

Dictamen n^o: **142/14**
Consulta: **Alcalde de Villacañeros**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **02.04.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 2 de abril de 2014, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Villacañeros, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con un expediente sobre nulidad de los actos preparatorios y de adjudicación del contrato de gestión, en régimen de concesión, de los servicios municipales de recogida y transporte de residuos urbanos y gestión del punto limpio, limpieza viaria, jardinería y piscina municipal y alcantarillado adjudicado a la empresa A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 3 de marzo de 2014 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo del Ayuntamiento de Villacañeros, cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, en relación al expediente aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 99/14, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección VII, presidida por la Excm. Sra. D.^a María José Campos Bucé, que firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 2 de abril de 2014.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1. Con fecha 17 de julio de 2009 el pleno municipal del Ayuntamiento de Villacañeros aprobó el pliego de condiciones que había de regir el contrato de gestión, en régimen de concesión de los servicios municipales de recogida y transporte de residuos urbanos y gestión del punto limpio, limpieza viaria, jardinería y piscina municipal y alcantarillado en el término municipal de Villacañeros. El anuncio de la licitación se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el día 24 de julio de 2009.

El contrato se adjudicó el 24 de agosto de 2009 a la empresa A por una oferta económica de 369.998,90 euros al año IVA incluido y fue formalizado el 21 de septiembre siguiente. En el contrato se establecía un plazo de duración de la concesión de 15 años desde el día siguiente a la firma del contrato.

2. El día 15 de julio de 2010 el representante de la empresa adjudicataria presentó un escrito en el Ayuntamiento en el que indica que, habiendo emitido y presentado al cobro las facturas correspondientes a la prestación del servicio, no le había sido abonada ninguna de ellas desde el inicio del contrato, incurriendo el Ayuntamiento en mora determinante del abono de los correspondientes intereses legales. En virtud de lo expuesto reclamaba al Ayuntamiento la cantidad de 389.333,32 euros (cantidad que resultaba del impago de las facturas de ese contrato y de otro más que

también tenía adjudicado por ese Ayuntamiento) más 8.228,23 en concepto de intereses de demora.

En contestación al escrito presentado por el contratista, el alcalde de Villacañeros firma un escrito de 13 de agosto de 2010 en el que señala que entre las mejoras ofertadas por la empresa se encontraba el aplazamiento del pago del canon correspondiente a los 8 primeros meses del contrato a satisfacer durante el resto del contrato, por lo que el Ayuntamiento no habría incurrido en ninguna demora ya que el abono correspondiente a esos 8 primeros meses debería hacerse en la factura correspondiente al noveno mes del contrato (22-5-2010 a 22-06-10). A lo expuesto añadía que del importe reclamado por la empresa en cada una de las facturas había de detrarse el coste de utilización de una larga lista de bienes propiedad del Ayuntamiento (maquinaria, vehículos, alquiler de instalaciones...) de los que venía haciendo uso A. Por último recordaba a la empresa que había una serie de problemas en la ejecución del contrato (funciones realizadas por el Ayuntamiento que compete realizar a la empresa, trabajos no realizados, pequeñas reparaciones ejecutadas por el Ayuntamiento...) que habían de incidir en la facturación mensual respecto a las que indicaba preferir llegar a un acuerdo con la empresa, antes de fijar unilateralmente las condiciones de la adjudicación.

3. El día 7 de septiembre de 2010 el alcalde de Villacañeros dirige un escrito al contratista indicándole la cantidad que procede abonar a la empresa en la facturación correspondiente al noveno mes, teniendo en cuenta la voluntad manifestada por la empresa de proceder a su abono en las reuniones mantenidas los días 26 y 30 de agosto. Igualmente informa que en la factura correspondiente a la 10ª mensualidad procederá a deducir ciertos gastos satisfechos por el Ayuntamiento y todo ello sin perjuicio de otros trabajos, funciones y reparaciones que están pendientes de valoración.

El contratista presenta un escrito el día 13 de septiembre de 2010 en el que manifiesta que de acuerdo con su oferta ofrecía como mejora el aplazamiento del cobro durante ocho meses comenzado a cobrar a partir del noveno mes. Manifiesta su rechazo a las deducciones por uso de maquinaria, instalaciones y gasoil al no figurar en los pliegos de condiciones ni en el contrato.

4. El día 8 de octubre de 2010 se comunica al contratista que se ha ordenado transferencia bancaria a su favor por importe de 25.995,70 euros una vez practicadas deducciones por uso de bienes y pagos realizados por el Ayuntamiento correspondientes al contratista. Además reitera la necesidad de llegar a un acuerdo sobre ciertas partidas, de manera que hasta que eso suceda procederá a aplicar una reducción del 15% en la facturación mensual.

El día 8 de noviembre de 2010 el contratista remite un escrito al Ayuntamiento mostrando su disconformidad con los descuentos aplicados por el Ayuntamiento pues la empresa alega que responden a partidas no comprendidas en el contrato. Tras efectuar los cálculos oportunos, reclama la suma de 354.548,77 euros (cantidad resultante del impago de las facturas de los dos contratos que tiene adjudicados).

5. El día 17 de diciembre de 2010 el Ayuntamiento comunica al contratista que no reconoce el importe facturado por la empresa desde el 30 de septiembre de 2009 al no comprender las deducciones que se han venido señalando en anteriores escritos e incluir además servicios no prestados al Ayuntamiento.

6. Consta en la documentación examinada que mediante escrito del día 25 de febrero de 2011 el Ayuntamiento procedió a devolver las facturas presentadas por la empresa contratista por los motivos expresados en sus escritos anteriores.

La empresa contratista presenta un escrito el día 28 de julio de 2011 reclamando el abono de las facturas adeudadas más los intereses de demora.

7. El día 30 de noviembre de 2011 la empresa contratista insta la resolución del contrato, en virtud del artículo 200.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), al no haber abonado el Ayuntamiento en la citada fecha ninguna de las facturas aportadas por la empresa.

En contestación a un escrito del Ayuntamiento, que no figura en la documentación remitida, el día 22 de diciembre de 2011 el contratista insiste en su solicitud de resolución contractual. Señala que la cifra adeudada por el Ayuntamiento es la que se corresponde con las facturas presentadas. Además añade que a pesar del reiterado incumplimiento de pago, la empresa ha seguido manteniendo en todo momento el cumplimiento de los servicios contratados.

El día 25 de enero de 2012 la empresa contratista comunica al Ayuntamiento los intereses de demora devengados desde septiembre de 2009 a diciembre de 2011.

En la misma fecha el alcalde comunica a A que la deuda no es asumible sin poner en peligro los pagos de obligado cumplimiento, como son las nóminas de los trabajadores. A lo que añade que el 17 de enero de 2012 se ha producido el embargo de las cuentas del Ayuntamiento. Además manifiesta que la solución más viable es declarar extinto el contrato, señalando la fecha de 15 de febrero de 2012 *“en la que se entiende se dará por terminado el procedimiento de extinción habilitado a tal efecto”*. Concluye indicando que *“procede iniciar el procedimiento de extinción del contrato, con carácter de urgencia estableciendo como fecha para su efectividad la del 15 de febrero de 2012”*.

Consta en la documentación examinada que la empresa contratista interpuso el 15 de febrero de 2012 recurso de reposición contra el inicio del procedimiento de resolución contractual con fundamento en que el mismo no indica los recursos que proceden, no contiene pronunciamiento expreso sobre la garantía e incurre en falta de claridad pues no indica la causa de resolución, así como que tampoco especifica el contrato al que afecta, toda vez que la empresa tiene dos contratos suscritos con el Ayuntamiento. Por último alega que tampoco se pronuncia sobre si tras la extinción se va a proceder a nueva adjudicación.

8. El día 14 de enero de 2013 emite informe el letrado del Ayuntamiento poniendo de manifiesto una serie de incumplimientos reiterados de la empresa contratista en relación con los dos contratos adjudicados, por lo que entiende procedente la resolución del contrato con indemnización al Ayuntamiento de los daños y perjuicios causados por los referidos incumplimientos. Detalla que debe tramitarse procedimiento con audiencia al contratista. Por último señala que si el Ayuntamiento, tras la extinción del contrato, va a asumir la prestación del servicio no habría subrogación en los trabajadores que en ese momento prestan sus servicios para la empresa contratista y sí en caso de adjudicación a otra empresa.

El 19 de marzo de 2013 la empresa contratista comunica al Ayuntamiento su cambio de denominación pasando a llamarse “B”.

El 22 de mayo de 2013 emite informe el secretario interventor del Ayuntamiento en el que manifiesta su parecer favorable a la resolución propuesta de los dos contratos que la empresa tiene adjudicados, por defectos graves y reiterados en su cumplimiento por parte del contratista, *“sin perjuicio de la posible nulidad de pleno derecho en que su celebración pudiera haber incurrido por manifiesta carencia de consignación presupuestaria suficiente, tanto en el momento de su firma como a lo largo de su vigencia”*.

El día 28 de junio de 2013 la empresa contratista interpone recurso de reposición contra el Acuerdo de 23 de mayo de 2013 del pleno del Ayuntamiento, que no figura en la documentación remitida a este Consejo. Según el escrito presentado por el contratista, el Acuerdo de 23 de mayo de 2013 del Pleno del Ayuntamiento recurrido resolvió lo siguiente:

“1º.- Resolver los dos contratos administrativos celebrados el día 21 de septiembre de 2009 con mi representada “por causa de la defectuosa realización de los mismos que ha efectuado el contratista, reiteradamente señalada por el Ayuntamiento a lo largo de todo el tiempo de prestación transcurrido; y ello sin perjuicio de la posible nulidad de pleno derecho en que la celebración de ambos contratos pudiera haber incurrido por su manifiesta carencia de consignación presupuestaria suficiente, tanto en el momento de su firma como a lo largo de su vigencia.

2º.- Establecer la obligación de mi representada de indemnizar al Ayuntamiento “de acuerdo con lo previsto en el 208.3 de la Ley 30/07”, con incautación de la garantía constituida.

3º.- Decidir que mi representada continúe prestando el servicio durante dos meses a fin de asegurar la continuidad en la prestación del servicio”.

La empresa contratista se opone al mencionado acuerdo por haber sido adoptado sin tramitar procedimiento para la resolución contractual y no concurrir causa de resolución imputable al contratista.

9. El día 31 de julio de 2013 la empresa contratista insta del Ayuntamiento que se declare la nulidad de los dos contratos adjudicados por aplicación del artículo 32 c) de la LCSP por carencia o insuficiencia de crédito. Como efectos de la declaración de nulidad solicita:

“(…) b) Pague a mi representada el importe de las facturas impagadas e intereses moratorios, que a fecha de 30/6/2013 supone la cantidad de 881.178,96 euros, según el siguiente resumen:

<i>- Contrato de limpieza de Edificios</i>	<i>340.707,38 euros</i>
<i>- Intereses de demora a 30/6/2013</i>	<i>23.026,81 euros</i>
<i>Total</i>	<i>363.734,19 euros</i>

<i>- Contrato de RSU</i>	<i>667.964,10 euros</i>
<i>- Intereses de demora a 30/6/2013</i>	<i>43.195,72 euros</i>
<i>Total</i>	<i>711.159,82 euros</i>

<i>- Importes totales a 30/6/2013</i>	
<i>- Contrato de RSU</i>	<i>711.159,82 euros</i>
<i>- Contrato de limpieza de Edificios</i>	<i>363.734,19 euros</i>
<i>Total</i>	<i>1.074.894,01 euros</i>

<i>Pagado por el Ayuntamiento</i>	
<i>a cuenta sin imputación</i>	<i>172.306,23 euros</i>
<i>TOTAL DEUDA A 30/6/2013</i>	<i>902.587,78 euros</i>

Sin perjuicio de las cantidades que se sigan devengando como consecuencia de nuevas facturas impagadas e intereses adicionales que se sigan devengando, cantidades igualmente a las que debe hacer frente este Ayuntamiento. Se adjunta cuadro resumen con el cálculo de intereses, como documento nº 1.

c) Indemnité a mi representada en la cantidad de 316.915,06 euros por los daños y perjuicios sufridos que se concretan en el beneficio industrial dejado de percibir por la extinción temprana de los contratos, correspondiendo 118.459,77 euros al beneficio industrial dejado de percibir por la rescisión anticipada del contrato de

“Limpieza de edificios y Conserjería” y 198.455,29 euros por el mismo concepto respecto al contrato de “Recogida y transporte de RSU, Punto Limpio, Limpieza Viaria, Jardinería, Piscina y mantenimiento de alcantarillado” y que, según las ofertas hechas por mi representada y aprobadas por el Ayuntamiento en su día, calculados desde septiembre de 2013 a septiembre de 2024, ascienden a dicho montante, según se refleja en cuadro-detalle adjunto como documento n^o 2.

d) Incorporé como trabajadores del Ayuntamiento a los trabajadores de la lista adjunta, en cuya relación laboral se subrogó mi representada con motivo de la adjudicación de los contratos de gestión; o, en su caso, que reintegre a mi representada el importe de todos los desembolsos que tenga que hacer con motivo de la no incorporación de los mismos por el Ayuntamiento para el supuesto de que tenga que dejar de prestar los servicios contratados”.

10. El día 5 de agosto de 2013 el alcalde de Villacañeja dicta resolución por la que declara resueltos los dos contratos suscritos por la empresa por incumplimientos en la prestación de los servicios, acuerda la pérdida de las garantías constituidas en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento y requiere a la empresa para que el 10 de septiembre de 2013 cese y paralice todas las actividades y servicios. Por otro lado indica que sobre la causa de nulidad por carencia de consignación presupuestaria se tramitará el expediente administrativo oportuno.

11. El día 8 de agosto de 2013 la empresa contratista presenta un escrito por el que solicita que se anule y se deje sin efecto el procedimiento “para participar en el proceso de selección de la bolsa de trabajo para cubrir plazas de limpieza de calles y mantenimiento, recogida de basura y limpieza de edificios municipales” publicado en el Tablón de Anuncios del

Ayuntamiento, pues sostiene que la convocatoria se ha realizado sin resolver sobre la nulidad de los contratos y los efectos laborales y económicos del mismo.

En contestación a dicho escrito el Ayuntamiento dirige un escrito a la empresa indicando la libertad del Ayuntamiento para convocar las bolsas de trabajo que considere oportunas. Añade que la convocada responde a las deficiencias existentes en el municipio debidas a los incumplimientos de la empresa contratista. Acompaña un informe de los servicios técnicos municipales en el que se relacionan diversos incumplimientos de la empresa entre junio y agosto de 2013. Por último indica que a la solicitud de nulidad se le ha dado el cauce procedente incoando el oportuno expediente de nulidad contractual.

12. Consta en la documentación examinada que el día 10 de septiembre de 2013 se firmaron las actas de recepción y entrega de los medios adscritos a la ejecución del contrato.

13. El día 23 de septiembre de 2013 el secretario interventor emite informe en el que propone que el Pleno municipal acuerde el inicio del procedimiento para la declaración de nulidad del contrato en base a los siguientes argumentos:

“Hay que señalar que la aprobación de los Pliegos de Condiciones constituye la (...) (Autorización), del procedimiento de gasto por lo que previamente a ella debería haberse emitido la retención de crédito por el importe correspondiente al ejercicio 2009. No obstante, no se ha encontrado en el expediente de ninguna certificación de existencia de crédito ni consta en la contabilidad de ese ejercicio que se haya practicado retención de crédito alguna.

1.7 En el Presupuesto aprobado para 2009 no hay ninguna aplicación de gastos adecuada para que le sean imputados los costes de

estos contratos. La clasificación económica apropiada será el artículo 227, “Trabajos realizados por otras empresas” dentro del cual, sin embargo, no hay ninguna aplicación referida a esos servicios ni con crédito suficiente para asumir su coste. Tampoco se encuentra en ningún otro artículo del Capítulo 2, Gastos corrientes en bienes y servicios, ni en ningún otro capítulo del estado de Gastos. No consta en la contabilidad del ejercicio que durante el mismo se haya habilitado crédito al efecto mediante la correspondiente modificación presupuestaria. La contabilidad municipal de 2009 tampoco refleja ningún movimiento relativo al tercero A.

Mediante el procedimiento especial de pago a proveedores autorizado por el RDL 4/12 se han pagado en 2012 facturas de A correspondientes al año 2009 por importe de 160.000 €, que no aparecen registradas ni reconocidas en la contabilidad del ejercicio 2009.

1.8 En el presupuesto de 2010 figuran sendas aplicaciones de gastos, la 920 22701 LIMPIEZA DE EDIFICIOS Y CONSERJERÍA, dotada con 160.200 €, y la 920 22702 RECOGIDA DE BASURA, PUNTO LIMPIO Y VIALES, dotada con 215.833 € que tanto por su clasificación económica (227) como por sus títulos están claramente destinadas a financiar los costes de estos servicios. Las consignaciones de ambas, sin embargo son a todas luces insuficientes para que puedan serles imputadas los costes de los correspondientes contratos, que de acuerdo con los pliegos de condiciones aprobados ascienden, como se ha dicho, a los importes de 370.000 € anuales para el primero de ellos, referido a la recogida de basuras y limpieza viaria, y de 260.000 € anuales para el segundo, referido a la limpieza y conserjería de edificios.

Durante el ejercicio 2010 se registran en la contabilidad municipal tres movimientos relativos al tercero A, por un total de 45.568 €. Aunque ambos servicios fueron prestados y facturados, y el importe de las facturas emitidas se ha pagado en 2012 mediante el procedimiento especial de pago a Proveedores del RDL 4/12 por un total de 641.000 €, el gasto correspondiente a 2010 no aparece registrado ni reconocido en la contabilidad del ejercicio más que por la cantidad de 45.568€ que queda indicada.

1.9 En el Presupuesto de 2011, al ser el prorrogado de 2010, vuelven a aparecer las mismas partidas con las mismas consignaciones que en el de 2010, de nuevo insuficientes, por tanto, tanto para el coste previsto en los contratos como para el efectivamente facturado, superior a aquel.

Durante el ejercicio 2011 se registran en la contabilidad municipal los siguientes movimientos relativos al tercero A:

- Tres pagos a cuenta en el mes de abril, por importe total de 63.800 €.*
- Ocho facturas relativas a la gestión del punto limpio por importe total de 2.715 €, pagadas en noviembre y diciembre.*
- Cinco facturas relativas a la limpieza de edificios por importe total de 96.750 €, pagadas en diciembre.*
- Cuatro facturas relativas a recogida de basuras y limpieza viaria por importe total de 119.750 €, pagadas en noviembre y diciembre.*

Lo que da un gasto total contabilizado y pagado de 283.015 €. Sin embargo, en el ejercicio anterior, los servicios fueron facturados y prestados durante todo el año y mediante el procedimiento especial de pago a Proveedores del RDL 4/12 se pagaron en 2012 facturas de

A correspondientes al ejercicio 2011 por importe de 520.000 € más, que no aparecen registradas ni reconocidas en la contabilidad del año 2011.

1.10 El presupuesto del ejercicio 2012 es el prorrogado de los ejercicios anteriores, por lo que las aplicaciones de gasto correspondientes a estos contratos son las mismas, que quedan dichas, con las mismas consignaciones presupuestarias de 160.200 € y 215.833 respectivamente.

El gasto facturado de este ejercicio asciende a 206.884 € para el primer contrato y a 388.453 € para el segundo. Las facturas han sido presentadas en el Ayuntamiento y registrada su entrada. Para ambos resulta insuficiente, por tanto, la cobertura presupuestaria.

En la contabilidad del ejercicio 2012 no aparece ningún movimiento relativo al tercero A, y las cantidades aplicadas a las dos aplicaciones presupuestarias en cuestión no se refieren a gastos originados por ninguno de los dos servicios. El gran retraso que presenta la contabilidad de este ejercicio, en la que falta por contabilizar la enorme mayoría de los movimientos efectuados, es con toda probabilidad la principal causa de esta circunstancia.

Tras el pago de las facturas incluidas en el procedimiento especial de pago a proveedores del RDL 4/12, referidas todas a ejercicios anteriores, no se ha efectuado a la empresa ningún otro pago correspondiente a facturas emitidas en 2012. El importe total facturado en el ejercicio es de 595.337 €, que excede en 219.300 € a la suma de las consignaciones presupuestarias a que deberían aplicarse”.

De los antecedentes señalados concluye que pudiera desprenderse que ambos contratos fueron autorizados, adjudicados y formalizados sin que

existiera para ello crédito suficiente, por lo que incurrirían en nulidad por carencia o insuficiencia de crédito conforme a la legislación de contratos así como en el Art. 173.5 del RDL 2/2004, de 5 de marzo (Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales) para los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que comprometan gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos. Por lo expuesto propone al Pleno municipal iniciar el expediente de declaración de oficio de nulidad de los dos contratos celebrados en fecha 21 de septiembre de 2009 con la empresa “A”, actualmente llamada B.

14. El día 14 de enero de 2014 el Pleno acuerda iniciar el procedimiento para declarar la nulidad acogiendo los presupuestos fácticos y jurídicos del informe del secretario interventor, solicitar dictamen al Consejo Consultivo *“tras de lo cual se proseguirá el expediente en los términos que indique dicho informe”* y en su caso exigir las responsabilidades a que se refiere el artículo 188 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales.

15. El alcalde de Villacañeros el día 14 de febrero de 2014 remite al Consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno un escrito solicitando el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1. letra f) 2º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la

Comunidad de Madrid y a solicitud del Ayuntamiento de Villacañeros, cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, en virtud del artículo 14.3 de la citada Ley (*“3. Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local”*), en relación con el artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

El Ayuntamiento de Villacañeros está legitimado para recabar dictamen de este Consejo Consultivo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.1.f) de la Ley del Consejo, donde se establece que: *“1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por (...) las entidades locales (...) sobre (...) 2. Revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes”*.

Por lo que hace a las entidades locales, el artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL), 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.

En el caso que nos ocupa, en que el procedimiento va encaminado a declarar la nulidad de los actos de autorización, adjudicación y formalización de un contrato de gestión de servicios públicos sometido a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), norma aplicable dada la fecha de adjudicación del contrato (disposición transitoria primera del Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSP) hay que estar a lo que sobre la revisión de oficio se dispone en este texto legal, en concreto, a lo dispuesto

en el artículo 34 –incluido sistemáticamente en el capítulo V del título I del libro I, que lleva por rúbrica “*Régimen de invalidez*”. El artículo 34.1 señala que: “*La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación provisional o definitiva de los contratos de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*”. Lo que nos lleva a acudir al procedimiento de revisión de oficio contemplado en la LRJ-PAC.

Por remisión, resulta de aplicación el artículo 102.1 de la LRJ-PAC, cuando establece que:

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

De este último precepto legal se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en este supuesto carácter vinculante. La referencia que el artículo 102.1 de la LRJ-PAC hace al Consejo de Estado “*u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*”, debe entenderse hecha al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, creado por la citada Ley 6/2007.

Por lo que se refiere al momento de solicitud del dictamen del órgano consultivo, éste no debe ser al inicio del procedimiento, como parece entender el Ayuntamiento de Villacañeros, que en el acto de inicio del

expediente encaminado a la declaración de nulidad, acuerda solicitar dictamen al Consejo Consultivo *“tras de lo cual se proseguirá el expediente en los términos que indique dicho informe”*. La solicitud de dictamen al Consejo Consultivo debe formularse una vez tramitado el procedimiento de revisión de oficio y previo a la resolución del mismo, debiendo remitirse a este órgano consultivo el expediente completo. El informe preceptivo del Consejo Consultivo se incardina en el procedimiento como el último trámite del mismo. Así resulta del preámbulo de la Ley 6/2007 que señala que:

“(…) la ayuda prestada por los órganos consultivos a la administración actuante tiene por objeto contribuir a la mejora de sus decisiones a las que han de aportar el reposo de la deliberación y la objetividad de una visión exenta de la urgencia de la actuación cotidiana. Los órganos consultivos no tienen por objeto controlar la actividad de las administraciones públicas sino contribuir a su perfeccionamiento en la fase previa de elaboración de la decisión.

Pero los órganos consultivos, en cuanto contribuyen a garantizar la legalidad y el acierto de la actuación administrativa, contribuyen también a la mejor protección de los derechos de los ciudadanos y a la consolidación de su posición jurídica”.

En el mismo sentido el artículo 3.4 del Reglamento Orgánico de este Consejo que dispone que *“los asuntos dictaminados por el Consejo Consultivo no podrán ser sometidos al informe posterior de ningún otro órgano o institución de la Comunidad de Madrid, de las entidades locales o de las universidades públicas”*.

SEGUNDA.- Antes de entrar en el análisis del procedimiento tramitado conviene poner de manifiesto que nuestro examen ha de circunscribirse a la revisión de oficio iniciada a solicitud del interesado y

respecto a la que se solicita dictamen de este órgano consultivo, a pesar de que en el expediente de contratación examinado por este Consejo Consultivo se observan numerosas irregularidades invalidantes, como son las resoluciones contractuales acordadas sin la tramitación de procedimiento alguno, y por tanto sin la solicitud del dictamen preceptivo de este Consejo Consultivo.

Ahora bien en cuanto que la nulidad de los actos preparatorios o de adjudicación por la causa prevista en el artículo 32 c) de la LCSP (*“la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta ley, salvo los supuestos de emergencia”*) que es la que se plantea en este procedimiento, afectaría a la validez del contrato mismo, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la LCSP *“La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato (...)”*, procede en consecuencia analizar la causa de nulidad invocada que afecta a los actos preparatorios y de adjudicación, cuya nulidad, en caso de ser apreciada, implicará la de los actos posteriores del expediente contractual.

TERCERA.-En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, el artículo 102.1 de la LRJ-PAC, anteriormente transcrito, no contempla un procedimiento específico a seguir para la sustanciación de los expedientes de declaración de nulidad, limitándose a señalar, como ha quedado visto, la preceptividad del dictamen previo favorable del órgano consultivo que corresponda. Por ello, han de entenderse de aplicación las normas generales recogidas en el Título VI del citado cuerpo legal, denominado *“De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos”*, con la singularidad de que el dictamen del órgano consultivo reviste carácter preceptivo y habilitante de la revisión pretendida.

En el presente caso nos encontramos con un procedimiento de revisión de oficio a instancia de parte, toda vez que la empresa contratista el día 31 de julio de 2013 insta del Ayuntamiento que se declare la nulidad del contrato adjudicado por aplicación del artículo 32 c) de la LCSP.

Por lo que se refiere al procedimiento seguido por la Administración consultante una vez solicitado el inicio del expediente por la empresa interesada ha consistido en un acuerdo de inicio del procedimiento adoptado por el Pleno municipal el 26 de septiembre de 2013, que tiene como antecedentes inmediatos, además de la mencionada solicitud de revisión de la empresa contratista, un informe del secretario interventor de 23 de septiembre de 2013 en el que aboga por que se declare la nulidad del contrato por haberse realizado la autorización, adjudicación y formalización del contrato sin que existiera crédito presupuestario suficiente y en el que se indican los pagos satisfechos y las cantidades adeudadas a la empresa contratista. No ha existido más tramitación tras el acuerdo de inicio que la solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo.

Debemos realizar algunas consideraciones a propósito del procedimiento seguido para la revisión de oficio, en cuanto el mismo se configura como garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos.

En el procedimiento tramitado se observa, en primer lugar, que tras la presentación de la solicitud de revisión de oficio, la Administración no ha cumplido con el trámite que establece el artículo 42.4 de la LRJ-PAC cuando dispone que:

“en todo caso, las Administraciones Públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la notificación y resolución de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de

oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro de órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en la que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente”.

Únicamente consta como comunicación a la empresa contratista del expediente de revisión, un escrito del Ayuntamiento de agosto de 2013 dirigido a la empresa interesada en el que se indica que a su solicitud de nulidad se le ha dado el cauce procedente incoando el oportuno expediente de nulidad contractual, si bien lo cierto es que en ese momento el acuerdo de inicio aún no se había adoptado pues como resulta de antecedentes esto no se produce hasta el 23 de septiembre de 2013. En todo caso dicha comunicación no incluía el contenido del artículo citado de la LRJ-PAC.

En la revisión de oficio, como en todo procedimiento administrativo, aunque no lo establezca expresamente el artículo 102.1 de la LRJ-PAC, se impone la audiencia a los interesados, trámite contemplado con carácter general en el artículo 84 de la LRJ-PAC, que obliga a que se dé vista del expediente a los posibles interesados, a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes en defensa de sus derechos. El correcto desarrollo procedimental demanda que dicho trámite se sustancie una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución según dispone el artículo 84 de la LRJ-PAC.

Como recuerda la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2012, con cita de otra anterior de la misma Sala de de 12 de diciembre de 2008 (casación 2076/2005):

“la omisión del trámite de audiencia en procedimientos no sancionadores no constituye en sí misma o por sí sola ninguna de las

dos causas de nulidad de pleno derecho previstas en las letras a) y e) del número 1 del artículo 62 de la Ley 30/1992, sino que queda regida por la previsión del número 2 del artículo 63 de la misma Ley, de suerte que sólo determinará la anulabilidad del acto dictado en el procedimiento en que se omitió si dio lugar a una indefensión real y efectiva del interesado. En este sentido, y por todas, puede verse la sentencia de 16 de noviembre de 2006 (casación 1860/2004), en la que, con cita de otras, se recuerda también que para afirmar si se produjo o no esa situación de indefensión real y efectiva han de valorarse las circunstancias singulares de cada caso en concreto, incluidas las posibilidades de defensa que haya podido proporcionar el propio procedimiento administrativo en que se omitió aquel trámite, el recurso administrativo, si lo hubiere, y el mismo recurso jurisdiccional”.

En línea con la jurisprudencia que acabamos de exponer, hemos señalado que la omisión del trámite de audiencia solo tiene efecto anulatorio si la omisión produce una indefensión real y efectiva.

En este punto cabe recordar que el apartado 4 del artículo 84 de la LRJ-PAC establece que: “*se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado*”.

En el presente caso no cabe duda de que el Ayuntamiento no puede prescindir del trámite de audiencia a la empresa contratista toda vez que, tras su solicitud de inicio del expediente encaminado a la declaración de nulidad, se ha emitido un informe del secretario interventor, que se ha tenido en cuenta para el procedimiento, hasta el punto que la fundamentación de dicho informe es recogida como base del acuerdo de inicio del procedimiento para la declaración de nulidad. En el citado

informe se contienen apreciaciones sobre los pagos efectuados al contratista y sobre los pendientes de realizar que difieren de lo manifestado por la empresa contratista en su solicitud de inicio del procedimiento de nulidad del contrato, por lo que al no conferírsele traslado de dicho informe se le ha hurtado de la posibilidad de alegar y probar lo que a su derecho convenga.

Finalmente, como consecuencia de la falta de tramitación de procedimiento apuntada, se observa que no se ha formulado propuesta de resolución en los términos en que ésta viene siendo definida por este Consejo, es decir, aquella que se refiere a *“la procedencia de la nulidad solicitada, con inclusión de los correspondientes antecedentes, fundamentos jurídicos y parte dispositiva, en la que se concrete, en su caso, la causa en la que se apoya la nulidad”* (así nuestros dictámenes 584/11). Si bien es cierto que en el acuerdo de inicio del procedimiento se contienen los presupuestos fácticos y jurídicos y la posible causa de nulidad, obviamente, puesto que no se ha conferido trámite de audiencia al contratista, tampoco se pronuncia sobre las alegaciones del mismo. En este punto ya dijimos en nuestro Dictamen 742/11, de 21 de diciembre, que la propuesta de resolución *“debe pronunciarse como mínimo sobre dos extremos: valoración de las alegaciones presentadas por los interesados con expresión de las razones que abogarían por su estimación o, en su caso, desestimación y expresión de los fundamentos jurídicos en los que la Administración sustenta su planteamiento a favor de la nulidad radical del acto cuestionado”*. Por otro lado tampoco existe pronunciamiento sobre los posibles efectos de la declaración de nulidad y sobre los pagos e indemnizaciones solicitadas por el contratista, debiendo tenerse en cuenta en este sentido que conforme el artículo 89.1 de la LRJ-PAC que *“la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por las interesados y aquellas otras derivadas del mismo”* y que conforme el artículo 35 de la LCSP al regular los efectos de la declaración de nulidad indica que el contrato *“entrará en fase de liquidación, debiendo*

restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”. Conviene tener en cuenta que el artículo 102.4 de la LRJ-PAC, permite abordar y solventar las cuestiones de orden indemnizatorio que pueda suscitar la declaración de nulidad del acto revisado, indicando, con remisión a las circunstancias prevenidas en los artículos 139.2 y 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de un acto, pueden establecer en la misma resolución las indemnizaciones que procedan por responsabilidad patrimonial, cuando se den los requisitos de daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado que el particular no tenga el deber de soportar de acuerdo con la Ley.

Conforme a lo expuesto, para que este Consejo Consultivo pueda cumplimentar su función consultiva se considera necesario que se tramite adecuadamente el procedimiento con audiencia de la empresa contratista, y que, una vez formalizada la propuesta de resolución en los términos señalados, se remita a este Consejo para su dictamen preceptivo y vinculante, junto con toda la documentación correspondiente al expediente de contratación, incluidos los acuerdos y comunicaciones de cuya falta hemos dado cuenta en los antecedentes de este dictamen.

Por último, conviene recordar que al haberse iniciado a instancia de parte la revisión del acto, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 102.5 de la LRJ-PAC, de manera que al haber transcurrido más de tres meses desde la solicitud de inicio del procedimiento (31 de julio de 2013), la empresa contratista puede entender la misma desestimada por silencio administrativo.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede retrotraer el procedimiento de revisión de oficio para otorgar trámite de audiencia a la empresa contratista y formalizar la propuesta de resolución con carácter previo a la remisión a este Consejo para su dictamen.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 2 de abril de 2014

