



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 1 6 / 2 0 0 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 31 de julio de 2009.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de San Sebastián de La Gomera en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio de los contratos: "Cesión de maquinaria y arrendamiento de suministro y mantenimiento", suscrito con la mercantil O.T., S.L., el 25 de mayo de 2008, y el "Contrato mercantil de arrendamiento o renting identificado con el nº W822262", suscrito el 28 de mayo de 2008 con la entidad mercantil S.R., S.A. Órgano manifiestamente incompetente; haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (EXP. 443/2009 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Por escrito de 24 de julio de 2009, con registro de salida del Ayuntamiento de San Sebastián de La Gomera del día 27 de julio de 2009 y entrada en el registro de este Organismo el mismo día, el Alcalde de dicho Ayuntamiento manifiesta que, al amparo de lo previsto en el art. 102.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), solicita Dictamen sobre el expediente de revisión de oficio de un contrato formalizado por ese Ayuntamiento con la empresa S.R., S.A., cuyo objeto es "arrendamiento o renting" y está identificado con el número W82226, pretendiéndose la declaración de nulidad de pleno derecho del mismo.

Además, se señala que, en atención a la inminencia del vencimiento del plazo para resolver, pues el "expediente" se inició el 9 de junio de 2009, como efectivamente consta en la documentación que se adjuntó al escrito de solicitud, y ante la *"posibilidad de caducidad"*, con el consiguiente perjuicio económico que se

* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

deduciría para el Ayuntamiento derivado del contrato, se insta la evacuación del Dictamen por el procedimiento de urgencia, en aplicación del art. 20.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo.

2. Ciertamente es preceptiva la solicitud de Dictamen [art. 11.1.D.b) de la citada Ley del Consejo Consultivo], que tiene efecto obstativo en cuanto que ha de ser favorable a la declaración que se pretende, considerándose conforme a Derecho la Propuesta que ha de contener, y la misma ha de formulada por el Alcalde del Ayuntamiento actuante.

Como ya se señalara en nuestro Dictamen 236/2009, en relación con este mismo asunto, se reitera que "sin perjuicio de lo que luego se expondrá, ha de advertirse, no sólo que la revisión a producir es la contemplada en el apartado 1, y no en el 2, del art. 102 LRJAP-PAC, sino también que se trata de la nulidad o invalidez de un contrato, la cual se deriva, aparte de por la ilegalidad del clausulado, de la invalidez de los actos preparatorios del mismo o de su adjudicación por incurrir en ciertas causas legalmente determinadas; razón por la que al fin pretendido ha de procederse a la revisión de oficio de tales actos".

II

1. El presente expediente, de este modo, tiene por objeto el mismo que ya fuera objeto de estudio por este Consejo en nuestro antes referido Dictamen 236/2009. Previamente, sin embargo, este Consejo inadmitió la solicitud de Dictamen en relación con este asunto, mas una vez subsanadas las causas de inadmisión, por escrito de 12 de mayo de 2009, se solicitó nuevamente Dictamen de este Organismo, emitiéndose al respecto el citado 236/2009. En el mismo, además de otros extremos -relativos a la normativa aplicable al caso, que ahora se recogen nuevamente-, se señaló:

"1. En cualquier caso, el hecho es que se ha producido la caducidad del procedimiento revisor iniciado por el Pleno municipal por Acuerdo de 29 de enero de 2009, habiendo transcurrido más de tres meses desde entonces sin dictarse su resolución; circunstancia acontecida, por demás, no sólo antes de que se remitiera el escrito de solicitud de Dictamen a este Organismo y, por supuesto, que entrara en su registro, sino incluso previamente a que el Sr. Alcalde produjera la Propuesta de Resolución, el 11 de mayo de 2009.

(...)

4. En definitiva, en aplicación del art. 42.1 LRJAP-PAC, y por lo expuesto, procede en este caso dictar Resolución del procedimiento revisor tramitado declarando la caducidad del mismo, con indicación de los hechos producidos y la normativa aplicable.

Y ello, sin perjuicio, como se dijo, de poderse acordar por el Pleno del Ayuntamiento actuante el inicio de nueva revisión con idéntica finalidad y las mismas o diferentes causas y argumentos que los aducidos en el presente procedimiento caducado, cabiendo también no obstante la eventual aplicabilidad del art. 106 LRJAP-PAC, a considerar por los órganos municipales competentes o, en su caso, por este Organismo”.

2. A la solicitud se acompañan diversos documentos relativos a la contratación de referencia y al procedimiento tramitado, incluidos tanto los referentes a la realización del trámite de vista y audiencia al contratista, como el acuerdo de inicio de la revisión, adoptado por el Pleno municipal el 9 de junio de 2009, a propuesta del Alcalde-Presidente, en base, a su vez, al informe técnico que también consta en el expediente del procedimiento revisor, y una Propuesta resolutoria del propio Alcalde, formulada el 25 de julio de 2009.

En esta Propuesta, que tiene un contenido que trata de ajustarse al que prevé el art. 89 LRJAP-PAC, se propone resolver el procedimiento, tanto manteniendo razonadamente la declaración de nulidad pretendida al inicio, como pronunciándose sobre la exigencia de indemnización que en sus alegaciones solicita el contratista, estimándola parcialmente también argumentadamente.

Al igual que en el procedimiento anterior, declarado caducado, en todo caso y correctamente, en particular, en relación con el trámite de vista y audiencia practicado, la Propuesta reitera las causas de nulidad recogidas en el acuerdo de inicio del procedimiento, sosteniéndose que en la contratación formalizada se incidió en ellas, explicando en cada caso el motivo: el contrato se formaliza por órgano manifiestamente incompetente; prescindiéndose total y absolutamente del procedimiento establecido; sin constatación formal de la capacidad de obrar y requisitos de solvencia para ejecutarlo del contratista y de que no esté incurso en prohibición para contratar; y sin existencia de crédito en el Presupuesto aplicable [art. 32 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, LCSP, en relación con los arts. 62.1.b) y e) LRJAP-PAC y 173.5 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales,

texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (LRHL)].

Precisamente, y como se apuntó antes y en relación con el anterior procedimiento por la misma causa, en lo que a la normativa contractual aplicable al caso se refiere, la Administración actuante entiende que es la contenida en la vigente LCSP (arts. 31 a 36, contenidos en el Capítulo V, régimen de invalidez, del Título I del Libro I), pues el contrato se formalizó días después de entrar en vigor.

Sin embargo, desconociéndose cuándo se preparó y adjudicó el mismo y siendo relevante al efecto este instante, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición transitoria primera de dicha Ley, cabría que lo fuese el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP).

No obstante, como ya se indicó en nuestro anterior Dictamen 236/2009, esta circunstancia puede carecer de relevancia a los efectos que aquí interesan, pues, en ambos casos, ha de procederse para declarar la nulidad del contrato mediante la revisión de oficio de los actos preparatorios o de adjudicación y a través del procedimiento al respecto ordenado en los arts. 102 y siguientes de la LRJAP-PAC, siendo desde luego preceptiva, como se dijo, la solicitud de Dictamen sobre la correspondiente Propuesta resolutoria [arts. 34.1 y 195.3.a) LCSP o 64 y 59.3.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), respectivamente].

En todo caso, todo apunta a la ausencia de adjudicación del contrato, por lo que sería aplicable la nueva Ley.

III¹

IV

En cuanto al fondo del asunto, son dos los extremos sobre los que se pronuncia la Propuesta de Resolución:

1. Por una parte, sobre el objeto mismo del procedimiento de revisión, cual es la nulidad de los actos revisados. En cuanto a este aspecto, ciertamente, como se señala en la Propuesta de Resolución, no hay controversia, pues no se produce alegación alguna en el trámite al respecto.

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

Así pues, se concluye la nulidad de pleno derecho de los contratos de "Cesión de maquinaria y arrendamiento de suministro y mantenimiento", suscrito con la mercantil O.T., S.L.", el 25 de mayo de 2008, y de "Arrendamiento o *renting* identificado con el nº W822262", suscrito el 28 de mayo de 2008 con la entidad mercantil S.R., S.A.

En este punto, sin embargo, no se pronuncia en esta ocasión la Propuesta de Resolución sobre las causas de nulidad, que, aunque a la vista del acuerdo plenario sobre caducidad del procedimiento anterior e inicio de otro nuevo al respecto, se entiende que son las mismas; mas debiera la Propuesta de Resolución señalarlas, pues este procedimiento es independiente del anterior, aunque tenga el mismo objeto. En este caso, la Propuesta de Resolución se limita a incorporar, con respecto a la existente en el procedimiento caducado, las consideraciones sobre las alegaciones vertidas por la empresa S. sin alusión alguna a las causas de nulidad.

Éstas son:

Haberse dictado por órgano manifiestamente incompetente, lo que es causa de nulidad a la luz del apartado b) del art. 62.1 LRJAP-PAC, en virtud de la aplicación de la disposición adicional segunda de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con el art. 174 LRHL (ello, porque para la autorización de gastos plurianuales por encima de los 4 años, lo que se pretendía con el contrato a anular, se requiere autorización del Pleno de la Corporación y es de carácter excepcional).

Haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello, careciendo de expediente de contratación, conforme al art. 62.1.e) LRJAP-PAC.

2. En segundo lugar, la Propuesta de Resolución se pronuncia también sobre la posible responsabilidad patrimonial de la Administración, tal y como se reclama por la empresa S.R., S.A. en su escrito de alegaciones.

A este respecto entendemos que es conforme a Derecho, igualmente, la Propuesta de Resolución. Y ello porque, frente a las alegaciones que presenta la parte interesada respecto de la buena fe y el principio de confianza legítima, sobre lo que sustenta sus pretensiones resarcitorias, la Propuesta de Resolución señala, acogiendo el parecer del informe jurídico emitido por la Secretaria interina, que tales alegaciones se consideran insuficientes para enervar la responsabilidad de la

empresa en la contratación llevada a cabo, pues la forma en la que se realizó la contratación está ausente de actos concluyentes de apariencia de legalidad.

A este respecto entendemos que no es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución. Y ello porque si bien es cierto que la buena fe y el principio de confianza legítima, sobre los que sustenta sus pretensiones resarcitorias S., no son cauce suficiente para justificar todos los conceptos por los que requiere indemnización, sin embargo, no es adecuada la argumentación que la Administración expone respecto de la actitud de S.

No cabe decir, como lo hace aquélla, que con una mínima diligencia S. "podría haber evitado la firma del contrato o indicar a la Administración el procedimiento legal de contratación, donde presentarían, en concurrencia con otras empresas, su oferta por los servicios a contratar, que sería valorada dentro del correspondiente expediente de contratación". Y ello porque, aunque no pueda dejar de reconocerse que la empresa S. pudo haber "percibido" la ausencia de procedimiento adecuado de contratación, no es su cometido ni evitar la contratación, que es precisamente lo que se pretende, ni mucho menos indicar el procedimiento a seguir por la Administración, amén de que no necesariamente se ha de concurrir con otras empresas en todo contrato con la Administración.

Es la Administración la obligada a observar la legalidad de sus actos, máxime cuando, en el ámbito administrativo, a diferencia del privado, la Administración goza de grandes prerrogativas frente al particular.

Por todo ello, la Administración habrá de asumir las consecuencias de una contratación nula, en cuanto a los perjuicios objetivos irrogados a S. directamente vinculados a su actuación, sin perjuicio de las responsabilidades que a su vez la Administración pueda exigir conforme a la normativa aplicable (art. 145.2 y 3 LRJPA-PAC).

Así pues, además del abono de las fotocopias realizadas, único concepto admitido en la Propuesta de Resolución, habrán de pagarse los gastos reclamados en concepto de gastos de entrega y retirada de máquinas, pues la Administración recibió los beneficios de su instalación, y, además, ha de indemnizar a S. por el importe mensual del *renting* pactado, en los meses en que las máquinas se hallaban a disposición del Ayuntamiento, por hallarse indisponibles para S., máxime cuando, a pesar de haberse determinado (aunque no declarado aún la nulidad) la ausencia de contratación conforme a Derecho, transcurrió tiempo hasta que se ordenara su retirada efectiva.

Sin embargo, como señala la Propuesta de Resolución acogiendo el parecer del informe jurídico emitido por la Secretaria interina, no son indemnizables los otros conceptos reclamados consistentes en lo que hubiera percibido S. por la ejecución del 100% del contrato, ni por la previsión indemnizatoria para el caso de resolución anticipada, fijado en el mismo. Pero, este último concepto -no ya por la excesiva onerosidad de esta cláusula, ni por las circunstancias en que se llevó a cabo la contratación, en la que la mínima diligencia del contratista hubiera evitado la actual nulidad- sino porque no hay rescisión, sino nulidad, y, lo que es nulo, nulos efectos produce.

C O N C L U S I O N E S

1. El procedimiento de revisión de oficio tramitado por el Ayuntamiento de San Sebastián de La Gomera en relación con los contratos suscritos por dicha Administración con las empresas O.T., S.L. y S.R., S.A., en orden a declarar su nulidad, es parcialmente conforme a Derecho.

2. Habrá de modularse la valoración de la indemnización conforme al Fundamento y apartado finales de este Dictamen.

3. Además, la Propuesta de Resolución deberá contener expresamente las causas de nulidad en las que se sustenta la revisión así como los demás elementos exigidos en el art. 89 LRJAP-PAC, no bastando una mera contestación a las alegaciones efectuadas por S.R., S.A.