

**T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00526/2018

APELACIÓN

ROLLO SALA Nº 225/2018

AUTOS DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 166/2015

JUZGADO CONTENCIOSO Nº 1

SENTENCIA Nº 526

En Palma de Mallorca a 20 de noviembre de 2.018.

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza

D^a: Carmen Frigola Castellón

VISTOS por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears los autos seguidos en el Juzgado de los Contencioso-Administrativo nº 1 de Palma, con el número de autos P.O. nº 166/2015 y nº de rollo de apelación de esta Sala 225/2018. Actúa como parte apelante la entidad mercantil BARCELÓ EVENTOS EMPRESARIALES, S.L., representada por la Procuradora Sra. D^a. Ruth María Jimenez Varela y defendida por el Letrado Sr. D. Lluís Cases Pallarés y como partes apeladas el Excmo. AYUNTAMIENTO DE PALMA representado y defendido por el Letrado Municipal Sr. D. Miguel Alejandro Dot Ramis, LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LES ILLS BALEARS, representada y defendida por el Letrado de la Comunidad Autónoma Sr. D. Ramón Rosselló Lozano y el PALAU DE CONGRESSOS DE PALMA representado por el

Procurador Sr. D. Francisco Tortella Tugores y defendido por el Letrado Sr. D. Mateo Juan Gómez.

Constituye el objeto del recurso el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Palma, de 5 de noviembre de 2015, que no ratifica el acuerdo adoptado el día 23 de abril de 2015 por el Consell de Administración del Palau de Congressos de Palma de Mallorca de adjudicación del Complex Palau de Congressos de Palma de Mallorca, e insta al Palau de Congressos a que solicitara informe a la Abogacía de la Comunidad Autónoma, sobre la posibilidad de que dicha sociedad renunciara o desistiera de continuar el procedimiento de adjudicación.

La Sentencia número 442/2017 de 2 de noviembre de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Palma desestima el recurso contencioso-administrativo.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castellón, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: La sentencia nº 442/2017 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Palma en los autos seguidos por los trámites de procedimiento ordinario y de los que trae causa el presente rollo de apelación decía literalmente en su fallo:

“Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Palma de 5 de noviembre de 2015 de no ratificar el acuerdo adoptado el día 23 de abril de 2015 por el Consell de Administración del Palau de Congressos de Palma de Mallorca de adjudicación del Complex Palau de Congressos de Palma de Mallorca e instar al Palau de Congressos a que solicitara informe a la Abogacía de la

Comunidad Autónoma sobre la posibilidad de que dicha sociedad renunciara o desistiera de continuar el procedimiento de adjudicación.

Se imponen las costas a la recurrente.”.

SEGUNDO: Contra la anterior resolución interpuso la mercantil demandante recurso de apelación en tiempo y forma siendo admitida en ambos efectos.

Se opusieron a la apelación las defensas del Ayuntamiento de Palma, de la CAIB y del Palau de Congressos de Palma SA que solicitaron la desestimación de la apelación y la confirmación de la sentencia de instancia.

TERCERO: No se ha solicitado práctica de prueba y trámite de vista o conclusiones.

CUARTO: Se ha seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalando para la votación y fallo el día 20 de noviembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Se aceptan los de la sentencia apelada en aquello que no se oponga a lo que aquí se dirá.

La mercantil Barceló Eventos Empresariales SL impugnó en su día el Acuerdo del Ayuntamiento de Palma de 5 de noviembre de 2015 en virtud del cual se decidió:

“1.- No ratificar l’acord adoptat el día 21 d’abril de 2015 pel Consell d’Administració de Palau de Congressos de Palma SA per a l’adjudicació del Complex Palau de Congressos de Palma de Mallorca pels motius citats als antecedents i als informes de 20 d’octubre de 2015 elaborat pels professors de l’Area de Dret Administratiu de la Universitat de les Illes Balears i de 4 de noviembre de 2015 per l’Interventor general del Ajuntament.

2.- Instar a Palau de Congressos SA a sol.licitar informe a l’Advocacia de la Comunitat Autònoma a través d’un dels consellers membres del Consel d’Administració, sobre la possibilitat que Palau de Congressos renunciï o desisteixi de continuar el procediment per a l’adjudicació del contracte”.

La sentencia de instancia tras detallar en el fundamento jurídico tercero los hechos de los que se partía para la resolución del debate, desestimó el recurso contencioso. Rechaza el argumento de la recurrente de ser nula de pleno derecho la posibilidad de no ratificar el Acuerdo de 21 de abril de 2015 por no afectar la adjudicación a ningún acto de disposición del solar en el que se ubicaba el hotel y después de unas consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la ratificación concluye que esa facultad sí estaba plenamente justificada en el caso de autos ya que *“la mera existencia de una opción de compra determina que, en el momento inicial, la operación y el negocio jurídico pongan en riesgo la titularidad del inmueble”* pues *“su finalidad está ínsita tanto en una disposición inmediata como mediata y este elemento es el que debe valorarse en la realización de la función de control”*.

Acto seguido examina si la Junta de Gobierno tenía obligación de confirmar la adjudicación efectuada por el Consejo de Administración del Palau de Congressos de Palma, en adelante PCP, y si la no ratificación constituyó una desviación de poder. Sostiene el Juez a quo que el fundamento de la ratificación puede obedecer a cuestiones de legalidad o de oportunidad. Y dice:

“QUINTO.- La siguiente cuestión que se nos plantea en la obligación de la Junta de Gobierno de confirmar la adjudicación efectuada por el Consejo de Administración del Palau.

En concreto, se alega que la actuación de la Junta de gobierno constituye una autentica desviación de poder. Esta consideración es, ciertamente, compleja, en función de la propia naturaleza de la potestad de ratificación. Desde nuestra consideración es evidente que su fundamento puede responder a cuestiones de legalidad o de oportunidad. Si es de legalidad no puede suplir la actuación que corresponde a las Administraciones Públicas en relación con la revisión de los actos administrativos. Por tanto, no puede confundirse esta potestad- la de ratificación- con una facultad similar a la revisión de oficio sin el procedimiento previsto.

Es cierto, sin embargo, que tampoco puede considerarse que el ratificante viene obligado sin más a asumir lo que ha propuesto el órgano de contratación porque, en este punto, la propia existencia de la ratificación perdería todo su sentido.

De hecho, los informes y documentos que se solicitan por la entidad a la que corresponde la ratificación le indican que el contrato en su conjunto no es acorde al Ordenamiento Jurídico. Desde esta perspectiva la ratificación supondría incorporarse a la ilegalidad de un acto aunque es cierto que no constan impugnaciones de los actos administrativos concretos que conforman el procedimiento contractual y que, por tanto, podría considerarse que para el conjunto de los operadores se trata de actos firmes.

Desde esta perspectiva podemos indicar que no puede considerarse este el momento de cuestionarse la legalidad del contrato, de sus instrumentos obligacionales y demás consideraciones de pura legalidad. Otros instrumentos y otros trámites cumplen ese papel que no puede ser atribuido a esta facultad de ratificación.

Pero, es cierto, igualmente, que cuando existe un trámite como el que aquí se propone y están en juego intereses públicos sobre el patrimonio público no puede considerarse que el trámite carece de sentido. Que no admita la revisión de los actos de contratación no supone, claro está, que se convierta en un acto obligado y del que quien lo realiza no tenga margen alguno. Tiene el margen de la no ratificación.

De los documentos que obran en el expediente no puede decirse que la posición del no ratificante sea una posición arbitraria ni incurra en desviación de poder sino que está fundada en derecho (sean o no acertados finalmente los informes que se solicitan) pero con una sólida justificación que no puede desconocerse por quien tiene que ejercer una potestad pública. El proceso de formación de la voluntad del ratificante admite la documentación que obra en Autos y ciertamente le pone en una situación fundada de oposición al Ordenamiento Jurídico que, aunque no permita su revisión, sí puede considerarse como condicionante del ejercicio de su propia potestad. Este proceso de formación de su voluntad en orden a la ratificación o no del acuerdo debe considerarse un proceso fundado, informado y que, por tanto, puede conducir al ejercicio legítimo de su facultad de no ratificación sin que con esto se incurra en desviación de poder porque realmente las facultades de control que el Ordenamiento Jurídico le establece tienen como justificación la defensa de los bienes públicos y el acto dictado, a la vista de los informes obrantes pueda considerarse arbitrario. Cuestión diferente es cómo articular la incidencia sobre el contrato a la vista de lo que se indica.

En este punto, se señala que antes de la ratificación - en este caso- el contrato no ha llegado realmente a nacer porque no se ha formalizado.

En este ámbito podemos indicar que La STS de 9 de diciembre de 2003 señala que «...En el cuarto motivo se denuncia infracción, también por vía del art. 95,1, 4ª de la Ley de esta Jurisdicción (RCL 1956, 1890) , de los arts. 52, 3y 53 párrafo segundo del Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado aprobado por Decreto 923/65, de 8 de abril (RCL 1965, 771, 1026) ,y148 y162 del Reglamento General de Contratación aprobado por Decreto 3410/75, de 25 de noviembre (RCL 1975, 2597), alegando la recurrente la suspensión de las obras, y que debía mantenerse la paralización mientras las causas que la motivaban subsistieran, y que esa suspensión continuó pues sus causas nunca desaparecieron, de lo que deduce la misma parte que concurrió causa de resolución del contrato de obras, suspensión definitiva de las mismas, y suspensión temporal de éstas por plazo superior a un año, y que, por ello, la Administración incumplidora quedaba obligada al pago de los perjuicios irrogados al contratista, mas el motivo ha de correr igual suerte desestimatoria, porque, como se viene insistiendo, lo que concurrió fue una suspensión temporal y provisional por tiempo no superior a dos meses, no una suspensión definitiva, ni un desistimiento unilateral del contrato atribuible al Ayuntamiento, sino un genuino abandono de las obras por parte de la entidad constructora, que no las reanudó cuando fue requerida para ello, sin que quedase acreditada la razón de ser del abandono, toda vez que la existencia de otros «problemas»: formales, técnicos, financieros y administrativos , en los que tanto énfasis pone la recurrente,

excusara la no continuación de tales obras, puesto que eran ajenos a dicha parte, y no se observa que, en modo alguno, determinaran el abandono material que se produjo, siendo, además, digno de consideración, que, en cualquier caso, debió continuarlas, conforme al requerimiento que le hizo la Administración, y que, sólo en caso de que luego desistiera ésta de modo preciso, podría aludirse a un incumplimiento derivado de causas imputables al Ayuntamiento y determinantes de la indemnización pedida contra él que, allá con sus problemas, técnicos y financieros nunca dejó de mostrar interés por la reanudación, lo que impone la consideración de que los artículos que se consideran infringidos no lo fueron en la sentencia recurrida..... “

Desde esta consideración lo que es evidente es que la no ratificación es en realidad un desistimiento de la Administración contratante que decide la no realización del contrato como igualmente, podría haber decidido que él mismo, una vez formalizado no se llevará a cabo. Esta tesis de que no se llega a la perfección del contrato es la que mantiene la Administración de la Comunidad Autónoma a la que hay que dar, en este punto, la razón.

En el presente supuesto lo que es evidente es que la no ratificación debe considerarse como una fórmula de desistimiento de la oferta que supone el procedimiento de contratación. Realmente lo que se trata de indicar que, valorado en su conjunto, no existe la perfección del contrato porque el mismo no llega a perfeccionarse al impedirse la formalización del contrato y, por tanto, retirar la oferta que hasta ese momento se ha realizado.

En este punto cabe indicar, por tanto, que más allá de otras consideraciones la potestad del Ayuntamiento se sitúa en un entorno que tiende más a la oportunidad que a la legalidad. Teniendo en cuenta esta posición es evidente que todas las consideraciones sobre cómo debería haberse convocado el concurso no pueden ser objeto de revisión porque esto sería dar una extensión que no es admisible a la facultad de revisión. Es claro por tanto, que lo que se valora es la oportunidad y si la misma ha sido rodeada de las garantías suficientes para la disposición de un bien público. Esta facultad solo tendría el control de la desviación de poder. Como se ha dicho no puede considerarse que al no ratificar la Administración demandada se sitúe al margen de sus intereses ni de sus competencias ni de la función constitucional que le corresponde. Al revés, lo que hace, a la vista de los informes obrantes, es asumir la posición en la que considera que defiende mejor los bienes públicos.

En este terreno, las causas alegadas por la Administración para la no ratificación no pueden ser admitidas como fundamento de la invalidez del contrato o del procedimiento contractual pero lo que cierto es que en el momento en el que realizan y sin la suscripción del correspondiente contrato su efecto no puede ser el de establecer la obligación de realización del contrato sino el puramente indemnizatorio al entenderse que con la no ratificación la Administración lo que hace es desistir de la oferta contractual. Teniendo en cuenta que este desistimiento opera en un momento en el que puede estar individualizado el adjudicatario el desistimiento tiene plenos efectos frente a este sin perjuicio del deber de indemnización que corresponde a la Administración por la retirada de la oferta que se sustanciaba en el contrato.

Estas consideraciones se realizan para justificar el encaje de las decisiones que aquí se adoptan porque la demanda en su suplico no solicita ningún tipo de acción o medida sustitutoria frente a las decisiones de la Administración de no formalizar el contrato. El

desistimiento del contrato, antes de su formalización, es, sin duda, una falta de seriedad de la oferta pero su efecto no puede ser el cumplimiento forzoso que es lo que aquí se nos reclama sino el de carácter indemnizatorio que no se solicita.”

SEGUNDO: Disconforme con la sentencia se alza en apelación Barceló Eventos Empresariales S.L., que fundamenta su apelación en los puntos que se irán analizando sucesivamente.

Lo primero que debemos decir es que la interposición del recurso contencioso, en su demanda y en el suplico de la misma, la parte recurrente solicitó que se declarara nulo de pleno derecho, o subsidiariamente se anulara, el Acuerdo adoptado en sesión de 5 de noviembre de 2015 por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Palma que no ratificó el acuerdo del Consejo de Administración del PCP. Ahora en apelación solicita en el recurso presentado que la Sala revoque la sentencia de instancia y *“a su vez, proceda a declarar nulo de pleno derecho o subsidiariamente se anule el Acuerdo de no ratificación, y, adicionalmente, se declare la invalidez de todos los actos dictados a su amparo (incluido el desistimiento del procedimiento de adjudicación acordado por el Consejo de Administración de PCP en sesión celebrada en fecha 10 de diciembre de 2015”* .

Pronto se comprende que la petición adicional formulada en relación al Acuerdo de 10 de diciembre de 2015 del Consejo de Administración del PCP, que no fue objeto de impugnación en el debate seguido en instancia, no puede prosperar, pues siendo la apelación la revisión de la sentencia dictada en el Juzgado, con arreglo a las pretensiones ejercidas por las partes en el modo y forma que lo fueron, al no incluirse esa impugnación en aquel debate, esa petición “adicional” debe aquí rechazarse. El enjuiciamiento y alcance de la apelación en este procedimiento se circunscribe a la sentencia dictada que ha de dar respuesta a la impugnación planteada por la parte recurrente, que lo fue únicamente contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Palma de 5 de noviembre de 2015.

TERCERO: El primer argumento impugnatorio alegado por la apelante es que la sentencia yerra en la aplicación e interpretación de la documentación contractual que rige el contrato ya adjudicado a Barceló y del artículo 155 del TRLCSP, pues la no ratificación del Acuerdo, no puede considerarse un desistimiento del procedimiento de licitación. Entender lo contrario supone irrogar al Ayuntamiento de Palma unas facultades que no le corresponden al no tener la consideración de órgano de contratación.

La parte apelante entiende con arreglo a la cláusula 5 del Pliego de bases de 2015, que la adjudicación del contrato se había realizado ya por el órgano de contratación, que es el Consejo de Administración del Palau de Congressos de Palma en adelante PCP, a favor de la mercantil recurrente, y por ello según esa parte ya no podía el Ayuntamiento de Palma no ratificar aquella adjudicación, porque la intervención municipal se limitaba únicamente al procedimiento de licitación, debiendo ratificar la Junta de Gobierno del Ayuntamiento todos los acuerdos de definitiva disposición sobre el solar municipal en el que se asentaba el Hotel, al ser de su titularidad.

Recordemos ahora los hechos detallados en el fundamento jurídico tercero de la sentencia de instancia. Tales hechos son:

1º.- El Palau de Congressos de Palma SA es una sociedad mercantil de capital íntegramente público, participada indirectamente en un 50% por la CAIB y en un 50% por el Ayuntamiento de Palma.

Tiene capacidad jurídica y plena capacidad en el ejercicio de sus funciones.

Tiene aprobadas unas Instrucciones Internas de contratación que se han adjuntado como Doc. 1 de la demanda.

2º.-La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Palma, en sesión de 25 de enero de 2012 otorga una concesión demanial de determinadas fincas de su propiedad:

a) Parcela 102 B, con uso de equipamientos

b) Parcela 202 B, con uso de terciario y, preferente de hotel

La concesión demanial era por 45 años que coincidía con el plazo fijado para la propia sociedad Congressos de Palma SA

3º.- Mediante Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Palma de Mallorca el 10 de mayo de 2013, se aprueba una modificación del PGOU en relación con los equipamientos y la ordenación de la sub-zona SLI (Hotel) . Consta al folio 129 del expediente.

Mediante Acuerdo de 31 de julio de 2013 se acuerda iniciar los trámites para la enajenación del solar y el hotel en construcción, la modificación de los términos de la concesión en lo que afecta al hotel y su nueva situación patrimonial, el otorgamiento de la correspondiente encomienda para la enajenación y el convenio que regule sus términos.

Como consecuencia de lo anterior, en el aspecto dispositivo, el Acuerdo de 31 de julio de 2013 acuerda extinguir de mutuo acuerdo la concesión demanial otorgada el 25 de enero de 2012 a favor de la entidad Palau de Congressos de Palma SA en relación con la finca destinada al hotel y, asimismo, otorgar a la entidad Palau de Congressos de Palma un derecho gratuito de superficie por un plazo máximo que quedaría extinguido el 25 de enero de 2057.

Adicionalmente aprobaba el expediente administrativo de enajenación por licitación pública del solar dedicado al hotel y aprobar los pliegos para dicha enajenación.

Por tanto, los Pliegos para la enajenación del Hotel se aprueban en el Acuerdo de 31 de julio de 2013.

4º.- El Ayuntamiento de Palma y el Palau de Congressos de Palma SA, el 13 de agosto de 2013 formalizan un convenio que tenía por objeto regular las condiciones en las que ambos van a proceder a la enajenación del solar 202 B y del Edificio destinado a Hotel, construido sobre el mismo,

En la cláusula cuarta se señala que «...las condiciones de venta serán establecidas en el Pliego de condiciones debiendo ser sometidos a ratificación de la Junta de Gobierno todos los acuerdos de definitiva disposición sobre el solar municipal....».

5º.- En el BOIB de 17 de agosto de 2013 se publica la convocatoria de licitación indicada mediante subasta. La subasta fue declarada desierta. La única oferta presentada fue inadmitida por la Mesa de Contratación en fecha 29 de octubre de 2013 al no haber subsanado dicha empresa las deficiencias contenidas en su oferta.

6º.- El 14 de enero de 2015, el Consejo de Administración del Palau de Congressos de Palma SA aprobó un nuevo Pliego de condiciones para la venta del Hotel y la cesión de los derechos de uso del Palacio de Congressos.

En dicho Pliego se establecían tres opciones:

1º.- Opción 1.- Contrato de compraventa de la titularidad dominical plena del Hotel y simultáneamente contrato de arrendamiento para la gestión y explotación del Palacio de Congressos

2º.- Opción 2.- Contrato de arrendamiento del Palacio de Congressos y Hotel para su explotación conjunta con derecho de opción de compra sobre el hotel a favor del adjudicatario.

3º.- Opción 3.- Contrato de arrendamiento del Palacio de Congressos y Hotel para su gestión y explotación conjunta sin reserva de derecho de opción de compra sobre el hotel.

El Pliego establecía que la selección sería siempre por un procedimiento abierto.

En la cláusula 5 del Pliego de Bases de 2015 se señalaba que:

«...Tiene la condición de órgano contratante del presente contrato la entidad PCP Palau Congressos de Palma que ejercerá funciones derivadas de tal condición a través de su consejo de Administración...»

En la Sesión del 21 de enero de 2015, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Palma dio toma en consideración el citado Pliego.

7º.- Convocado concurso por parte del Palau de Congressos de Palma se presentan la recurrente y Melia Hotels.

La Mesa de contratación otorga a la recurrente 88,83 puntos y a Meliá Hoteles la puntuación de 85 puntos. Barceló se inclina por la opción 2 y Meliá, igualmente.

La propuesta de adjudicación de la Mesa de Contratación, publicada en el perfil del contratante del Palau de Congressos de Palma SA, aportado como documento 6 de la demanda, fue aceptada por unanimidad el 21 de abril de 2015 por el Consejo de Administración del Palau de Congressos.

La adjudicación se sujetó a la aprobación del Ayuntamiento.

8º.- *La Junta de Gobierno del ayuntamiento de Palma acuerda el 5 de noviembre de 2015 adoptar el acuerdo de no ratificación del Acuerdo del Consell de Administració del Palau de Palma de Mallorca*

9º.- *El Consell de Administració el 10 de diciembre de 2015 acuerda, sobre la base del artículo 155 del TRLCSP desistir del procedimiento de adjudicación y otorgar un plazo de audiencia y reconocer el derecho de las empresas licitadoras a ser indemnizadas por los daños efectivamente causados por el desistimiento.”*

A estos hechos que la Sala concuerda y acepta, podemos añadirle también los siguientes:

a).- La parcela 2.02B donde se ubica el hotel es un bien patrimonial del Ayuntamiento de Palma. La competencia para la enajenación de ese bien corresponde al Ayuntamiento de Palma, con arreglo a lo establecido en la DA 2ª del TRLCSP y 134 de la ley 20/2006 de 15 de diciembre que lo puede hacer de forma directa, o bien encomendar a un tercero esa gestión.

b).-En el Convenio de encomienda suscrito el 13 de agosto de 2013 entre el Ayuntamiento de Palma y Palau de Congressos de Palma SA donde se regulan las condiciones para proceder a la enajenación del solar 2.02B y del edificio destinado a Hotel que sobre el mismo se construía en la cláusula tercera se pactó:

“TERCERA- ENCOMIENDA

El Ayuntamiento encomienda a Palau de Congressos de Palma SA la gestión de la licitación pública para la enajenación del solar municipal 2.02B conjuntamente con el edificio construido en él, destinado a hotel, haciendo suyo el precio obtenido, con la consideración de aportación municipal, para destinarlo a la financiación de las obras de finalización de todo el complejo. Esta encomienda no devengará retribución alguna a favor del encomendado por enmarcarse dentro del objeto social del mismo y responder a una finalidad conjunta de ambas partes, cual es la de la obtención de financiación para la finalización del complejo del Palau de Congressos y el inicio de la explotación del mismo.”

c).- Ese proceso seguido en el expediente 8/2013 se declaró desierto.

d).- El 14 de enero de 2015 y expediente nº 1/2015 el Consejo de Administración del PCP aprobó el Pliego de Condiciones para una nueva licitación en donde se acordaron las siguientes cláusulas:

CLÁUSULA 5.- ORGANISMO CONTRATANTE

Tiene la condición de órgano contratante del presente contrato la entidad PCPL, que ejercerá las funciones derivadas de tal condición a través de su Consejo de Administración de acuerdo con el régimen que le resulte de aplicación, y sin perjuicio de que, de conformidad con el convenio de encomienda de fecha 13 de agosto de 2013, deban ser sometidos a ratificación de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Palma todos los acuerdos de definitiva disposición sobre el solar municipal.

CLAUSULA 41.- PROPUESTA DE ADJUDICACIÓN

Leídas y ordenadas las distintas proposiciones económicas recibidas la Mesa de Contratación propondrá al órgano de Contratación la adjudicación del contrato a aquella proposición económica de precio más alto o que haya obtenido la mayor puntuación.

Si el órgano de contratación entendiese que la oferta seleccionada es de difícil cumplimiento, podrá requerir al licitador propuesta para que la justifique. Si, tras este trámite, el órgano de contratación considerase que la oferta seleccionada no ha sido suficientemente justificada, podrá adjudicar el contrato a la siguiente mejor oferta. La adjudicación efectuada por el órgano de Contratación deberá ser ratificada por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Palma de Mallorca.

CLAUSULA 42.- ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Recibida la propuesta de adjudicación realizada por la Mesa de Contratación, clasificadas las ofertas admitidas por orden decreciente, y ratificada la adjudicación por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Palma, el órgano contratante requerirá al licitador con el que se haya conseguido la oferta económica más ventajosa para que en el plazo de quince días naturales presente la siguiente documentación (...).”

e).- Del Acta nº 68 del Consell d' Administració de PCP SA de 21 de abril de 2015, obrante en autos al folio 289 y siguientes se dice:

“(...)Per unanimitat del Consell d'Administració s'acorda:

1.- S'accepta la proposta de la mesa de contractació per a l'adjudicació del complex Palau de Congressos de Palma de Mallorca.

2º.- S'acorda continuar la tramitació de l'expedient conforme a l'establert als articles 41, 42 y 43 dels Plecs de condicions Administratives que regulen l'expedient de Contractació.

3º.- Una vegada ratificada l'adjudicació per la Junta de Govern de l'Ajuntament de Palma, requerir al licitador proposat perquè complimenti la documentació a que es refereix la clàusula 42 del Plec de Bases i es constitueixi la garantia definitiva conforme la clàusula 43 del Plec.

4º.- Delegar en el President del Consell d'Administració la tramitació i adjudicació definitiva i per formalitzar els contractes derivats del present expedient”

Pues bien, con arreglo a lo expuesto concluimos los siguientes puntos:

1º.- Tratándose de un bien patrimonial del Ayuntamiento de Palma y siendo titularidad suya, el Ayuntamiento decidió enajenarlo a través de la sociedad mercantil Palau de Congressos de Palma S.A. que es de capital público.

2º.- El órgano de contratación que decidiría la adjudicación del contrato, con arreglo a lo establecido en la cláusula 5ª del Pliego de Condiciones era el Consejo de Administración del PCP.

3º.- Para la adjudicación definitiva del contrato por ese órgano contractual era preciso que, previamente, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Palma hubiera ratificado la decisión adoptada por el Consejo de Administración del PCP en lo relativo a actos de disposición sobre el solar municipal.

4º.- Esa ratificación no era un acto debido del Ayuntamiento, sino un verdadero control municipal sobre el expediente de contratación seguido y sobre la decisión inicialmente adoptada por el órgano de contratación.

En el marco de la defensa de los intereses generales, y con arreglo a la titularidad del bien patrimonial que podía ser objeto de disposición, se estableció en las bases del Pliego de licitación del contrato, que, previo a su adjudicación definitiva, era necesaria la ratificación previa del Ayuntamiento sobre la decisión inicialmente adoptada por el Consejo de Administración de la sociedad mercantil, creada para gestionar la construcción y explotación de ese complejo. De forma que, sólo si esa ratificación se producía y era positiva, el Consejo de Administración del PCP podía llegar a adjudicar el contrato.

Esa ratificación constituye el ejercicio de una potestad discrecional del Ayuntamiento para el cumplimiento de los fines que tiene encomendado ese Ayuntamiento y salvaguardar los intereses públicos que le son encomendados en la enajenación y disposición de bienes de su titularidad.

La apelante limita la ratificación de la Junta de Gobierno municipal a los actos de “*de definitiva disposición sobre el solar municipal*”. Pero esa manifestación no puede entenderse del modo tan limitado como pretende la apelante. Ciertamente del contenido de las Bases 5ª,

41 y 42 se deduce que era exigible una manifestación expresa de la voluntad municipal con carácter previo a la adjudicación del contrato por el órgano de contratación que era el Consejo de Administración del PCP. Por lo tanto, la decisión adoptada por ese órgano el 21 de abril de 2015 de adjudicar a favor de la mercantil Hoteles Barceló no era en modo alguno la resolución que ponía fin a ese expediente y por ende la adjudicación definitiva del contrato. Y no lo era porque estaba sometida y requería el trámite de ratificación municipal previa.

Y tan es así que el propio acuerdo adoptado el 21 de abril de 2015, señalaba expresamente que debía continuarse con la tramitación con arreglo a lo establecido en las bases 41, 42 y 43 y que, una vez ratificada la adjudicación por la Junta de Gobierno, se requeriría al adjudicatario para aportar documentación. Sólo si se ratificaba esa decisión, o dicho de otra forma, si el Ayuntamiento concordaba esa decisión inicialmente tomada por el órgano de contratación, este podría adjudicar el contrato y se produciría aquel requerimiento, lo que claramente está indicando que ese trámite era absolutamente esencial y previo a la decisión de adjudicación definitiva.

Así las cosas, es claro que el Pliego de condiciones aprobadas el 14 de enero de 2015 por el Consejo de Administración del PCP reconocieron al Ayuntamiento de Palma un control previo de la decisión del órgano de contratación en todo aquello que supusiera disposición efectiva del solar, porque solamente si el Ayuntamiento ratificaba la decisión adoptada por el Consejo de Administración del PCP, podía tener lugar la adjudicación definitiva del contrato por parte del órgano de contratación competente.

La parte recurrente y apelante eligió la opción 2 contemplada en las Bases que consistía en el arrendamiento del Palacio de Congresos y del Hotel para su explotación conjunta, con derecho de opción de compra sobre el hotel, de forma que lo que es el arrendamiento del Palacio de Congresos, y aun del Hotel, no eran en sí mismos, actos de disposición definitiva sobre el solar municipal, y es por eso que la apelante considera que esa ratificación era improcedente. Pero no concordamos ese argumento, porque no es posible separar las operaciones jurídicas que contemplaba el contrato objeto de autos, en el modo y forma en que fue ideado y concebido, siempre como un todo en cuanto a la explotación del Palacio de Congresos y del Hotel, el cual, podía ser enajenado, por medio de la

materialización de la opción de compra, que podía ejercitar o no el licitante, en cuyo caso, esa enajenación sí era un acto de disposición definitiva que suponía una fuente de financiación que percibiría la empresa pública PCP y ello exigía desde luego la ratificación del Ayuntamiento, no en el momento en que, en su caso, se hubiera materializado la enajenación, sino en el momento previo a la adjudicación del contrato, con independencia de cuál fuere el resultado en cuanto a la materialización de la opción de compra que el licitador había escogido en su propuesta.

Por lo tanto y a la vista de lo expuesto, la no ratificación del Ayuntamiento de Palma fue una decisión adoptada en el ámbito de las potestades y prerrogativas exorbitantes que tiene la Administración Local, y que se recogió en las Bases aprobadas el 14 de enero de 2015 por el Consejo de Administración del PCP para una nueva licitación. Sin que pueda admitirse que la adjudicación del contrato, acordada en el Acta de 21 de abril por el Consejo de Administración del PCP supusiera un acto de adjudicación definitiva, porque la adjudicación definitiva, con arreglo a lo establecido en las Bases, exigía siempre la ratificación previa de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento sobre la decisión inicialmente tomada por el órgano de contratación, que en el caso de autos no la ratificó.

Y sin que este Tribunal pueda entrar a valorar más que lo que es propio en aquellos actos de naturaleza discrecional, es decir si fue una decisión razonada y motivada, o por el contrario arbitraria o adoptada con desviación de poder, lo que a posteriori se examinará.

Por último, que la sentencia de instancia señale que *“la no ratificación debe considerarse como una fórmula de desistimiento de la oferta que supone el procedimiento de contratación”* al fin no es más que una desafortunada imprecisión técnica. Lo que cuenta y aquí importa es que la ratificación era un trámite esencial establecido en las Bases y absolutamente determinante para que pudiera continuar el procedimiento y al fin producirse la adjudicación definitiva por parte del órgano de contratación y poder éste perfeccionar el contrato.

TERCERO: La parte apelante critica también la sentencia con el argumento de que de admitirse que estamos ante un desistimiento del procedimiento de adjudicación adoptado por

el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 5 de noviembre de 2017, ese desistimiento se sustentaría en una norma y precepto, el artículo 155 del TRLCSP, que no resulta aplicable ni al contrato, ni al procedimiento de adjudicación, por mor de lo dispuesto en el artículo 4-1p) del TRLCSP que excluye del ámbito de esa ley a los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial.

No aceptamos que el Acuerdo de 5 de noviembre de 2015 constituya una renuncia a la celebración del contrato del órgano de contratación. La ratificación o la no ratificación por parte del Ayuntamiento, es un acto en el ejercicio de una potestad del Ayuntamiento, que no es el órgano de contratación, basado en razones de interés público, acordado en el seno de un expediente contractual en trámite. Y concordamos el argumento de la codemandada de que el desistimiento del procedimiento de adjudicación corresponde al debate de la impugnación del Acuerdo de desistimiento adoptado por PCP, acto que no es objeto de impugnación en este debate.

CUARTO: A continuación la apelante considera que para el caso de aceptarse que estamos ante un desistimiento del procedimiento de adjudicación, pese a haberse adoptado por un ente que no tiene la consideración de órgano de contratación y que resultaba de aplicación ese mecanismo a pesar de tener el contrato naturaleza patrimonial, el desistimiento del procedimiento de adjudicación no puede fundamentarse en razones de interés público sino que se requiere que esté fundado en una infracción no subsanable del procedimiento de adjudicación.

No mejor suerte ha de correr ese argumento ya que hemos rechazado la premisa principal. No estamos en un supuesto de desistimiento del órgano de contratación y no es este el debate de autos, que lo es solamente si el trámite de ratificación por el Ayuntamiento es o no admisible en derecho en el seno de ese expediente de contratación, y en su caso, si estaba motivada esa decisión de no ratificarse el Ayuntamiento y si se actuó o no con desviación de poder.

QUINTO: A continuación la parte actora y apelante defiende que no era posible no ratificar el Ayuntamiento el acuerdo de adjudicación efectuado por el órgano de contratación porque ya se había producido la adjudicación del contrato a favor de la mercantil Barceló.

Tampoco concordamos esa tesis. Ya hemos dicho ad supra que el procedimiento de adjudicación no había culminado, y que no podía adjudicarse el contrato sin la ratificación previa del Ayuntamiento. Las cláusulas del Pliego de condiciones no ofrecen duda alguna por su claridad, de forma que, el Ayuntamiento, titular de la parcela sobre la cual se construía el Hotel, se reservó la potestad de ratificar o no la decisión en torno a la disposición de esa parcela, que pretendía el órgano de contratación, por lo que de no haber esa ratificación no podía haber adjudicación del contrato por el órgano de contratación.

No estamos pues ante un acto debido del Ayuntamiento frente a la decisión del órgano de contratación. Antes al contrario, la decisión de este, por expresa indicación de las Cláusulas del Pliego de Condiciones, depende exclusivamente de la voluntad municipal y, en su caso, de la ratificación del Ayuntamiento que acepte y concuerde la disposición del bien inmueble en los términos ofrecidos por el licitador y aceptados por el órgano de contratación. Por ello no puede admitirse que la decisión adoptada el 21 de abril de 2015 por el órgano de contratación fuera una adjudicación definitiva a favor de la mercantil Barceló.

SEXTO: Por último defiende la apelante que la sentencia incide en vicio de incongruencia al no dar respuesta a la pretensión formulada por la parte de que el Acuerdo impugnado debía declararse nulo de pleno derecho o anulable por cuanto la Junta de Gobierno municipal sólo debía evaluar la adjudicación desde la perspectiva de las condiciones de puesta a disposición del solar en el que se ubica el Hotel y por cuanto su actuación constituye una actuación contraria a sus propios actos y una desviación de poder.

La sentencia de instancia no incide en el vicio que denuncia la parte, y por el contrario, da respuesta a las pretensiones formuladas en el debate ya que considera que la no ratificación por el Ayuntamiento, era una posibilidad que cabía con arreglo a lo establecido en las Cláusulas del Pliego de condiciones, y esa decisión estaba basada en informes contundentes, por lo que no existe ni falta de motivación, ni desviación de poder.

Y la Sala concuerda el argumento. Reiteramos de nuevo que la modalidad 2 a la que se acogió la mercantil Barceló cuando optó a la celebración del contrato incluye una opción de compra de la parcela donde se ubica el Hotel y ese contrato, con independencia de si se ejecuta o no la opción de compra, es un negocio jurídico que implica un acto de disposición sobre el solar, por lo que es evidente que el Ayuntamiento podía y debía emitir la ratificación correspondiente con carácter previo a adjudicarse el contrato. Y no es posible desglosar ese negocio jurídico del resto del contenido del contrato, que incluía también el arrendamiento y explotación conjunta del Palacio de Congresos y el Hotel, porque el contrato se conceptuaba como un todo unitario.

En cuanto a los motivos que llevaron a la no ratificación municipal de la adjudicación que pretendía el Consejo de Administración de PCP. Esa decisión descansa en poderosas razones de interés público y de legalidad ordinaria. En efecto, el Ayuntamiento consideró que el valor de tasación del hotel y la parcela no era el correcto y real de mercado en el momento en que se celebraría el contrato, lo cual produciría un claro perjuicio al interés público. Y es que en el seno del expediente administrativo tramitado en el año 2015 se utilizó como valor de tasación del bien el de 40.044.384'17 € que se señaló en el informe técnico de 26 de julio de 2013 emitido en el expediente 8/2013, donde el técnico que lo suscribió expresamente manifestó que ese informe tenía una validez de sólo seis meses. Ese mismo valor utilizado en el expediente del año 2015 resultaba por debajo del precio de mercado, ya que en el informe de 12 de mayo de 2015, el técnico valoró ese bien inmueble en 42.062.056'86 euros. Como fuera que la propuesta formulada por la mercantil Barceló ofrecía para el caso de materializarse la opción de compra un precio de 40.500.000 euros con arreglo a la valoración que en el expediente figuraba de 40.044.384'17 euros, al fin se podría enajenar el bien inmueble por debajo de su precio real.

La normativa aplicable a la enajenación de un bien patrimonial exige una valoración previa que acredite el valor del bien, –art. 136-2 de la ley 20/2006 de 15 de diciembre Municipal y de Régimen Local de les Illes Balears y artículo 118 del RD 1372/1986 de 13 de Junio que aprobó el Reglamento de Bienes de las EELL–, y si esa valoración no se corresponde con la realidad, en el expediente tramitado existía un serio defecto, no ya sólo causante de un perjuicio al interés público, porque se hubiera vendido ese bien por debajo de

su valor real, sino también de vulneración de la legalidad al no tasarse ese bien con arreglo al momento en que se concertaba el contrato, y valorándolo con arreglo a la tasación efectuada en el año 2013 a propósito de un procedimiento que resultó desierto y que era distinto del que aquí nos ocupa.

Como bien indica la defensa de la CAIB es incuestionable que hubo dos procedimientos administrativos distintos, que dieron lugar a las publicaciones en el BOE nº 198 de 19 de agosto de 2013, que anunciaba el expediente 8/2013 con un objeto de contrato por el tipo subasta, siendo el objeto la venta de Hotel y cesión derecho de uso del Palacio de Congresos de Palma de Mallorca; mientras que el que aquí motivó el Acuerdo impugnado era el expediente nº 1/2015 publicado en el BOE nº 21 de 24 de enero de 2015 con un tipo abierto con un criterio de adjudicación para la opción 1 y diversos criterios con las opciones 2 y 3 siendo el objeto del contrato la venta y/o arrendamiento del Hotel y arrendamiento del Palacio de Congresos de Palma. Y sucedió que en el expediente 1/2015 se utilizó la tasación que se emitió en el expediente 8/2013, tasación que no reflejaba el valor real del bien en la fecha en que se licita ese contrato.

Por lo tanto, la decisión adoptada por el Ayuntamiento de no ratificar la adjudicación del contrato que pretendía el órgano de contratación se ampara en razones motivadas, avaladas por el informe emitido por la UIB y por la Intervención General del Ayuntamiento de Palma, razones que buscan salvaguardar el interés público, y el cumplimiento de la legalidad, y que encuentran también encaje en un criterio de rentabilidad en la enajenación de los bienes de las Administraciones Públicas.

Concluyendo, desde la discrecionalidad que debe reconocerse a esa Administración en la toma de esta decisión, no puede ser tildado el acto de no ratificar el criterio del órgano de contratación de adjudicar el contrato a la mercantil Barceló, como un acto arbitrario, o bien adoptado con desviación de poder.

Llegados a este punto desestimamos la apelación y confirmamos la sentencia de instancia.

SEPTIMO: En materia de costas la desestimación de la apelación determina que impongamos las costas causadas en esta instancia a la parte apelante que ha visto desestimadas sus argumentaciones, de conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional y hasta un máximo total de 500 euros.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS:

1º) **DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la Sentencia nº 442/2017 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 que **CONFIRMAMOS íntegramente**

2º) Con imposición de las costas de esta instancia a la parte apelante y hasta un máximo total de 500 euros.

Contra esta sentencia y de acuerdo con la modificación introducida por la Ley 7/2015 en la Ley 19/1998, caben los siguientes recursos:

1.- Recurso de casación a preparar ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y para la Sala Tercera del Tribunal Supremo, según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 29/1998, en el plazo de 30 días a partir de la notificación, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea. Téngase en cuenta Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo -BOE nº 162 de 6 de julio de 2016-

2.- Recurso de casación a preparar ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y para la Sección de casación esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 29/1998, en el plazo de 30 días a partir de la notificación, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears. Se tendrá en cuenta también el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación - BOE nº 162 de 6 de julio de 2016-.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castellón que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El letrado de la administración de Justicia, rubricado.