

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 Málaga

Pmto. ordinario nº 731/2018

Magistrado: Óscar Pérez Corrales

Recurrente: ESCUELA INFANTIL LA CASITA DE PEPA, SL

Letrado y procurador: Ildefonso Narváez Baena y Esteban Vives Gutiérrez

Demandado: Gerencia Municipal de Urbanismo, Obras e Infraestructuras
del Ayuntamiento de Málaga

Letrado y procuradora: Francisco Javier Méndez Zapata y Aurelia Berbel
Cascales

SENTENCIA N° 2/20

En Málaga, a 14 de enero de 2020.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- 1. El día 3-12-2018 se interpuso recurso c-a por la ESCUELA INFANTIL LA CASITA DE PEPA, SL (representada por el procurador de los tribunales Esteban Vives Gutiérrez), frente a la resolución de 3-10-2018 dictada por el concejal delegado de ordenación del territorio y Vivienda del Ayuntamiento de Málaga, desestimatorio de la reposición intentada frente a la de 14-5-2018 (después me referiré a su detalle).

2. Admitido a trámite el recurso por decreto de 14-3-2019 y formalizada la demanda el posterior día 16-4-2019, fue contestada el 24-5-2019 (se alegó falta de jurisdicción).



Previamente (escrito de 26-12-2018) el recurrente, con ocasión de atender el requerimiento hecho por diligencia de ordenación de 7-12-2018 para que indicara la cuantía, por otrosí solicitó la ampliación del objeto a la resolución de 3-12-2018 del mismo concejal delegado; esta solicitud de ampliación no fue tramitada hasta que por diligencia de ordenación de 12-7-2019 se acordó el traslado a la Administración demandada, que no se opuso, dictándose auto el 19-7-2019 accediendo a la ampliación. Fueron evacuados posteriormente los traslados por las partes reiterando sus escritos de demanda y contestación respecto de los inicialmente presentados.

3. A la vista de la alegación municipal sobre defecto de jurisdicción, se confirió traslado al recurrente (que se opuso el día 21-10-2019) y al fiscal, que el día 4-11-2019 emitió informe indicando que era la civil la jurisdicción competente, quedando los autos sobre la mesa del proveyente para resolver el día 5-11-2019, dictándose auto el día 7-11-2019 desestimando la alegación formulada por el Ayuntamiento de Málaga sobre falta de jurisdicción.

4. Practicada la prueba declarada pertinente y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos sobre la mesa del proveyente para dictar sentencia el día 13-1-2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El objeto de este recurso c-a está integrado por las siguientes resoluciones:

(a) Resolución de 3-10-2018 dictada por el concejal delegado de ordenación del territorio y Vivienda del Ayuntamiento de Málaga, desestimatorio de la reposición intentada frente a la de 14-5-2018 (f. 186-197).

Esta resolución tiene su origen en el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 2-12-2011 (f. 126-130) que dispuso el arrendamiento de 54,12 m2 de local comercial de titularidad municipal en la avenida de Gregorio Diego s/n, local 49, 1ª planta, a favor de la sociedad recurrente, aclarando que las estipulaciones contractuales serían las contenidas en la "propuesta de contrato" que también se aprobaba en la misma sesión (la propuesta y el clausulado obra a los f. 85-99 e



informes preceptivos posteriores). De ello interesa destacar ahora la siguiente cláusula:

No obstante, habida cuenta que el local no podrá utilizarse hasta que la Comunidad Autónoma apruebe la modificación del convenio suscrito con la escuela Infantil, conforme al art. 51 del decreto 149/2009, de 12 de junio, los efectos del contrato quedarán en suspenso hasta que se acredite dicha modificación y, por tanto, en este periodo no podrá hacer uso del local para el destino previsto en el contrato. Sin embargo, se establece que dicha modificación deberá efectuarse en el plazo de un año a contar desde la notificación de la adjudicación del contrato, de tal manera que transcurrido el mismo sin haberse producido aquélla, el contrato quedará resuelto

La realidad es que pese al tenor de la anterior cláusula y sin que constara la modificación del convenio, la parte recurrente tomó posesión del local en el año 2011 y, es más, incluso el día 20-12-2011 se otorgó licencia de obras para adaptar el local.

En esta situación resulta que la modificación del convenio por la Junta de Andalucía no tuvo lugar hasta el curso 2017-2018, y esta circunstancia fue comunicada por la recurrente al Ayuntamiento el día 24-10-2017 (f. 161-162), aunque previamente (día 25-9-2017, según consta al f. 138) había presentado otro escrito afirmando que "se había concedido el uso de un aula" y que, por ello, "solicitaba que se facilitase un número de cuenta donde realizar el ingreso mensual del arrendamiento establecido en la autorización concedida por el Ayuntamiento de Málaga". En otro escrito de 23-3-2018 (f. 173) se refería a la modificación del convenio el 21-4-2017, reconociendo que el Centro había mantenido durante todo "ese periodo" (se remonta a diciembre de 2011) "pacífica y continuadamente" la plena disponibilidad del local. No obstante, y como el contrato de arrendamiento nunca se llegó a formalizar, solicitaba que así se hiciera al haberse cumplido la condición.

2. En definitiva, que teniendo el recurrente la posesión del local desde el año 2011 e incluso concediéndose ese mismo año licencia de obras para adaptar el local, considera el Ayuntamiento en la resolución de 14-5-2018 que pese a que no se formalizó por escrito el contrato de arrendamiento, existió una adjudicación en el año 20011 y una posesión pacífica del local desde entonces por la recurrente, de donde resulta que la cláusula antes transcrita y que se refería tanto a la suspensión de los efectos del contrato hasta que se modificara el



convenio como a la resolución del contrato si ello no ocurría en el plazo de una año, "debía tenerse por no puesta", por lo que debía procederse a la formalización del contrato con efectos retroactivos". En concreto, decidió lo siguiente:

- Que debía procederse a la formalización del contrato con efectos retroactivos desde la fecha de la efectiva posesión del local, siendo desde entonces cuando se computaría el inicio del plazo previsto en las cláusulas de diez años de duración, prorrogables mediante tácita reconducción hasta el máximo legal.

- Que la recurrente debía renunciar a la condición suspensiva ya citada.

- Que debía comprometerse al pago de las rentas adeudadas conforme al informe de valoración (este informe de 16-5-2018 consta a los f. 198 y siguientes y se remonta a deudas debidas desde el día 5-12-2011).

(b) Resolución de 3-12-2018 dictada por el concejal delegado de ordenación del territorio y Vivienda (f. 295-303)

Tiene su precedente en el escrito de 30-10-2018 (f. 268-269), en el que tras manifestar (a) su voluntad de formalizar el contrato en los términos de la resolución de 14-5-2018 renunciando expresamente a la condición suspensiva señalada en el pliego de condiciones aprobado por la Junta de Gobierno Local de 2-12-2011; (b) su compromiso de pago conforme a la valoración de 16-5-2018 – que dice debería actualizarse y solicita su aplazamiento y fraccionamiento –; (c) concluye afirmando que ello es "con reserva de las acciones que en derecho nos correspondan contra los acuerdos municipales de 14-5-2018 y 3-10-2018 y demás que consideremos contrarios a nuestros legítimos intereses".

Ante ese escrito, la Administración considera que habiendo sido requerido el recurrente para formalizar el contrato en los términos del art. 140 ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, y no atendiéndolo, declara en la resolución de 3-12-2018 "no haber cobrado eficacia el acto administrativo contenido en la resolución de 14-5-2018".

SEGUNDO.- Habida cuenta la fecha de adjudicación por la Junta de Gobierno



Local (2-12-2011), el marco normativo lo encontraremos en la ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, pues conforme a la D.T. 1ª RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de contratos del sector público (que entró en vigor el día 16-12-2011), el expediente de contratación se inició bajo la vigencia de aquella ley 30/2007 y, por ello, a ella habrá que estar.

Resulta así que conforme al art. 4.1 p) ley 30/2007, los contratos de arrendamiento están excluidos de ámbito de dicha ley, teniendo el carácter de contratos privados y rigiéndose por la legislación patrimonial. Sin perjuicio de ello, el art. 20.2 dispone:

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

No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos (se trata de los artículos 92 bis a 92 quinquies).

De esta forma, resulta que la “preparación y adjudicación” de los contratos de arrendamiento se rigen, en primer lugar, por la legislación patrimonial, y en los no previsto por ella por las normas reguladoras de la contratación pública. Además de ello y en relación con la modificación de los contratos se dice, en todo caso, serán de aplicación los artículos 92 bis a 92 quinquies de la ley 30/2007 (el tenor literal de la expresión “no obstante” sugiere una aplicación preferente en este aspecto).

Desde la perspectiva de la legislación estatal sobre contratación pública resultará que conforme a su art. 28.1 no será posible la contratación verbal, refiriéndose el apartado segundo a la necesidad de que *los contratos que celebren las Administraciones Públicas se formalizarán de acuerdo con lo previsto en el art. 140*. Y si ubicamos sistemáticamente este artículo, resultará el siguiente íter: Libro III (selección del contratista y adjudicación de los contratos); *Título I (adjudicación de los contratos)*; Capítulo I (adjudicación de los contratos de las



Administraciones Públicas); Sección 1ª (Normas generales); Subsección sexta (formalización de los contratos): artículo 140: 1. *Los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación .../... 3. .../... la formalización del contrato deberá efectuarse no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquél en que se reciba la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos en la forma prevista en el art. 135.4.*

En conclusión, que desde la perspectiva de la legislación sobre contratación pública, la formalización por escrito del contrato se insiere en las normas sobre adjudicación y debe ajustarse con exactitud a las condiciones de licitación.

Si atendemos a la legislación patrimonial, la ley estatal 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas se refiere en su art. 113 (dentro del Capítulo I sobre disposiciones generales de la Gestión Patrimonial (Título V) a la "formalización" disponiendo que *con las salvedades establecidas en el apartado siguiente, los negocios jurídicos de adquisición o enajenación de bienes inmuebles y derechos reales se formalizarán en escritura pública. Los arrendamientos y demás negocios jurídicos de explotación de inmuebles, cuando sean susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, deberán formalizarse en escritura pública, para poder ser inscritos.* Este precepto puede completarse con el 124 (específico para los contratos de arrendamiento), que se refiere a la formalización de los contratos y a la competencia para ello. En todo caso, ha de destacarse que dentro del Título V referido a la Gestión Patrimonial y en su Capítulo I se contienen las normas sobre el "expediente patrimonial" referentes a las normas sobre formación de los pliegos (art. 112), disponiendo el art. 111 que *el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan sobre estos contratos entre las partes. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con su preparación y adjudicación y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con su normativa reguladora.*

Por su parte, y atendiendo a la legislación autonómica, la ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, regula la



utilización de los bienes patrimoniales en el Capítulo II del Título II, refiriéndose el art. 37 a la adjudicación de los arrendamientos y el 38 a su formalización disponiendo que *el documento de formalización de la cesión de uso será administrativo. Podrá, no obstante, elevarse a escritura pública cuando lo solicite el cesionario, siendo a su costa los gastos derivados de su otorgamiento*

Mas especial interés tiene el Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, pues el Capítulo II (utilización de bienes patrimoniales) del Título III (uso y aprovechamiento de los bienes) contiene dos disposiciones de especial interés: el art. 77.1 (*El arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales de las Entidades Locales, excepto las de carácter gratuito temporal del art. 41 de la Ley 7/1999, se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por la normativa reguladora de contratación de las Administraciones Públicas*) y el 80.1 (*Las cesiones de uso de bienes patrimoniales de las Entidades Locales, excepto las otorgadas en precario, se formalizarán en documento administrativo en el que se describirá el bien que se cede, su situación física y estado de conservación. Deberá suscribirse por la Presidencia de la Entidad Local y la persona cesionaria ante la persona titular de la Secretaría de la Entidad. No obstante, podrá elevarse a escritura pública a costa de la persona interesada cuando éste lo solicite*).

TERCERO.- 1. Definido el marco normativo del proceso de toma de decisión, son varias las conclusiones que, aplicadas al caso, pueden obtenerse:

(a) En relación con el defecto de jurisdicción denunciado y que ya fue resuelto por auto de 19-11-2019, han de reiterarse las conclusiones, pues bien puede afirmarse que integrando la formalización del contrato la última fase del proceso de adjudicación (su redacción conforme al clausulado y pliegos aprobado con la adjudicación), su ausencia en el caso concreto planteado impide considerar – conforme a la doctrina de los actos separables – que nos encontremos en una fase de ejecución del mismo, pues la ausencia de contrato impide hablar de ejecución del contrato para diferir el conocimiento a la jurisdicción civil (difícilmente se puede ejecutar lo que no existe). Antes al contrario, si atendemos a la remisión que hace el decreto autonómico 18/2006 en materia de preparación



y adjudicación de arrendamiento de bienes patrimonial a la normativa sobre contratación de las administraciones públicas, se observa con claridad (y tampoco ello es en absoluto contradictorio ni con la ley estatal 33/2003 ni con la autonómica 7/99) que la formalización preceptiva del contrato forma parte del proceso de adjudicación (su culminación, si se prefiere), de donde resultará que refiriéndose los actos ahora recurridos a esa fase final de la adjudicación, la competencia para conocer corresponde a esta jurisdicción c-a.

(b) El contrato de arrendamiento fue adjudicado por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 2-12-2011 que dispuso el arrendamiento de 54,12 m2 de local comercial de titularidad municipal en la avenida de Gregorio Diego s/n, local 49, 1ª planta, a favor de la sociedad recurrente, aclarando que las estipulaciones contractuales serían las contenidas en la "propuesta de contrato" que también se aprobaba en la misma sesión (la propuesta y el clausulado obra a los f. 85-99 e informes preceptivos posteriores). Como ya he expresado, interesa destacar ahora la siguiente cláusula:

No obstante, habida cuenta que el local no podrá utilizarse hasta que la Comunidad Autónoma apruebe la modificación del convenio suscrito con la escuela Infantil, conforme al art. 51 del decreto 149/2009, de 12 de junio, los efectos del contrato quedarán en suspenso hasta que se acredite dicha modificación y, por tanto, en este periodo no podrá hacer uso del local para el destino previsto en el contrato. Sin embargo, se establece que dicha modificación deberá efectuarse en el plazo de un año a contar desde la notificación de la adjudicación del contrato, de tal manera que transcurrido el mismo sin haberse producido aquélla, el contrato quedará resuelto

La realidad, sin embargo, es que desde la adjudicación en el año 2011 hasta el dictado de la resolución recurrida de 14-5-2018 no medió por parte de la Administración requerimiento alguno para formalizar el contrato y, además, se decidió que esa formalización (presupuesto ineludible para su adecuada ejecución) se debía hacer apartándose del tenor de los términos de la adjudicación (suprimiéndose la condición suspensiva) y dotándolo de eficacia retroactiva al año 2011 (esto es, dotando al contrato de fuerza ejecutiva durante un periodo de tiempo en el que no podía tener tal por la sencilla razón de que no se había formalizado) al fin de cubrir el periodo de tiempo en el que – al parecer con la aquiescencia de la Administración – estuvo el recurrente en precario sin pagar renta.



Lo anterior, pretende la formalización del contrato en las condiciones temporales y de contenido descrita, supone infracción del artículo 140 LCSP 2007 que exige, entre otros requisitos, formalizar el contrato en el plazo máximo de quince días desde la notificación de la adjudicación (párrafo tercero art. 140.3) y ajustándose a las condiciones de la adjudicación (art. 140.1), sin que se pudiera ejecutar el contrato sin su previa formalización (art. 140.5) - el hecho de que la adjudicación previera una condición suspensiva no impedía formalizar el contrato incluyendo esa condición. Es más, era obligado hacerlo así, sin que sea admisible la solución de la Administración modificando las condiciones de la adjudicación y dotando de eficacia retroactiva a la formalización para salir al paso de lo debido durante el tiempo en que poseyó el local recurrente en precario, pues es ello cuestión ajena totalmente al contrato que se adjudicó -.

(c) Consecuencia de lo anterior habrá de ser la declaración de invalidez del acto recurrido de 3-10-2018 que desestima la reposición del anterior de 14-5-2018 (causa de anulabilidad del art. 40.1 ley 39/2015) y, por ello, la estimación del recurso en este punto, declaración de invalidez que alcanzará a la resolución de 3-12-2018 que no supone si no su debida ejecución, y sin que lo manifestado por el recurrente en su escrito de 30-10-2018 (que dio lugar al acto de 3-12-2018) sobre su voluntad de formalizar el contrato en los términos perfilados por la resolución de 14-5-2018 pueda entenderse si no como la mera voluntad de no oponerse a su ejecutividad sin perjuicio de mantener el recurso c-a frente a esa resolución, pues no cabe de otra forma entender la extraña manifestación del recurrente (extraña por no adecuarse a la debida técnica procesal de esta jurisdicción) afirmando que ello era así (su voluntad de formalizar el contrato conforme a las previsiones del acuerdo de 14-5-2018) *"con reserva de las acciones que en derecho nos correspondan contra los acuerdos municipales de 14-5-2018 y 3-10-2018 y demás que consideremos contrarios a nuestros legítimos intereses"*.

(d) La estimación del recurso interpuesto no podrá ser, sin embargo, completa, pues ejercitando el recurrente una pretensión de plena jurisdicción (art. 31.2 LJCA) al añadir a la pretensión de invalidez la de reconocimiento de una situación jurídica individualizada mediante la proclamación de su derecho a formalizar el contrato conforme a los términos de la adjudicación decidida el día 2-12-2011, esta pretensión no puede estimarse, pues las mismas razones



temporales (art. 140.3) que se han estimado concurren para declarar la invalidez del acto recurrido concurren para rechazarla, pues con independencia de pretender eludir con ello el pago de la renta que pudiera haber sido devengada durante el periodo en que disfrutó de la posesión del local (cuestión ajena a este recurso, como ya he expresado), la formalización actual del contrato transcurridos más de seis años desde la adjudicación supondría torcer precisamente las condiciones que se pactaron tanto de renta (contemplada su cuantía conforme a las circunstancias que pudieran concurrir en el año 2011 y que no tienen porqué darse en el momento actual) como de duración (plazo de diez años que comenzaría a contar desde la fecha de formalización), sin olvidar el incumplimiento de la condición (un año desde la notificación de la adjudicación en el año 2011, según rezaba el clausulado, siendo que no se cumplió hasta el curso 2017/2018).

2. Siendo parcial la estimación, no se hará especial pronunciamiento sobre las costas de la instancia.

FALLO

ESTIMO PARCIALMENTE el recurso c-a interpuesto por ESCUELA INFANTIL LA CASITA DE PEPA, SL, declarando la invalidez – por ser contrarios a derecho - de los siguientes actos administrativos: (a) *resolución de 3-10-2018 dictada por el concejal delegado de ordenación del territorio y Vivienda del Ayuntamiento de Málaga, desestimatorio de la reposición intentada frente a la de 14-5-2018 (f. 186-197); (b) resolución de 3-12-2018 dictada por el concejal delegado de ordenación del territorio y Vivienda (f. 295-303).*

DESESTIMO el resto de pretensiones articuladas por el recurrente.

Sin costas.

Cabe recurso de apelación.

Así lo acuerda y firma Óscar Pérez Corrales, magistrado, lo que autorizo como letrada de la Administración de Justicia.