Expediente: 16/2020
Objeto: Nulidad de Póliza de Afianzamiento suscrita por el Alcalde de…
Dictamen: 24/2020, de 21 de septiembre

DICTAMEN

En Pamplona, a 21 de septiembre de 2020,

el Consejo de Navarra, integrado por don Alfredo Irujo Andueza Presidente, don Hugo López López, Consejero-Secretario, doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don José Luis Goñi Sein y don José Iruretagoyena Aldaz, Consejera y Consejeros,

siendo ponente don José Iruretagoyena Aldaz,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Solicitud de la consulta

El día 19 de junio de 2020 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.1, en relación con el artículo 14.1 de la Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, sobre el Consejo de Navarra (en lo sucesivo, LFCN), se recaba la emisión de dictamen preceptivo de este Consejo sobre el expediente de declaración de nulidad del acto administrativo suscrito por el Alcalde del Ayuntamiento de Beriain de “Póliza de Aval por parte del Ayuntamiento, de la Póliza de Préstamo formalizada entre... y..., para financiación (hasta inscripción del Proyecto de Reparcelación y constitución de Préstamo Hipotecario) sobre los inmuebles (viviendas y solares) resultantes del desarrollo y ejecución de la Unidad US-1 del Plan Municipal de Beriain”, por posible concurrencia de causas de nulidad, solicitado por el Ayuntamiento de Beriain.

A la petición de dictamen se acompañan las actuaciones seguidas y el expediente administrativo instruido para resolver el expediente de declaración de nulidad en el que consta la propuesta de resolución aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Beriain en sesión celebrada el 4 junio de 2020.

I.2ª. Antecedentes de hecho

Del expediente remitido a este Consejo y de la documentación obrante se derivan los siguientes hechos y actuaciones de interés:

1.- A iniciativa del Ayuntamiento de Beriain, mediante Orden Foral 23/2006, de 25 de enero, se aprobó la modificación del planeamiento de la Unidad US-1, “Cocheras”, para posibilitar la promoción y construcción de 206 viviendas; 104 de Protección Oficial y 102 de Precio Tasado.

2.- Por parte de la Sociedad Pública Municipal…, se promovió una primera fase de 113 viviendas de Protección Oficial que obtuvieron la Cédula de Clasificación Definitiva el 15 de junio de 2010. Para financiar la promoción la sociedad municipal concertó un préstamo hipotecario con... por importe de 12.793.031,04 euros, cuya responsabilidad hipotecaria fue distribuida entre los diferentes inmuebles construidos, subrogándose sus adquirentes a efectos de devolución del préstamo concedido.

3.- La sociedad pública... inició la promoción de la segunda fase que estaba inicialmente destinada a Vivienda Libre de Precio Tasado, pero modificando su tipología a Viviendas de Protección Oficial dada la crisis económica del sector en aquel momento y la propia finalidad de su creación. Para posibilitar tal transformación, la sociedad municipal planteó al Ayuntamiento de Beriain la posibilidad de modificar el ámbito de la Unidad US-1, ampliando su superficie con nuevos suelos municipales que posibilitaran un mayor número de viviendas que diluyeran los costes de su promoción.

Con la posición favorable del Ayuntamiento de Beriain se mantuvieron contactos con el Departamento de Ordenación del Territorio para analizar la

viabilidad de la modificación de planeamiento, alternativa que se consideró viable cumplimentando una serie de exigencias.

Simultáneamente con la tramitación de los expedientes de modificación de la ordenación urbanística de la Unidad US-1 y de los documentos de distribución de beneficios y cargas (reparcelación) y de urbanización, la sociedad... comenzó la construcción de las viviendas de la fase segunda.

4.- La promoción de esas nuevas viviendas al destinarse a Viviendas de Protección Oficial y tener un menor precio que las Viviendas Libres requería una financiación suplementaria. Para ello se concertó con... un préstamo hipotecario concedido y formalizado en escritura pública el 18 de septiembre de 2010, ante el Notario don…, con garantía hipotecaria sobre las parcelas 2-6, 4, 5-1 y 5-2 del Proyecto de Reparcelación inicial.

5.- Además del citado crédito hipotecario sobre las parcelas que ya tenían la condición de parcelas de suelo urbano debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad, resultaba necesario contar con un mayor apoyo financiero para lo que se planteó la posibilidad de concesión de un préstamo de carácter personal por parte de... a la Sociedad Pública..., garantizado mediante aval bancario transitorio suscrito por el Ayuntamiento de Beriain, mientras no se aprobara definitivamente la modificación del planeamiento urbanístico de la Unidad US-1, con la ampliación del suelo urbano y el proyecto de reparcelación que permitiera sustituir el préstamo personal por otro con garantía hipotecaria sobre las nuevas parcelas resultantes de la modificación.

6.- A los efectos del cumplimiento de la exigencia establecida por el artículo 129.1 de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra, que establece que la concertación de toda clase de obligaciones de crédito debe acordarse previo informe de la Intervención, el 31 de marzo de 2010, el Interventor del Ayuntamiento de Beriain emitió un informe provisional y el 21 de abril de 2010 el informe definitivo, del que por su interés destacamos el siguiente contenido:

> *"(…) la promoción de la segunda fase habiendo sido planteada en un primer momento para la construcción de viviendas libres, las*

circunstancias económicas actuales y la crisis de la construcción, han obligado a la empresa... a replantearse la propuesta inicial, con el fin de buscar una oferta más adecuada a las características del mercado actual, transformando la promoción de viviendas libres a viviendas de protección oficial, ampliando el número de las mismas respecto al proyecto inicial.

Esta transformación se tornaba inviable económicamente debido a los costes que, gracias a la modificación planteada habría que soportar. Para solucionar este problema,... plantea al Ayuntamiento la posibilidad de aportar nuevos suelos, al objeto de poder diluir los costos entre las viviendas actuales y las que se puedan ejecutar en ese nuevo suelo. El Ayuntamiento accede a la propuesta e incluye a la unidad US 1 un nuevo terreno colindante y de naturaleza rústica. De manera inmediata se inician los trámites para convertir a urbano dicho terreno, dado que la viabilidad de la operación será realidad en el momento de su aprobación definitiva como suelo urbano.

SITUACIÓN ACTUAL

En cuanto a la tramitación para convertir en suelo urbano los terrenos incluidos en la unidad US 1, el expediente ya se ha aprobado provisionalmente y la resolución de las alegaciones pertinentes se ha remitido al Departamento de Ordenación del Territorio del Gobierno de Navarra para su aprobación definitiva.

Al objeto de poder adelantarnos en el tiempo, se plantea con... la posibilidad de iniciar la ejecución de las 108 nuevas viviendas de la promoción de la segunda fase en el terreno que actualmente sí tiene la calificación de urbano, aunque todavía no esté reclasificado el suelo rústico del que hablamos y que, tras la aprobación por el Departamento de Ordenación del Territorio, será objeto de garantía hipotecaria para el desarrollo de la promoción. La solución aportada por... implica, primero la hipoteca del actual suelo urbano para financiar los costes de construcción que puedan soportar estas 108 viviendas y segundo, financiar el exceso de costes que provoca la modificación de la promoción, garantizándolo mediante aval bancario transitorio suscrito por el Ayuntamiento, mientras no se apruebe definitivamente la inscripción de la correspondiente reparcelación del nuevo suelo y por tanto sea susceptible de ser hipotecado.

Es en este último punto donde se le plantea al Ayuntamiento de Beriain la problemática de avalar a la empresa... por la cantidad de 3,900,000 euros, correspondientes al exceso de costes originados, frente a....

SITUACIÓN ECONÓMICO FINANCIERA DEL AYUNTAMIENTO DE BERIAIN Y PLAN DE VIABILIDAD

Según indica la Ley Foral 2/1995 de 10 de marzo, en su artículo 127.2, las entidades locales podrán prestar su aval a cualquier operación de préstamo que concierten sus organismos autónomos o las sociedades mercantiles de ellas dependientes. El aval no podrá garantizar un porcentaje del crédito superior al de su participación en la sociedad. En el artículo 129 se cita la obligatoriedad de analizar la capacidad de la entidad local para hacer frente en el tiempo a las obligaciones que se deriven de las operaciones de crédito que suscriba. Dicho lo cual, en base a la indicación legal de que las operaciones avaladas deben analizarse como si fuese la propia entidad local la que contratase directamente la operación financiera, en base a la complejidad de las circunstancias del caso concreto y en base a los últimos resultados económicos obtenidos en las cuentas del Ayuntamiento de Beriain, esta intervención considera oportuno solicitar autorización al Departamento de Administración Local para suscribir el aval antes descrito.

El plan de viabilidad, o cómo soportaría el Ayuntamiento de Beriain las obligaciones derivadas de la firma de la fianza solidaria en el caso de que esta tuviese que hacerse efectiva, se basa fundamentalmente en el hecho de que el Ayuntamiento es titular único del terreno sobre el cual se está tramitando la calificación de suelo urbano y que al estar afectado a un destino concreto, como es el de la construcción de viviendas de protección oficial, su valoración es objetivamente deducible, tal y como se desprende del informe de tasación suscrito por el arquitecto Don…, que se adjunta al presente informe de intervención. Como hemos explicado antes, el expediente de modificación de ese suelo a urbano se encuentra aprobado provisionalmente y ya se ha remitido al Departamento de Ordenación del Territorio del Gobierno de Navarra para su aprobación definitiva, por lo que el plazo de vigencia de ese aval será el tiempo que se tarde en calificar definitivamente el suelo. Así pues, en el supuesto de que hiciese falta hacer frente a las obligaciones deducidas del aval, este Ayuntamiento podría enajenar el terreno de su propiedad por el precio que exponemos a continuación y cubrir así todas las deudas sobrevenidas. En concreto las cifras son las siguientes:

Importe del aval: 3.900.000,00 euros

Valoración de los terrenos según informe del arquitecto: 7.082.894,46 euros

Como vemos el valor del terreno es muy superior al del aval, por tanto sería más que suficiente la venta del mismo para cubrir una posible asimilación de deuda por parte del Ayuntamiento.

De esta manera, la entidad local podría hacer frente a las obligaciones derivadas de la realización efectiva del aval, sin necesidad de poner en

marcha un plan de saneamiento que implicase la consabida fórmula de disminución de gastos y ampliación de ingresos corrientes, dado que las cantidades que se manejan en esta operación están muy por encima de las potenciales capacidades económicas del Ayuntamiento.

Dadas las especiales particularidades de esta operación, en cuanto a riesgos a asumir, formas, cantidades y plazos, entendemos que con la medida que aquí se propone, que concretamente se trataría del compromiso de la Corporación de, si fuese necesario, enajenar el terreno para, con esos fondos, hacer frente a las obligaciones derivadas de la firma del aval, sí se estaría cumpliendo con las directrices de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, en materia de concesión de avales a operaciones de crédito concertadas por Sociedades Mercantiles dependientes de las entidades locales.

7.- El Pleno del Ayuntamiento de Beriain, en sesión celebrada el 26 de abril de 2010, acordó aprobar el Plan de Viabilidad elaborado por el Interventor Municipal para el otorgamiento de Aval por parte del Ayuntamiento a la Sociedad Pública Municipal..., remitiendo escrito de solicitud de autorización al Departamento de Administración Local del Gobierno de Navarra para el otorgamiento del referido Aval en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra.

8.- Mediante Resolución 783/2010, de 16 de noviembre, del Director General de Administración Local, se autoriza al Ayuntamiento de Beriain a otorgar un aval a la empresa municipal..., por un importe de 3.900.000 euros, autorización “condicionada al cumplimiento del compromiso asumido por el Pleno de la Corporación el 26 de abril de 2010”.

9.- Autorizada la operación, el Pleno del Ayuntamiento de Beriain, en sesión celebrada el 9 de noviembre de 2010, adoptó el acuerdo de “aprobar el otorgamiento de Aval en favor de la Sociedad Pública Municipal..., por importe de 3.900.000 euros, vinculado al Plan de Viabilidad aprobado por el Pleno de esta Corporación el 26 de abril de 2010, facultando al Alcalde del Ayuntamiento para la firma del mismo, en los términos y condiciones establecidos en el citado Acuerdo”.

10.- Obra en el expediente copia de la Póliza de Afianzamiento (nº …) debidamente firmada por el representante de... y el representante del Ayuntamiento de Beriain y por el Secretario de la Corporación, sin fecha.

La póliza contiene una serie de condiciones generales, formato estándar, realizada por la entidad financiera, a la que se le añadió una "Condición específica en cuanto a la duración del contrato", suscrita por el Alcalde del Ayuntamiento de Beriain en su condición de representante y apoderado del citado Ayuntamiento y por el Secretario de la Corporación, pero no firmada por la representación de.... La citada condición tenía el siguiente contenido literal:

> *"En cuanto a la duración del contrato de afianzamiento, se entiende que el mismo finalizará, en todo caso, en el momento en el que... proceda a hipotecar las parcelas resultantes del proyecto de reparcelación de ampliación de la Unidad US-1 del Plan Municipal de Beriain, debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad, condición en la que se basaron los Acuerdos, tanto del Departamento de Administración Local del Gobierno de Navarra como del Ayuntamiento de Beriain, que autorizaron la firma de este contrato de afianzamiento".*

11.- Mediante Resolución del Alcalde del Ayuntamiento de Beriain de 13 de diciembre de 2010 se aprobó definitivamente el Proyecto de Reparcelación de la Ampliación de la Unidad US-1 que dio lugar a la creación de las nuevas parcelas edificables, libres de cargas hipotecarias en favor de la Sociedad Pública...; Proyecto de Reparcelación que fue remitido al Registro de la Propiedad el 25 de enero de 2011.

12.- El 20 de junio de 2011, el entonces Alcalde del Ayuntamiento de Beriain remitió escrito a don…, de..., en el que solicitaba la anulación de la póliza de afianzamiento firmada por el Ayuntamiento al entender cumplidas las condiciones estipuladas en la firma de dicho contrato para su resolución. En concreto, se argumentaba que la autorización de la firma del aval por parte del Departamento de Administración Local estaba condicionada a que el plazo de vigencia del mismo finalizase en el momento en que se calificaran definitivamente los terrenos implicados cuyo valor serviría como garantía de la operación y se procediera a su posterior hipoteca por parte

de.... El escrito terminaba indicando que desde el Ayuntamiento se entendía que se daban las circunstancias para que se efectuaran las operaciones hipotecarias pertinentes para la anulación del contrato de afianzamiento.

13.- El 19 de junio de 2013,... dirige escrito al Ayuntamiento de Beriain en el que comunica que la sociedad municipal... se encuentra en situación irregular manteniendo una serie de deudas, entre las que se encuentran las derivadas (1.932.458,48 euros) del préstamo con garantía de aval personal del Ayuntamiento de Beriain por importe de 3.882.458,48 euros.

En ese escrito se hacía referencia a que, en una reciente reunión, el Ayuntamiento les había manifestado el interés de liquidar la sociedad municipal y de que se formulara una propuesta de pago de la deuda de... garantizada por el aval municipal, y en relación con ello se presentaba una propuesta de aplazamiento del saldo deudor garantizado a 10 años, con amortización anual del principal y liquidación de interés trimestralmente al Euribor -2%.

14.- El 27 de junio de 2013 se emite informe jurídico en relación con el escrito remitido por... en el que se rechaza la propuesta y se considera que por parte de... ha habido un claro incumplimiento de las condiciones de la Póliza de Afianzamiento al entender que “el préstamo concedido y afianzado por el Ayuntamiento según el texto normalizado preparado por... tenía una vigencia temporal de 24 meses y una condición esencial: ser sustituido por un préstamo hipotecario con garantía de las parcelas edificables resultantes de la ampliación de la Unidad US-1, una vez inscritas en el Registro de la Propiedad”.

El informe jurídico continuaba diciendo que “esa condición de duración temporal fue la condición con que se adoptó el Acuerdo por parte del Ayuntamiento y con la que se obtuvo la autorización preceptiva del Gobierno de Navarra y resulta de manera notoria de la documentación obrante en el expediente (…) Y la condición, asumida y aceptada por... en inicio y que ahora quiere incumplir, era que el afianzamiento por parte del Ayuntamiento no era indefinido, sino limitado hasta al momento en que, inscritas las parcelas resultantes del Proyecto de Reparcelación, pudiera establecerse

sobre las mismas garantía hipotecaria. Inscritas las parcelas, es decir cumplida su obligación tanto por parte de... (como promotora de la Modificación y su Reparcelación) y por parte del Ayuntamiento (como Administración que aprueba dichos instrumentos) la negativa de facto a hipotecar dichas parcelas, sustituyendo el préstamo personal afianzado por préstamo hipotecario, es un incumplimiento unilateral por parte de...".

El informe concluye proponiendo rechazar la propuesta remitida por... y requerirle de manera formal a fin de que dé por cancelada la Póliza de Afianzamiento garantizando el préstamo concedido mediante hipoteca sobre las parcelas resultantes inscritas en el Registro de la Propiedad tras la reparcelación de la Ampliación de la unidad US-1; propuesta que fue ratificada íntegramente mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Beriain de 4 de julio de 2013, notificado a....

15.- En octubre de 2013,... formula, ante el Juzgado de Primera Instancia de Pamplona, demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad frente al Ayuntamiento de Beriain solicitando se le condene al pago de la cantidad de 3.900.000 euros, más intereses legales desde la fecha de la interpelación extrajudicial efectuada el 9 de septiembre de 2013.

En la demanda se hace referencia al préstamo concedido en 2011 a la sociedad municipal que estuvo condicionado al previo aval del Ayuntamiento de Beriain hasta el límite de 3.900.000 euros y que, una vez acordados los términos y condiciones de la operación el 10 de febrero de 2011, se otorgó ante el Notario la póliza de préstamo por dicho importe y con vencimiento el 10 de febrero de 2012 y, paralelamente, se remitió al Ayuntamiento para su formalización la Póliza de Afianzamiento, siendo devuelto el ejemplar con todas sus hojas firmadas por el Alcalde y Secretario, a la que se le añadió una "condición específica en cuanto a la duración del contrato", cláusula adicional a la que niega cualquier efecto vinculante para..., sin perjuicio de considerarla intrascendente dado que considera que ni la hipoteca en cuestión se constituyó, ni... fue requerida para ello, a pesar de que las fincas resultantes que, según la condición añadida por el Ayuntamiento, debían ser hipotecadas, se encontraban inscritas en el Registro de la Propiedad.

Continúa señalando la demanda que el 10 de febrero de 2012 se produjo el vencimiento del préstamo y ante la imposibilidad de la prestataria de hacer frente a la deuda se renegoció la refinanciación, otorgándose el 7 de marzo de 2012 la póliza de préstamo con vencimiento a 24 meses (7 de marzo de 2014), dos amortizaciones anuales del principal, amortización de intereses mensuales y se estableció que en el momento de la suscripción de la póliza se dispondría de la cantidad de 1.720.000 euros, para la amortización de otro préstamo anterior.

La amortización del préstamo mediante el pago de la primera cuota que debía abonarse el 7 de marzo de 2013 quedó impagada, según la demanda, al igual que las cuotas mensuales por amortización de intereses correspondientes a los meses de abril, mayo y junio de 2013.

Ante esta situación se mantuvieron reuniones con el Ayuntamiento de Beriain y se formuló el 20 de junio de 2013, otra propuesta de refinanciación que fue contestada mediante el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Beriain de 4 de julio de 2013, requiriendo la cancelación de la póliza de afianzamiento y a que se garantizase dicho préstamo mediante hipoteca de las parcelas resultantes de la ampliación de la Unidad US-1, por lo que... declaró resuelto anticipadamente el préstamo otorgando ante Notario el acta de certificación del saldo deudor y remitió sendos burofax al deudor principal y al fiador, reclamando el pago de la deuda.

La demanda indicaba que por parte de la sociedad municipal... no se manifestó objeción, mientras que el Ayuntamiento remitió nuevo escrito el 23 de septiembre de 2013 reproduciendo las alegaciones vertidas en el acuerdo de 4 de julio.

Por lo que se refiere al fondo de la reclamación,... niega valor a la cláusula unilateral incorporada por el Ayuntamiento de Beriain que nunca fue firmada por la entidad financiera, cuestiona que tal cláusula fuera el resultado de la condición impuesta por la autorización del Departamento de Administración Local para efectuar el afianzamiento y que, en cualquier caso, no afectaría a.... Añadía que, en cualquier caso, el hecho indubitado era que aunque se admitiera la condición específica incorporada por el

Ayuntamiento, la constitución de las hipotecas no se habían cumplido por lo que el afianzamiento tampoco podía considerarse extinguido y hacía referencia a que nunca había sido requerida para aceptar la constitución de la hipoteca sobre las fincas, y que incluso... podía haber constituido unilateralmente la hipoteca sobre las fincas como autoriza el artículo 141 de la Ley Hipotecaria. Terminaba señalando que el único requerimiento efectuado para constituir las hipotecas se recibió en julio de 2013, coincidiendo con el anuncio de la solicitud del concurso de acreedores de... y que, en ese momento, de haberse constituido la hipoteca, hubiera quedado sin efecto en virtud de lo dispuesto por el artículo 71.3.2º de la Ley Concursal, que considera perjudiciales para la masa del concurso y, por tanto, rescindible la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas.

16.- El Ayuntamiento, en la contestación a la demanda formulada por... y tramitada ante el Juzgado de 1ª Instancia, nº 1 de Pamplona, Juicio Ordinario nº 1003/2013, tras exponer los hechos que consideró oportunos, argumentaba, en lo que a este dictamen interesa, que el préstamo de 3.900.000 euros otorgado a la sociedad municipal era un préstamo destinado a transformarse en préstamo hipotecario que es la fórmula normal y habitual en los préstamos inmobiliarios; que tenía carácter transitorio en tanto no se pudieran formalizar las hipotecas sobre los terrenos que se estaban reparcelando y que, por ese carácter transitorio y finalidad, tenía una duración muy limitada de 24 meses a contar desde la formalización.

La contestación a la demanda añadía que el Ayuntamiento de Beriain otorgó el afianzamiento con esa finalidad y condición de que fuera sustituido por préstamo hipotecario sobre las nuevas parcelas en cuanto estuvieran inscritas en el Registro de la Propiedad, que así se ponía de manifiesto en el informe del Interventor Municipal, que así fue aprobado por el Ayuntamiento, y así fue concedida la autorización por parte del Departamento de Administración Local del Gobierno de Navarra.

En la demanda se reconocía expresamente que fue el Ayuntamiento quien incorporó la “condición específica”, porque era una condición que

había sido perfectamente conocida y asumida por... y que, efectivamente, el Alcalde firmó todas las páginas de la Póliza presentada por..., incluido el Anexo porque ese era el contenido aprobado por el Ayuntamiento y que el Secretario diligenció todas las páginas de mismo.

A continuación, la contestación a la demanda consideraba que con respecto a la formalización de las hipotecas debían ser la entidad deudora (…) y la entidad acreedora (…) quienes debían de concurrir al otorgamiento de la hipoteca, en ningún caso el Ayuntamiento, y que resulta que ha sido... la que sistemáticamente se ha negado a formalizar la hipoteca con la cancelación del aval al entender que, dada la situación de crisis del sector inmobiliario, era mejor garantía el aval del Ayuntamiento que la garantía hipotecaria.

La contestación contradice a... y señala que fue requerida en dos ocasiones para la cancelación de la Póliza de Afianzamiento y sustitución por préstamo hipotecario; requerimientos efectuados el 20 de junio de 2011 y el 23 de septiembre de 2013.

17.- Mediante Sentencia nº 1/2015, de 8 de enero, del Juzgado de Primera Instancia nº 1, se desestima la demanda interpuesta por... contra el Ayuntamiento de Beriain, condenando en costas a la parte demandante.

De la citada sentencia se transcriben por su interés los siguientes contenidos:

> *"…Que la condición específica que se examina forma parte del contenido de la póliza de afianzamiento, pese a que por el Sr.., representante de la actora, y por la testigo Sra…, empleada de la demandante, se niegue en sus respectivas declaraciones que se hubiese aprobado tal condición, resulta plenamente acreditado del examen de la prueba practicada y en concreto del documento n° 7 del escrito de contestación a la demandada en relación con el 6 y el 8 y con la declaración testifical, prestada por el Sr… así como de las declaraciones prestadas por el Sr... y la Sra…*
>
> *En efecto, del documento n° 7 de la contestación a la demanda, consistente en el expediente administrativo que fue promovido por el Ayuntamiento de Beriain para obtener la autorización del Departamento de Administración Local del Gobierno de Navarra a fin de que pudiera*

avalar a..., se desprende sin género de duda que el otorgamiento por el Ayuntamiento del aval quedó condicionado a que se «apruebe definitivamente la inscripción de la correspondiente reparcelación del nuevo suelo y por tanto sea susceptible de ser hipotecado». Así resulta del informe de intervención redactado por el Sr… de fecha 21 de abril de 2010, del acta del Ayuntamiento de 26 de abril de 2010 recogiendo el acuerdo adoptado por el Pleno en sesión extraordinaria urgente en que se aprueba el Plan de Viabilidad elaborado por el referido interventor municipal y de la Resolución de 16 de noviembre de 2010 del Director General de Administración Local en que se autoriza al Ayuntamiento de Beriain al otorgar un aval a la empresa municipal..., por un importe de 3.900.000 €, estando condicionada dicha autorización al cumplimiento del compromiso asumido por el Pleno de la Corporación el 26 de abril de 2010.

El referido compromiso no es otro que el que se describe en el apartado relativo a la situación actual del informe del interventor; municipal (página 2 del informe) en que claramente se recoge la solución expuesta que además se hace constar fue «aportada por...», implicando, primero, la hipoteca del actual suelo urbano para financiar los costes de construcción que puedan soportar estas 108 viviendas y segundo, financiar el exceso de costes que provoca la modificación de la promoción, garantizándolo mediante aval bancario transitorio suscrito por el Ayuntamiento mientras no se apruebe definitivamente la inscripción de la correspondiente reparcelación del nuevo suelo y por tanto sea susceptible de ser hipotecado.

Ciertamente que el mismo informe de intervención, como se mantiene por la parte demandante, contempla la posibilidad de que los terrenos, propiedad del Ayuntamiento y sobre los que se debiera de constituir la hipoteca en sustitución del aval prestado por éste, sean vendidos, pero de ello no se deriva en modo alguno que la condición específica no fuere expresamente establecida para otorgar el aval. En efecto, en el apartado relativo al plan de viabilidad del Ayuntamiento para poder concertar el aval se hace referencia a la posibilidad de venta de los terrenos referidos si bien tal plan de viabilidad lo es al único objeto y en previsión de que, durante la vigencia temporal del afianzamiento y por cualquiera causa, el Ayuntamiento haya de hacer frente a las obligaciones derivadas del aval justificándose con el plan de viabilidad la disponibilidad patrimonial, económica y solvencia del Ayuntamiento suficientes para poder hacer frente a sus deudas derivadas, precisamente, del aval transitorio.

Que la entidad demandante tuvo conocimiento de tal condición específica y la aceptó se desprende del reconocimiento efectuado por el Sr… y por la Sra… de que antes de la firma de la póliza tenían conocimiento del expediente administrativo tramitado al efecto ante el

Departamento de Administración Local del Gobierno de Navarra incluido el informe de intervención, el acuerdo adoptado por el Ayuntamiento y la Resolución del citado Departamento, todos ellos de fecha anterior a la firma de la póliza. Se reconoce, asimismo, por la Sra… que fue objeto de negociación entre las partes la condición específica que se examina aun cuando niegue que no se aprobó.

Que fue aceptada la condición específica se desprende, igualmente, del documento n° 6 del escrito de contestación a la demanda consistente en diversos correos electrónicos que se intercambiaron entre sí la Sra… y el Sr…, redactor del Proyecto de..., relativos, precisamente, a la modificación del Plan Municipal de Beriain para la Unidad US.1 y al Proyecto de Reparcelación y sobre cuyos terrenos habría de constituirse la posterior hipoteca, y del hecho de que fuera la propia entidad actora la que, tras autorizarlo el Sr…, quien presentara el Proyecto de Reparcelación en el Registro de la Propiedad para su inscripción así como para su retirada del mismo una vez inscrito, lo que es reconocido por el Sr… y la Sra…, trámites que tuvieron lugar a finales de 2010 y con una urgencia que incluso llegó a ser en palabras del Sr… «molesta».

Por último, no puede obviarse que ante la devolución por el Ayuntamiento de la póliza de afianzamiento firmada por el mismo e incluyendo la condición específica y la diligencia de intervención en que se hace constar que la póliza se extiende en 4 hojas y un anexo, no consta que por la entidad actora se hiciera la más mínima objeción a su inclusión y aceptación, así como que, una vez inscritos los terrenos desde el 25 de enero de 2011 y pudiendo, en consecuencia, constituirse la hipoteca a que se condicionaba la duración del aval, por el Ayuntamiento de Beriain se remitió al Sr… la comunicación, que se aporta como documento n° 8 de la contestación a la demanda de fecha 20 de junio de 2011 que consta fue recibida el 28 de junio con el acuse de recibo aportado, en que se le viene a requerir para que la entidad actora realice las gestiones necesarias para constituir la hipoteca y así proceder a la anulación del aval.

De lo expuesto cabe concluir que de los actos de las partes tanto anteriores, como coetáneos e inmediatamente posteriores a la fecha de la contratación de la póliza litigiosa no resulta otra intención de los contratantes que la de incluir en el contrato la condición específica examinada en cuanto a la duración del afianzamiento del Ayuntamiento demandado, siendo de hecho admitida tal condición por la parte actora en el trámite de alegaciones finales en la vista".

Por lo que se refiere a si... fue requerida para cancelar la póliza de afianzamiento y su sustitución por préstamo hipotecario, el fundamento tercero de la Sentencia señala que:

"La prueba practicada a este respecto acredita también de manera concluyente que la demandante fue requerida de manera fehaciente por el Ayuntamiento demandado a fin de que procediera a la anulación del aval por poderse ya constituir la hipoteca a que se condicionaba su vigencia una vez inscritos los terrenos a hipotecar y poniéndose a disposición de la demandante para realizar las operaciones pertinentes. Así resulta del documento n° 8 de la contestación a la demanda de fecha 20 de junio de 2011 que, como anteriormente se ha concluido, fue recepcionado, por la demandante con fecha 28 de junio de 2011, recepción que viene a admitir la Sra... en su declaración testifical.

Dicha comunicación consta admitido por la actora no fue objeto de respuesta ninguna por su parte por entender que ni siquiera la merecía y ello porque, como se mantenía inicialmente en la demanda, la condición específica a que se refería la comunicación no era parte integrante del contenido del contrato.

Al margen de la poco acertada redacción de la condición específica litigiosa al no ser... quien deba proceder a la constitución de la hipoteca por no ser propietario de los terrenos a hipotecar, lo cierto es que el Ayuntamiento demandado a través de la comunicación que se aporta como documento n° 8 no pretende otra cosa que dar cumplimiento al contrato y ponerse a disposición de la demandante a fin de que se realicen las actuaciones necesarias para poder constituirse la hipoteca y con ello cancelar el aval de acuerdo con el contenido de la póliza pactado entre las partes.

Es claro, por tanto, que la falta de cancelación del aval otorgado por el Ayuntamiento no solo puede ser imputada a la entidad demandante al no haber consentido la misma mediante la constitución de la hipoteca a que se condicionó su vigencia. La falta de consentimiento de la demandante a dar cumplimiento al contrato en los términos pactados se desprende sin género de duda del hecho de que ni siquiera dicha demandante admitía la existencia de la condición litigiosa, no considerándola parte del contrato, lo que únicamente ha admitido en el trámite de sus alegaciones finales en la vista celebrada.

Las alegaciones de la demandante respecto a que el, Ayuntamiento o... hubiera podido constituir la hipoteca voluntaria de manera unilateral al amparo del artículo 141 de la Ley Hipotecaria, no desvirtúa que la falta de cancelación del aval sea imputable a la demandante habida cuenta que, de hecho, consta acreditada su negativa a aceptar y consentir tal cancelación con la constitución de la hipoteca.

Finalmente, respecto a que la constitución de la hipoteca hubiera sido un acto rescindible por aplicación de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Concursal al haber sido declarado en concurso la sociedad municipal..., tampoco puede acogerse habida cuenta que la declaración del concurso de la misma tuvo lugar por Auto de 30 de octubre de 2013 mientras que la comunicación dirigida por el Ayuntamiento para la cancelación del aval es de fecha 20 de junio de 2011, por lo que no concurriría el requisito temporal que se exige para el ejercicio de las acciones de retroacción cuyo objeto es la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor, esto es..., dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.

La demanda, en definitiva, debe ser desestimada"

18.- Mediante Sentencia nº 438/2016, de 29 de septiembre, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, se admite el recurso de apelación interpuesto por... contra la Sentencia de 8 de enero de 2015, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Pamplona, y se estima la demanda interpuesta por... condenando al Ayuntamiento de Beriain al pago de la cantidad de 3.900.000 euros, más intereses legales.

La citada sentencia, en su fundamento de derecho tercero indicaba que:

"Considerando lo antes señalado, el reducirse la apelación a la interpretación del contenido de la condición introducida por el Ayuntamiento y la apreciación del incumplimiento de la demandante, para el examen del recurso debe partirse de lo estimado en sentencia y que no es objeto de apelación, como es, la inclusión por la parte demandada en la póliza de afianzamiento de la condición respecto a la duración, al tener por acreditado el ser conocida anteriormente por la demandante y su aceptación, por lo tanto, y aun cuando no esté firmada por la demandante, pasó a integrarse en el contrato, póliza de afianzamiento.

Así a la vista de la demanda y apelación no se observa exista, propiamente, la variación de los fundamentos de la instancia y los del recurso, aducida por la apelada y como causa de desestimación del recurso (art. 456 LEC).

Por cuanto, si bien, la parte en su demandada fundaba su pretensión en que la condición introducida por el Ayuntamiento no formaba parte del contrato, razón por la que sostenía no le era oponible, también, recogía fundamentos en los que basaba la subsistencia de la póliza y

exigibilidad en el caso de admitirse aquella comprendía la condición introducida por el Ayuntamiento, en concreto, el hecho que al no haberse constituido la hipoteca por razones ajenas al acreedor la condición no producía efectos, añadía, que dado que sólo se había requerido por el Ayuntamiento en julio de 2013 y cuando el mismo conocía la situación de insolvencia de la mercantil..., lo que hacía imposible la constitución de la hipoteca, en tanto la declaración en concurso de la sociedad (auto de 30/10/13) haría que aquella fuera rescindible".

Por su parte, el fundamento de derecho cuarto exponía que:

"El recurso, además de lo relativo a la interpretación que ha de hacerse de la condición introducida por el Ayuntamiento, se centra en no haber sido requerido para la constitución de la hipoteca por la demandada ni por la sociedad, admitiendo, únicamente, lo fue en 2013, momento en que por la situación de insolvencia del deudor principal y posterior declaración de concurso haría imposible, al estar dentro del plazo de los actos rescindibles (art. 71 LC).

Ello le da significado a que al ser la mercantil (…), propietaria de las parcelas a hipotecar, la que tenía capacidad para constituir la hipoteca, y no procedió a ello requiriéndole al afecto, tampoco, conforme le faculta la norma la constituyó unilateralmente requiriendo su aceptación por el acreedor (138, 141 LH).

Aspecto esencial del recurso y respecto del que a la vista de las alegaciones de las partes y los hechos acreditados no coincidimos con la valoración realizada por el juez de la instancia. En tanto si bien en la sentencia valora la inadecuada redacción de la condición - «… la poco acertada redacción de la condición específica litigiosa al no ser... quien deba proceder a la constitución de la hipoteca, por no ser propietario de los terrenos a hipotecar … »- y ello en función, que en efecto, quien tiene la capacidad de hipotecar es el propietario del inmueble, la sociedad de cuyas participaciones es titular el Ayuntamiento, incorrección pese a la que es clara la voluntad de las partes no cabiendo otra interpretación (art. 1281 a 1284 CC). De modo que se trataría de una obligación pendiente de la voluntad de un tercero, el deudor principal (art. 1115 CC), a la que se condiciona el mantenimiento de la fianza, que estaría en vigor hasta la constitución de la hipoteca que solo puede serlo por quien tenía capacidad para ello.

No obstante entendemos, por tales motivos, que aun cuando conste el requerimiento del Ayuntamiento, 21 de junio de 2011 recibido el día 28 -que ha sido aportado las actuaciones, y, como recoge la sentencia, la empleada de la demandante en su testimonio reconoció haberlo

recibido-, dados los términos del mismo y puesto en relación con el contenido de la condición que fue redactada por el fiador (art. 1288 CC), no es suficiente para atribuir el incumplimiento al acreedor, ya que lo que por él hace el fiador es ponerse a su disposición para la constitución de la hipoteca y consiguiente cancelación del afianzamiento, suponiendo, el pretender que quien no tiene facultad de constituir la hipoteca proceda a ello, más cuando quien la tiene, el deudor principal titular de las fincas, es una entidad cuyas participaciones pertenecen al fiador y cuyos miembros forman su órgano de administración, pudiendo conllevar de admitirse serlo que la validez o el cumplimiento de la obligación quedara sometida al arbitrio de una de las partes (art. 1256 CC).

Razones por las que se entiende no ha lugar a considerar que la carta de 25/6/11 constituya propiamente un requerimiento y pueda tener los efectos pretendidos, en tanto sería equivalente al desplazamiento por el fiador del deudor principal al acreedor de la obligación de constituir la hipoteca para sustituir a la fianza, sin que por tal motivo la falta de respuesta por la apelante pueda tomarse como "negativa a aceptar y consentir tal cancelación con la constitución de la hipoteca", en tanto es algo que no le es posible.

Por tanto, aun partiendo que la demandante hubiera actuado como si la cláusula no fuera parte del contrato ello no supone que con la comunicación que le fue dirigida determine su incumplimiento pues se trata de una obligación para cuyo cumplimiento carece de capacidad y que según la cláusula introducida por el fiador, conforme lo antes señalado, dependía de la voluntad de un tercero.

En definitiva la falta de respuesta e incluso de actuación alguna por la demandante, en el supuesto de autos, propiamente no supone incumplimiento, pues como se señala por la apelante, no existió requerimiento para comparecer al otorgamiento de la hipoteca, ni siquiera la constitución con carácter voluntario y ulterior ofrecimiento de aceptación (art. 138, 141 LH), esto es, la condición no se cumple por el único que tenía capacidad para ello, siendo un acto ajeno al ámbito de actuación de la apelante por el que entendemos no cabe apreciar haya incumplido, aun cuando por la comunicación calificada de requerimiento la demandada se hubiera puesto a su disposición y reclamando la cancelación de la hipoteca y sin que por su parte se hubiera llevado a cabo acto alguno, siquiera dado respuesta, aun cuando entendamos que es revelador de la estimación de la no comprensión de la condición en la póliza de crédito, no es equiparable a la cita para comparecer al otorgamiento o la aceptación de la hipoteca previamente constituida, y, por tanto, que la falta de respuesta suponga negativa a la cancelación de la fianza con la constitución de la hipoteca.

Lo que coincide con las actuaciones que constan en autos, que lo explicarían, en tanto que realizadas confiando en que se contaba con la fianza como garantía, aun cuando se valore que aquella lo fue con carácter transitorio en tanto se procedía la inscripción de las parcelas y se hipotecaban para sustituirla, en la medida que era el deudor principal, entidad perteneciente al fiador, era quien podía constituir la hipoteca.

Sentido que concuerda con los actos anteriores y posteriores, como son la suscripción el otorgamiento de la póliza de crédito el 10 de febrero de 2010 antes de que lo fuera el afianzamiento firmado por la demandante el 23 de diciembre de 2010 y devuelto por el Ayuntamiento, una vez introducida la condición, antes del 31 de diciembre de 2010, actos anteriores a la inscripción de las parcelas el 25 de enero de 2011, momento desde el que era posible su hipoteca, de hecho, es casi cinco meses después de la inscripción, el 21 de junio de 2011, cuando el Ayuntamiento dirige el requerimiento al acreedor; el préstamo venció el 10/2/12, siendo incumplido, procediendo el acreedor en lugar de reclamarlo a refinanciarlo, ampliando el plazo en dos años –desde el 7 marzo de 2012 a 7 de marzo de 2014-; la situación del deudor motiva que el 14 de mayo de 2012 el acreedor le dirija una carta en la que le insta a solucionarla, con expresa mención de la existencia de afianzamiento del Ayuntamiento, sin que conste que antes y desde que fue posible, ni con ocasión del vencimiento e incumplimiento del préstamo, se constituyera la hipoteca sobre las parcelas, ni el deudor principal actuara en tal sentido o a dicho fin, tampoco, el fiador; que si lo es una vez incumplida la refinanciación y cuando por carta de 20 de junio de 2013 se le hace un ofrecimiento de nueva refinanciación, a la que responde el 5 de julio de 2013, comunicando el acuerdo del día anterior del Ayuntamiento en el que se rechaza y nuevamente insta en similares términos a la constitución de la hipoteca y cancelación de la fianza, ello en un momento en que la situación del deudor principal era la que unos meses después condujo a la solicitud y declaración del concurso de acreedores.

La sucesión de hechos muestra que el fiador, ni el deudor, pese a lo acontecido, teniendo posibilidad de ello, no consta realizaran ningún acto dirigido a la constitución de la hipoteca, únicamente, la carta de 20/6/11, sin que posteriormente ni siquiera cuando se incumple el préstamo y se refinancia realizara actuación alguna para el cumplimiento de una condición que no dependía del acreedor. Motivos por los que entendemos no cabe apreciar el concurrir incumplimiento de la demandante, ni que le sea imputable, procediendo, en consecuencia la estimación del recurso."

19.- Mediante Auto de 3 de abril de 2019, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo inadmite los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por el Ayuntamiento de Beriain contra la sentencia de 29 de septiembre de 2016, dictada por la Audiencia Provincial de Navarra.

20.- El 25 de septiembre de 2019 se emite un extenso informe jurídico suscrito por dos letrados en el que, a petición del Ayuntamiento de Beriain, se analiza "la viabilidad jurídica de la revisión de oficio del acto de la Alcaldía del Ayuntamiento de contratación de la Póliza de Préstamo formalizada entre... y... para financiación (hasta la inscripción del Proyecto de Reparcelación y constitución del Préstamo Hipotecario) sobre los inmuebles (viviendas y solares) resultantes del desarrollo y ejecución de la Unidad US-1 del Plan Municipal de Beriain".

El citado informe termina concluyendo que:

"A juicio de quienes suscriben este informe existen posibles causas de nulidad en el acto de otorgamiento del contrato de Póliza de Afianzamiento por el Alcalde y en el procedimiento previo de contratación tramitado que en principio y sin perjuicio de lo que se pudiera determinar de la instrucción del procedimiento de revisión se han expuesto en la consideración segunda de este informe y que motivan la incoación del correspondiente expediente de revisión de oficio de las actuaciones del Alcalde en el otorgamiento de la Póliza de Afianzamiento para su tramitación conforme a los trámites del artículo 106 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común y hasta su resolución (en su caso y en el sentido del preceptivo Dictamen del Consejo de Navarra que se emita en el mismo) con declaración de nulidad o en su caso de confirmación de los mismos".

El informe, tras poner de manifiesto que los contratos privados celebrados por las Administraciones Públicas se rigen en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la Ley Foral de Contratos Públicos, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado, considera factible acudir a la facultad de revisión reconocida por el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 11 de octubre (en adelante, LPACAP), del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con los actos de preparación y adjudicación del contrato, cuando se vean afectados

por causas de nulidad de pleno derecho, contempladas por el artículo 47.1 de la LPACAP.

A continuación, analiza las posibles causas de nulidad entendiendo que concurre la causa de nulidad del artículo 47.1.e) de la LPACAP por ausencia de trámite esencial en el procedimiento previo y para el otorgamiento de la Póliza de Afianzamiento y la contemplada en el artículo 47.1.b), por falta de competencia de la Alcaldía en la suscripción del contrato privado con... para la Póliza de Afianzamiento.

Con respecto a la primera causa de nulidad invocada, considera que la aprobación mediante Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 9 de diciembre de 2010 del acuerdo para el otorgamiento del aval facultando al Alcalde para su firma, estaba sometido a unas condiciones determinadas, concretamente al Plan de Viabilidad elaborado por el Interventor y aprobado por acuerdo plenario de 26 de abril de 2010 y, por tanto, con una duración temporal limitada a que se diera la condición de que los terrenos fueran calificados como urbanos e inscritos en el Registro de la Propiedad y que el Ayuntamiento tuviera capacidad de disponer de los terrenos para hacer frente a la deuda en caso de ejecución del aval, mientras que el documento suscrito por el Alcalde no recogía tales condiciones ni su contenido, “por lo que siendo un acto de contratación sustancialmente distinto del que estaba facultado a firmar por Acuerdo del Pleno de 9 de diciembre de 2010, no se ve en el expediente de contratación acto alguno, por parte de quien ejerce el poder adjudicador, como es el Pleno del Ayuntamiento que acordase bien modificar las condiciones del aval previamente a la firma (por medio de la tramitación del oportuno nuevo expediente de modificación de dicho contrato) ni bien acuerdo que (para bien o para mal) ratificase con posterioridad el documento efectivamente suscrito por la Alcaldía… La omisión de tal trámite posterior a la autorización de la Comunidad Foral, y previo a la suscripción del contrato de Póliza de Afianzamiento, es de suma trascendencia y gravedad ya que es el trámite que hubiera permitido comprobar y controlar la adecuación de las condiciones y contenido de dicho documento de contrato privado a las condiciones de la autorización del otorgamiento del aval establecidas por el Departamento competente del

Gobierno de Navarra, por el propio órgano competente que lo acordó solicitar (el Pleno de la Corporación) y todo ello para comprobar el cumplimiento y adecuación de dicho documento contractual al Plan de Viabilidad que sirve de base a la operación".

Con respecto a la causa de nulidad invocada al amparo del artículo 47.1.b) de la LPACAP, el informe considera que el contrato de afianzamiento firmado por el Alcalde es nulo de pleno derecho por cuanto la competencia para ello correspondía al Pleno de la Corporación, "el contrato de Póliza de Afianzamiento fue firmado por la Alcaldía, sin que conste en el expediente que el Pleno adoptase acuerdo alguno de delegación en favor de la Alcaldía para la firma de ese documento, con independencia de su posible delegación" (sic).

El informe jurídico considera que en los casos de incompetencia jerárquica o de grado para que sea constitutivo de causa de nulidad, y no de anulabilidad, resulta necesario que el acto o acuerdo no pueda ser subsanado y convalidado posterior y superiormente, y entiende que ello no es posible en este caso, porque para ello hubiera sido necesario tramitar un nuevo expediente, con unas nuevas condiciones, no siendo suficiente con la sustitución de la firma del Alcalde por un Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento. "Ese posible ejercicio de subsanación solo puede fluir desde la tramitación de un expediente de contratación en su integridad y hasta su final".

21.- A la vista del citado informe jurídico, el Pleno del Ayuntamiento de Beriain, en sesión celebrada el 7 de noviembre de 2019, acordó iniciar el procedimiento de revisión del acto de la Alcaldía de otorgamiento de la póliza de afianzamiento a favor de la Sociedad Municipal..., dando audiencia a los interesados,... y don…, entonces Alcalde del Ayuntamiento.

22.- El 18 de noviembre de 2019 tiene entrada en el registro municipal escrito de alegaciones formuladas por don… en el que manifiesta que:

> *"no suscribí documento alguno y en especial el referido en su escrito relativo al afianzamiento del Ayuntamiento de Beriain, al margen de las facultades legales, competencia y procedimientos administrativos que*

la Ley me confería.

Que en relación a los términos de dicho afianzamiento que figuran en el entrecomillado del quinto párrafo de su Notificación (texto relativo a las condiciones de dicho afianzamiento) la entidad... era conocedora de los términos y amplitud legal del mismo y por ello las limitaciones de la firma-consentimiento suscritos deben entenderse dentro del ámbito de la Autorización realizada por el Pleno del Ayuntamiento y de los órganos correspondientes del Gobierno de Navarra.

Que dicho acto de afianzamiento, el cual era público y conocido, fue validado y/o refrendado de manera explícita o de facto por estar sometida el mismo a la supervisión y/o visado de los diferentes órganos controladores de la Institución tales como: Intervención, Secretaria y Pleno del Ayuntamiento; así como por la totalidad de concejales y alcaldes tanto de aquella legislatura 2.007-2.011 como de las posteriores a partir de junio del 2.011 hasta el presente. Que dichas personas, órganos o instituciones conocían desde su suscripción de la existencia de dicho acto de afianzamiento y no tengo constancia de que me comunicaran desaprobación o irregularidad alguna así como tampoco por parte de los demás órganos fiscalizadores del Gobierno de Navarra y Cámara de Comptos a los que ha estado sometido dicho afianzamiento.

Finalmente, que debo manifestarle mi extrañeza por el hecho que implica una puesta en duda del ejercicio de mis facultades como Alcalde-Presidente conforme a la legalidad; dado que en los diferentes recursos, pleitos etc. que las diferentes corporaciones han llevado a cabo sobre este asunto contra dicho acto de afianzamiento, contando según la ley del asesoramiento legal oportuno para defensa de los intereses del Ayuntamiento y de la Legalidad sea ahora tras más de 9 años cuando se pone en duda mi buen hacer conforme a los procedimientos y legalidad como alcalde-presidente de aquel Ayuntamiento."

23.- El 4 de diciembre de 2019 presenta escrito de alegaciones, acompañado de extensa documentación.... Tras reseñar los hechos que considera de interés se opone a las causas de nulidad invocadas por el informe jurídico emitido a petición del Ayuntamiento.

Con respecto a la presunta causa de nulidad del artículo 47.1.e) de la LPACAP por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello, dado que el Ayuntamiento entiende que la póliza de afianzamiento firmada con la incorporación de la

“condición específica en cuanto a duración” suponía una variación sustancial con respecto a lo establecido por el Plan de Viabilidad, lo autorizado por el Departamento de Administración Local y lo aprobado por el pleno del Ayuntamiento, la alegación considera que tal planteamiento es insostenible, improcedente y un intento de evitar el pago al que ha sido condenado por sentencia judicial firme. Se alega que no ha habido variación entre lo firmado y lo autorizado y aprobado, siendo sorprendente que sea el Ayuntamiento quien defienda ahora la discordancia entre lo firmado y aprobado cuando a lo largo de todas las actuaciones judiciales habidas ha manifestado expresamente que el anexo de la póliza “respondía, precisamente, a la voluntad municipal expresada en sus acuerdos de 26 de abril y 9 de diciembre de 2010” y para ello se remite a fragmentos de los escritos de contestación a la demanda efectuados por la representación letrada del Ayuntamiento y a la oposición al recurso de apelación. Igualmente, el alegante se refiere a las consideraciones vertidas en los escritos de 20 de junio de 2011 y 4 de julio de 2013, en los que se requería para cancelar el aval y sustituirlo por préstamo hipotecario y considera que tal posición municipal actual es contraria a la doctrina de los actos propios e incurre en un claro supuesto de desviación de poder y, añade que, en todo caso, la pretensión de revisión de oficio, sería contraria al principio de buena fe y confianza legítima, y dado el tiempo transcurrido, contraria a los límites de la revisión establecidos por el artículo 110 de la LPACAP, sin olvidar que ese procedimiento de revisión se inicia tras la existencia de una condena civil firme y ejecutiva mediante la sentencia 438/2016, de la Audiencia Provincial de Navarra. Por último, en relación con esta causa de nulidad, el alegante considera que no existe propiamente un acto administrativo a revisar, que de lo que se trata es de una controversia relativa a la ejecución de un contrato sometido al derecho privado.

Por lo que se refiere a la causa de nulidad del artículo 47.1.b) de la LPACAP al considerar que el acto de formalización realizado por el Alcalde es contrario a lo autorizado por el Pleno y que fue realizado por órgano manifiestamente incompetente la alegación, con cita de doctrina jurisprudencial, considera que en ningún caso puede considerarse que concurran los requisitos de incompetencia manifiesta, clara y ostensible, y

buena prueba de ello son las complejas y artificiosas argumentaciones utilizadas por el informe jurídico para su defensa.

Por todo ello, reclama el archivo del expediente de revisión y, subsidiariamente, para el improbable supuesto de que se declarase la nulidad del acto de afianzamiento requerido, solicita se declare la responsabilidad administrativa reconociendo el derecho de... a ser indemnizada por la cantidad de 3.900.000 euros, más los intereses procedentes.

24.- Por acuerdo plenario de 10 de enero de 2020, el Ayuntamiento de Beriain, ante la solicitud subsidiaria formulada por... de reclamación de daños y perjuicios, acordó dar nueva audiencia a los interesados por plazo de diez días hábiles respecto a la concurrencia de esa posible responsabilidad, en aplicación de los artículos 32.2 y 34.1 en relación con el artículo 106.4 de la LPACAP, a la vez que se suspendía la tramitación del procedimiento durante tal plazo de audiencia.

25.- El 17 de enero de 2020 presenta escrito... en el que considera improcedente e innecesario este nuevo trámite de audiencia que lo considera como otro retraso del Ayuntamiento de Beriain para no resolver el expediente y abonar la cantidad debida.

26.- Mediante Resolución de Alcaldía 17/2020, de 30 de enero, se vuelve a otorgar un nuevo plazo de audiencia con puesta a disposición de los interesados de todos los documentos obrantes en el expediente, invocando la doctrina de este Consejo de Navarra expuesta en dictámenes n°s 2/2018 y 17/2018.

27.- El 14 de febrero de 2020... considera improcedente el nuevo trámite concedido al considerar que no concurren los supuestos considerados en los dictámenes invocados del Consejo de Navarra y, respecto al fondo de la cuestión, indica que del escrito de alegaciones del entonces Alcalde del Ayuntamiento de Beriain se deduce la inexistencia de ilegalidad alguna y el beneplácito y completa supervisión y aprobación por

parte del Pleno de la Corporación y de su personal de fiscalización y control de la actuación del Alcalde en la formalización de la Póliza.

28.- El 28 de mayo de 2020, los letrados asesores del Ayuntamiento de Beriain emiten un extensísimo informe analizando las alegaciones formuladas en el trámite del procedimiento de revisión de oficio, en el que proponen desestimar las alegaciones formuladas y elevar al Consejo de Navarra “propuesta de estimación de la declaración de nulidad del acto administrativo suscrito por el Alcalde del Ayuntamiento de Beriain de Póliza de Aval de Afianzamiento por parte del Ayuntamiento de la Póliza de Préstamo formalizada entre... y..., para financiación (hasta la inscripción del Proyecto de Reparcelación y Constitución del Préstamo Hipotecario) sobre los inmuebles (viviendas y solares) resultantes del desarrollo y ejecución de la Unidad US-1 del Plan Municipal de Beriain, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106.1, en relación con el artículo 47.1.b), e) y h), todos ellos en la Ley 39/2015 PAC, por posible concurrencia de causas de nulidad de pleno derecho”, así como suspender el plazo para resolver el procedimiento y notificar la resolución que proceda conforme a lo establecido en el artículo 22.1.d) de la LPACAP”.

El informe tras reseñar ampliamente los antecedentes ya expuestos en el presente dictamen analiza las alegaciones formuladas y expone sus razones para proponer su desestimación.

En relación con la causa de nulidad del artículo 47.1.e) de la LPACAP considera que en la argumentación municipal no existe vulneración de la doctrina de los actos propios ya que, en su opinión y con cita de pronunciamientos judiciales, entiende que no puede confundirse la tramitación de la revisión de oficio de actos firmes por una Administración que constata que pueden adolecer de vicios de nulidad de pleno derecho, con lo que se considera vulneración de la doctrina de los actos propios mediante una variación, en actos futuros, que devienen en gravamen para los interesados por actos firmes previos cuya validez no se cuestionó y quedaron consolidados.

Del mismo modo rechaza la imputación de desviación de poder en la actuación revisora del Ayuntamiento de Beriain ya que no se acredita por la entidad financiera alegante ningún motivo que explique el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los establecidos por el ordenamiento jurídico.

En cuando a los límites a la revisión y el alegato de vulneración del principio de buena fe y confianza legítima, considera, con cita del dictamen 17/2018 de este Consejo de Navarra, que no concurren y que el hecho de que no se hubiera planteado la nulidad de la firma del Alcalde en el proceso civil fue debido a que no era la jurisdicción competente para decidir tal cuestión. Se añade que la causa de que haya pasado tanto tiempo se debe a la larga duración de los procedimientos judiciales relativos al contenido y efectos del acto de contratación del afianzamiento. En defensa de su planteamiento se invoca la STS, Sala Tercera, Sección 4ª, Sentencia 168/2018, de 6 de febrero, dictada en el Recurso de Casación 3470/2015, en la que se analiza desde la órbita de la revisión de oficio, los límites a la facultad revisora en relación con el tiempo transcurrido y la buena fe o confianza legítima, y considera que en el caso objeto de dictamen tales límites no afectan a la facultad revisora del Ayuntamiento para depurar el acto nulo de pleno derecho que, a su juicio, supuso la firma por el entonces Alcalde de la Corporación de un contrato de afianzamiento con condiciones diferentes a las aprobadas y autorizadas.

Respecto a la causa de nulidad al amparo del artículo 47.1.b) de la LPACAP consistente en falta de competencia manifiesta del Alcalde para el otorgamiento de la Póliza, el informe reitera su posición anterior de que el Alcalde carecía de competencia para ello conforme a los artículos 21.1. f) y 22.2.m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local y a lo establecido en similares términos por el artículo 129.2 y 3 de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra, al superar ampliamente el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto de la entidad local, “sin que conste en el expediente que el Pleno adoptase acuerdo alguno de delegación en favor de la Alcaldía, con independencia de su posible delegación (…) Es decir que, aun considerando

la imposible delegación, la Alcaldía carecía a todas luces de la competencia para la firma de tal contrato de afianzamiento". Añade, que para que la incompetencia sea motivo de nulidad por razón de la materia se exige que cuando se trata de incompetencia jerárquica o de grado no pueda ser subsanada y convalidada posterior y superiormente y, en tal sentido, considera que la convalidación resultaba inviable porque concurre con otro vicio de nulidad cual es la ausencia del trámite esencial de control y aprobación de dicho documento, al ser una póliza diferente a la inicialmente aprobada.

El informe analiza la pretensión subsidiaria de indemnización por daños y perjuicios derivados de la posible anulación del acto de contratación de la póliza de afianzamiento. En relación con ello considera que la firma y suscripción de la póliza de afianzamiento, con las graves infracciones del ordenamiento jurídico ya expuestas, lo fue con expresa participación de... y, por ella, adquirió una facultad jurídica que no le correspondía legalmente como era la facultad de obtener una garantía de afianzamiento del Ayuntamiento sin los requisitos previos de la autorización conferida para ello, y entiende, que lo que ahora reclama como daño indemnizable es el no reconocimiento de esa facultad y que, por tanto, no existe lesión patrimonial indemnizable habida cuenta de que lo adquirido por... es una facultad que no tiene amparo legal, lo que le lleva a considerar motivo de causa de nulidad al amparo del artículo 47.1.f) de la LPACAP.

El informe añade que, además, en la actualidad... es titular de la propiedad de los solares inscritos en el Registro de la Propiedad para los que se había constituido el aval de garantía ya que los adquirió mediante adjudicación en subasta del Procedimiento Concursal de... por importe de 600.000 euros, cuando su valor asciende a 4.000.000 de euros y, por otro lado,... dispone de un derecho de cobro del Ayuntamiento de Beriain por condena en sentencia civil firme por la cantidad de 4.793.199,11 euros, por lo que no procede la indemnización reclamada.

Por lo que se refiere a la alegación formulada por el entonces Alcalde del Ayuntamiento de Beriain el informe de los letrados se remite a lo ya

señalado en su informe de 25 de septiembre de 2019, por lo que igualmente propone su desestimación.

29.- El 29 de mayo de 2020 emite informe el Secretario del Ayuntamiento sobre el expediente de revisión en el que se analiza la legislación aplicable y el procedimiento seguido considerándolo correcto y, en cuanto al fondo, aceptando íntegramente el informe de los letrados asesores del Ayuntamiento que hace suyo, considera plenamente acreditadas las causas de nulidad que motivaron la incoación del expediente y por consiguiente la desestimación de las alegaciones formuladas, proponiendo al Pleno de la Corporación la adopción del acuerdo procedente.

30.- El Pleno del Ayuntamiento de Beriain, en sesión celebrada el 4 de junio de 2020 adoptó, de conformidad con la opinión del Secretario y de los letrados asesores, acuerdo desestimatorio de las alegaciones formuladas y elevar al Consejo de Navarra la propuesta de estimación de “la declaración de nulidad del acto administrativo suscrito por el Alcalde de Póliza de Aval, por parte del Ayuntamiento, de la Póliza de Préstamo formaliza entre... y... para financiación (hasta la inscripción del Proyecto de Reparcelación y Constitución del Préstamo Hipotecario) sobre los inmuebles (viviendas y solares) resultantes del desarrollo y ejecución de la Unidad US-1 del Plan Municipal de Beriain, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106.1 en relación con el artículo 47.1.b), e) y f), todos ellos de la Ley 39/2015 PAC, por posible concurrencia de causas de nulidad de pleno derecho reguladas en los preceptos y en los términos motivados de los informes jurídicos que constan en el expediente”.

31.- Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Beriain nº 109/2020, de 5 de junio, con suspensión del plazo para dictar la resolución, al amparo de la delegación contenida por acuerdo del Pleno de 4 de junio de 2020, se solicita de este Consejo de Navarra la emisión del preceptivo dictamen en el expediente de revisión por nulidad de pleno derecho tramitado.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen

La presente consulta, formulada por el Ayuntamiento de Beriain, somete al dictamen de este Consejo de Navarra la solicitud de revisión de oficio por causa de nulidad del acto de formalización, por el Alcalde del Ayuntamiento de Beriain, de la Póliza de Afianzamiento de un Préstamo concertado entre... y..., para financiación (hasta la inscripción del Proyecto de Reparcelación y constitución del Préstamo Hipotecario) sobre los inmuebles (viviendas y solares) resultantes del desarrollo y ejecución de la Unidad US-1 del Plan Municipal de Beriain.

La LFCN establece que el Consejo de Navarra debe ser consultado preceptivamente en "cualquier otro asunto en que la legislación establezca la exigencia de informe preceptivo del Consejo de Navarra o el dictamen de un organismo consultivo" [artículo 14.1.j)] y que los entes locales han de recabar dictamen a este Consejo "en los supuestos previstos como preceptivos en la legislación vigente" (artículo 15.2). Para la revisión de oficio de los actos administrativos, tal remisión nos lleva al artículo 106.1 de la LPACAP, a cuyo tenor "las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del 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 47.1".

En consecuencia, es preceptivo el dictamen del Consejo de Navarra en el presente asunto sometido a consulta que, además, el precepto legal exige que sea favorable.

II.2ª. Marco normativo jurídico de aplicación

Tratándose de un asunto en el que se solicita la declaración de nulidad de pleno derecho del acto de firma de la Póliza de Afianzamiento de un contrato de préstamo por parte del Ayuntamiento de Beriain en favor de la Sociedad Municipal..., deberemos partir de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio,

de la Administración Local de Navarra (en lo sucesivo, LFAL) que remite, en cuanto a las competencias, potestades y prerrogativas de los municipios de Navarra, a las que la legislación general reconoce a todos los del Estado (artículo 29.1, párrafo primero); añadiendo que tendrán asimismo las competencias que, en materias que corresponden a Navarra, les atribuyan las leyes de la Comunidad Foral (artículo 29.1, párrafo segundo).

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL) atribuye a los municipios la potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos [artículo 4.1.g)] y dispone que "las Corporaciones Locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común" (artículo 53). Dichos preceptos legales se reiteran en los artículos 4.1.g) y 218, respectivamente, del Real Decreto 2.568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

Esta remisión a la legislación estatal del procedimiento administrativo común ha de entenderse realizada a la LPACAP, y en particular a su artículo 106.1 que apodera a los municipios, en cuanto Administraciones Públicas, para la revisión de oficio de sus actos en los supuestos de nulidad previstos en su artículo 47.1.

En cuanto al fondo de la cuestión debatida deberemos tener en cuenta la regulación que establece la LFAL y la LBRL sobre distribución de competencias entre los órganos municipales y la legislación de contratos públicos de Navarra actualmente contenida en la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, así como la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, vigente en el momento de formalizarse la Póliza de Afianzamiento por parte del Ayuntamiento de Beriain del Préstamo concedido por... a la Sociedad Municipal....

II.3ª. Sobre la instrucción del procedimiento de revisión de oficio

Aun cuando el artículo 106 de la LPACAP no formaliza el procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos sí establece

algunas previsiones de obligado cumplimiento. El procedimiento de revisión puede iniciarse de oficio o por solicitud del interesado, siendo en todo caso preceptivo el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. En consecuencia, para declarar la revisión de oficio resulta necesario el dictamen favorable de este Consejo de Navarra.

En el presente caso el procedimiento de revisión se ha iniciado de oficio por el Ayuntamiento de Beriain por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 106.5 de la LPACAP, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo, salvo que se haya acordado la suspensión al amparo de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la citada norma legal.

El procedimiento de revisión objeto de este dictamen se inició mediante acuerdo de 7 de noviembre de 2019 y la propuesta de resolución adoptada mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Beriain de remitir el expediente a este Consejo de Navarra con suspensión del plazo para resolver se adoptó por acuerdo de 4 de junio de 2020. Ello no obstante, hay que advertir que el plazo fue suspendido por dos ocasiones mediante Resoluciones de la Alcaldía de 10 y 30 de enero de 2020, como consecuencia de nuevos trámites de audiencia concedidos. Además, la tramitación del expediente se vio afectada con motivo de la entrada en vigor el 14 de marzo de 2020 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, conforme con su disposición adicional 3ª. En consecuencia, la tramitación del expediente de revisión ha sido correcta, habiéndose dado audiencia a los interesados y elaborándose una propuesta de resolución remitida a este Consejo de Navarra dentro del plazo legal conferido para su adecuada resolución.

II.4ª. Improcedencia de la revisión de oficio solicitada

Tal y como se deriva de los extensos antecedentes recogidos en el presente dictamen se somete a nuestra consideración la propuesta de revisión por causas de nulidad de pleno derecho del acto de firma por parte

del Alcalde del Ayuntamiento de Beriain de la Póliza de Afianzamiento del Préstamo concedido por... a la sociedad municipal..., por un importe de 3.900.000 euros.

La cuestión esencial, objeto de discrepancia que motiva la imputación por parte del Ayuntamiento de Beriain de diversas causas de nulidad, consiste en determinar si la actuación del Alcalde al formalizar la Póliza de Afianzamiento, incorporando al documento contractual remitido por la entidad financiera, una nueva cláusula denominada “Condición específica en cuanto a la duración del contrato”, fue o no ajustada a lo aprobado por el Pleno del Ayuntamiento en sesión celebrada el 10 de diciembre de 2020, conforme al Plan de Viabilidad elaborado por el Interventor Municipal y aprobado por el Pleno Municipal el 26 de abril de 2010, y a la autorización que, conforme a ello, había concedido el Director General de Administración Local del Gobierno de Navarra, mediante Resolución 783/2010, de 16 de noviembre.

Al margen de las posturas que sobre esta cuestión mantuvieron el propio Ayuntamiento de Beriain y la entidad... durante las actuaciones judiciales tramitadas en vía civil con ocasión de la reclamación formulada por la entidad financiera contra la avalista entidad local ante el incumplimiento de las obligaciones de reembolso por parte de la sociedad municipal en relación con el crédito avalado, en este expediente de revisión el Ayuntamiento de Beriain considera que el Alcalde del Ayuntamiento, a la hora de formalizar la Póliza de Afianzamiento introduciendo la condición específica en cuanto a la duración del contrato, se extralimitó en la delegación efectuada, lo que como consecuencia conllevó que se formalizara un contrato de afianzamiento diferente al aprobado por el Pleno Municipal y autorizado por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, lo que a su juicio conlleva la concurrencia de las causas de nulidad consistentes en: a) ser un acto ejecutado por órgano manifiestamente incompetente [artículo 47.1.b) LPACAP] ya que el Alcalde conforme a lo establecido por los artículos 21.1.f) y 22.2.m) de la LBRL y artículo 129.2. y 3 de la LFHLN, únicamente tiene competencia para concertar operaciones de crédito cuyo importe acumulado no supere el 10 por 100 de los ingresos reconocidos por operaciones

corrientes en el último ejercicio económico, no siendo además la falta de competencia subsanable por la concurrencia de la siguiente causa de nulidad; b) ser un acto nulo de pleno derecho por haberse prescindido del procedimiento y requisitos esenciales necesarios para la aprobación y formalización de operaciones de crédito [artículo 47.1.e) de la LPACAP], ya que esa operación financiera suscrita por el Alcalde, al ser diferente a la autorizada por el Plan de Viabilidad, por Administración Local y por el Pleno Municipal, se adoptó y ejecutó careciendo de los requisitos legales esenciales en el procedimiento legalmente establecido para ello; y, c) tras la tramitación del expediente de revisión, considera una nueva causa de nulidad al amparo del artículo 47.1.f), al entender que en virtud de la actuación ilegal del Alcalde se otorgaron a... facultades y derechos careciendo de los requisitos esenciales para ello, al estimar que se le atribuyó la facultad de no hipotecar voluntariamente los solares y no tener por qué atender los requerimientos municipales realizados para tal formalización.

En sentido diametralmente opuesto, tanto el entonces Alcalde del Ayuntamiento que formalizó con su firma la Póliza de Afianzamiento, como la entidad..., beneficiaria de la misma, consideraron que no hubo desviación alguna entre lo firmado por el Alcalde, lo establecido en el Plan de Viabilidad aprobado por el Pleno el 26 de abril de 2010, lo autorizado por Administración Local y lo ratificado por el Pleno de 9 de diciembre de 2010 que aprobó el otorgamiento del Aval y facultó al Alcalde para la firma del Aval, en los términos y condiciones establecidas en el citado acuerdo de 26 de abril de 2010.

Antes de entrar a analizar la concurrencia o no de las causas de nulidad invocadas por el Ayuntamiento de Beriain resulta necesario resolver la invocación de... que plantea dudas acerca de la posibilidad de someter al procedimiento de revisión de actos nulos de pleno derecho la actuación del Alcalde por la que formalizó la Póliza de Afianzamiento.

El contrato de afianzamiento al que se refiere el presente dictamen, conforme con la regulación contenida en la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril,

de Contratos Públicos (en lo sucesivo, LFCP) y en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) debe ser clasificado como un contrato privado celebrado por una Administración Pública.

Partiendo de esta premisa, conforme a lo establecido por el artículo 34.1 de la LFCP y artículo 26.2 de la LCSP, el citado contrato se regirá, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la LFCP y sus disposiciones de desarrollo, y en lo que respecta a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado.

La legislación de contratos del Sector Público contenida en la LFCP y en la LCSP, sigue manteniendo la clásica doctrina de los llamados “actos separables” en cuanto a la regulación de los contratos privados celebrados por las Administraciones Públicas, con la particularidad de que avanza en la “administrativación” de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos privados aplicándola a las entidades privadas (sociedades, fundaciones, asociaciones, etc) dependientes de las Administraciones Públicas.

Como viene reconociendo la jurisprudencia (entre otras muchas, STS de 23 de enero de 1987), la doctrina de los actos separables implica que:

> “incluso cuando el resultado final de una actuación administrativa sea un contrato de derecho privado, la formación de la voluntad de la Administración está sometida a normas de naturaleza jurídico administrativa: el interés público, siempre presente en toda actuación de la Administración, exige que ésta observe en todo caso las reglas sobre competencia y procedimiento.
>
> Ha surgido así la doctrina de los actos reparables que implica:
>
> I. Que aunque la voluntad administrativa desemboque en la perfección de un contrato privado, su preparación y adjudicación está sometida al Derecho Administrativo.
>
> II. Que, por consecuencia, corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con dichos actos preparatorios y de adjudicación.
>
> Todos los contratos, pues, celebrados por la Administración, tanto administrativos como privados, están sometidos en cuanto a la competencia y procedimiento, a unas reglas comunes a las del

Derecho Administrativo , con comunidad también de Jurisdicción a la contencioso-administrativa".

El artículo 38 de la LCSP establece los supuestos de invalidez de los contratos precisando que serán inválidos:

"a) Cuando concurran en ellos alguna de las causas que los invalidan de conformidad con las disposiciones de derecho civil.

b) Cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes."

Es el artículo 39 el que regula y concreta las causas de nulidad de derecho administrativo de los contratos sometidos a dicha Ley, precisando, además de las causas de nulidad establecidas en el artículo 47 de la LPACAP, otra serie de causas de nulidad específicas en relación con la materia contractual.

Por su parte, el artículo 41 señala que la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido por la LPACAP.

Acreditada la posibilidad teórica de que la Administración pueda ejercitar la revisión de oficio en relación con los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos privados por ella celebrados, y que sus efectos serán los que se establecen en el artículo 42 de la LCSP y artículo 117 LFCP, resulta necesario determinar si "el acto de formalización por parte del Alcalde de la Póliza de Afianzamiento", al que se le atribuyen una serie de causas de nulidad de las reguladas en el artículo 47 de la LPACAP, es un acto administrativo preparatorio o de adjudicación del contrato.

El Consejo de Estado en su dictamen 3.412/1999, en relación con un asunto con ciertas semejanzas al aquí analizado, señaló:

"Se plantea en la presente consulta la revisión de oficio que el Ayuntamiento de… pretende hacer del contrato celebrado el día… Ello no es posible porque, en primer lugar, la revisión de oficio supone el ejercicio de una potestad administrativa para la revocación de actos administrativos no de contratos. Cabe pretender la nulidad del acto

Administrativo de adjudicación del contrato, lo que podría tener efectos sobre dicho contrato, pero no es posible instar en vía administrativa directamente y como tal la nulidad del contrato.

En efecto, puede apreciarse la concurrencia de causas de Derecho Administrativo que vicien de nulidad la actuación previa a la formalización del contrato. Siendo así, vendrán referidas a un acto concreto, y no al contrato… Es necesario identificar, por lo tanto, correctamente y con precisión cuál es el acto a anular".

En el presente caso, el vicio o vicios invocados no se refieren ni a los actos preparatorios del contrato, ni al acto de adjudicación, propiamente dichos, sino que las causas de nulidad se imputan al acto mismo de firma y formalización por parte del Alcalde del acuerdo de adjudicación efectuado por el Pleno de la Corporación.

En sentido estricto, al analizar el acto de firma del Alcalde del contrato de afianzamiento no estamos ante un acto administrativo ni preparatorio ni de adjudicación, sino ante su formalización, en cuya virtud nacen con efectos vinculantes los compromisos obligacionales que se derivan del contrato. La finalidad última que se pretende por el Ayuntamiento de Beriain al revisar el acto de formalización del contrato mediante la firma del Alcalde, no es otra que la de instar la revisión del contrato, lo que como indica el Consejo de Estado no es jurídicamente correcto.

Ahora bien, dado que lo que se argumenta por parte del Ayuntamiento de Beriain es el hecho de que con ocasión de la formalización del contrato el entonces Alcalde, separándose de los límites y condiciones otorgados por la delegación y contraviniendo lo acordado por el acuerdo de adjudicación, introdujo una cláusula o condición no aprobada y que, según se argumenta, contradice o se separa radicalmente de la voluntad municipal plasmada en el acuerdo de aprobación del contrato, procede el analizar tal cuestión, si quiera de manera subsidiaria, ya que ello podría conllevar una infracción de lo establecido por el artículo 153.1 de la LCSP que establece que "en ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato, cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación".

El que en relación con la problemática que se deriva del contrato de afianzamiento hayan recaído sentencias firmes en el orden civil, no impide entrar a analizar lo que ahora se nos plantea en este expediente de revisión de oficio ya que, en el momento actual, las invocaciones de nulidad realizadas por el Ayuntamiento de Beriain se efectúan desde un punto de vista diferente al que se fundamentaba en vía civil, de modo que lo ahora alegado no se encuentra resuelto por la sentencia judicial firme que impediría el análisis revisor por este Consejo de Navarra, tal y como reconoce la Sentencia de Apelación nº 332/2019, de 19 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, dictada en el rollo de apelación nº 415/2019.

Ahora bien, aunque la cuestión debatida en este expediente de revisión de nulidad de pleno derecho no esté vedada de análisis por los pronunciamientos judiciales recaídos en la vía civil, ello no significa que, en este trámite, se pueda llegar a conclusiones o valoraciones diferentes con respecto a los hechos que fueron declarados probados en tales actuaciones; máxime teniendo en cuenta el radical cambio que con respecto a ellos, desde una posición meramente estratégica y argumental, mantienen las partes en este expediente de revisión de oficio.

Por ello, este Consejo de Navarra debe partir, en todo caso, de los hechos declarados probados por los órganos de la jurisdicción civil para enjuiciar y valorar la cuestión que aquí se nos plantea, con independencia de la conformidad o disconformidad que con ellos se pudiera tener.

Pues bien, el fundamento de derecho segundo de la sentencia 1/2015, de 8 de enero de 2015, del Juzgado de Primera Instancia nº 1, de Pamplona, claramente señala que:

> “En efecto, del documento n° 7 de la contestación a la demanda, consistente en el expediente administrativo que fue promovido por el Ayuntamiento de Beriain para obtener la autorización del Departamento de Administración Local del Gobierno de Navarra a fin de que pudiera avalar a..., se desprende sin género de duda que el otorgamiento por el Ayuntamiento del aval quedó condicionado a que se “apruebe definitivamente la inscripción de la correspondiente reparcelación del nuevo suelo y por tanto sea susceptible de ser hipotecado”. Así resulta

> del informe de intervención redactado por el Sr… de fecha 21 de abril de 2010, del acta del Ayuntamiento de 26 de abril de 2010 recogiendo el acuerdo adoptado por el Pleno en sesión extraordinaria urgente en que se aprueba el Plan de Viabilidad elaborado por el referido interventor municipal y de la Resolución de 16 de noviembre de 2010 del Director General de Administración Local en que se autoriza al Ayuntamiento de Beriain a otorgar un aval a la empresa municipal…, por un importe de 3.900.000 €, estando condicionada dicha autorización al cumplimiento del compromiso asumido por el Pleno de la Corporación el 26 de abril de 2010".

La citada valoración de hechos fue aceptada por la Audiencia Provincial de Navarra y por el Auto del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2019 que inadmitió los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. Por tanto, no puede ahora el Ayuntamiento de Beriain, en el expediente de revisión de oficio, por motivos meramente estratégicos, contradecir todo lo defendido y argumentado en el proceso civil sobre la validez de la "condición específica en cuanto a la duración del contrato", en el que se defendía que esa condición era precisamente el cumplimiento de las exigencias derivadas del Plan de Viabilidad, aprobado por el Pleno el 26 de abril de 2010, y la condición que conllevó la concesión de la autorización por parte del Departamento de Administración Local que posibilitó la adopción del acuerdo plenario de 9 de diciembre de 2010, aprobatorio de la operación de afianzamiento y que conllevaba la atribución al Alcalde de la facultad para su formalización.

Y no puede realizar tal cambio de argumentación por que contradice frontalmente la declaración de hechos probados que recoge la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Pamplona, tras una completa actuación probatoria con intervención e interrogatorio de todos los implicados.

En consecuencia, conforme a tal declaración de hechos probados, hay que partir de la base de que la "condición específica en cuanto a la duración del contrato" incorporada por la Alcaldía al documento formalizado de Póliza de Afianzamiento, cláusula redactada por el Interventor municipal, tenía como finalidad esencial adaptar el formato tipo de póliza remitido por..., a las particulares condiciones y exigencias que para posibilitar la operación de

afianzamiento se derivaban del Plan de Viabilidad elaborado por la intervención, aprobado por el Pleno Municipal y autorizado con esa condición por el Departamento de Administración Local y que, en esos términos y condiciones el Pleno del Ayuntamiento de Beriain, el 9 de diciembre, aprobó la operación encomendado al Alcalde su formalización.

Desde este relato de hechos, judicialmente probados, resulta evidente que decaen las causas de nulidad de pleno derecho ahora invocadas ya que el complemento o anexo incorporado y firmado por el entonces Alcalde de la localidad respondía precisamente a la voluntad y exigencias impuestas por el Ayuntamiento y por el Departamento competente del Gobierno de Navarra, siendo el Alcalde el órgano facultado para su formalización y siendo su contenido el aprobado por el Ayuntamiento de Beriain y el aceptado, tal y como señalan las sentencias, por....

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra informa desfavorablemente la solicitud de revisión de oficio por causa de nulidad de pleno derecho del acto de formalización por parte del Alcalde de Beriain, de la Póliza de Afianzamiento del Préstamo concertado entre la sociedad municipal... y...

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.