



## ASUNTO: CONTRATACIÓN PÚBLICA/ NULIDAD DE CONTRATO

*Nulidad de contrato adjudicado por anterior Alcaldesa.*

172/15

F

\*\*\*\*\*

### INFORME

#### I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Por el Ayuntamiento de XX se nos plantea posible nulidad de contrato de espectáculos adjudicados por la anterior Alcaldesa

#### II. LEGISLACIÓN APLICABLE

- Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por RD legislativo 3/2011
- Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común

#### III. FONDO DEL ASUNTO

1.TIPO DE CONTRATO.-El documento contractual aportado como antecedentes por el Ayuntamiento tiene la denominación de "Contrato de trabajo de artista en espectáculo público", apareciendo como una de las partes "el artista", si bien el mismo está intermediado por un representante; habiéndose suscrito referido contrato tanto por la



Alcaldesa como por el representante y, por orden del artista, el propio representante; sin que, no obstante, conste documento acreditativo alguno de tal representación, si bien en la cláusula 18ª se determina que la empresa contratante faculta al agente mediador poder firmar dicho contrato....”

No obstante ser una de las partes de este contrato el “artista”, en las cláusulas adicionales aparecen tres orquestas distintas así como atracciones tales como tren turístico, castillos hinchables y otros dos artistas más.

Pues bien, tal denominación contractual como “de trabajo” no tiene virtualidad jurídica alguna pues en realidad estamos ante un contrato administrativo de servicios tal como lo cataloga el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por RD legislativo 3/2011. Puntualizando su artículo 19.1) que estos contratos que “los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo”. Concluyendo el artículo 20 que tales contratos tienen el carácter de “privados”, lo cuales se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado”.

Ante este hecho, denominación como contrato de trabajo, debemos acudir al principio de irrelevancia del *nomen iuris*, también denominado principio de “primacía de la realidad”, que significa que las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son. Así lo tiene reconocido ampliamente nuestro Tribunal Supremo, así como diversos pronunciamientos de otras instancias la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 3ª, Sentencia de 1 Febrero 2012:

“En efecto, reiterada jurisprudencia viene sosteniendo la desvinculación del juez respecto a la calificación que las partes hacen de los contratos, lo que es expresado con la conocida máxima de que “los contratos son lo que son y no lo que dicen las partes”. La



calificación de los contratos no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes (sentencias de 14 de mayo de 2001, 15 de diciembre de 2005, 2 de marzo de 2007 y 3 de noviembre de 2010, entre otras muchas).

Dicho esto, toda las actuaciones implícitas en este contrato deben traerse a la norma que le es de aplicación, es decir, en cuanto a su preparación y adjudicación, el TRLCSP.

2.NULIDAD DE PLENO DERECHO.-El artículo 109 del TRLCSP dispone que la celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación y al que deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya. Con arreglo a lo dispuesto en el apartado sexto de la Disposición Adicional Segunda del TRLCSP «6. En los Municipios de población inferior a 5.000 habitantes la aprobación del gasto será sustituida por una certificación de existencia de crédito que se expedirá por el Secretario Interventor o, en su caso por el Interventor de la Corporación.» Siendo que el Municipio de XX es inferior a 5.000 habitantes, previo a la adjudicación del contrato debió comunicarse por el Alcalde a la Secretaría-Intervención su intención de realizar esta contratación por el importe indicado, y a los efectos de que por ésta se realizara la oportuna retención de crédito.

Pero es más, según queda recogido en el documento contractual, el importe de este contrato asciende a la cantidad de 18.300 euros, más IVA. Tal cantidad excede del límite de 18.000 euros que el artículo 138.3 del TRLCSP establece para la utilización del contrato menor. Por consiguiente, y en atención al valor estimado del contrato de referencia, por aplicación de los artículos 174 y 177 del TRLCSP, el procedimiento de adjudicación debió ser el procedimiento negociado sin publicidad, en el que, conforme determina el artículo 178.1 de este cuerpo legal "será necesario solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible."



Ambas cuestiones nos llevan a la nulidad del contrato. En efecto, dispone, el artículo 32 del TRLCSP que «Son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes:

- a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992».
- c) La carencia o insuficiencia de crédito

Si acudimos al artículo 62.1 de la mencionada Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), tenemos que una de esas causas de nulidad es "e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados."

Es por ello, que si el contrato fue adjudicado por la anterior Alcaldesa sin que se hubiese practicado la obligada redención de crédito por la Secretaría-Intervención y se adjudicara como de si un contrato menor se tratara, en lugar de por el procedimiento negociado sin publicidad, el contrato sería nulo.

Ahora bien, como indicamos al principio, con arreglo a lo establecido en el artículo 19.1 del TRLCSP los contratos de servicios que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo. Consecuencia de ello es que este tipo de contratos, y con arreglo a lo determinado en el artículo 20.2 del TRLCSP, su preparación y adjudicación se regirán por el TRLCSP, y en cuanto a sus efectos y extinción, se regirán por las normas de derecho privado.

Sin embargo, la validez de estos contratos está vinculada, además, a la de los actos separables, de modo que la declaración de nulidad de los actos preparatorios o de la adjudicación conlleva la del contrato mismo (artículo 35.1 del TRLCSP: La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato).

Así pues, derivado de esta nulidad, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 102.1 de la (LRJPAC):



«1. Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1.»

Declarada la nulidad del contrato habrá que estarse a lo dispuesto en el artículo 35.1 del TRLCSP: «La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.» Asimismo, el artículo 102.4.º de la LRJPAC, sobre efectos de la nulidad de actos administrativos, dispone que «Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una Disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1.º de esta Ley; sin perjuicio de que, tratándose de una Disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma».

Las normas citadas remiten a los preceptos sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y en esta materia se debe partir de que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización (artículo 142.4.º LRJPAC) y que el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (artículo 139.2.º LRJAP).

Sobre la indemnización de estos daños y perjuicios, siendo que el contratista lo es, salvo prueba en contrario, de buena fe y ajeno a la nulidad del contrato, el Consejo de Estado, en su Dictamen de 20 de septiembre de 2007, ha afirmado: «Para la viabilidad de tal indemnización de daños y perjuicios, la Jurisprudencia ha venido refiriéndose, al menos, a los siguientes requisitos 1) conducta



negligente, dolosa o morosa en el cumplimiento de sus obligaciones. 2) producción de un daño real debidamente justificado. 3) relación causal entre ambos requisitos.

«.....compete a quien reclama la carga de probar que efectivamente se sufrieron los perjuicios, lo cual no es sino aplicación de los requisitos que la doctrina Jurisprudencial exige que concurren en toda indemnización, siendo el primero y fundamental que se trate de un daño real y efectivo, no bastando con la frustración de meras expectativas...» (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2001.)»

## **CONCLUSIONES**

Primera.-Existe causa de nulidad. El contrato es nulo de Pleno derecho tanto por la inexistencia de crédito (falta de la obligada retención de crédito por la Secretaría-Intervención) y por haberse adjudicado directamente en lugar de a través de un procedimiento negociado sin publicidad.

La declaración de nulidad deberá realizarse conforme determina el artículo 102 de la LRJPAC, requiriendo el preceptivo dictamen del órgano consultivo de su Comunidad Autónoma.

Segunda. No obstante la condición de contrato privado y de que sus efectos y extinción se rigen por el derecho privado y que en su consecuencia, para la extinción de este contrato habría que acudir a la jurisdicción ordinaria, la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato.

Tercera. El órgano competente para declarar la nulidad podrá establecer, en su caso (o no), una indemnización de los daños que se puedan producir al contratista como consecuencia de la declaración de nulidad. Asimismo, el contratista podría reclamar indemnización por daños, pero deberá probar los efectivamente sufridos.

Cuarta. Una vía alternativa a la declaración de nulidad podría ser intentar la resolución de mutuo acuerdo de este.