañarán, por tanto, defectos relevantes en el consentimiento, en el objeto, en la causa, o en el procedimiento.

En términos muy generales, se pueden estimar como tales: los diversos casos de incompetencia jerárquica; el error; el dolo; la extensa gama de violaciones legales comprendidas entre las determinantes de nulidad absoluta y las que sólo dan lugar a actos irregulares, pero válidos; la omisión de aquellos trámites o formalidades procedimentales que, siendo de carácter esencial, no supongan una infracción tan enérgica y perturbadora como para producir la nulidad absoluta.

No debe confundirse la nulidad con la rescisión, pues si bien ésta resuelve también la relación contractual, presupone siempre un contrato válidamente celebrado que pierde su eficacia por causas producidas con posterioridad a su entrada en vigor, y que no afectan a los elementos esenciales de la contratación.

b) Sus efectos.—Los contratos que adolezcan de nulidad relativa son válidos y eficaces, en tanto no sean anulados. Cuando esto sucede sobreviene la destrucción retroactiva de los efectos del con-

trato, por lo que deben reponerse las cosas, en lo posible, a su estado primitivo, al igual que en la nulidad absoluta. El vicio puede ser subsanado por confirmación, por ratificación y por pérdida de la cosa, según los casos, y por prescripción, siempre. Del mismo modo que en la nulidad absoluta, pueden concurrir aquí circunstancias que acarreen responsabilidad penal, civil y disciplinaria.

c) Su declaración.—Compete a la jurisdicción civil o a la contencioso-administrativa, según que los contratos tengan carácter civil o administrativo. El plazo para interponer la acción es de cuatro años. La declaración de nulidad se hace precisa, tanto para poder exigir las restituciones y compensaciones que procedan, en los contratos ya ejecutados, como para evitar que adquieran fuerza de obligar, por prescripción, los que se hallen pendientes de cumplimiento. La acción debe dirigirse concretamente contra el contrato, y no contra ninguno de sus actos preparatorios. Es aplicable íntegramente a esta acción cuanto dijimos en la de nulidad absoluta sobre legitimación, y a ello nos remitimos.

E. GONZÁLEZ NIETO