



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 5 2 / 2 0 0 6

(Sección 2ª)

La Laguna, a 31 de octubre de 2006.

Dictamen solicitado por la Ilma. Sra. Presidenta del Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote en relación con la *revisión de oficio del Acuerdo adoptado con fecha 11 de junio de 2001, del Consejo de Administración de I., S.A., sacando a concurso público el contrato consistente en la realización de un proyecto, financiación, ejecución y explotación de una planta desaladora de agua de mar mediante soluciones de ósmosis inversa en Janubio-Lanzarote (EXP. 350/2006 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

Mediante escrito de 2 de octubre de 2006, la Ilma. Sra. Presidenta del Cabildo Insular de Lanzarote interesa, al amparo de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, preceptivo Dictamen en relación con la revisión de oficio para la declaración de nulidad del acuerdo adoptado el 11 de junio de 2001 por el Consejo de Administración de I., S.A. por el que se convocó concurso para la contratación de la realización de un proyecto, financiación, ejecución y explotación de una planta desaladora de agua de mar mediante soluciones de ósmosis inversa en Janubio, así como del Acuerdo de 7 de septiembre del mismo año por el que se adjudicó el mencionado contrato a la Unión Temporal de Empresas E.J. y el contrato privado suscrito el 18 de octubre de 2001.

II

Los antecedentes que han dado origen a este procedimiento de revisión de oficio son los siguientes:

* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

1. El 14 de octubre de 1975, de conformidad con la normativa reguladora del Régimen Local, se creó y constituyó el Consorcio para el abastecimiento de agua a Lanzarote, ente local no territorial de base corporativa, formado por el Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote y los siete Ayuntamientos de la Isla.

2. El 19 de agosto de 1998 se constituyó la entidad mercantil I., S.A., creada exclusivamente para la gestión de los recursos y objetos del Consorcio Insular de Aguas de Lanzarote, cuyo único accionista es el citado Consorcio y a la que se atribuyó como principales cometidos la potabilización de aguas de las plantas potabilizadoras propiedad del Consorcio y la gestión del servicio público de abastecimiento de agua de la Isla.

3. El Consejo de Administración de I., S.A., en sesión extraordinaria celebrada el 11 de junio de 2001, acordó convocar concurso público para la contratación del proyecto, financiación, ejecución y explotación de una planta desaladora de agua de mar, mediante sistema de ósmosis inversa, en Janubio, Playa Blanca, término municipal de Yaiza.

De acuerdo con la cláusula 1.1 del Pliego de Bases el concurso tenía por objeto la construcción de una planta desaladora en sustitución de la existente, incluyendo dentro del objeto del contrato las siguientes prestaciones: la redacción del proyecto de construcción, la ejecución de las obras y la posterior explotación de las instalaciones durante el periodo de tiempo -diez o quince años- ofertado en la proposición seleccionada, siendo a cargo del adjudicatario la financiación de todos los costes, incluso los de explotación, y revertiendo en propiedad a I., S.A., en perfectas condiciones de funcionamiento, la totalidad de las instalaciones a la finalización del periodo de explotación.

La misma Cláusula estableció como contraprestación para el adjudicatario la percepción durante el periodo de explotación de un precio por el agua desalada suministrada, que sería satisfecho por I., S.A.

4. El anuncio del concurso fue publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas nº 71, de 13 de junio de 2001 y en el diario El País del día 15 del mismo mes.

5. El Consejo de Administración de I., S.A., en sesión celebrada el 7 de septiembre de 2001 y tras analizar el informe técnico de valoración de las ofertas acordó adjudicar el contrato a la Unión Temporal de Empresas E.J.

6. La adjudicación fue notificada a la entidad privada el día 13 de septiembre. El 10 de octubre siguiente, dentro del plazo establecido en el Pliego de Bases del concurso, la adjudicataria remitió a la empresa pública al objeto de su supervisión el proyecto de construcción y explotación de la estación desaladora objeto del contrato. El proyecto fue aceptado por I., S.A., si bien se condicionó a la aceptación por la adjudicataria de dos cláusulas relativas a determinados aspectos técnicos. No consta en el expediente la expresa aceptación de las mismas por aquélla, si bien ha de entenderse que efectivamente fueron consentidas, dado que el contrato fue posteriormente formalizado (18 de octubre de 2001).

De acuerdo con las cláusulas contractuales, el presupuesto del contrato ascendió a la cantidad 1.203.744.701 ptas. (7.234.651,36 euros), se estableció un periodo de amortización de quince años y se fijaron las tarifas a los efectos de la contraprestación que debía percibir el adjudicatario. Asimismo, en virtud de la cláusula sexta del contrato, el contratista sería el responsable de obtener todas las autorizaciones y permisos necesarios referentes al proyecto de la planta desaladora y a la ejecución y explotación de la misma.

7. El acta de comprobación de replanteo fue suscrita el 17 de junio de 2003 y en la misma se hizo constar expresamente que en el día de la fecha aún no se habían obtenido las licencias y autorizaciones preceptivas, pero que no obstante y dada la necesidad de agua se comenzarían las obras, con la consecuencia de que si resultaban paralizadas por tal motivo se ampliaría el plazo de ejecución del contrato.

8. Por lo que a la solicitud de tales autorizaciones y permisos se refiere, constan en el expediente diversas vicisitudes. Así, el 25 de febrero de 2002 se solicitó a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial la declaración de impacto ecológico del proyecto; el 3 de octubre del mismo año tuvo entrada en la citada Consejería escrito de la adjudicataria solicitando la suspensión de la tramitación del procedimiento de evaluación del proyecto presentado debido a la redacción, por causa técnicas, de una modificación del mismo; el 31 de marzo de 2003 se inicia el procedimiento, que concluyó con el Acuerdo de la Comisión de Urbanismo y Medio Ambiente de Canarias de 23 de diciembre de 2003, por el que se emitió la

Declaración de Impacto Ecológico (Evaluación de Impacto Ambiental) con carácter condicionado. Esta Declaración se refiere al proyecto ya modificado.

Consta en el expediente que por medio de Resolución de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural de 23 de octubre de 2003 se procedió a la suspensión de las obras por no contar las mismas con la previa calificación territorial y demás títulos habilitantes, si bien por Resolución de 26 de noviembre fue revocada al ser el promotor de las obras el Cabildo Insular de Lanzarote.

Igualmente consta en el expediente que la adjudicataria solicitó a la Demarcación de Costas en Canarias la preceptiva autorización para la utilización del dominio público marítimo terrestre, si bien a fecha de 23 de marzo de 2004 aún se encontraba en tramitación.

Finalmente, el Consejo Insular de Aguas de Lanzarote denegó la correspondiente autorización mediante Resolución de 19 de abril de 2004, en la que se calificó el proyecto como de iniciativa privada, estimándose que por esta circunstancia se vulneraba el Plan Insular de Ordenación del Territorio de Lanzarote (que atribuye la titularidad y explotación de la planta desaladora al Consorcio) y el Plan Hidrológico Insular de Lanzarote (que impide que, salvo excepcionalmente, se autoricen desaladoras de iniciativa privada). Contra esta denegación se interpuso por la entidad mercantil interesada recurso de reposición, que fue desestimado por Resolución de 20 de agosto de 2004 y contra la cual se ha interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo, aún no resuelto.

9. En el expediente consta determinada documentación relativa al modificado nº 1 del Proyecto. El 9 de mayo de 2002 la entidad adjudicataria remite a I., S.A. el presupuesto que incluye las modificaciones y que supone un incremento de 1.285.551 euros. Este modificado no ha sido formalmente aprobado por I., S.A.

10. Figuran también en el expediente diversos escritos remitidos por la adjudicataria a I., S.A. Así, el 18 de enero de 2005 se presenta determinada documentación relativa a elementos técnicos al objeto de que fueran elegidos los pertinentes por la Dirección de la obra, sin que conste contestación por parte de ésta y el 6 de abril siguiente, escrito en el que solicita que se proceda al restablecimiento del equilibrio económico del contrato y asimismo a que por parte de la entidad contratante se emita un pronunciamiento acerca de su voluntad o no de continuar con la ejecución del contrato, al parecer debido a conversaciones previas en las que

I., S.A. ha planteado la posibilidad de resolver el contrato para que las obras sean ejecutadas en el marco del Convenio entre el Gobierno de Canarias y el Ministerio de Medio Ambiente, en el que se prevé una partida presupuestaria para ejecutar la planta que se había adjudicado a la UTE. Tampoco figura en el expediente respuesta a este escrito.

11. Finalmente, la empresa adjudicataria, en uso de la cláusula de sometimiento a arbitraje prevista en el Pliego de Condiciones, presenta demanda arbitral. El laudo, dictado el 9 de junio de 2006, declara la resolución del contrato por incumplimiento de I., S.A., a la que condena al pago de una indemnización de 9.381.761 euros, así como al abono de las costas del procedimiento. En el mismo se indica además que los trabajos se encuentran plenamente terminados y que sólo falta instalar el mobiliario técnico que en comunicación de 18 de enero de 2005 la adjudicataria insta a elegir a la entidad contratante.

Contra este laudo I., S.A. ejercitó la acción de nulidad prevista en la Ley de Arbitraje ante la jurisdicción civil, que se encuentra pendiente de resolución.

12. Con estos antecedentes, la Asamblea del Consorcio Insular de Aguas de Lanzarote adoptó el 4 de agosto de 2006 el acuerdo de iniciar el presente procedimiento de revisión de oficio. Consta en el expediente, además de la citada Resolución, un informe de carácter jurídico emitido por asesor externo, el cumplimiento del trámite de audiencia a la entidad interesada y la Propuesta de Resolución culminatoria del expediente.

III

1. De conformidad con los antecedentes expuestos, el presente procedimiento de revisión de oficio pretende la declaración de nulidad de los acuerdos de inicio del procedimiento de contratación y de adjudicación adoptados por el Consejo de Administración de una sociedad mercantil, constituida bajo la forma de sociedad anónima, así como del propio contrato privado suscrito con fecha 18 de octubre de 2001 con la entidad adjudicataria.

Ha de comenzar por recordarse que la intervención de este Organismo en este asunto se dirige, en rigor, y ante todo, a determinar la efectiva concurrencia de las causas de nulidad invocadas por la Administración actuante (el Consorcio del Agua de

Lanzarote) al objeto de legitimar la revisión pretendida por ella. Como la propia PR, objeto de este Dictamen, se cuida de precisar, la declaración de nulidad de los acuerdos cuya revisión se promueve exige el preceptivo Dictamen de este Consejo Consultivo, que, aparte de preceptivo, habría que añadir, ha de ser, en todo caso, igualmente favorable para que la Administración pueda efectivamente proceder después a la revisión pretendida.

Bien es cierto, sin embargo, que el examen de la corrección jurídica de la PR sobre la efectiva concurrencia de las causas de nulidad invocadas no puede abordarse directamente, sin antes verificar la concurrencia de las restantes condiciones a que la LRJAP-PAC asimismo sujeta el ejercicio de la potestad de revisión de oficio en su art. 102. Y, en particular, en el supuesto sometido a nuestra consideración, se plantea a este respecto una innegable controversia a propósito de una condición indispensable para que la revisión de oficio pueda ser acordada: la revisión de oficio efectivamente sólo cabe ante "actos administrativos", de acuerdo con el art. 102.1 LRJAP-PAC (también, ante "disposiciones administrativas", según el art. 102.2 LRJAP-PAC; lo que, evidentemente, no es el caso). Y los acuerdos cuya revisión se postula en este caso proceden de una sociedad mercantil constituida bajo la forma de sociedad anónima.

Esta cuestión, consiguientemente, requiere ser esclarecida en primer término; y a ello se encaminan las consideraciones comprendidas en el siguiente apartado (apartado segundo), por lo que la concurrencia efectiva de las causas de nulidad invocadas y los acuerdos a los que alcanza en su caso la declaración de nulidad habrán de tratarse después en un último apartado (apartado tercero).

Ahora bien, del mismo modo, otras cuestiones han de quedar fuera del ámbito de nuestro pronunciamiento, como en particular las consecuencias resultantes de la revisión. Bien es cierto que el art. 102.4 LRJAP-PAC permite a la Administración acordar, "en la misma resolución", junto a la nulidad, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados. Pero tampoco impone forzosamente a aquélla que lo haga sin que su silencio, por tanto, pueda interpretarse en sentido contrario a la procedencia de tales indemnizaciones; y sin que desde luego la declaración de nulidad exima de afrontarlas si las obligaciones resultantes de un contrato se han ejecutado en todo o en parte. Lo que, por otra parte, la PR admite expresamente al proponer, junto la nulidad, que se proceda a iniciar los trámites para la liquidación del contrato.

2. Justamente, en las alegaciones planteadas en el trámite de audiencia por la empresa contratista, ésta fundamenta su oposición en la inexistencia de un acto administrativo en sentido propio a los efectos de proceder a la revisión de oficio, consideración que a su vez resulta de la confluencia de un doble criterio, subjetivo y objetivo: I., S.A. como entidad contratante en este caso no es una entidad que tenga la condición de Administración Pública, sino que es una sociedad mercantil sujeta al Derecho privado, por una parte; y, por otra parte, el contrato celebrado entre la entidad contratante y la empresa contratista es un contrato atípico.

Estas objeciones, sin embargo, son objeto de réplica por parte de la PR que, en cambio, considera de aplicación al caso las disposiciones incorporadas a la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE.

Atendiendo a un criterio puramente subjetivo, ciertamente, esta normativa resulta de aplicación, de acuerdo con su art. 2.1, no sólo a las entidades de Derecho público con personalidad propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, sino también, entre otras entidades contratantes (asimismo, las entidades privadas que gocen de un derecho especial o exclusivo otorgado por la Administración), a las empresas públicas (teniendo por tales a aquéllas sobre las que la Administración directamente o a través de sus Organismos ejerce una "influencia dominante", lo que sucede cuando la Administración ostenta la mayoría del capital, la mayoría de los derechos de voto o dispone además de la mitad de los órganos directivos).

Con arreglo a estas consideraciones, resulta sencillamente incuestionable que I., S.A. es una empresa pública (se cumplen conjuntamente en este caso, no una, sino las tres condiciones para que exista la "influencia dominante" en los términos expuestos; y, por otro lado, la Administración no dispone sólo de la mayoría del capital, de los derechos políticos y de los puestos directivos de la empresa, sino de la totalidad), desde luego, si no en todas las facetas de su actividad, sí al menos cuando contrata (esto es, en el ámbito de la actividad contractual). Por tanto, desde esta perspectiva, y con carácter general, está sujeta a las determinaciones de la Ley 48/1998.

En materia de contratación, puede afirmarse, por lo expuesto, que a la Ley 48/1998 le resulta indiferente la forma pública o privada de personificación de una entidad concreta, sino que, con base en las exigencias en última instancia impuestas por el Derecho comunitario, se sirve de un criterio de carácter funcional para delimitar su ámbito de aplicación: desde luego, si no se observaran estas exigencias se vulneraría inevitablemente lo dispuesto en dicha normativa.

Es importante resaltar esto último porque España ya ha sido condenada en sede comunitaria por esta circunstancia: su normativa interna no incluía tales entidades (Sentencia Comisión c. España C-214/00, de 15 de mayo de 2003) y, precisamente por dicho motivo, hubo que, precipitadamente, promover una reforma de la legislación general sobre contratación administrativa (TRLCAP, que acababa prácticamente de aprobarse: Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), para ajustar nuestra normativa interna a las previsiones comunitarias por medio de una de las entonces denominadas "Leyes de Acompañamiento" a las Leyes de Presupuestos (Ley 62/2003: arts. 67).

A la forma pública o privada de personificación, por lo demás, no sigue necesariamente un régimen jurídico concreto y determinado, siempre y en todo caso. No se da una ecuación absoluta entre la forma de personificación y el régimen jurídico aplicable a una entidad. En nuestro Derecho administrativo, ha sido así un fenómeno frecuente que entidades con forma pública de personificación se sujeten al Derecho privado, al menos, en algunas parcelas de su actividad (acostumbra a ponerse a RENFE como primer ejemplo, a principios de la década de los años sesenta durante el pasado siglo); y, lo mismo sucede al revés, sólo que desde etapas más recientes, esto es, que entidades privadas queden sujetas a los requerimientos del Derecho público, también, al menos, en algunas parcelas concretas de su actividad como sucede, cabalmente, en el ámbito de la contratación.

Y lo cierto es que tanto más obligado resulta esto último, si las exigencias derivadas del Derecho comunitario no resultaran suficientes por sí solas, ante el fenómeno generalizado de la "huida del Derecho administrativo" (y de las garantías que este derecho comporta en último extremo): para paliar los efectos precisamente de la indicada huida (y la pérdida que ello representa desde la perspectiva garantista), algunas normativas como el TRLCAP (y la Ley 48/1998) han patrocinado una especie de vuelta hacia el campo de lo público, cuya regulación ejerce así una suerte de "vis atractiva", en determinados ámbitos de la actividad de una entidad

privada (también, aunque desde distinta perspectiva, en materia presupuestaria, de contabilidad y de gestión económico financiera, la Ley General Presupuestaria: Ley 47/2003, de 26 de noviembre).

En el ámbito de las Corporaciones Locales, por lo demás, su normativa reguladora (Ley 7/1985, de 2 de abril), después de su última reforma (Ley 57/2003, de 16 de diciembre), refuerza este planteamiento al incorporar un nuevo precepto, el art. 85 ter, por cuya virtud: "1. Las sociedades mercantiles locales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo".

De cualquier modo, sin embargo, la aplicación de la Ley 48/1998 no resulta de aplicación, siempre y en todo caso: los contratos sujetos a ella son sólo los que cumplen determinadas condiciones: por un lado, han de tener lugar en la esfera típica u ordinaria de la actividad de la entidad; por otro lado, han de exceder también de determinada cuantía. Es una forma de contrarrestar el alcance de la "vis expansiva" de Ley 48/1998 y plantear su alcance en términos más moderados y equilibrados.

Pero es que el contrato concreto objeto de controversia en este caso, indudablemente, queda comprendido dentro de la indicada Ley, también desde el punto de vista objetivo, porque, entre las actividades incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley 48/1999, el art. 3 sitúa justamente como la primera de toda la lista "la puesta a disposición o la explotación de redes fijas que presten un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución: i) del agua potable; o ii) de la electricidad; o iii) del gas o calefacción": la puesta a disposición del agua para su ulterior distribución es lo que justamente se propone la producción industrial de agua desalada (no se trata, por tanto, de un contrato atípico, como tampoco de una supuesta actividad excluida del ámbito de la Ley 14/1998, como asimismo equivocadamente suscita la empresa contratante en su escrito de alegaciones, sobre la base de que la actividad se efectúa en régimen de libertad: antes bien, está sujeta a la intervención administrativa, particularmente, en Canarias, en que la desalación del agua para abastecimiento humano tiene la consideración de servicio público).

Y, además, por razón de su cuantía, el art. 8 determina que la presente Ley se aplicará en el sector del agua a los contratos cuyo importe estimado resulte igual o superior a 5.278.227 euros: hay que recordar que en nuestro caso el presupuesto de la licitación quedó inicialmente establecido en 9.278.199 euros y el contrato finalmente se adjudicó en 7.234.651 euros.

Sujeto, por tanto, el contrato que nos ocupa al ámbito de aplicación de la Ley 48/1998 y las determinaciones en ella establecidas (por lo demás, la misma conclusión resulta de los términos de la Directiva 92/38/CEE: art. 1 y 2, 2.2 y 14), se plantea a continuación la cuestión de si cabe ejercer en su caso el procedimiento específico de la revisión de oficio; y, en tal hipótesis, como una sociedad mercantil, que es I., S.A., carece en suma de dicha prerrogativa, habrá que plantearse también el sujeto habilitado para promover la indicada revisión. A ambas cuestiones trata de dar respuesta la propia Ley 48/1998, en los términos que se señalan a continuación.

Hay que comenzar por resaltar que la Ley 48/1998 no contempla, específicamente, dentro de su articulado el procedimiento para la revisión de oficio de los actos de las entidades incluidas dentro de su ámbito de aplicación. En realidad, se contempla por ella un solo procedimiento para la tramitación de las reclamaciones, que es el regulado por su Título V. Capítulo II y que sólo está a disposición de los particulares que cumplan determinados requisitos de legitimación. Por lo que, aun cuando esta cuestión no se ha suscitado propiamente por la empresa contratista en el trámite de audiencia (que basa toda su argumentación prácticamente sobre las premisas destacadas hasta ahora), podría acaso pensarse que se trata de una vía tasada que establece limitadamente el único procedimiento posible para actuar frente a los contratos concluidos por estas entidades.

No puede compartirse sin embargo esta argumentación. La propia Ley 48/1998 dispone una remisión al régimen general dispuesto por la LRJAP-PAC. Según dispone su art. 53: "El procedimiento para tramitar las reclamaciones por infracción de lo dispuesto en la presente Ley se regirá por las disposiciones de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes". Como indica este precepto, lo que a continuación establece la Ley 48/1998 no son sino "especialidades" o, si se prefiere, un procedimiento especial para la tramitación de las reclamaciones; pero el procedimiento que se regula a continuación (arts. 54 y siguientes) no es un procedimiento que pretenda pura y simplemente desplazar o

suplantar las propias vías de reacción establecidas por la LRJAP-PAC (en otro caso, tampoco se comprendería la remisión “in toto” que formula el art. 53 a favor de ésta), sino completar sus previsiones y agregar un nuevo procedimiento específico a los ya existentes.

Lo que, por otro lado, tampoco responde a un capricho, sino a una auténtica exigencia. Mediante la adición en cuestión se trata de incorporar una garantía, especialmente, a favor del resto de los concursantes y cuando todavía el contrato no se ha formalizado, para remediar en su caso de manera rápida y expeditiva una adjudicación defectuosa o irregular. Se trata, de este modo, de instaurar un procedimiento preventivo o cautelar que, por otro lado, no está a disposición de la Administración (sino de los propios particulares que en otro caso carecerían de un remedio, al menos, ágil y eficaz; por eso, se dispone entre otras determinaciones de un limitadísimo plazo de sólo quince días hábiles para plantear la reclamación desde la publicación de la licitación del contrato o desde que se produzca la infracción que se denuncia: art. 55 de la Ley 48/1998) y que mira precisamente a colmar una laguna normativa en nuestro Derecho cuya existencia determinó la condena a España por el Tribunal de Justicia en la resolución antes mencionada: de ahí que la Ley 62/2003 viniera, por la vía de urgencia, a establecer en el TRLCAP un nuevo precepto, el art. 60 bis (“medidas provisionales”), para tratar específicamente este supuesto que la normativa general sobre contratación administrativa no contemplaba inicialmente.

Por otro lado, no cabe ignorar esta misma reforma del TRLCAP introduce también una nueva disposición adicional decimosexta por cuya virtud: “A efectos de reclamaciones y recursos en relación con los contratos a que se refiere el apartado 1 del art. 2 de esta Ley se tendrá en cuenta lo dispuesto en el art. 51 de la Ley 48/199, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE”.

Que procede respaldar la interpretación sostenida en este Dictamen, por otra parte, lo confirma la propia Exposición de Motivos de la Ley 48/1998, mencionada por la propia empresa contratista en su escrito de alegaciones aunque en este caso actúa en su contra: “Aunque se ha valorado la oportunidad de reservar la resolución de los recursos por incumplimiento de la Ley a instancias del orden civil, se ha optado finalmente por su tratamiento administrativo. Ello ha sido así porque los

operadores de estos sectores deben cumplir, sin duda determinadas normas de Derecho Público como contrapartida por los derechos exclusivos o especiales de los que disfrutaban para la prestación, en la mayoría de los casos, de servicios esenciales de la comunidad. La intervención de los órganos administrativos abrirá a los interesados, en todo caso, la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, como garantía última”.

Sobre todo, cuando a continuación se subraya: “En la línea apuntada, la Administración pública a la que se encuentre vinculada la entidad contratante puede decidir la suspensión de los procedimientos de adjudicación de los contratos, anular las cláusulas administrativas discriminatorias contenidas en los anuncios de licitación o en los pliegos de condiciones e, incluso la propia adjudicación del contrato, pronunciándose, si es requerida para ello sobre la procedencia del abono de una indemnización por daños y perjuicios, fijando su importe”.

Justamente, esta serie de consideraciones permiten asimismo resolver la cuestión complementaria de determinar el órgano (o la entidad) en su caso competente para promover la revisión de oficio. De acuerdo con los términos del art. 51 de la Ley 48/1998, el órgano competente para resolver las reclamaciones y recursos (disposición adicional decimosexta TRLCAP) que se presenten por infracción de las normas contenidas en esta Ley corresponderá a la Administración Pública a la que se encuentre adscrita o vinculada la empresa pública que ha celebrado el contrato.

En similares términos, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, actualmente en trámite en las Cortes Generales, atribuye expresamente la revisión de los actos de las empresas públicas, con carácter general, al órgano (u organismo) al que estén adscritas las entidades contratantes o al que corresponda su tutela cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública (art. 34). Lo que zanja toda controversia a este respecto. Ha de recordarse además que este Proyecto surge en desarrollo estricto de las exigencias dimanantes de la nueva normativa europea sobre contratación pública y llega incluso tarde, porque ha transcurrido el plazo previsto por dicha normativa para la adaptación del Derecho interno.

Así, pues, proyectando estas consideraciones sobre nuestro caso, I., S.A. es una entidad instrumental creada por el Consorcio del Agua de Lanzarote (a decir verdad, y abundando en consideraciones precedentes, no es ya solamente que ejerza una influencia dominante sobre ella: a poco que se rasgue sobre la superficie y se

proceda al "levantamiento del velo" de su verdadera personalidad, se constata sin dificultad que entre ambas entidades se da una verdadera relación de identidad: sobre la existencia de una relación de esta índole entre una corporación local creadora y una persona jurídico privada puesta a su servicio como mero instrumento, son particularmente paradigmáticas las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Málaga de 18 de febrero de 2000, Asturias de 6 de junio de 2001 y Granada de 25 de febrero de 2002; de ahí que tampoco deba producir tanta extrañeza que la revisión se produzcan entre dos entidades que realmente se confunden y que las mismas personas ostentan la titularidad de sus respectivos órganos, como es nuestro caso) y se sitúa bajo su directa dependencia.

Corresponde, por consiguiente, promover la revisión del oficio a dicho Organismo (y no como por error apunta el escrito de alegaciones presentado por la empresa contratista en oposición a la revisión, al Consejo Insular de Aguas, que viene así a confundirse con el Consorcio del Agua que es al que I., S.A. está adscrito y el que puede proceder por tanto a la revisión de sus actos, y no aquél, a quien sí corresponde otorgar las autorizaciones denegadas para el uso del agua); naturalmente, todo ello, si concurre alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas por la Ley, aspecto éste que habrá de desarrollarse ya en el siguiente apartado.

3. La PR invoca la concurrencia en el presente caso de sendas causas de nulidad de pleno derecho (por lesión de derechos fundamentales y por omisión del procedimiento legalmente establecido) y promueve la aplicación de ambas causas, tanto al acto de adjudicación del contrato, con las consecuencias inherentes a ello, como a la modificación de dicho contrato promovida con posterioridad.

Comenzando por esto último, hay que señalar que la revisión de oficio de la modificación del contrato no procede, puesto que no ha habido en efecto un acuerdo formal a este respecto, ni tampoco se ha seguido el procedimiento legalmente establecido para este caso. Y, desde luego, no caben las modificaciones tácitas y menos por la vía de hecho: el ejercicio del denominado "ius variandi", que es la prerrogativa más importante de que dispone la Administración en materia contractual, requiere la adopción de una resolución expresa previa la observancia de un procedimiento particularmente riguroso y solemne, que desde luego tampoco ha tenido lugar.

Lo más que ha habido, realmente, es una propuesta de modificación contractual promovida por la propia empresa contratista a fin de sujetar la realización de la obra a los requerimientos medioambientales impuestos, una modificación importante desde luego porque altera la cuantía económica del contrato en casi un 20%, y más aún, porque lleva a la realización de la obra, no en la misma nave donde actualmente se sitúan los cuatro módulos de compresión de vapor a retirar, sino en una nueva nave, en contra de lo que el propio pliego de contratación prohibía de manera expresa.

Lo grave desde esta perspectiva es que la ejecución de la obra ha prescindido de las condiciones iniciales y, como si la modificación hubiese sido aprobada, se ha atendido a las incluidas en la propuesta de modificación del contrato. Por otro lado, no deja de sorprender desde distinto orden de cosas que la propia empresa contratista rechace sistemáticamente la sujeción del contrato a la normativa pública, como hemos visto, y promueva una modificación que sólo al amparo de dicha normativa podría tener lugar, en contradicción con el indicado planteamiento.

Ahora bien, en lo que a este Dictamen concierne, no hay modificación que revisar sencillamente, porque no hay modificación en términos jurídicos. Por eso, al promoverse inicialmente la incoación de oficio del procedimiento de revisión de oficio del contrato (4 de agosto de 2006), la Administración actuante no hacía extensiva la petición de revisión de oficio a la indicada modificación, contrariamente a lo que después pretende la PR. Desde luego, distinta sería nuestra consideración si efectivamente dicha modificación hubiese tenido lugar, porque, en tal hipótesis, se habría realizado con omisión total y absoluta del procedimiento establecido al efecto, incurriéndose en causa de nulidad ya solo por esta circunstancia. Pero, como se ha indicado, no es tal el caso.

Centrándonos consiguientemente en el acto de adjudicación, también procede indicar que lo que principalmente se reprocha al mismo es la inobservancia del procedimiento legalmente establecido al efecto. La otra objeción planteada en torno al mismo, relativa a la lesión de los derechos fundamentales, asimismo se proyectaría más bien sobre la modificación del contrato, si ésta en efecto hubiese tenido lugar: porque si hubiese habido modificación, no sólo se habría omitido practicar los trámites procedimentales establecidos al efecto, como ya se ha observado, sino que también se habría vulnerado el derecho a la igualdad de trato de las empresas concurrentes a la licitación, al haberse alterado las bases de la licitación con

posterioridad a ésta: La igualdad ha de respetarse durante toda la permanencia del vínculo contractual; y, desde esta perspectiva, no resultarían impertinentes las referencias de la PR a la doctrina del Consejo de Estado (sobre todo, a la contenida en los Dictámenes 825/2005 y 214/1992, reflejada también por lo demás en distintas memorias anuales del indicado organismo). Pero es que, como ya se ha indicado, procede en este asunto limitar nuestras consideraciones al acto de adjudicación del contrato.

Sobre la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación del contrato, la omisión del procedimiento legalmente establecido se fundamenta en la falta de la publicidad comunitaria de la convocatoria del concurso. En principio, la infracción legal de la obligada publicidad comunitaria, una vez aceptada la incuestionable vigencia de la Ley 48/1998 y su aplicación al caso, resulta palmaria. Según dispone su art. 26.2, los anuncios de las convocatorias “se ajustarán al modelo de los anexos II, III y IV de esta Ley y se publicarán en el “Boletín Oficial del Estado” y en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas” (en los mismos términos, por otra parte, se expresa la Directiva 93/38/CEE en su art. 21).

Pero la mera existencia de una infracción legal no basta a los efectos de fundamentar el ejercicio de la revisión de oficio. A tal efecto se requiere la concurrencia de una infracción particularmente relevante, determinante no sólo de una ilegalidad, sino constitutiva de una causa de nulidad de pleno derecho. Los vicios de forma, como regla general, determinan la anulabilidad de los actos (incluso, cabe acogerse en estos supuestos a la regla de las irregularidades formales no invalidantes: art. 63.2 y 3 LRJAP-PAC).

Para la declaración de nulidad de pleno derecho, en los términos pretendidos por la PR objeto de este Dictamen, no basta pues la omisión de un mero trámite del procedimiento; lo que ha de omitirse es el procedimiento entero (a este supuesto se equipara lógicamente la utilización de un procedimiento distinto del legalmente establecido) o, cuando menos, la omisión de un trámite esencial. Esto es lo que ahora, justamente, procede determinar.

Desde luego, desde un punto de vista formal, tampoco cabe discutir que se ha omitido el procedimiento entero previsto por la Ley 48/1998 para la licitación de los contratos sujetos a su ámbito de aplicación. Al prescindirse de la publicidad comunitaria, no sólo no se ha producido la convocatoria del concurso en las

condiciones previstas por la Ley (art. 30), sino que también se han prescindido de los actos sucesivos previstos por la indicada normativa (art. 33: en particular, se han infringido los plazos legalmente establecidos para la recepción de ofertas y solicitud de participación en los procedimientos abiertos). La vulneración del art. 26, antes indicada, ha arrastrado así la de otros preceptos posteriores.

Teniendo en cuenta que el procedimiento de contratación no es en realidad uno solo, sino una suma de procedimientos (formación del expediente de contratación, procedimiento de licitación y de selección del contratista), es claro que se ha omitido la observancia de uno de ellos (el que se abre justamente con la publicidad comunitaria). Ninguna duda puede haber acerca de este extremo. Ahora bien, teniendo presente que todos los procedimientos indicados miran en realidad al mismo objeto, podría tratar de sortearse la conclusión alcanzada a partir de una consideración unitaria de la totalidad del procedimiento de contratación. En tal caso, procede determinar si el trámite omitido es o no un trámite esencial.

Así lo configura el Consejo de Estado en su Dictamen 825/2005, antes mencionado: "Los principios de publicidad y concurrencia constituyen los pilares básicos de la regulación contenida en la Ley 48/1998, de 30 de octubre". No añade sin embargo la razón sobre la que descansa esta apreciación, sino la necesidad de que "no sólo han de ser respetados al momento de adjudicación del contrato sino que deben informar toda su vida". Pero, entrando ahora en ello, son los pilares básicos de la regulación, no tanto por lo que en sí mismos valen, sino porque los principios indicados constituyen el instrumento y la garantía de la vigencia de los valores sustantivos a cuyo servicio se sitúan y sin los cuales aquéllos, ciertamente, no pueden preservarse.

Así, desde la perspectiva de la entidad contratante, la defensa y promoción de interés público (este interés quedará indudablemente mejor satisfecho cuando más amplia sea la licitación y las ofertas: mayores posibilidades de elección dispondrá la Administración a partir de ellas); y desde la perspectiva de los particulares, la garantía de la igualdad de trato entre todos los ciudadanos. Esta última perspectiva es la que, sobre todo, ha de destacarse aquí, porque a su preservación especialmente se dirige el Derecho comunitario y la normativa de la Unión Europea sobre contratación pública, particularmente amplia y exigente, como resulta perfectamente conocido, y mayores responsabilidades por eso se contraen si la igualdad no se garantiza escrupulosamente: los peligros de un reproche desde las

instancias comunitaria por esa circunstancia a una licitación no son irreales. Por falta de la obligada publicidad comunitaria, y con arreglo a la Directiva 93/38/CEE que es la que la Ley 48/1998 mira a desarrollar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea condenó a Francia en su sentencia de 29 de octubre de 2000 y a Grecia en su sentencia de 2 de junio de 2005 (se trataba en ambos casos de entidades contratantes en el ámbito de los denominados "sectores excluidos", como el agua).

Así, pues, cabe concluir que los procedimientos de contratación a los que resulta de aplicación la Ley 48/1998 requieren necesariamente la observancia de los principios de concurrencia y publicidad: como regla general, y fuera de los supuestos expresamente previstos, no resultan conforme a Derecho las licitaciones que omitan su observancia. El incumplimiento de las formas puede desencadenar, conforme a lo expuesto, la producción de una irregularidad meramente invalidante si permite a los actos alcanzar la finalidad que les resulta propia; pero puede llevar consigo también, desde la perspectiva inversa, una sanción de la máxima gravedad, como es la nulidad de pleno derecho, si la forma es esencial y, por supuesto, impide al acto alcanzar su fin que, en nuestro caso, sería garantizar la igualdad entre todos los ciudadanos comunitarios: así hay que entender el principio de publicidad, como instrumento indispensable al servicio del principio de igualdad, con certeza, el principio cardinal sobre el que se asienta la totalidad del ordenamiento comunitario.

Desde luego, el trámite (o el procedimiento, según la perspectiva adoptada) por lo demás es claramente insubsanable: no cabe cumplimentarlo "a posteriori" y mantener incólumes las actuaciones practicadas con anterioridad.

La esencialidad del vicio de forma concurrente, la falta de la obligada publicidad comunitaria, puede incluso reforzarse desde una perspectiva adicional: del mismo modo que se postula para las normas, la publicidad es requisito esencial para ellas y condición indispensable no ya para la eficacia sino incluso para su validez jurídica y existencia propiamente dicha: la exigencia de publicidad no es un simple requisito "ad probationem" sino un auténtico requisito "ad substantiam" o "ad solemnitatem" para el acto sujeto a la indicada exigencia, porque lisa y llanamente no puede adquirir carta de naturaleza lo que permanece oculto. Extremando este argumento podrían acaso evitarse las consecuencias de la falta de publicidad si lo que se omite es la publicidad en el "Boletín Oficial de la Provincia", porque la publicidad más

amplia en un Boletín superior garantizaría una mayor difusión y garantizaría la vigencia del principio de igualdad. Pero no al revés.

En no pocas ocasiones ha sostenido este Consejo Consultivo la necesidad de mantener una interpretación estricta de las causas de nulidad de pleno derecho en general y, más en particular, con vistas a fundamentar el ejercicio de la revisión de oficio. Ahora bien, no menos cierto es que cuando los vicios resultan de gravedad especial y pueden llegar a alcanzar la consideración de vicios de orden público, de acuerdo con la teoría de las nulidades, procede extraer de ello las consecuencias inherentes. Y la infracción de las normas comunitarias sobre la contratación pública, sin duda de ninguna clase, puede llegar a revestir el indicado carácter, cuando por medio de ella se compromete el valor superior de la igualdad que dichas normas miran, ante todo, a tutelar.

C O N C L U S I Ó N

En lo que concierne al objeto propio de este Dictamen, la procedencia de la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos sometidos a nuestra consideración, la revisión de oficio pretendida por la PR del acto de adjudicación del contrato es conforme a Derecho, por falta total y absoluta del procedimiento legalmente establecido y por vulneración de un trámite esencial del procedimiento.