

Dictamen n ^o	5/13
Consulta	Alcalde de Daganzo
Asunto	Revisión de Oficio
Aprobación	09.01.13

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 9 de enero de 2013, sobre solicitud formulada por el alcalde del Ayuntamiento de Daganzo a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno de la Comunidad de Madrid, al amparo del artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre revisión de oficio por nulidad de pleno derecho del Convenio de colaboración entre el Ayuntamiento de la Villa de Daganzo y la “Asociación Amigos de la Música de Daganzo” (la asociación) de fecha 20 de abril de 2007.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 21 de diciembre de 2012 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, solicitud de consulta del alcalde del Ayuntamiento de Daganzo, formulada a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, sobre la declaración de oficio de la nulidad de pleno derecho del Convenio de colaboración suscrito el 20 de abril de 2007, entre el Ayuntamiento de Daganzo y la asociación.

SEGUNDO.- Del examen del expediente administrativo remitido por el Ayuntamiento de Daganzo se desprenden los siguientes hechos relevantes para la emisión del dictamen.

Con fecha 20 de abril de 2007 el alcalde-presidente del Ayuntamiento y la presidenta de la asociación firman un Convenio de colaboración cuyo clausulado esencial es el que se expone a continuación:

Mediante dicho instrumento el Ayuntamiento facilita a los componentes de la asociación aulas dependencias y material didáctico necesario dentro de las instalaciones de la Escuela de Música municipal (cláusula primera).

Por su parte, la asociación, bajo el régimen organizativo de la Escuela se compromete a prestar los módulos docentes que se especifican en el Convenio (diversos instrumentos musicales, lenguaje musical, danzas, percusión, teatro musical, informática musical entre otros). Dichas enseñanzas serán realizadas por profesorado contratado por la misma Asociación, con diversas obligaciones educativas así como de organización dentro de la Escuela de Música (Cláusulas segunda a quinta).

El Convenio establece en su cláusula séptima que *“El Ayuntamiento aportará a la Asociación en concepto de subvención una cantidad solicitada mensual que incluirá los conceptos de: retribución de los profesores y los gastos de funcionamiento de las actividades docentes”*, y establece determinados importes en razón de la actividad docente por hora, más complementos por dirección de la escuela, jefe de estudios, gestión y creación de tres jefes de departamento.

El Convenio prevé una duración desde el 21 de marzo de 2007 hasta el 30 de junio de 2014, *“con revisión anual de los módulos docentes atendido a las necesidades y con la correspondiente previsión del I.P.C. si ninguna de las partes lo denuncia con al menos dos meses de antelación que se incluye en los Presupuestos Generales del Estado.”*

La cláusula décima establece que el Ayuntamiento velará por la buena conservación de los instrumentos cedidos por éste a la asociación.

TERCERO.- Tras sendos informes de la Intervención Municipal de fechas 4 y 26 de octubre de 2012, el Alcalde dispuso mediante Providencia de 31 de octubre del mismo año que “ *por el Interventor se emita informe sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir en relación con la tramitación de expediente de declaración de nulidad de pleno derecho del Convenio suscrito por este Ayuntamiento con la Asociación de Amigos de la Música de Daganzo de fecha 20 de abril de 2007, en el que se expongan con claridad los requisitos y procedimientos que han de seguirse para la incoación del expediente*”.

El Interventor emite dicho informe, de fecha 12 de noviembre de 2012, en el que reproduce sus observaciones realizadas en los dos primeros informes y así señala que:

“a) La Escuela Municipal de Música y Danza tiene por objeto la prestación de un servicio que debe estar sometido a su contratación administrativa según las normas de preparación adjudicación y ejecución establecidas por la Ley de Contratos del Sector Público (o normativa reguladora vigente en cada momento). No puede ser objeto de adjudicación directa, como ha sido en este caso.

b) El referido convenio de colaboración suscrito entre las partes establece que la aportación de fondos a la Asociación se hará en concepto de subvención. Esta Intervención no comparte la posibilidad de gestionar un servicio público local mediante la concesión de subvención a un tercero, a la vista del artículo 85.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

c) Por tanto, la relación jurídica entre el Ayuntamiento y la Asociación se inició y se mantiene prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, con lo que a juicio de esta Intervención (y salvo mejor opinión fundada en derecho) adolece de

un vicio de nulidad al amparo del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

d) A pesar de la conclusión anterior, el servicio se presta por la Asociación, por lo que procede el pago de los servicios realmente efectuados y acreditados para evitar un enriquecimiento injusto del Ayuntamiento. El reconocimiento y pago de gastos ya devengados se podrá efectuar en vía de reconocimiento extrajudicial de créditos. No obstante, y ante la ausencia de una forma legal amparada por el ordenamiento jurídico, esta Intervención entiende que esta relación de hecho no debe escapar de la fiscalización del gasto en su fase de ejecución, y que por tanto con carácter previo al reconocimiento y pago de tales gastos es necesaria una adecuada y suficiente justificación de los mismos”.

Añade en el mismo informe de 12 de noviembre de 2012, que la calificación del negocio jurídico que pretende amparar el Convenio pudiera ser calificada de contrato administrativo de servicios o de subvención.

Observa que en todo caso en el primer supuesto “*el llamado Convenio se firma con una adjudicación directa, sin la tramitación del oportuno expediente de contratación administrativa que garantice los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos*” como principios que preveía el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP).

Además añade que el Convenio está firmado por órgano no competente, el alcalde, puesto que su importe supera el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto y por su carácter plurianual.

Por ello considera que *“incurre en vicio de nulidad previsto en el apartado e) del citado artículo 62.1 por tratarse de un acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”*.

En cuanto a la posible calificación del instrumento como subvención el informe del Interventor estima que en éste caso se observaría un incumplimiento de lo previsto en el artículo 8 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, ya que no existe plan estratégico, ni se cumplen los requisitos de transparencia, publicidad, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación. Igualmente en el supuesto de subvención debió ser el Pleno el órgano indicado para su aprobación.

Por tanto considera el órgano fiscalizador que igualmente se incurre en la misma causa de nulidad de pleno derecho.

CUARTO.- Con fecha 13 de noviembre de 2012 la Junta de Gobierno Local acordó: iniciar el procedimiento de revisión de oficio del Convenio, *“por considerar que incurre en la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.e) de la LRJ-PAC”*; adoptar la medida provisional consistente en el abono de los salarios de los trabajadores que prestaban sus servicios a la asociación, a fin de garantizar la continuidad y la calidad en la prestación del servicio; notificar la presente resolución a la asociación y al representante de los trabajadores de la misma para alegaciones en plazo de diez días y una vez transcurrido dicho plazo solicitar informe al Consejo Consultivo por el procedimiento de urgencia.

Dicho acuerdo fue notificado tanto a la asociación como al representante de los trabajadores con fecha 13 de noviembre de 2012.

En uso de dicho trámite, la asociación presenta escrito de alegaciones el 26 de noviembre, en el que, en resumen, expone que: El Ayuntamiento no está legitimado para abonar el sueldo de los trabajadores puesto que no existe vínculo laboral entre estos. Recrimina la actitud del Ayuntamiento en

tanto que considera que su objetivo es poner a los trabajadores en contra de la asociación. Debería resolverse, no solo las cuestiones relativas a la nulidad del convenio, sino también aquellas que puedan plantearse por la asociación, así como las indemnizaciones que por los daños y perjuicios causados se produzcan. Igualmente pone de manifiesto que el Convenio sobre el que ahora se pretende su nulidad trae causa de convenios anteriores, con prácticamente idéntico contenido, ya desde noviembre del año 2002.

QUINTO.- Con fecha 27 de noviembre de 2012, se emite informe jurídico de Secretaría e Intervención, que redacta la propuesta de resolución, y en el que, tras examinar las alegaciones efectuadas por la asociación, propone a la Junta de Gobierno Local la declaración de nulidad de pleno derecho por incurrir en las causas de nulidad de los apartados b) y e) del artículo 62.1 LRJ-PAC.

Igualmente propone la restitución de las prestaciones entre las partes, de modo que:

- La asociación deberá restituir al Ayuntamiento la cantidad de 1.623.240,72 euros, correspondientes a los ingresos percibidos durante los últimos cuatro años.

- Por su parte, dada la imposibilidad de restitución de la prestación recibida por parte del Ayuntamiento, deberá proceder a la indemnización de los importes correspondiente a los gastos efectivamente incurridos en la prestación del servicio durante los últimos cuatro años, estimando dicha cuantía en 1.199.041,89 euros. Dicha cuantía, por las razones que expone el informe, se calcula con carácter provisional.

SEXTO- El alcalde de Daganzo, a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz del Gobierno, de conformidad con el artículo 14.3 de la Ley del Consejo Consultivo, formula mediante oficio de 19 de diciembre de 2012 que ha tenido entrada en el Registro del Consejo Consultivo el 21 de

diciembre, preceptiva consulta por trámite de urgencia al amparo del artículo 16.2 de la Ley 6/2007. Su estudio correspondió, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier Casas Estévez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 9 de enero de 2013, por seis votos a favor y los votos en contra de los Consejeros, Sra. Laina y Sr. De la Oliva, que formulan los votos particulares recogidos a continuación.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

A los hechos anteriores, les son de aplicación 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 alcalde-presidente del Ayuntamiento de Daganzo, cursada a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno de la Comunidad de Madrid, en virtud del artículo 14.3 de la citada Ley 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 Daganzo está legitimado para recabar dictamen de este Consejo Consultivo en virtud de lo dispuesto en el ya citado artículo 13.1.f) de la Ley del Consejo, donde se establece que el Consejo Consultivo

deberá ser consultado, entre otros asuntos, en los expedientes tramitados por las entidades locales sobre la posible revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes.

Por remisión, debe traerse a colación el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), en el que se establece la posibilidad de que las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, declaren de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo.

Para ello será necesario, desde un punto de vista material, que concurra en el acto a revisar alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJ-PAC, y, desde el punto de vista del procedimiento y garantía del ajuste de la actividad administrativa al principio de legalidad, que se haya recabado dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, y que éste tenga sentido favorable.

SEGUNDA.- El objeto del procedimiento de revisión sometido a consulta lo constituye el Convenio firmado entre el Ayuntamiento de Daganzo y la asociación amigos de la música de Daganzo de fecha 20 de abril de 2007.

La revisión de oficio en el ámbito local, con carácter general, se regula en el artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), que permite a las Corporaciones Locales 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.

Igualmente, los artículos 4.1.g) y 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, indican que dichas Corporaciones, dentro de la esfera de sus competencias, tienen atribuida la potestad de revisión de oficio de sus actos, resoluciones y acuerdos, con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

TERCERA.- Al haberse iniciado de oficio la revisión del acuerdo, el procedimiento está sometido a un plazo de caducidad, pues a tenor de lo estipulado en el artículo 102.5 de la LRJ-PAC *“cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses, desde su inicio sin dictarse resolución, producirá la caducidad del mismo”*.

El *dies a quo* para el computo del plazo en los procedimientos que se inician de oficio es desde la fecha del acuerdo de iniciación *ex* artículo 42.3 a) de la LRJ-PAC. En idéntico sentido la Sentencia de Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008, en unificación de doctrina señala que la fecha de inicio es la fecha del acuerdo de inicio y no de su notificación.

En el caso que se examina, la incoación del procedimiento de revisión de oficio se realizó mediante acuerdo de la Junta de Gobierno de 13 de noviembre de 2012, con lo que nos encontramos dentro del plazo legal para la resolución del procedimiento.

CUARTA.- En materia de procedimiento, es preciso señalar que aunque no lo establezca expresamente el artículo 102 de la LRJ-PAC, se impone la audiencia de 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.

Dicho trámite se ha cumplimentado, dando audiencia a la Asociación interesada que presentó en su momento escrito de alegaciones.

El acuerdo de inicio del expediente de revisión de oficio se ha aprobado por órgano competente para ello, pues corresponde a la Junta de Gobierno Local, por delegación del Pleno, ya se trate de un contrato administrativo de servicios o de una subvención.

Por otra parte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29.3.e) de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de la Administración Local de la Comunidad de Madrid, corresponde al Pleno del Ayuntamiento resolver el procedimiento de revisión de oficio que se dictamina.

Aún por los cauces legalmente establecidos la solicitud de informe a éste Consejo Consultivo se formula con solicitud de aplicación del trámite de urgencia previsto en el artículo 16.2 de nuestra Ley reguladora. No obstante dicho trámite de urgencia, como venimos sosteniendo, debe responder a una motivación o necesidad real de acortar el plazo temporal para la emisión de dicho dictamen. En el presente caso ni se ha expresado ninguna causa de la urgencia ni ésta se desprende de manera alguna del expediente.

QUINTA.- Con carácter previo, antes de entrar a considerar el concreto vicio de nulidad que pudiera afectar al acto cuya revisión se pretende, debemos detenernos en la naturaleza del acto objeto de revisión, dado que sólo los actos administrativos declarativos de derechos (para el resto de actos que no contengan una declaración de derechos, la Administración puede revisar sin someterse al procedimiento del artículo 102) que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en tiempo y forma, podrán ser objeto de revisión de oficio en aplicación del artículo 102.1 de la LRJ-PAC.

Este precepto tiene por objeto facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2001, de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquéllos derive en su inatacabilidad definitiva: *“Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental ampliar las posibilidades de evitar que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia”*.

El Convenio objeto del procedimiento de revisión de oficio establece las relaciones entre la Administración municipal y la asociación referida, por la que se establecen obligaciones para ambas partes dentro de la esfera de competencia administrativa, y cuyo objeto es la prestación de enseñanzas musicales. Se trata por tanto de un acto que otorga derechos al administrado y cuya nulidad le ocasionaría un perjuicio, por lo que es aplicable el procedimiento de revisión de oficio regulado en la LRJ-PAC.

SEXTA.- Llegados a este punto, en relación al fondo de la cuestión, es preciso analizar si concurre alguna de las causas por las que se estime procedente la revisión de oficio del Convenio.

El punto de partida inexcusable, sostenido ya en otros dictámenes de este Consejo (*vid.* Dictamen 497/2009), es la consideración de la revisión de oficio como una potestad excepcional de la Administración para dejar sin efecto sus propios actos y disposiciones al margen de cualquier intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa, razón por la cual esta potestad de expulsión de los actos administrativos de la vida jurídica debe ser objeto de interpretación restrictiva y sólo se justifica en aquellos supuestos en que los actos a revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad, es decir, que estén viciados de nulidad radical o de pleno derecho.

Así el artículo 102.1 LRJ-PAC 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.”*

La revisión de oficio que se dictamina se fundamenta, según se expresa en el acuerdo de incoación del procedimiento, en las causas de nulidad establecidas en el artículo 62.1. LRJ-PAC apartados b) y e): *“Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*.

Dichas causas que razona el informe jurídico de Secretaría e Intervención, tienen como sustantividad en primer lugar que se ha omitido la tramitación del expediente de contratación conforme la legislación aplicable en materia de contratación pública, cuando se considera que se trata de una actividad que debió ser necesariamente objeto de un contrato administrativo.

Por otra parte, también se pone de manifiesto que aún en el caso de que la relación jurídica entre la Administración municipal y la Asociación pudiera ser calificada de subvención, tampoco se cumplen los requisitos esenciales de procedimiento por lo que se incurre igualmente en causa de nulidad de pleno derecho.

Igualmente estima la propuesta de resolución que en todo caso el Convenio se ha firmado por órgano manifiestamente incompetente.

Sentado lo anterior resulta procedente analizar la existencia de alguna de las causas de nulidad de pleno derecho, pues la concurrencia de cualquiera de ellas daría lugar a la posibilidad de la revisión de oficio que se pretende.

SÉPTIMA.- La esencial causa de nulidad en la que se fundamentan tanto el informe de la Intervención Municipal, como el Informe Jurídico y de Intervención, base de la propuesta de resolución de revisión de oficio, es la referente a si era necesaria la tramitación de expediente de contratación para la consecución del objeto del Convenio. Es decir la causa contemplada en el artículo 62.1.e), al haberse prescindido absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Debemos partir en primer lugar que la legislación aplicable dada la fecha del Convenio (20 de abril de 2007) es el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas TRLCAP, en la redacción vigente en ese momento.

El artículo 5 de dicho texto legal establece que son contratos administrativos

Son contratos administrativos:

a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley.

Por su parte el artículo 196.3 TRLCAP establece en sus apartados a) y b):

“Son contratos de servicios aquellos en los que la realización de su objeto sea:

De carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia o en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro.

Complementario para el funcionamiento de la Administración”.

La actividad que regula el Convenio cuya revisión de oficio se ha iniciado, constituye un servicio que se enmarca dentro de las competencias de los municipios sobre actividades culturales del art. 25.2.m de la LBRL. Se trata así de una obligación de hacer, complementaria de las actividades y competencias de la Administración que constituye un servicio al ciudadano a través de la impartición de enseñanzas musicales.

Conforme la legislación de contratos aplicable no constituye uno de los tipos de contratos excluidos del artículo 3 del TRLCAP. Tampoco se trata de un contrato menor contemplados en el artículo 56 del mismo texto, de posible adjudicación directa, pues queda acreditado en el expediente que su impacto financiero supera con creces los límites establecidos para este tipo de adjudicación.

Su carácter de contrato de servicios deviene además del propio clausulado del Convenio. Así la asociación “*se compromete a prestar los servicios de enseñanza musical, complementando los propios de la actividad de la Escuela de Música*”, con lo que la naturaleza de servicio público del objeto del Convenio resulta clara.

Como orientación interpretativa, la posterior Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, define el contrato de servicios en su artículo 10 como “*aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II*” (dentro de dicho Anexo se incluyen actividades tales como educación y formación profesional, y culturales).

Si cabe, la naturaleza jurídica, propia de las prestaciones de un contrato de servicios conforme la normativa aplicable en su momento temporal, se refuerza con dos razonamientos. En primer lugar que la legislación de contratación administrativa es excluyente, de manera que su aplicación no puede ser desplazada voluntariamente por las partes. En segundo lugar, su carácter de servicio se extrae del propio mecanismo previsto en el Convenio, ya que, el Ayuntamiento, a través de la asociación ofrece a los ciudadanos las enseñanzas musicales que se reseñan en el mismo, y es dicho Ayuntamiento el que satisface económicamente dicha actividad a la asociación, mientras que los consumidores o asistentes a las clases que se imparten satisfacen su coste a la Escuela de Música, es decir, al propio Ayuntamiento.

Por todo ello, como decimos, la actividad se enmarca en la propia de un contrato de servicios con lo que era necesario y de todo punto imprescindible la tramitación del correspondiente expediente de contratación. Ante su ausencia no cabe sino estimar que se ha incurrido en

la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.e) LRJ-PAC, por haberse instrumentado a través de Convenio, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Procede por tanto estimar la revisión de oficio por dicha causa.

OCTAVA.- Habida cuenta que tanto el informe de la Intervención como el Informe jurídico de Secretaría e Intervención, que se une a la propuesta de resolución de revisión de oficio, plantean la posibilidad de considerar como subvención las relaciones entre los intervinientes, resulta necesario examinar si desde ésta perspectiva existe la misma causa de nulidad.

La propuesta de resolución de revisión de oficio considera en este punto que, al igual que en el supuesto anterior, se ha prescindido absolutamente del procedimiento establecido, y se incurre por tanto en la causa de nulidad del artículo 62.1.e) LRJ-PAC.

A la precitada conclusión debe llegarse necesariamente a la vista del clausulado del Convenio. El hecho de que en su cláusula séptima se recoja que *“El Ayuntamiento aportará a la Asociación, en concepto de subvención una cantidad solicitada mensual”*, y establezca un importe de la hora de profesorado más diversos complementos no otorga naturaleza de subvención a dicho instrumento.

Y ello porque no se cumplen ninguno de los requisitos establecidos en la Ley 38/2003 de General de Subvenciones. Ni existe plan estratégico de subvenciones (artículo 8), ni se han respetado los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación (apartado 3 del mismo precepto).

Tampoco se aprecia la existencia de alguno de los procedimientos previstos para el otorgamiento de subvenciones en el artículo 22 de la precitada Ley. Así no se ha aplicado el procedimiento de concurrencia

competitiva pues no existen bases reguladoras, convocatoria y adjudicación, ni se cumplen los requisitos para que pueda admitirse una concesión directa de subvención, ya que no estaba prevista nominativamente en los presupuestos municipales, no existe norma de rango legal que la ampare y no se aprecian razones de interés público para su concesión directa ni otras que dificulten su convocatoria.

En definitiva, existe igualmente la misma causa de nulidad del artículo 62.1.e) LRJ-PAC por haber prescindido absolutamente del procedimiento legalmente establecido, por lo que procede su revisión de oficio.

Expuesto lo anterior, y aún cuando pudiera concurrir la causa de nulidad prevista en el apartado b) del artículo 62.1 LRJ-PAC, referida a haber sido firmado el Convenio por órgano manifiestamente incompetente, lo cierto es que al haberse prescindido con carácter absoluto del procedimiento establecido legalmente, el acto incurre en causa de nulidad de pleno derecho que obliga a su revisión de oficio.

NOVENA.- Por otra parte no se aprecia la existencia de alguna de las causas que impidan la revisión de oficio del Convenio. Éstas se contemplan en el artículo 106 LRJ-PAC, al disponer que: *“Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”*.

En el supuesto sometido a dictamen, nos encontramos con un Convenio firmado en el año 2007 cuya revisión se pretende transcurridos cinco años y casi siete meses desde su firma.

En éste ámbito la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2005, dictada en recurso de casación 4981/2003 considera que:

“la acción de nulidad es improcedente cuando por el tiempo transcurrido su ejercicio resulte contrario a la equidad o al derecho de los particulares», añadiendo que «la seguridad jurídica exige que se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones jurídicas surgidas de actos firmes de la Administración, que no fueron impugnados en tiempo y forma, por lo que había razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia”.

De este modo para apreciar la imposibilidad de revisión de oficio hay que atender a las circunstancias concurrentes. Así, puede considerarse que el tiempo transcurrido no supera lo que casuísticamente viene considerando la jurisprudencia como períodos en los que es posible la revisión de actos favorables, y que recoge la propia propuesta de revisión con cita de nuestro Dictamen 73/11.

Por otra parte el hecho que la misma actividad objeto del Convenio, viniera siendo desarrollada por la asociación a través de sucesivos Convenios de similar contenido desde el año 2002, según sus alegaciones, no es óbice para posibilitar la revisión de oficio del presente Convenio del año 2007, pues se trata de un acto autónomo e independiente, en el que sólo es posible examinar las causas de nulidad que concurren en el mismo.

Todo ello podrá dar lugar o no a responsabilidades o consecuencias de otro orden, en todo caso ajenas a las causas concretas de nulidad que se han apreciado en el Convenio sometido a revisión.

Además el artículo 106 LRJ-PAC hace referencia a “*otras circunstancias*” que impedirían la revisión, que no se hacen patentes en el presente caso. Más bien al contrario de lo expuesto resulta que en modo alguno se ha respetado el procedimiento que resulta necesario para la

consecución del objeto del Convenio, ya sea a través de contrato o de subvención.

Por ello en el presente supuesto debe admitirse la posibilidad de revisión de oficio, pues, en definitiva se trata de hacer desaparecer del mundo jurídico un acto que adolece de un vicio de nulidad radical, que ha vulnerado el principio de legalidad en la actividad administrativa (artículo 106 de la Constitución) y que ha supuesto la disposición de fondos municipales sin las debidas garantías legales al haberse prescindido del procedimiento de contratación legalmente establecido.

Los efectos de la declaración de revisión de oficio son los propios de restitución de las prestaciones e indemnizaciones que procedan, por aplicación del artículo 102 LRJ-PAC, y que recoge la propuesta de resolución de revisión de oficio.

En mérito a lo que antecede, este Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede acordar la revisión de oficio del Convenio de colaboración entre el Ayuntamiento de la Villa de Daganzo y la “Asociación Amigos de la Música de Daganzo” de fecha 20 de abril de 2007, al concurrir en ella las causas de nulidad prevista en el artículo 62.1, apartado e) de la LRJ-PAC.

El presente dictamen es vinculante.

**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL
PRESENTE DICTAMEN LA CONSEJERA, SRA. ROSARIO
LAINA VALENCIANO.**

«Formulo el presente Voto Particular, al amparo del artículo 15. 3 de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, discrepando cordial y respetuosamente del parecer de la mayoría en el Dictamen 5/13 que emite este Consejo con fecha 9 de enero de 2013, en consulta realizada sobre la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho del Convenio de colaboración entre el Ayuntamiento de la Villa de Daganzo y la Asociación amigos de la Música de Daganzo de fecha 20 de abril de 2007.

La Administración consultante plantea el procedimiento de revisión del citado convenio, por entender que, al constituir su objeto la gestión de un servicio público, debió someterse a las normas sobre preparación, adjudicación y ejecución establecidas en la legislación de contratos de las administraciones públicas, en garantía de los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos y libertad de acceso a las licitaciones públicas, tramitación que al no respetarse, motiva la nulidad radical por concurrencia de la causa 62.1 e) de la LRJ-PAC, esto es actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Asimismo se estima que concurre la causa de nulidad del artículo 62.1 b) de la LRJ-PAC, al haber sido firmado el convenio por el Alcalde, órgano que se reputa manifiestamente incompetente, por cuanto al ser el citado convenio de carácter plurianual y superar el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto municipal, compete al Pleno conforme al artículo 33.2 de la LBRL.

Tal y como se recoge en el texto del Dictamen y vienen declarando los distintos órganos consultivos y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 12 de julio de 2012 (recurso 2358/2009)), la revisión de oficio es una medida que implica una potestad tan exorbitante que debe aplicarse con mucho tiento, resultando este un cauce impugnatorio para el que se recomienda la máxima prudencia habida cuenta del compromiso que supone para la estabilidad o seguridad jurídica. Estas notas se acentúan si, como en el presente caso, de una acción administrativa unilateral viciada se puede derivar el subsiguiente vicio de un negocio jurídico bilateral, con las consiguientes lesiones en los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

Desde dicha óptica, ha de analizarse si los vicios denunciados ostentan la gravedad que justifica la nulidad pretendida.

Con respecto a la concurrencia de la causa 62.1 e) de la LRJ-PAC, entiendo que las peculiaridades de los términos de la relación negocial plasmada en el documento de convenio firmado el 20 de abril de 2007 no evidencian claramente la presencia de un contrato bien de servicios o de gestión indirecta de un servicio público, único supuesto en el que habría que concluir, tal y como realiza el Ayuntamiento y el Dictamen al que me opongo, que concurre la causa de nulidad especificada, por vulneración grave de la normativa contractual pública, que exige el cumplimiento de los trámites relativos a la preparación y adjudicación de los contratos administrativos, tan relacionados con principios esenciales de la actuación administrativa, como son los de la publicidad y concurrencia en la contratación pública.

Por medio de la actividad convencional, los entes públicos cooperan con otros sujetos públicos o privados, en asuntos de interés común para la consecución de un fin que comparten, que habrá de ser de interés público en tanto uno al menos de los sujetos es una Administración. Dicha actividad,

no se somete a las prescripciones de la legislación de contratos, siempre que se evidencien diferencias con respecto a las figuras contractuales objeto de regulación en la citada legislación. Así se deriva del artículo 3 d) del TRLCAP, aplicable por razones temporales: *“Quedan fuera del ámbito de la presente Ley: d) Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales. Quedarán asimismo excluidos de la presente Ley los convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (LCEur 1986, 8)”*.

De la dificultad de distinguir entre convenio y contrato con las implicaciones que una u otra opción suponen en el régimen jurídico de aplicación, ya se hizo eco el Tribunal de Cuentas en la moción elevada a las Cortes Generales aprobada por el Pleno el 30 de noviembre de 2010, al afirmar *“En los convenios con los administrados la insuficiencia legal es mayor y afecta a aspectos esenciales, comenzando por el no siempre fácil deslinde con los contratos, en particular cuando confluye un objeto contractual con cláusulas impropias de un contrato”*.

Como antecedente a tener en cuenta, este Consejo ya en su Dictamen 101/10, se enfrentó a la necesidad de diferenciar entre ambas figuras, convenio y contrato a los efectos de elegir el régimen jurídico correcto, concluyendo a favor del carácter convencional de la figura comercial sometida a consulta en un expediente de resolución contractual descartando la aplicación de la legislación de contratos públicos, por considerar que: *“A la vista del carácter complejo del objeto del convenio y sin perjuicio de lo manifestado respecto de alguna de las prestaciones accesorias de las principales, se admite la figura del convenio por no tener por objeto las prestaciones típicas de los contratos regulados en la Ley de contratos”*.

En el presente caso, determinados datos de la relación negocial nacida del Convenio 20 de abril de 2007, nos revelan la falta de encaje exacto en las figuras contractuales reguladas en la Ley de contratos. Así, el carácter complementario del servicio de enseñanza musical convenido, con respecto al prestado por el propio Ayuntamiento a través de su Escuela de Música y desarrollado en íntima colaboración (cláusulas tercera, quinta y sexta del convenio), la forma peculiar de remuneración, que supone una aportación de fondos a la Asociación para financiar una actividad que corresponde al receptor del servicio (alumnos) con la finalidad de incentivar el comportamiento de éstos (cláusula séptima del convenio), realizándose el pago del servicio por el alumno al propio Ayuntamiento, el carácter asociativo del sujeto de la relación negocial, *per se*, carente de ánimo de lucro. Todas estas peculiaridades, me hacen concluir que la presencia de un convenio de colaboración no es del todo descartable, y aunque admito que la elección de la fórmula convenio de colaboración no resulta con claridad, como según se ha expuesto anteriormente sucede a menudo, es precisamente esa falta de claridad la que impide concluir que se ha producido una transgresión grave de la legalidad, único caso en que se hallaría justificada la declaración de nulidad que fundamenta el sacrificio de la certeza y estabilidad que caracteriza el principio de seguridad jurídica protegido y amparado por la Constitución Española (art. 9.3). En definitiva, la vulneración normativa, en el caso de que se hubiese producido, no alcanza a encajar en la causa de nulidad 62.1.e) de la LRJ-PAC, alegada por la Administración, puesto que, con dicha actuación, no se aprecia una patente omisión total y absoluta del procedimiento sobre preparación, adjudicación y ejecución de contratos establecido en la legislación de contratos de las administraciones públicas.

Respecto de la otra causa de nulidad alegada por la Administración consultante, que afecta a la competencia del órgano para la firma del Convenio, que el Dictamen al que me opongo no analiza por estimarlo

innecesario al haber apreciado la concurrencia de la causa del artículo 62.1 e) de la LRJ-PAC, entiendo que de forma más evidente ha de ser descartada. Para que opere la misma, la ley exige que el órgano sea “*manifiestamente incompetente*” y como resalta reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, en interpretación de la expresión adverbial utilizada por la Ley, ello está reñido con la necesidad de un esfuerzo interpretativo o dialéctico para establecerla.

En el presente caso se funda la incompetencia en que se ha firmado por parte del Alcalde un convenio de carácter plurianual que supera el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto municipal que, conforme al artículo 33.2 de la LBRL, corresponde al Pleno. La falta de competencia alegada, no es la precisada para fundar una nulidad radical, dado que el órgano que firmó el convenio, el Alcalde, ostenta competencias en materia de contratación, que le otorga una apariencia de legalidad que nos apartan del carácter evidente, ostensible o notorio que ha de acompañar al vicio de competencia para anudar la grave consecuencia anulatoria. Además, para determinar el coste del convenio, en orden a establecer si se supera el umbral del 10% de los recursos ordinarios establecido legalmente, se hace preciso desarrollar un cálculo matemático no exento de complejidad dada la especial fórmula de remuneración a la Asociación derivada de la cláusula séptima del convenio (pago por hora de clase, con complementos mensuales en concepto de dirección de escuela, gestión de escuela, jefe de estudios y jefes de departamento), moderado con la duración de la relación negocial en aplicación analógica de las previsiones, respecto del contrato de servicios, del artículo 88 del actualmente vigente Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011. Asimismo, habría de tenerse en cuenta a la hora de tasar el coste, el pago que el Ayuntamiento percibe de los alumnos, en tanto dicho ingreso modera la repercusión económica del Convenio en el presupuesto público.

De lo expuesto se desprende de forma rotunda la falta de concurrencia del vicio de competencia alegado para operar como causa de nulidad.

Al anterior análisis, habría que añadir otras razones que, con apoyo en el artículo 106 de la LRJ-PAC, a mi juicio, impiden en el caso planteado la revisión de oficio instada, aunque se hubiese apreciado la concurrencia de los vicios alegados. El artículo 106 de la LRJ-PAC, recoge el compromiso del legislador con los límites que derivan de la buena fe, de la equidad y de la protección de la confianza legítima de los administrados frente a las consecuencias que podría producir la declaración de nulidad de los actos administrativos fundada únicamente en el restablecimiento de la legalidad conculcada. En el respeto de dichos principios funda la norma las razones para equilibrar la balanza entre la preservación de la legalidad y la garantía de certeza que caracteriza al principio de seguridad jurídica. El Tribunal Supremo en sentencia de 31 de marzo de 1998, analizaba ese siempre difícil equilibrio afirmando: *“Como ya tiene declarado el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, de las que son una muestra sus últimas de 1/02/1990, 03/05/1990, 08/06/1990 y 05/10/1990, “en el conflicto que se suscita entre la “estricta legalidad” de la actuación administrativa y la “seguridad jurídica” derivada de la misma, tiene primacía esta última sobre aquélla, cuando la Administración mediante actos externos inequívocos mueve al administrado a realizar una actividad que le origina unos necesarios desembolsamientos económicos, organización de medios personales y materiales”; ya que, la aludida doctrina del Tribunal Supremo acoge un principio, que aunque no extraño a nuestro Ordenamiento Jurídico bajo la denominación de la “bona fides”, ha sido asumido por la jurisprudencia del Tribunal de la Comunidad Europea bajo la rúbrica de “principio de protección de la confianza legítima del ciudadano” en el actuar de la Administración que se beneficia a su vez del principio de “presunción de legalidad de los actos administrativos”, si bien aquel principio no se aplica a los supuestos de cualquier tipo de convicción*

psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha "confianza" se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración, lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la "apariencia de legalidad" que la actuación administrativa a través de actos concretos revela, moviendo a la voluntad del administrado a realizar determinados actos, inversiones económicas, medios materiales y personales, que después no concuerdan con la verdadera voluntad de la Administración y sus consecuencias, revelada y producidas con posterioridad a la material realización de aquéllos por los particulares".

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2006: *"La apreciación de una confianza que pueda justificar la valoración de una revisión de oficio como constitutiva de un proceder administrativo contrario a la buena fe exigirá algo más: que la Administración haya hecho cualquier clase de manifestaciones sobre la validez de un concreto aspecto o elemento de su actuación administrativa; que haya generado la apariencia de que esa era ya una cuestión previamente analizada y valorada por ella; y que, posteriormente, promueva la revisión de oficio con base en la invalidez de ese mismo elemento y en contradicción con su anterior manifestación sobre esa concreta cuestión".*

No puede resultar en este aspecto intrascendente el hecho de que la relación comercial sometida a revisión, tenga su origen en el año 2002, y que desde dicho ejercicio se haya impartido la enseñanza musical con abono puntual de las correspondientes facturas por el Ayuntamiento, mes a mes hasta el de septiembre de 2012 sin que se opusiesen reparos por parte de los órganos encargados de la fiscalización, que después de 10 años prestando conformidad, aducen razones de quiebra manifiesta de legalidad. Entiendo que la forma de proceder de la Administración durante 10 años, sin oponer reparo alguno, ha generado una confianza en la validez de la relación jurídica

establecida, que impide, en cuanto supone una quiebra de los principios de buena fe y equidad, el ejercicio de la acción de la revisión instada. En la misma línea, se ha de tener en cuenta que la Administración cuenta con otros medios para poner fin a la relación jurídica que estima viciada que no conllevan el uso de poderes exorbitantes de interpretación restrictiva y de resultados menos gravosos para la Asociación afectada, como son la denuncia prevista en la cláusula octava del convenio firmado o la espera a que llegue la fecha convenida para la finalización de la misma, en el corto plazo de año y medio.

Por todo lo expuesto, entiendo, discrepando respetuosamente del acuerdo de la mayoría que habría de dictaminarse desfavorablemente la propuesta de declaración de nulidad del acto objeto de revisión del Ayuntamiento de Daganzo».

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN EL CONSEJERO, SR. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS.

«Andrés de la Oliva Santos, Consejero Electivo, formulo el presente Voto Particular, al amparo del artículo 15.3 de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, discrepando cordial y respetuosamente del parecer de la mayoría en el Dictamen 5/2013 que emite este Consejo con fecha 9 de enero de 2013, en consulta realizada sobre la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho del Convenio de colaboración entre el Ayuntamiento de la Villa de Daganzo y la Asociación amigos de la Música de Daganzo de fecha 20 de abril de 2007.

Mi discrepancia se debe a que considero aplicable al caso el art. 106 LRJA-PAC: *“Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”*.

Por ser de general conocimiento, no parece necesario insistir en la excepcionalidad de la revisión de oficio. Este carácter es reforzado con la asimismo excepcional y singularísima norma limitativa que es el citado art. 106 LRJA-PAC.

En el caso, han transcurrido varios años de aplicación del convenio, que ha favorecido a los alumnos de la Escuela de Música del Ayuntamiento consultante y, en general, a la población del municipio, sin que consten en el expediente quejas de ninguna clase sobre los servicios prestados por la Asociación de Amigos de la Música, de Daganzo. La revisión de oficio no sería procedente por ser contraria a la equidad, máxime cuando la Administración podía, conforme al convenio, proceder a su denuncia.

Madrid, 16 de enero de 2013».

Madrid, 17 de enero de 2013