



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 0 / 2 0 0 5

(Pleno)

La Laguna, a 4 de enero de 2005.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Telde en relación con la *revisión de oficio del Decreto del Alcalde de 9 de mayo de 2003, de concesión administrativa de la gestión de las instalaciones del Polígono de Tiro L.P., propiedad de ese Ayuntamiento (EXP. 255/2004 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

Por escritos de 12 de noviembre de 2004, con entrada en este Consejo el 15 de noviembre, y de 3 de diciembre, con entrada de fecha 10 de diciembre de 2004, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Telde solicita, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.b) y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, Dictamen preceptivo sobre la Propuesta de Resolución mediante la que se pretende revisar de oficio la Resolución de concesión administrativa del Polígono de Tiro L.P. a favor de la entidad Club de Tiro R.T.

La revisión instada se fundamenta en el art. 62.b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TR-LCAP-2000) considerando que con la concesión se incurre en causa de nulidad al estar incurso la adjudicataria en las prohibiciones e incompatibilidades señaladas en el art. 20 de la citada Ley.

II

Se incoa el procedimiento de revisión el 30 de agosto de 2004, remitiéndose el expediente a este Consejo Consultivo el 12 de noviembre de 2004, con entrada el 15

* **PONENTE:** Sr. Millán Hernández.

de noviembre de 2004. El 16 de noviembre de 2004 este Consejo acuerda no tramitar la solicitud de Dictamen instada sobre la declaración de nulidad de la concesión correspondiente y recuperación de la gestión de las instalaciones del Polígono de Tiro L.P. hasta la incorporación de la Propuesta resolutoria del procedimiento.

Si bien, de acuerdo con la actual doctrina de este Consejo, la solicitud de emisión de Dictamen no suspende el citado plazo y, en consecuencia, procedería declarar la caducidad de este procedimiento de revisión de oficio, sin embargo, el reenvío del expediente revisorio por parte de este Consejo al órgano administrativo solicitante del Dictamen debe favorecer el pronunciamiento sobre el fondo del asunto, por razones de eficacia y economía, así como para satisfacer el interés público que late en todo proceso de revisión.

Igualmente, en situaciones análogas, también el Consejo de Estado (Dictamen 1.154/2002), en atención a los mencionados principios de celeridad y eficacia, ha considerado conveniente facilitar el pronunciamiento sobre el fondo de la revisión.

III

1. La revisión se fundamenta en el Pliego de Condiciones Administrativas, art. 18, licitadores, y en los arts. 20.e) y 62.b) TR-LCAP-2000.

A juicio de este Consejo Consultivo (Sección 1ª), concurre causa de nulidad en la contratación administrativa instada, incumplimiento de la cláusula 18 del Pliego y, por extensión, del art. 20.e) TR-LCAP-2000, al ser Vicepresidente de la empresa adjudicataria J.A.M.S., quien en el momento de la adjudicación ostentaba el cargo de Concejal de Deportes del Ayuntamiento contratante, siendo su esposa Secretaria de la misma empresa. Gravedad que se acentúa por el hecho de que la propia Ley [art. 20.g)] señala como causa autónoma de prohibición de contratar la "falsedad grave" en las declaraciones exigibles conforme a la Ley. Siendo sumamente significativo que el inicio del expediente concesional fuese instado por J.A.M.S. el 14 de junio de 2002, por delegación del Alcalde. Tras la emisión de diferentes informes, se propone la adjudicación del servicio de que se trata por el sistema de concesión, propuesta que es asumida por el Concejal y el Alcalde, aprobándose un Pliego de Condiciones Técnicas (que atribuía a la Concejalía de Deportes distintas funciones en relación con el servicio a conceder, cláusulas décimo primera, primera y quinta) y Económico-administrativas, cuya cláusula 18 obligaba a los licitadores a pasar por lo dispuesto en el art. 20 TR-LCAP-2000.

Por Decreto del Alcalde de 10 de febrero de 2003 se inicia el procedimiento de concesión con aprobación de los Pliegos, por delegación del Pleno, sometiéndose la convocatoria, que era abierta, a trámite de información pública, concurriendo sólo un interesado, el Club Deportivo R.T., fundado, entre otros, por J.A.M.S. con la calidad de Vicepresidente, el 8 de mayo de 1989, y M.C.V.Z. como Secretaria, correspondiendo a la Junta Directiva como Asociación que es gestionar todas las cuestiones administrativas (art. 16 de los Estatutos).

Como interesado que era, el mencionado Club presentó las declaraciones de responsabilidad que exige la Ley de Contratos, entre ellas, la de "no hallarse incurso en ninguna de las prohibiciones para contratar con la Administración pública comprendida en el art. 20" TR-LCAP-2000.

Cerrado el expediente, se emiten diversos informes respecto a la única solicitud cursada, los cuales, además de extenderse sobre consideraciones técnicas, contienen expresiones relativas a la idoneidad de la oferta presentada como que los distintos cargos técnicos "poseen la experiencia necesaria para que sea todo un éxito su dirección técnica al frente de estas instalaciones" (el de aparejador); o es de "destacar (el) personal aportado por el club de tiro como el idóneo para llevar a cabo con éxito las instalaciones a gestionar" (el jurídico). Consecuentemente, se propone y el Alcalde adjudica la concesión al mencionado Club de Tiro por Decreto de 9 de mayo de 2003, siendo significativo señalar que el 10 de febrero de 2001 J.A.M.S. haya sido reelegido Vicepresidente del mencionado Club.

Así las cosas, el Concejal delegado en materia de Ordenación Territorial, Urbanismo, Patrimonio, Medioambiente y Comercio solicita el 5 de marzo de 2004 de la Junta de Gobierno Local la "recuperación de la concesión, instando la petición de diversos informes jurídicos, emitiéndose uno en junio de 2004 que concluye, entre otras cuestiones, que la concesión está incurso en causa de nulidad al haberse quebrantado gravemente las reglas de prohibición de contratar, pronunciándose así mismo sobre las condiciones, leoninas para la Corporación, de algunos de los términos de la oferta, asumidos finalmente por la concesión, como el canon anual, irrisorio, y el plazo de duración de la concesión, 50 años.

La Junta de Gobierno Local tomó razón del informe el 18 de agosto de 2004, proponiéndose la incoación de expediente de nulidad el 26 de agosto de 2004, asumiéndose por el Alcalde por Decreto de 30 de agosto de 2004, y ratificado por la

Junta de Gobierno Local, lo que fue notificado al concesionario el 7 de octubre de 2004, quien presenta alegaciones, según la Propuesta de Resolución, fuera de plazo.

2. Este Consejo Consultivo, analizando la documentación obrante en el expediente, comprueba, sin embargo, que se otorgó audiencia, el 7 de octubre de 2004 y el 19 de octubre de 2004, y que el Club Escuela de Tiro R.T., mediante P.R.P., presenta en el Registro de la Delegación de Gobierno en Canarias en Las Palmas de Gran Canaria, escrito de alegaciones dirigido al Ayuntamiento de Telde, con entrada en dicha Corporación el 26 de octubre de 2004. La fecha, por tanto, para determinar el plazo de los 10 días debe partir de la entrada en el Registro administrativo de la Delegación del Gobierno, estando por ello formuladas las alegaciones dentro del plazo legal concedido.

El procedimiento administrativo de revisión atribuye a las Administraciones una amplia libertad para determinar los actos necesarios y adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los extremos y datos en virtud de los cuales se inicia el procedimiento y sobre los que debe pronunciarse la resolución.

Pero, uno de los esenciales principios de la LRJAP-PAC es el de dotar a todos los procedimientos administrativos de efectiva contradicción o, lo que es lo mismo, permitir a los afectados e interesados el derecho de defensa, que se hagan valer los distintos intereses adecuadamente confrontados, antes de adoptar una decisión definitiva. Estos actos de alegación, prueba y defensa han de ser "reales y efectivos", evitando la indefensión.

El art. 89 LRJAP-PAC establece, con carácter general, que la resolución del procedimiento administrativo "decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo". Pero cuando se trate de "cuestiones conexas (...) el órgano competente podrá pronunciarse sobre las mismas poniéndolo antes de manifiesto a aquéllas (...) para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba"; y el art. 84 LRJAP-PAC exige que inmediatamente antes de redactar la Propuesta se ponga de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes.

La resolución del procedimiento debe ser adecuada a los términos del debate, ya que si los modifica de forma sustancial marginaría, en la medida en que lo hiciera, la imprescindible contradicción (STC de 10 de septiembre de 1985).

Por ello procede hacer referencia expresa a las alegaciones de la entidad Club Escuela de Tiro R.T., que no desvirtúan los hechos constitutivos de la pretensión revisora dado el reconocimiento expreso de la causa de incompatibilidad, si bien le atribuye carácter de defecto subsanable.

En tales alegaciones, por otro lado, se defiende la retroacción del procedimiento al momento en que se detectó el vicio o defecto formal, de modo que una vez subsanado el acto haya de ser idéntico en sentido material al anterior, pues la empresa concesionaria fue la única que concursó en el procedimiento de adjudicación. El segundo argumento es que la adjudicación de la concesión formaba parte de las compensaciones debidas en el contexto de determinados Convenios urbanísticos, por lo que la nulidad de la concesión implicaría el "incumplimiento de tales Convenios" debiendo entonces el Ayuntamiento "restituir a los promotores las fincas recibidas en contraprestación por el traslado de la actividad".

En efecto, en el expediente obra Convenio suscrito entre el Ayuntamiento y la empresa L.M., S.L. del que resulta que en la propuesta que se baraja el Ayuntamiento valoró la conveniencia de "proceder a la instalación (*sic*) en la misma de diversas actividades deportivas y de ocio, con la prioridad máxima establecida en el traslado a ésta de las actuales instalaciones del club de tiro de L.P."

3. Existe causa de nulidad de Derecho administrativo prevista en el art. 62.b) en relación con el art. 20.e) TR-LCAP-2000, por incumplimiento del sistema de incompatibilidades. La Ley dispone que el vicio de que se trata constituye una causa de nulidad; y por los efectos de esta declaración hay que pasar. No se trata de una causa de anulabilidad, y tampoco podría prosperar la pretensión de la parte pues no se trata de un simple defecto de forma, sino sustancial, que afecta a la capacidad para contratar, por lo que no puede hablarse de retroacción y sanación a efectos de la conservación del acto dictado en su día. El argumento de que al haber participado en el concurso un solo interesado el resultado hubiera sido el mismo se resuelve señalando que, justamente, la causa de nulidad alegada y existente -que el Concejal de Deportes diera la orden de inicio del procedimiento siendo el Vicepresidente del Club que presentó la única solicitud al procedimiento concesional- extiende la sombra de duda sobre todo lo instruido, tanto sobre los criterios de adjudicación hechos constar en el Pliego, como sobre la ausencia de otras solicitudes. El vicio es de tan grave naturaleza que ni siquiera en la más tenue de las alternativas se puede

salvar la legalidad de lo instruido. Justamente el vicio no es de forma; es de sustancia *ab origine*, al afectar a la capacidad para contratar.

Por lo que respecta a la existencia de Convenios urbanísticos suscritos en ejecución de los cuales se inició el procedimiento concesional, se señala que no consta que el Club haya sido parte de los mismos. Desempeñaba actividad autorizada en terrenos que, por las molestias que se generaban al vecindario, fueron al parecer permutados por otros que en el planeamiento municipal figuraban con destino justamente a actividades deportivas. Desde luego, en el Convenio que obra en las actuaciones no figura con derechos consolidados el mencionado Club de Tiro, como propietario de alguna de las parcelas afectadas. En cualquier caso, los Convenios -si de los mismos se generan derechos a favor del Club de Tiro- no pueden servir de cobertura a una actuación ilegal como consecuencia de un procedimiento concesional. La ley debe cumplirse y si de tal cumplimiento se desprenden determinadas consecuencias, el Ayuntamiento deberá, en su caso, asumirlas. Pero los hechos tienen su causa en el inicio del expediente por parte de un Concejal, ejerciendo la Alcaldía por delegación, Vicepresidente del Club, y en la falsedad de la declaración de responsabilidad de no estar incurso en causa de incompatibilidad.

4. Dos cuestiones añadidas. La primera, el art. 20.e) TR-LCAP-2000 alude a la prohibición de contratar por "estar incurso la persona física o los administradores de las personas jurídicas" en alguno de los supuestos de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General en los términos establecidos en la misma. El Club de Tiro es una Asociación deportiva sin ánimo de lucro. En sus Estatutos se establece, sin embargo, que la Junta Directiva "es el órgano de gobierno del Club", ejecuta los acuerdos de la Asamblea General y ejerce las funciones que los Estatutos le confieren. En consecuencia, sus miembros, asumen la actividad de administradores del Club. Siendo el Concejal J.A.M.S. miembro de la Junta Directiva, incurre en la causa de incompatibilidad para contratar con la Corporación Local de la que forma, a su vez, parte. En definitiva, lo que pretende la Ley es mantener la necesaria separación entre la actividad contractual de las Administraciones Públicas y las personas que para ellas ejercen funciones de carácter

político o funcional. Esta prohibición que se aplica a los funcionarios se justifica, con mayor razón, si están constituidos de autoridad (STS de 6 de noviembre de 1989).

Por otro lado, el manto de una asociación no debe impedir el levantamiento del velo y la extensión de los efectos de la Ley a las personas que forman parte de sus órganos directivos, como la Jurisprudencia venía considerando sobre la responsabilidad exigible a las personas que las gobiernan o dirigen (SSTS de 24 de febrero de 1984, y de 25 de febrero de 1995).

A tal efecto es ilustrativa la STS de 31 de mayo de 2004 (RJ 3932), Sala de lo Contencioso Administrativo, cuando señala que:

“No se pierden los derechos civiles frente a la Administración por ser elegido para un cargo representativo de la voluntad popular (Concejal) sino lo que ocurre es que se queda sujeto al régimen de prohibiciones e incompatibilidades previstas para quien ostenta dicho cargo, establecidas no sólo con la finalidad de asegurar que su ejercicio no se traduce en un indebido beneficio propio en detrimento del interés público, sino también para crear las condiciones objetivas que hagan creíble que no es posible un inadecuado aprovechamiento del cargo para el que se ha sido elegido” .

(...)

“A los Concejales les es aplicable la prohibición de contratar establecida en el art. 20.e) LCAP (RCL 1995, 1485, 1948), en cuanto cargo electivo de la Corporación municipal. Y con ello, es verdad, la Ley pretende evitar que, al mismo tiempo, se ejerza dicho cargo y se ostente la condición de contratista en una relación contractual con la Corporación local a la que pertenece y en la que, lógicamente, se darán las situaciones de intereses contrapuestos propias de los contratos bilaterales. Pero, también se establece la prohibición para evitar que exista, en realidad o en apariencia, un aprovechamiento del cargo para obtener la adjudicación del contrato. En puridad de principios, no estamos ante una incompatibilidad, sino ante una prohibición para contratar fundada en razones de <<moralidad pública>> para dar solución a los posibles conflictos de intereses, entre los públicos que representa el Ayuntamiento a que se pertenece como Concejal y los propios o privados; o, dicho en otros términos, la imposibilidad que resulta del precepto legal alcanza al Concejal no sólo para el ejercicio de los

derechos y cumplimiento de las obligaciones en una relación contractual ya constituida con la Corporación local propia, sino, incluso, para la adquisición de la condición de contratista, pues se trata, así mismo, de garantizar que no existe un aprovechamiento del cargo para obtener el contrato en detrimento de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad que rigen la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas. Por consiguiente, ha de considerarse que, en materia de contratación, la opción a que se refiere el art. 178.3 LOREG (RCL 1985, 1463 y RCL 1986, 192) ha de ejercitarse, en todo caso, antes de la adjudicación del contrato, no después de la notificación de ésta o de haber sido elegido para el puesto de trabajo”.

La segunda cuestión es que en cuanto a la financiación por parte de la Corporación Local a la que se refiere el art. 178.2.d) LOREG, existe financiación parcial, atendiendo a la cesión durante 50 años de unas instalaciones municipales valoradas aproximadamente en un millón de euros por un canon simbólico, con grave quebranto de los intereses económicos municipales y de la Hacienda Local.

5. De esta forma, este Consejo Consultivo comparte el criterio de la Propuesta de Resolución acerca de la procedencia de la revisión de oficio, ya que el acto de concesión administrativa Polígono de Tiro L.P. a favor de la entidad Club de Tiro R.T. incurre en vicio de nulidad, siendo aplicable en este caso la causa de nulidad del art. 62.b) TR-LCAP-2000, fundamento de la pretensión revisora.

Por todo lo expuesto, procede estimar conforme a Derecho la revisión de oficio incoada al considerarse nula la concesión administrativa Polígono de Tiro L.P., a favor del Club de Tiro R.T., por las razones que se expresan en la fundamentación de este Dictamen.

C O N C L U S I Ó N

Procede revisar de oficio por causa de nulidad de pleno derecho la Resolución de la Concesión administrativa de la gestión de las instalaciones del Polígono de Tiro L.P. al Club de Tiro R.T. por formar parte de la Junta Directiva de dicho Club, como Vicepresidente, el Concejal del Ayuntamiento, J.A.M.S., e incurriendo, por tanto, en la causa de incompatibilidad prevista en el art. 20.e) TR-LCAP-2000.