Asunto : Informe sobre posibilidad de resolución de convenio de cesión al Ayuntamiento de terrenos de particular para puesta en valor de yacimiento arqueológico.
Solicitante : **Ilmo. Ayuntamientos de El Guijo**
Expte. : 011/2020

INFORME JURÍDICO

ANTECEDENTES

- El Alcalde-Presidente del Ilmo. Ayuntamiento de El Guijo remite escrito por el que exponiendo que con fecha 12 de junio de 2008, autorizado por el Pleno del Ayuntamiento de dicha fecha, se firmó Convenio de cesión de terrenos propiedad de un particular a favor de dicho Ayuntamiento con el objetivo de poner en valor determinado yacimiento arqueológico existente en el mismo estableciéndose condicionantes en relación con la posible obtención de beneficios económicos y por una duración de veinticinco años prorrogable por otros veinticinco, y a la vista de la petición del particular de proceder a la resolución del contrato, se solicita de estos Servicios Jurídicos la emisión de informe en orden a la procedencia o no de la citada resolución, así como qué tipo de acuerdo municipal cabría adoptar al respecto en el caso de que se procediese a dicha resolución.

NORMATIVA APLICABLE

- Ley 7/1985, de 2 de abril, Ley de Bases del Régimen Local (LBRL).
- Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).
- Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPyPAC) (derogada).
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil (Cc).
- Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP) (derogada).
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.(LRJSP).
- Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (LPHA).
- Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (LBELA).
- Decreto 18/2006, de 24 de de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (RBELA).

En virtud de ello, se emite el presente

INFORME

PRIMERO.- El art. 111 de la Ley 33/2003, de 3 noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas -LPAP-, dispone que:

pie_firma_conte_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/3129

23-03-2020 07:07:01

pie_registro_dipu_02

"Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos patrimoniales están sujetos al principio de libertad de pactos. La Administración pública podrá, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico, o a los principios de buena administración. En particular, los negocios jurídicos dirigidos a la adquisición, explotación, enajenación, cesión o permuta de bienes o derechos patrimoniales podrán contener la realización por las partes de prestaciones accesorias relativas a los bienes o derechos objeto de los mismos, o a otros integrados en el patrimonio de la Administración contratante, siempre que el cumplimiento de tales obligaciones se encuentre suficientemente garantizado. Estos negocios complejos se tramitarán en expediente único, y se regirán por las normas correspondientes al negocio jurídico patrimonial que constituya su objeto principal.".

A su vez, el artículo 15 de esta misma ley, dispone que :

"Artículo 15 Modos de adquirir

Las Administraciones públicas podrán adquirir bienes y derechos por cualquiera de los modos previstos en el ordenamiento jurídico y, en particular, por los siguientes:

a) Por atribución de la ley.
b) A título oneroso, con ejercicio o no de la potestad de expropiación.
c) Por herencia, legado o donación.
d) Por prescripción.
e) Por ocupación."

Por su parte, el art. 5 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local -LRBRL-, señala que:

"Para el cumplimiento de sus fines y en el ámbito de sus respectivas competencias, las Entidades locales, de acuerdo con la Constitución y las leyes, tendrán plena capacidad jurídica para adquirir, poseer, reivindicar, permutar, gravar o enajenar toda clase de bienes, celebrar contratos, establecer y explotar obras o servicios públicos, obligarse, interponer los recursos establecidos y ejercitar las acciones previstas en las leyes."

En virtud de ello, la Administración Pública, en nuestro caso, la Local, está plenamente facultada para tramitar cualquier tipo de negocio jurídico en relación con sus bienes y derechos con las limitaciones y requisitos establecidos en las normas correspondientes, por lo que, bajo esta premisa entendemos es posible la suscripción de un contrato (o convenio como se denomina el documento sujeto a informe) en virtud del cual el Ayuntamiento adquiere el uso y disfrute de un inmueble con el objeto de destinarlo a una actividad de interés general como es, en nuestro caso, la actuación sobre unos yacimientos arqueológicos, ello sobre un determinado espacio de tiempo y bajo determinadas condiciones.

pie_firma_conto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/3129

23-03-2020 07:07:01

pie_registro_dipu_02

La cuestión que se nos suscita en el asunto traído a colación no es otra que establecer cuál es la naturaleza jurídica del documento suscrito por las partes, pues ello es el cauce que, a nuestro juicio, nos servirá para dirimir cuáles serían las posibles actuaciones a seguir para una hipotética resolución contractual, circunstancia ésta que analizaremos en los puntos siguientes.

SEGUNDO.- La Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (actualmente derogada pero vigente al momento de suscripción de documento convencional objeto de este informe, y que ha de ser tenida en cuenta no obstante actualmente conforme a la D.T.1ª del Real Decreto Ley 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y D.T.1º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), disponía en su artículo 4.1, letra d) que :

> "*1. Están **excluidos** del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:...d) Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.*".

I.- Hasta la publicación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, eran múltiples las relaciones con la Administración que se instrumentaban a través de convenios de colaboración sin que existiese una regulación jurídica unitaria, de ahí la utilización del convenio para encubrir otras figuras jurídicas que subyacían en el fondo del negocio que se llevaba a cabo, unido a la falta hasta esta nueva Ley de una definición jurídica de convenio y de una regulación pormenorizada de esta figura, que hacían que existiese una variedad de posturas y criterios en esta parcela de la actuación administrativa. La denominación de convenio se utilizaba dentro del ámbito general de actuación de la Administración Pública, referida a la coincidencia de dos o más voluntades causando obligación.

El principio de colaboración, conforme disponía el artículo 3.2 de la Ley 30/1992, LRJAPyPAC, regía las relaciones entre las Administraciones Públicas. Este principio de carácter general era también aplicable a las relaciones de colaboración que, en virtud de un convenio, la Administración podía entablar con otras entidades de carácter privado. En los artículos 5 y 6 de la citada ley se perfilaban las posibles figuras en las que se plasmaba este principio –los convenios de Conferencia sectorial y los convenios de colaboración con los órganos de las comunidades autónomas– así como el contenido mínimo de dichos instrumentos.

Así, la LCSP de 2007 en su artículo 4.1, letras c y d, precepto que estaba considerado de carácter básico, determinaba que estaban excluidos de su ámbito de aplicación los convenios celebrados con personas públicas o privadas, siempre que su objeto no estuviese comprendido entre los regulados en dicha ley o en leyes especiales. La norma acudía al concepto general y amplio de contrato para determinar el ámbito de aplicación, estableciendo clara conexión con tal precepto, siempre que nos encontrásemos ante un contrato oneroso, cualquiera que fuese su naturaleza jurídica, celebrado por alguno de los entes del Sector

pie_firma_conv_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/3129

23-03-2020 07:07:01

pie_registro_dipu_02

Público. Conforme a este artículo, la posibilidad de acudir a la figura de convenio en los casos de relaciones de carácter y contenido contractual en que existiesen intereses patrimoniales, con independencia de la personificación pública o privada del sujeto, quedaba eliminada. Esta regulación negativa de la figura de los convenios se veía complementada con el apartado 2 del citado artículo 4 de la LCSP 2007, en virtud del cual los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior –entre los que figuraban los convenios– se regularían por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse en esos casos.

En esta materia pues se hace preciso distinguir el ámbito de los convenios y los contratos porque la utilización de un instrumento u otro por parte de la Administración, no es opcional. La Constitución Española establece en el artículo 103 un precepto referido a la Administración pública: *"La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y el Derecho"*.

Este principio de sometimiento a la legalidad, que ha de regir toda actividad administrativa, obliga a la Administración a calificar su actividad para, posteriormente, aplicar la normativa que corresponda según se trate materialmente de un contrato, una subvención o un convenio de colaboración. El criterio teleológico frente al criterio formalista será el utilizado para determinar la exclusión del negocio del ámbito de aplicación de la LCSP (o de la Ley General de subvenciones, en el caso que proceda).

El punto de partida debe ser la determinación del promotor de la actividad. Esta precisión permitirá situar el negocio desde la óptica de la LCSP –la Administración como promotora encarga una obra, un suministro o un servicio– o desde el punto de vista de la LGS, cuando la Administración fomenta una actividad que otro promueve. Una interpretación demasiado estricta del artículo 4 de la LCSP 2007 y del artículo 2 del RLGS nos llevaría a la conclusión de la imposibilidad de celebración de convenios de colaboración entre Administraciones, lo cual no ha sido la finalidad perseguida por el legislador. El término contrato oneroso en el ámbito de la Administración lo identificamos fácilmente como un acuerdo de voluntades entre dos personas, a través del cual una se obliga a cumplir algo determinado (una prestación) a cambio de un precio (oneroso).

A salvo claro está de lo previsto actualmente por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, LRJSP, el término convenio carece de una definición jurídica específica y se utiliza para figuras que guardan poca o ninguna relación entre ellas. No obstante, en sentido estricto, un convenio sólo puede ser una relación con contraprestaciones por ambas partes.

Es muy habitual que, al analizar el texto del convenio se observe que lo que proyecta materializarse es una prestación y una correlativa contraprestación (contrato), o bien, que el negocio beneficia sólo a una de las partes del convenio (subvención).

El escenario en el que se mueven los convenios administrativos es el de colaboración entre Administraciones en respuesta de objetivos compartidos, con la finalidad de intercambio de recursos públicos en la persecución de un fin que aquellas comparten. El

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/3129

23-03-2020 07:07:01

pie_registro_dipu_02

objeto del convenio no consiste en la ejecución material de una prestación a cambio de un precio ni se puede identificar a una de las partes del convenio como órgano de contratación, "cliente" que encarga, y a la otra como contratista que ejecuta. Las partes no tienen interés patrimonial sino que se trata de establecer una colaboración institucional para llevar a cabo una actuación en respuesta de objetivos compartidos. Tampoco consiste el objeto del negocio en el otorgamiento de una subvención por parte de la Administración que transfiere fondos sin contraprestación a favor de otro sujeto, con el objeto de financiar una actividad cuyo promotor es el agente receptor. A falta de una definición jurídica de convenio, lo que está dando, es una definición negativa.

En el asunto que nos atañe en este informe, y a la vista de las características que hemos analizado respecto de los convenios de colaboración, nos resulta ciertamente difícil encasillar al documento suscrito entre el Ayuntamiento de referencia y el particular en tal categoría, pues, como veremos seguidamente en relación igualmente con otras figuras jurídicas, indicado documento no ya carece de determinados aspectos que deben contener los documentos convencionales sino que su contenido intrínseco lo aleja de este tipo de relación jurídica al contener contraprestaciones de carácter económico entre las partes propias de otros negocios jurídicos onerosos.

II.- Dicho lo anterior en lo que a los convenios de colaboración se refiere, conviene hacer asimismo una distinción en cuanto a otras figuras jurídicas usadas comúnmente en el tráfico jurídico-negocial que guardan cierta similitud con esta otra pero que tienen un régimen jurídico distinto tal cual son el comodato y el precario; figuras éstas que, una vez descartada la relativa a la relación jurídico-convencional, entendemos preciso analizar en aras de dilucidar la naturaleza del documento negocial que estamos tratando y concluir en consecuencia.

A.- El contrato de comodato es aquél por el que una de las partes (el comodante) se obliga a entregar a la otra (el comodatario) una cosa no fungible para que esta última la use, de forma gratuita, por cierto tiempo y, transcurrido éste, se la devuelva (art. 1740 del Código Civil).

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 3.12.2014 define al comodato en los siguientes términos :

> *«el contrato de comodato se define como un contrato de uso por el que una parte entrega a la otra una cosa para que la use, durante un tiempo o para un uso concreto. Son dos partes, comodante y comodatario, donde sólo nacen obligaciones para el comodatario, que debe conservar y servirse de la cosa, y, devolverla cuando llegue el plazo pactado o concluya el uso para el que se prestó, aparte del caso de que el comodante tuviese urgente necesidad de ello, conforme al art. 1.749 CC y, como añade el 1.750 CC, si no consta plazo ni el uso, el comodante o su causahabiente puede reclamarla a su voluntad».*

En este sentido, resulta interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Coruña, de 27 de abril (F.J 1) que señala como ejemplos típicos de comodato:

pie_firma_conv_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/3129

23-03-2020 07:07:01

pie_registro_dipu_02

"...la cesión de objetos de colección para exhibiciones (cuadros, estatuas, joyas, etcétera), que se prestan a una institución para que los exponga conjuntamente; y que se facilitan por un tiempo predeterminado (la duración de la exposición). O incluso de objetos esencialmente consumibles (billetes, sellos, botellas de vino, municiones de distintas épocas y calibres, etcétera), es decir, cosas que tienen una naturaleza fungible, que se crearon para un uso ordinariamente extintivo, pero que es este caso no se prestan con esa finalidad, sino para un «préstamo de uso»: el fin no es el consumo (comprar cosas, franquear una carta, abrir la botella, o disparar la munición), sino la exhibición, y debe devolverse precisamente el mismo objeto prestado, no otro similar.
Y obviamente también puede recaer sobre inmuebles: supuestos de cesión de una finca a un familiar o un amigo para celebrar un acontecimiento social concreto (boda, bautizo...); el préstamo de una casa de veraneo a las mismas personas para que pasen en él un determinado período más o menos largo; o el titular de un solar que autoriza a su vecino a almacenar en él materiales de obra mientras construye su casa….".

La Sentencia nº 702/2014 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 3 de Diciembre de 2014 (F.J. 2) dice que la jurisprudencia ha calificado de comodato supuestos como la cesión gratuita de una casa para uso de vivienda conyugal y la cesión a una cooperativa o a un grupo de trabajadores para el desarrollo de una actividad empresarial.

En la actualidad se están dando múltiples casos de comodato en lo que se ha denominado "servicio de atención al cliente", siendo ejemplos ya clásicos el préstamo sin contraprestación de "vehículos de cortesía" mientras se repara el del cliente; o el facilitar al usuario una máquina similar mientras se repara la suya.

Los requisitos, tal cual indica la SAP de Cádiz de 5 de junio de 2007 (F.J. 3), que identifican al comodato son que se trata de un contrato principal, real, gratuito, unilateral y temporal que sólo da derecho al uso de la cosa, siendo tres sus notas características:

a) Transmisión del uso
Por el contrato de comodato solamente se transmite el uso de la cosa prestada, conservando el comodante la propiedad de la misma. Así se indica en el art. 1741, CC, precisando que el comodatario adquiere el uso de cosa prestada, pero no los frutos de la misma.
b) Gratuidad

Es un contrato esencialmente gratuito, tal y como se establece en el art. 1740.2, CC. Según indica la mencionada SAP de Cádiz de 5 de junio de 2007 (F.J. 4) dicho contrato se ubica generalmente en el ámbito de las relaciones de parentesco y amistad, en que tiene una mayor plasmación el altruismo y la liberalidad.
De ser remunerado estaremos ante otro contrato (normalmente, un arrendamiento).
c) Temporalidad

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/3129

23-03-2020 07:07:01

pie_registro_dipu_02

Se trata de un contrato de duración determinada, otorgándose el uso por cierto tiempo como indica la Sentencia nº 124/2003, de la AP de Vizcaya de 10 de marzo (F.J. 5) con base en el art. 1750, CC.
Si no hay plazo expresamente pactado, la cosa deberá ser devuelta tan pronto como sea reclamada.

B.- En cuanto al contrato en precario, conforme señala la STS 474/2009, de 30 de junio (F.J.j 6), la diferencia con el comodato está en el origen contractual de éste.

Estaremos frente a un precario, cuando el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca, cede el uso de la vivienda a otra persona (llamada precarista) para que la use sin más (sin contraprestación alguna), sin contrato alguno y sin pagar renta.
Además la cesión se hace sin establecer una duración determinada o sin especificar el uso concreto.

Las tres condiciones de la posesión en precario son, un acto de cesión por parte del que entrega la cosa, que la cesión sea gratuita y la falta de fijación de un término de devolución.

Cuando alguien tiene la posesión en precario de un bien y se pretende su recuperación por el dueño, se ha de iniciar la acción de desahucio por precario.

Para que exista la posesión en precario tienen que darse TRES exigencias:

1ª.- Un acto de cesión por parte del que entrega, y una recepción de la posesión que siempre será a título de no dueño.
2ª.- La recepción de la posesión no puede verse correspondida con el pago de una renta o merced, pues en tal caso la posesión no sería precaria, sino necesariamente titulada (arrendamiento, préstamo retribuido, etc.).

3ª.- La entrega gratuita de la posesión debe hacerse sin fijación de plazo, de manera que el cedente de la posesión pueda en cualquier momento reclamar del poseedor la devolución de la cosa.

Puesto a colación el documento objeto de este informe bajo las premisas que definen cada una de las figuras jurídicas que hemos analizado, a todas luces se nos aparece el mismo no como un convenio (de colaboración, se entiende; entre Administración y un privado) como éste se autotitula (debemos recordar que en el Derecho rige el principio de la irrelevancia del *nomen iuris*, porque prima la realidad del negocio jurídico que se realiza, independientemente del nombre que las partes concedan a ese negocio, y que se refleja en el aforismo "las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son"), sino más bien como un contrato comodaticio, donde de forma temporal se cede un bien -en este caso inmueble- para que sea usado por el comodatario (Ayuntamiento) en determinadas actividades como es la puesta en valor de unos determinados yacimiento arqueológicos existentes en la zona declarados BIC (Bienes de Interés Cultural, como nomenclatura dada a determinados bienes,

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/3129

23-03-2020 07:07:01

pie_registro_dipu_02

en este caso de interés arqueológico, por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía con arreglo a los arts 25 y ss. de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre de Patrimonio Histórico de Andalucía).

Descartando desde un principio que pudiera tratarse de un contrato en precario, al no reunir los requisitos que esta figura exige con arreglo a lo que ya hemos expuesto al respecto, a priori nos cabría centrarnos en lo que al comodato se refiere. Ahora bien, conforme al texto del documento, se plantean serias dudas de la naturaleza de éste pues se establecen en el mismo una serie de condicionantes de carácter económico que, a nuestro juicio, chocarían con el carácter gratuito que debe imperar en el contrato comodaticio. Y es que, a la vista de lo dispuesto en dicho condicionado, a la postre, el uso por el Ayuntamiento de los terrenos cedidos materializado en la puesta en valor de los yacimientos arqueológicos supondría necesariamente una contraprestación económica a favor del cedente, habida cuenta que tanto si se obtiene o no beneficio alguno por parte de la corporación municipal ésta debe abonar al propietario cedente unas determinadas cuantías que, a fin de cuentas, no convierten en gratuita tal cesión, acercándose más a la figura del arrendamiento que a ninguna otra, circunstancias éstas que de cualquier manera, a todas luces, convierten a dicho pacto en un contrato oneroso (En ese sentido, el art. 1741 CC dispone expresamente que el comodante conserva la propiedad de la cosa prestada, mientras que el comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos, de forma que si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, según señala dicho art. 1741, la convención deja de ser comodato).

Al tratarse pues, a nuestro parecer, de un contrato oneroso, debemos acudir a la teoría general de los contratos en orden a dilucidar el carácter y el régimen por el que debe regirse el mismo atendiendo a la naturaleza privada que éste parecer revestir.

III.- Las Administraciones Públicas, como es sabido, realizan contratos, la mayoría que se conocen son los contratos administrativos (por lo general obras, suministros o servicios), pero las Administraciones también realizan contratos privados como cualquier otro individuo. Dependiendo de qué tipo de contrato realice la administración se regirán por el Derecho Administrativo o por el Derecho Civil. En este sentido podemos decir que existe contrato, tal y como nos dice el art. 1262 Código Civil, cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Consentimiento de los contratantes;
2. Objeto cierto que sea materia del contrato; y
3. Causa de la obligación que se establezca

El Tribunal Supremo, determina que la distinción entre contrato administrativo y privado atiende básicamente al objeto o visión finalista del negocio. Es decir, los contratos administrativos tienen como objeto del contrato el interés general, mientras que los contratos privados tienen por objeto el interés particular aunque exista un interés de carácter público en su realización. La Administración cuenta con un privilegio a la hora de realizar un contrato administrativo ya que se persigue el interés general, mientras que en los contratos privados la administración actúa en igualdad de condiciones con respecto a la otra parte que firma el contrato.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/3129

23-03-2020 07:07:01

pie_registro_dipu_02

Trasladándonos a la normativa en materia de contratación por la que debe regirse la Administración municipal en este caso interesada, comprobamos que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (Vigente hasta el 16 de Diciembre de 2011, y por tanto, como ya se ha indicado, vigente al momento de la suscripción del documento de referencia), en su artículo 20 venía a disponer lo siguiente :

"Artículo 20 Contratos privados

1. Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas.

Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior.

2. Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. ***En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado****.*
No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos.
(Número 2 del artículo 20 redactado por el apartado tres de la disposición final decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible)."

Conforme a ello, entrarían en esta categoría no sólo los contratos a que se refiere específicamente el párrafo segundo del punto 1 del artículo referido, sino todos aquellos que no estén incluídos dentro del apartado 1 del artículo 19 de indicada norma, el cual venía a disponer lo siguiente :

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

a) Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II y 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.
b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de

pie_firma_conb_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/3129

23-03-2020 07:07:01

pie_registro_dipu_02

la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley."

Sobre esta base, entendemos que el contrato de cesión de terrenos a que nos estamos refiriendo en este informe ni siquiera cabría encuadrarlo dentro del apartado b) precedente , es decir, a nuestro juicio, el objeto del documento contractual suscrito entre las partes, ni estaría vinculado al giro o tráfico específico de la Administración contratante ni así tampoco venía a satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, entendiendo respecto de esto último que si bien la puesta en valor de yacimientos arqueológicos cabría a priori encajarla en el artículo 25.2 letra a) de la LBRL en cuanto competencia propia de los municipios, ésta lo sería en los términos que se disponen en el artículo 4.2 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía, que dispone que : "*...2. Corresponde a los municipios la misión de colaborar activamente en la protección y conservación de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz que radiquen en su término municipal, en especial a través de la ordenación urbanística, así como realzar y dar a conocer el valor cultural de los mismos. Asimismo podrán adoptar, en caso de urgencia, las medidas cautelares necesarias para salvaguardar los bienes del Patrimonio Histórico Andaluz cuyo interés se encontrase amenazado, sin perjuicio de cualquier otra función que legalmente tengan encomendada."* y, en este sentido, se desconoce si tales yacimientos estaban o no catalogados y si se encontraban en aquella fecha, en su caso, inscritos como parte del Patrimonio Histórico de Andalucía, o incluso del Patrimonio Histórico Nacional conforme a la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, por lo que nos ofrece serias dudas de que tal contratación pudiera, de alguna manera, entrar dentro de la categoría de administrativa especial.

De cualquier manera, la LCSP 2007, venía a ser contundente al respecto del carácter privado de este tipo de contratos, al especificar en su artículo 4.1 letra p), respecto de los contratos y negocios excluidos de dicha Ley, que :

"Artículo 4 Negocios y contratos excluidos

1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

(...//...).

p) Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial. En estos contratos no podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas es superior al 50 por ciento del importe total del negocio o si no

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020

Salida desde Expediente

Registro:

DIP/Salida_GEX/S/2020/3129

23-03-2020 07:07:01

pie_registro_dipu_02

mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 25; en estos dos supuestos, dichas prestaciones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en esta Ley."

Todo ello nos conduce pues a la configuración de indicado contrato de cesión como un contrato privado de la Administración municipal y, por ende, debemos atender a esa naturaleza contractual privada a la hora de analizar las circunstancias no ya de preparación y adjudicación, en las que, por razones obvias, entendemos no procede entrar a analizarse en el presente informe, sino a lo que a los efectos y extinción se refiere, específicamente esto último, habida cuenta que a la postre ello es el objeto principal de la consulta.

TERCERO.- Ya bajo la premisa de que estamos ante un contrato privado de carácter oneroso del Ayuntamiento con un particular, y sabedores pues de que su extinción o resolución están sometidos bien a lo que en primer lugar hubiesen pactado las partes contratantes -circunstancia ésta que no consta en ningún apartado del texto del documento contractual sometido a examen, dicho sea de paso- bien a la normas de carácter privado, a las cuales se remite la legislación patrimonial, procede examinar determinados aspectos de las normas civiles que afectan de plano a las posibilidades de resolución o extinción contractual.

I.- Uno de los principios fundamentos del Derecho Civil en materia contractual es el denominado "*pacta sunt servanda*", conforme al cual, el contrato obliga a los contratantes y debe ser puntualmente cumplido, sin excusa ni pretexto.

El Código Civil sanciona la obligatoriedad del contrato a través de distintos preceptos:

- Los contratos son obligatorios, y las obligaciones nacidas de los mismos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes (artículos 1091 y 1278). Así como la ley establece preceptos universales y coactivos, el contrato sienta preceptos coactivos también, aunque particulares, para las partes que se ligaron. Pero la expresión de que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes no quiere decir que el contrato tenga virtud creadora de normas jurídicas, ya que la eficacia obligatoria del acuerdo presupone la existencia de una ley que la reconozca.
- Su obligatoriedad se deriva de la voluntad de las partes, sancionada y amparada por la ley. La fuerza obligatoria de los contratos no nace de las especiales imprecaciones que las partes puedan realizar, sino del juego del ordenamiento jurídico.
- Esta obligatoriedad se hace extensiva a todas las consecuencias que, aún no expresadas, se deriven de la naturaleza del contrato, conforme a la buena fe, al uso y a la ley (artículo 1258).
- Como consecuencia de la obligatoriedad del contrato no pueden dejarse la validez y el cumplimiento del mismo al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1256).

pie_firma_conb_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/3129

23-03-2020 07:07:01

pie_registro_dipu_02

La irrevocabilidad del contrato cuenta con algunas excepciones que la ley, y el Código Civil en particular, expresamente establecen para casos particulares, (como p.e. : la disolución del contrato de sociedad por voluntad de cualquiera de los socios (artículo 1700.4); la extinción del mandato por revocación o renuncia (artículo 1732.1 y 2); la revocación de la donación por superveniencia o supervivencia de hijos o por causa de ingratitud (artículos 644 y 648), entre otros).

La doctrina ha discutido si, en general, cabe la posibilidad de revisar o modificar ciertas cláusulas de los contratos con prestaciones periódicas, es decir, de tracto sucesivo, cuando algunas de las prestaciones resulten muy onerosas para una de las partes por consecuencia de alteraciones o cambios importantes sobrevenidos con posterioridad a la conclusión del contrato. Se han formulado al respecto distintas teorías, de entre las que podemos destacar las siguientes:

1. *La cláusula rebus sic stantibus*. En virtud de la cual, si sobrevenía un cambio importante en el estado de hecho existente o contemplado por las partes al contratar, podía el obligado resolver el contrato que se le había hecho demasiado oneroso. Cossío ha sostenido que la cláusula tiene vigencia por imperativo legal con base en la buena fe del artículo 1258.
2. *Teoría de la base del negocio*. Esta teoría ha llegado a tener gran aceptación entre los civilistas germánicos. El derecho de resolución por alteración de las circunstancias se funda en la base del negocio, entendiéndose por tal, las representaciones de los interesados, al tiempo de la conclusión del contrato, sobre la existencia de ciertas circunstancias básicas para su decisión, en el caso de que estas representaciones no hayan sido conocidas meramente, sino constituidas por ambas partes en base del contrato.
3. *Teoría del riesgo imprevisible*. Esta teoría recoge los criterios de las demás doctrinas que se enfrentan con el problema de la alteración de las circunstancias y tiene un sentido muy general. Sus partidarios buscan la justificación de la teoría a través de los más variados fundamentos, desde el subjetivo de la cláusula rebus sic stantibus, hasta los objetivos de la equivalencia de las prestaciones o de la doctrina ética del Derecho. Lo esencial aquí es el punto de vista de la imprevisibilidad de los acontecimientos y circunstancias que determina la necesidad de revisar el contrato. Podemos definir esta teoría como aquella que tiende a permitir que pueda ser pedida la revisión o la resolución de un contrato cuando acontecimientos posteriores que escapen a toda previsión en el momento de la conclusión del contrato hagan su ejecución extremadamente onerosa o desfavorable para alguno de los contratantes. Roca y Puig Brutau señalan como condiciones para la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible las siguientes:
    - La imprevisibilidad, que implica una cuestión de hecho dependiente de las condiciones que concurran en cada caso.
    - Que se produzca una dificultad extraordinaria, una agravación de las condiciones de la prestación, de manera que resulte mucho más onerosa para el deudor.
    - Que el riesgo no haya sido el motivo determinante del contrato, como sucedería en el caso del contrato aleatorio.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/3129
23-03-2020 07:07:01

pie_registro_dipu_02

• Que no exista acción dolosa en ninguna de las partes.
• Que el contrato sea de tracto sucesivo o esté referido a un momento futuro, de modo que tenga cierta duración, pues para los contratos de ejecución instantánea o aquellos que han sido ya ejecutados no existe problema.
• Que la alteración de las circunstancias sea posterior a la celebración del contrato y presente carácter de cierta permanencia.
• Que exista petición de parte interesada.

Llegado a este punto conviene recalcar que se desconoce por el que suscribe si se ha producido alguna alteración o modificación de las circunstancias contractuales que nos pudieran servir de base para la aplicación de cualesquiera de las precedentes teorías que excepcionan la irrevocabilidad contractual, e incluso si cualesquiera de las partes contratantes ha incumplido en cierta manera sus obligaciones conforme se pactaron en su día.

Es por ello que, antes que nada, y aunque bien es cierto que resulta muy difícil desde el punto jurídico desvincularse de un contrato cuando todas las partes están dando cumplimiento a las obligaciones, no menos cierto es que de un buen uso de la Ley, se podría llegar a resolver ese contrato buscando fórmulas que hicieran posible su resolución. Y para ello, la figura más factible es la de la resolución de mutuo acuerdo.

II.- La Resolución de mutuo acuerdo es una figura que es contemplada como una causa general de resolución de contratos. Nuestro ordenamiento civil no menciona expresamente el mutuo disenso como causa de extinción de los contratos, no obstante queda autorizada por la doctrina jurisprudencial.

En este sentido, cabe destacar, atendiendo a la AP Baleares, Sección 5, nº 386/2013, de 15/10/2013, (Rec. 341/2013) que "*el llamado mutuo disenso o desistimiento mutuo es un acuerdo de voluntades de las partes enderezado a dejar sin efecto una relación obligatoria preexistente. Convenio de las partes que produce, naturalmente, la extinción de la relación obligatoria, sin que, en principio, nada tenga que indemnizarse por una de las partes al otro, salvo que así se hubiera pactado expresamente en el convenio. Por lo demás, un inicial desistimiento unilateral de una de las partes contratantes, que no conlleva la extinción de la relación obligatoria, puede, posteriormente, ser aceptado por la otra parte contratante, momento en que se produce el mutuo disenso, con la consiguiente extinción de la relación obligatoria*".

Por su parte, en la TS, Sala de lo Civil, nº 83/2016, de 19/02/2016, (Rec. 2534/2013) se establece al respecto que "*no se trata de consentir la ineficacia del contrato por razón del incumplimiento observado, sino de un auténtico acuerdo de las partes y, por tanto, un nuevo negocio jurídico dirigido a dejar sin efecto una relación obligacional preexistente plenamente válida y eficaz. El mutuo disenso, como negocio jurídico, requiere de su propia y autónoma existencia, con sus presupuestos de validez y eficacia, de forma que precisa su plasmación expresa o su constatación inequívoca a través de la doctrina de los actos propios llevado a cabo por las partes, sin que pueda inferirse, directamente, de la interpretación o integración del contrato principal que nada contempló al respecto*"

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/3129

23-03-2020 07:07:01

pie_registro_dipu_02

Finalmente, también es destacable lo indicado en la TS, Sala de lo Civil, nº 875/1999, de 25/10/1999, (Rec. 646/1995) que determina que, "*se trata de una hipótesis de extinción o resolución contractual por retractación bilateral ("contrarius conssensus" o "contrarius voluntas") que determina una ineficacia sobrevenida por causa sobrevenida, y que se puede manifestar de forma conjunta (pacto), o por concurrencia de disentimientos unilaterales derivados de manifestaciones explícitas o de hechos de significación inequívoca*", como sería el caso del abandono voluntario y recíproco del contrato por ambas partes.

Son susceptibles de extinción por mutuo disenso cualesquiera relaciones obligatorias, ya sean instantáneas o duraderas, tanto si se han comenzado a cumplir como si no.

A la hora de establecer sus efectos, habrá que atender al contenido del contrato, así como a las características de la relación que se extinguirá, en definitiva, a lo pactado por las partes.

En la mayoría de los casos, la consecuencia será, como establece la Sentencia de la AP Barcelona de 25 de junio de 2012, la resolución de contrato con devolución de las prestaciones, sin que ninguna de las partes tenga derecho a reclamar a la otra una indemnización de daños y perjuicios, ya que en estos casos se imputa la frustración del contrato a ambas partes.

Para finalizar, hay que indicar que, producida la extinción del contrato por mutuo disenso, sería necesario proceder a la liquidación de la relación obligatoria preexistente, es decir, finiquitar los resultados o la situación que se encuentre pendiente, liquidación que tendrá el alcance que las partes convengan en el ejercicio de su autonomía de la voluntad.

Resulta obvio decir que, al igual que señalábamos en el apartado anterior, se desconoce por completo si está en la voluntad de ambas partes la posibilidad de acometer la resolución contractual de mutuo acuerdo pactando las circunstancias en que podría producirse la misma, por lo que. a tenor de ello, sólo nos queda dejar tal posibilidad como una de las opciones en que se podría desenvolver la resolución contractual; pues resulta claro que, si el contrato se está llevando a cabo conforme a los derroteros pactados por las partes, el que una de ellas pretenda su resolución unilateral con voluntad de contrario por la otra nos llevaría irremisiblemente a una situación de conflicto que sólo cabría dirimir en sede judicial.

Al respecto de esta postura resolutoria de mutuo acuerdo, por ser la que a nuestro juicio resultaría a la postre menos conflictiva, convendría señalar que vemos la misma como una de las opciones más recomendable respecto de lo planteado, señalando a este tenor que, a modo de sugerencia, dado que es la parte propietaria de los terrenos la que muestra el interés en resolver el contrato de forma anticipada, bien pudiera formar parte del acuerdo mutuo el que ésta renunciase al derecho que se le reconoce en el contrato de autos para el caso de que no fuese posible poner en valor el yacimiento o este fuese de escasa entidad, como forma de compensar el que dicho contrato no alcance la duración mínima de veinticinco años pactada.

III.- La resolución es una forma de dejar sin efecto un contrato, a la que caracteriza la causa que la determina: el cumplimiento de una condición resolutoria. Los contratos pueden someterse a una condición resolutoria, en cuyo caso, si ésta se cumple, deja de producir efectos y se resuelve. En las obligaciones recíprocas la facultad de resolverlas se entiende

pie_firma_conv_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/3129

23-03-2020 07:07:01

pie_registro_dipu_02

implícita para el caso de que uno de los obligados no cumpliere sus obligaciones, pudiendo el perjudicado escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación (art.1124 Cc)

El artículo 1.124 del Código Civil determina explícitamente que :

"Artículo 1124.
La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.
El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos.
También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.
El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.
Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria."

Este artículo 1124 CC ha motivado una copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que se puede destacar lo siguiente:

a) No tiene derecho a pedir la resolución el contratante que incumpla sus obligaciones derivadas del mismo contrato que pretende resolver; pero sí el que las incumple a consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta del que incumple primero es la que motiva el derecho de resolución y le libera desde entonces de sus compromisos. Las obligaciones recíprocas tienen unos efectos específicos debidos a su interconexión o interdependencia.
El primero es la necesidad de cumplimiento simultáneo, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor. Si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación recíproca al deudor, sin que aquél haya cumplido u ofrezca cumplir la suya, este deudor podrá oponerse y rechazar la acción de cumplimiento, mediante la llamada excepción de incumplimiento contractual. Lo cual no se establece explícitamente sino que se deduce del artículo 1100 CC, último párrafo y del artículo 1124 CC.

b) Para la aplicación del artículo 1124 CC se requiere que se trate de obligaciones en las que el principio de reciprocidad esté perfectamente caracterizado, pues no entra en juego dicho artículo cuando se trata de obligaciones que, estando incorporadas a un contrato unilateral o bilateral, tienen puro carácter accesorio o complementario en relación a aquellas prestaciones o contraprestaciones, en su caso, que constituyen el objeto principal del contrato. Ha de tratarse de propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato.

pie_firma_conto_dipu_01
Código seguro de verificación (CSV):
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020
Salida desde Expediente
Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/3129
23-03-2020 07:07:01
pie_registro_dipu_02

El incumplimiento ha de ser de tal entidad que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte.
No se exige para la apreciación de una situación de incumplimiento resolutorio una patente voluntad rebelde, y tampoco una voluntad de incumplir, sino sólo el hecho objetivo del incumplimiento, injustificado o producido por causa no imputable al que pide la resolución, pues la jurisprudencia, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o, en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2007).

c) El artículo 1124 ha de ser interpretado restrictivamente y para que pueda hablarse de obligaciones bilaterales o recíprocas hace falta no sólo que en el mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra. Se exige un verdadero y propio incumplimiento por uno de los contratantes de las obligaciones que le incumbieren. Ese incumplimiento ha de ser grave, y el mismo está sometido en su apreciación al libre arbitrio de los Tribunales de instancia.

d) El mero retraso en el pago no es, en algunos casos, equivalente al incumplimiento, porque dicho retraso no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido en el negocio, ni permite atribuir a la parte adversa un interés jurídicamente protegible, en que se decrete la resolución. Sobre todo si es dable apreciar hechos, circunstancias o reclamaciones imprevistas que, presionando sobre el patrimonio del obligado, disminuyen su potencialidad en orden al cumplimiento de sus obligaciones. Por otra parte, no hay ningún obstáculo para que la simultaneidad en el cumplimiento se quiebre voluntariamente, señalándose un plazo para cumplir alguna obligación.

e) La ejecución parcial de cada obligación no excluye el ejercicio de la acción resolutoria, porque en el artículo 1124 del Código Civil no se distingue entre inejecución total o parcial.

f) El Código regula la resolución como una "facultad" atribuida a la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato, la cual tiene derecho de opción entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido, que puede ejercitarse, ya en la vía judicial, ya fuera de ella por declaración del acreedor; a reserva, claro es, de que si la declaración de resolución hecha por una de las partes se impugna por la otra, quede aquélla sometida al examen y sanción de los Tribunales que habrán de declarar, en definitiva, bien hecha la resolución o, por el contrario, no ajustada a derecho.

g) Son incompatibles la petición de resolución del contrato y la de su cumplimiento, si bien pueden efectuarse ambas peticiones en forma subsidiaria o alternativa.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/3129

23-03-2020 07:07:01

pie_registro_dipu_02

h) Si se solicita el resarcimiento de daños es necesario acreditar que éstos se hayan causado efectivamente, pues el incumplimiento por sí solo no basta para originarlos.

i) La acción para pedir la resolución prescribe a los cinco años, conforme al artículo 1964 del Código Civil.

j) La resolución de que trata el artículo 1124 supone la extinción de la relación contractual no solo para el tiempo venidero, sino con carácter retroactivo, con la consecuencia del reintegro a cada contratante en las cosas y valor de las prestaciones que aportaron, por razón del contrato. No obstante, se dan efectos no retroactivos en los casos de relaciones contractuales duraderas (STS 17 de abril de 2001).

k) El artículo 1124 CC no entra en juego si hay pacto de las partes que regule y condicione el ejercicio de la facultad resolutoria, y no rige si sobre el punto que sea hay otras normas jurídicas especiales, y así, no es aplicable a los contratos de compraventa de bienes inmuebles, que se rigen por el artículo 1504 CC, de redacción más benévola, puesto que autoriza a pagar después de vencido el término aunque concurra el pacto comisorio, sin duda por la seguridad del cobro del precio ante la permanencia del inmueble, hasta que se realiza el requerimiento en forma, pero una vez practicado éste, resulta de mayor severidad y determina la resolución sin admitir la apreciación de causas justificativas del incumplimiento. Ambos artículos (1124 y 1504 CC), no se eluden entre sí, sino que se complementan en el sentido de que la regla general del artículo 1124 es aplicada de modo específico y concreto a los inmuebles por el artículo 1504.

Particular importancia tienen la excepción de contrato no cumplido (*"exceptio non adimpleti contractus"*), y la de contrato cumplido defectuosamente o de modo inadecuado (*"exceptio non rite adimpleti contractus"*).

a) Respecto de la "*exceptio non adimpleti contractus*": si una de las partes pretende exigir de la otra el cumplimiento de su prestación sin ofrecer la realización de la suya, el demandado podrá oponer la llamada "excepción de contrato no cumplido". No se niega el cumplimiento, sino el cumplimiento previo, por lo que si la parte que reclama ha cumplido su obligación, cesa todo fundamento para alegar la excepción. La jurisprudencia del Tribunal Supremo la ha reconocido y declara:

- Que está justificado el incumplimiento de una de las partes si fue motivado por el incumplimiento previo de la otra;
- Para que pueda ser acogida la excepción es preciso que el actor no haya cumplido su prestación ni ofrecido realizarla;
- No puede alegarse cuando el incumplimiento del actor es imputable al demandado. Para que proceda ha de concurrir:

1º Una relación obligatoria sinalagmática exigible.

2º La falta de cumplimiento de la otra parte. 3º Que la alegación de la excepción no sea contraria a la buena fe. Y lo es si el incumplimiento es muy leve y no justifica la negativa de la prestación que se reclama.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/3129

23-03-2020 07:07:01

pie_registro_dipu_02

b) "*Excepto non rite adimpleti contractus*": puede oponerse al demandante que cumplió parcial o defectuosamente, siempre que lo mal realizado u omitido tenga la suficiente entidad con relación a lo demás bien ejecutado que el interés del acreedor no quede satisfecho. Está implícitamente admitida en los artículos 1157, 1100 y 1154 CC.
Opera cuando el contrato se cumple defectuosamente, siempre que el defecto sea de cierta importancia, procediendo la corrección de lo mal hecho o la reducción del precio (STS de 16 de diciembre de 2005), a modo de reparación por equivalencia, o la retención de las prestaciones propias para seguridad de las prestaciones atrasadas, o para la reparación de lo imperfectamente cumplido.

Dice la STS de 14 de julio de 2003, sobre sus efectos, en relación con la licitud de la suspensión provisional del pago del resto del precio, que debe ponderarse tomando en consideración las circunstancias concretas del caso, pues, aunque el incumplimiento pleno (configurador de la "*exceptio non adimpleti contractus*"), no plantea problemas en cuanto a la valoración de sus efectos como causa legítima de resolución contractual, el incumplimiento parcial exige valorar más pormenorizadamente en la instancia su entidad y repercusión en la economía del contrato, ya que el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, siendo claro que no puede ser alegada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida.

En cuanto a los efectos de la resolución del contrato entre la partes, podemos agruparlos en dos apartados :

a) *Restitución de las prestacione*s.

El efecto primordial de la acción resolutoria, es extinguir las obligaciones recíprocas de forma que éstas desaparecen y dejan de producir los efectos que le son propios; teniendo además la eficacia retroactiva de colocar a las partes en la situación en que se encontraban si el contrato no se hubiera celebrado (STS de 23 de octubre de 1995).

La resolución lleva consigo la adopción de todas las medidas que el citado precepto implícitamente dispone; devolución mutua del precio y de la cosa objeto del contrato, como consecuencia del efecto retroactivo de la resolución, aunque esta especialidad de ineficacia contractual no sea "ab origine", sino sobrevenida. Así, en virtud de ese efecto retroactivo, se ha de volver al estado jurídico preexistente, lo que implica que tal resultado no pueda entenderse de modo que deje a beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido, aunque sean parciales o inadecuadas, antes de la resolución, pues ello conduciría a proteger un enriquecimiento injusto, consiguiéndose con ello de paso, el exacto y lógico reintegro de las cosas y situaciones a su prístino ser en lo posible, con la recíproca devolución de las cosas o de su valor que constituyeron las prestaciones mutuas de los contratantes (STS de 11 de febrero de 1992).

pie_firma_conto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/3129

23-03-2020 07:07:01

pie_registro_dipu_02

Sin embargo, el efecto retroactivo de la resolución no alcanza a terceros adquirentes de buena fe. Partiendo de la norma del último párrafo del artículo 1124 del Código Civil se atenúa el efecto retroactivo de la resolución; ésta alcanza a los actos dispositivos efectuados, pero sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros; por lo cual la disposición a terceros de buena fe, se resuelve en indemnización de daños y perjuicios.

Ha de tenerse en cuenta que no puede llevarse a efecto la resolución si el que la pretende no puede devolver aquello que por su parte está obligado.

b) *Resarcimiento de daños*.
El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos.

Tiene declarada reiteradamente la jurisprudencia que los daños y perjuicios han de estar probados y derivar del pretendido incumplimiento.

La doctrina jurisprudencial viene configurando la indemnización conducente a la reparación de daños y perjuicios como una deuda de valor, lo que significa que su cuantía no ha de determinarse con referencia a la fecha en que se produzca la causa determinante, sino en la que recaiga en definitiva la condena a la reparación.

IV.- En lo que respecta a la jurisdicción competente, en el caso de que se produjese una situación conflictiva entre las partes suscribientes, y aunque entendemos que llegados a este punto no ofrece lugar a dudas a cual de ellas cabría acudir en el supuesto de autos, creemos oportuno referir lo señalado en el auto de 5 de diciembre de 2014 dictado por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo que declara que "*para la determinación de la jurisdicción competente, el artículo 21.2 de la Ley 30/2007 de tanta cita, dispone que el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados*.". y Así, añade la Sala, "*De manera que nos encontramos ante un contrato suscrito por una Administración Pública, pero no ante un contrato administrativo. Se trata de un contrato privado de arrendamiento del Bar del Hogar del Jubilado, en el que la controversia surge en relación con los efectos y extinción del mismo, lo que conduce directamente, ex artículo 21.1 ya citado, a la jurisdicción civil como la única competente para resolver el debate procesal suscitado entre el demandante y el Ayuntamiento de Lodosa*".

Sentado lo anterior, añadir también que la propia Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativo dispone, en el artículo 2 b), que dicho orden jurisdiccional conoce de las cuestiones que se susciten en relación con los contratos administrativos y únicamente los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas, pero no para los efectos derivados de la extinción. Mientras que el artículo 21.2 de la Ley 30/2007 disponía (recordemos que es una norma derogada, pero aplicable al caso concreto), como ya señalamos, que el orden civil será el competente para resolver las controversias que surjan

pie_firma_conte_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/3129

23-03-2020 07:07:01

pie_registro_dipu_02

entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados.

CUARTO.- En lo que respecta a la cuestión planteada por el Ayuntamiento consultante respecto de cuál sería el acuerdo corporativo que procedería adoptar en el supuesto de la resolución del contrato, entendemos se estaría refiriendo a una postura basada en la intencionalidad o voluntad corporativa de continuar de alguna manera con la posesión de los terrenos y mantener o retomar, o incluso iniciar si ello no se hizo en su momento (según proceda) la puesta en valor de la zona como yacimiento arqueológico declarado BIC.

Bajo dicha premisa, la postura más adecuada que a nuestro juicio sostenemos no es otra que, como ya hemos tenido ocasión de ver en este informe, acudir a la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas en cuanto normativa que regula la compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles de éstas, y así proceder:

a) bien con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía que expresamente dispone : "*Las Entidades Locales podrán aceptar cesiones gratuitas con carácter temporal de bienes muebles o inmuebles para fines de interés público.*", para el caso de que se formulara como una disposición o uso gratuito de los bienes cedidos temporalmente, lo que entendemos a nuestro juicio debiera materializarse en un contrato de "comodato", en los términos como ya hemos visto de los artículos 1740 y siguientes del Código Civil.

b) bien con arreglo a lo regulado respecto a otras figuras jurídicas de las que destacamos especialmente el arrendamiento, como fórmula más adecuada a nuestro modo de ver, si se tratase de una disposición o uso temporal que conllevase contraprestaciones económicas, y que se materializaría a través del respectivo contrato suscrito entre las partes donde se deberían concretar todos los condicionantes que, en su caso, la voluntad de éstas estimasen por convenientes (siempre y cuando no fuesen contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público -art. 1255 Cc-., o al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración - art. 34.1 Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público-).

c) bien acudiendo a la compraventa de los terrenos que comprende la zona de afección arqueológica siguiendo para ello lo dispuesto en el artículo 10 de la LBELA y art. 21 del Decreto 18/2006, de 24 de de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, que nos remiten a la legislación en materia de contratación de las administraciones públicas.

d) O bien, como postura más extrema, utilizar la vía de la expropiación forzosa, conforme a los términos de lo dispuesto en la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, a sabiendas que, a estos efectos, la Ley 14/2007, de Patrimonio Histórico de Andalucía, en su artículo 51.3, dispone que : "*...3. Se considera de utilidad pública la ocupación de los inmuebles necesarios para la realización de*

pie_firma_conte_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/3129

23-03-2020 07:07:01

pie_registro_dipu_02

actuaciones arqueológicas. Cuando se trate de prospecciones arqueológicas necesarias para la formación del proyecto o el replanteo de una obra pública, será de aplicación el artículo 108.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954.".

Téngase en cuenta para ello, en cualesquiera de los casos, lo dispuesto en los artículos 47 y ss. de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía y 40 y ss. de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, donde se regula, dentro del ámbito correspondiente de cada una de ellas, lo referente al Patrimonio Arqueológico, así como lo previsto en el Decreto 168/2003, de 17 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Arqueológicas de Andalucía.

No obstante, ni que decir tiene que no podemos dejar de mencionar en este asunto la posibilidad que pasa por la hipótesis de suscripción de un nuevo Convenio de colaboración público-privada (en el supuesto de que se resolviese lo pactado anteriormente) con arreglo a lo previsto en el artículo 47.2 c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, LRJSP, (pues es al fin y al cabo otra figura jurídica admisible en derecho) pero eso sí haciendo especial hincapié en que, sin perjuicio de que pudieran pactarse determinadas condiciones en el clausulado del documento convencional, éste tiene que tener la tramitación y los requisitos que expresamente disponen los artículos 48 y siguientes de la Ley 40/2015, LRJSP, teniéndose muy en cuenta para ello que, conforme determina el artículo 47.1, párrafo tercero, de dicha norma, en ningún caso podrán ser objeto de los convenios pretensiones propias de los contratos, circunstancia ésta que debe quedar necesaria y suficientemente acreditada en el expediente que se tramite al efecto.

Todo ello, sin lugar a dudas, fuese cual fuese la postura que se adoptase por la corporación municipal, con la previa tramitación del o de los correspondientes expedientes administrativos donde obrasen los documentos justificativos y los informes tanto técnicos como jurídicos que acreditasen la conveniencia y procedencia de los respectivos acuerdos municipales, pues no podemos olvidar que, sin perjuicio de que la actuación municipal esté siempre orientada hacia el bien común y los intereses generales, no puede obviarse por ello el principio de legalidad que debe presidir toda actuación administrativa (El principio de legalidad o primacía de la ley es un principio fundamental, conforme al cual todo ejercicio de un poder público debe realizarse acorde a la ley vigente y su jurisdicción y no a la voluntad de las personas).

Es cuanto tengo que informar, señalando que la opinión jurídica que se recoge en el presente informe se somete a la de cualquiera otra mejor fundada en derecho.

Córdoba, a *(fecha y firma electrónica)*
El Consultor Técnico jurídico adscrito al Servicio de Asesoría Jurídica. Diputación de Córdoba.
José Antonio Del Solar Caballero.

pie_firma_conto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 19/3/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/3129

23-03-2020 07:07:01

pie_registro_dipu_02