



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 8 6 / 2 0 1 0

(Sección 1ª)

La Laguna, a 10 de septiembre de 2010.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Lanzarote en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la culminación del procedimiento de revisión de oficio del contrato de servicios suscrito entre I.A.L., S.A., y S.E.A.F., S.A., que tiene por objeto la explotación, mantenimiento y conservación de las estaciones depuradoras de aguas residuales, estaciones de bombeo, redes de alcantarillado y riego de la isla de Lanzarote (EXP. 685/2010 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Presidente del Cabildo Insular de Lanzarote, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de revisión de oficio del contrato de servicios suscrito entre I.A.L., S.A., y S.E.A.F., S.A., que tiene por objeto la explotación, mantenimiento y conservación de las estaciones depuradoras de aguas residuales, estaciones de bombeo, redes de alcantarillado y riego de la isla de Lanzarote.

La legitimación del Presidente del Cabildo para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo, en relación el primer precepto con el art. 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Además, de conformidad con lo previsto en este precepto, es preciso que tal Dictamen sea favorable a la declaración pretendida.

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

2. La revisión instada se fundamenta en el apartado e) del art. 62.1 LRJAP-PAC, al considerar la Administración actuante que la adjudicación del contrato administrativo fue acordada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

3. De conformidad con lo previsto en la disposición transitoria única de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor se registrarán por la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, que, con idéntico objeto y fin, incorpora al Ordenamiento Jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE.

Precisamente, como el contrato cuya declaración de nulidad se pretende fue adjudicado por el Consejo de Administración de I.A.L., S.A., con fecha 10 de diciembre de 1999, por lo resulta de aplicación la citada Ley 48/1998 a los efectos de examinar los requisitos que debieron observarse en la contratación.

En cambio, el procedimiento de revisión de oficio, iniciado el 10 de junio de 2010, queda regido por las normas adjetivas que al respecto se contienen en la citada Ley 30/1992, particularmente en sus arts. 102 y siguientes.

II

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

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 Cabildo Insular de Lanzarote y los siete Ayuntamientos de la Isla y dotado de personalidad jurídica de carácter público para el cumplimiento de los fines establecidos en sus Estatutos.

El 19 de agosto de 1998 el citado Consorcio constituyó la entidad mercantil I.A.L., 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 gestión de aguas de las plantas potabilizadoras propiedad del Consorcio y del servicio público de abastecimiento de agua de la Isla.

El 10 de diciembre de 1999 el Consejo de Administración de I.A.L., S.A. adjudica a la entidad S.E.A.F., S.A., un contrato de servicio que tiene por objeto el expuesto al comienzo del Dictamen.

El contrato fue suscrito con fecha 1 de marzo de 2000 y, de conformidad con lo dispuesto en su Cláusula quinta, su plazo finalizaba el 31 de diciembre de 2003, si bien la misma cláusula establecía que se prorrogaría tácitamente por periodos anuales mientras alguna de las partes no denunciara el contrato.

La cuantía del contrato ascendía a la cantidad de 319.954.280 pesetas anuales, lo que supone un precio global por la totalidad de la duración del contrato inicialmente pactada de 1.279.817.120 pesetas.

No consta en el expediente el procedimiento de adjudicación del contrato. Los Pliegos que rigieron la contratación indican en su titulación que son los que *han de regir en la petición de ofertas*, si bien el informe jurídico aportado, así como la Propuesta de Resolución, indican que se trató de un procedimiento abierto. En concordancia con los citados Pliegos, en el Antecedente primero del contrato suscrito se indica que I.A.L., S.A. remitió escrito a la entidad después adjudicataria al que adjuntó el Pliego de condiciones técnicas, económicas y administrativas y por el que solicitó a la misma oferta para la prestación del servicio.

Consta además en la Propuesta de Resolución culminatoria del expediente que la licitación del contrato, a pesar de su cuantía, no fue publicado en el Boletín Oficial del Estado, ni en el entonces Diario Oficial de la Comunidad Europea (DOCE, actual DOUE) o en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma.

El 16 de diciembre de 2002 se realiza una modificación contractual como consecuencia de la recepción por parte de I.A.L., S.A. de un nuevo conjunto de infraestructuras en la Isla de Lanzarote, en concreto unas nuevas depuradoras en Arrecife, Playa Blanca y Tías, la ampliación de la depuradora y nuevo tratamiento terciario en Haría y Costa Teguisse.

Esta modificación supuso un incremento del precio del contrato al añadirse dos nuevos cánones (Cláusula tercera del contrato suscrito) y su vigencia sería la misma que la del contrato existente (Cláusula décima), si bien una vez finalizado el plazo el contrato se prorrogó tácitamente, de acuerdo con lo previsto en la cláusula quinta del inicialmente suscrito.

El 27 de julio de 2004 se celebra una nueva modificación contractual que tiene por objeto la prórroga del contrato con el fin de asumir la inversión de 2.032.712 euros propuesta por la entidad adjudicataria y que podía ascender a los 3.000.000 euros y que permite, según el contrato suscrito, una mejora sustancial en el servicio al dotarlo de infraestructuras y medios materiales adecuados.

Con esta modificación se prorroga el contrato hasta el 31 de diciembre de 2009 y se fija un nuevo canon mensual de 237.200 euros.

Finalmente, el 17 de febrero de 2009 se prorroga nuevamente el plazo contractual hasta el 31 de diciembre de 2020 con la finalidad de refinanciar realizadas por la entidad adjudicataria. En esta misma fecha, se celebra también un contrato de refinanciación de deuda generada por la prestación del servicio desde mayo de 2007 hasta agosto de 2008 por importe de 7.710.728,70 euros, en el que se fija un plan de pagos a 12 años.

2. Con estos antecedentes, la Asamblea del Consorcio del Agua de Lanzarote adoptó el acuerdo de iniciar el presente procedimiento de revisión de oficio en sesión celebrada el 10 de junio de 2010, previa la emisión de Informe jurídico en el que se propone su incoación por la causa fundada en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC.

Consta en el expediente que este Acuerdo, que incorpora el texto íntegro del informe jurídico citado, fue notificado a la entidad adjudicataria del contrato, sin que presentara alegaciones. Se ha elaborado seguidamente la Propuesta de Resolución, en la que se sostiene la nulidad de la contratación por la causa ya señalada y se ha solicitado finalmente el Dictamen de este Consejo.

En cuanto a los aspectos procedimentales, procede reiterar la notificación del Acuerdo de inicio del procedimiento a la interesada *para su conocimiento y efectos*, aunque sin otorgarse explícitamente trámite de audiencia. Se trata no obstante de una irregularidad que no resulta invalidante, puesto que la entidad ha tenido conocimiento tanto de la adopción del Acuerdo de inicio del procedimiento, como de las razones jurídicas que motivan la declaración de nulidad pretendida y se ha encontrado en disposición de efectuar las alegaciones que tuviera por pertinentes; lo que no ha llevado a efecto.

Por otra parte, consta en el expediente que, una vez elaborada la Propuesta de Resolución y solicitado el Dictamen a este Consejo se ha dado traslado de aquélla a la entidad adjudicataria. Esta actuación, por demás improcedente, no cabe entenderla como el otorgamiento de un nuevo trámite de audiencia, pues éste ha de

producirse antes de redactar la misma (art. 84 LRJAP-PAC) y, en consecuencia, con anterioridad también a la solicitud de Dictamen a este Consejo, la cual sólo procede una vez ultimado el procedimiento con la redacción de la Resolución en forma de Propuesta.

3. Por lo que respecta a la facultad del Consorcio Insular del Agua de Lanzarote para iniciar y resolver un procedimiento de revisión de oficio de un contrato adjudicado por una empresa pública, ya ha sostenido este Consejo en su Dictamen 352/2006, de 31 de octubre, que se encuentra legitimado a tales efectos en tanto que constituye la Administración pública a la que la entidad mercantil que ha celebrado el contrato se encuentra adscrita o vinculada, por más que el contrato en cuestión pueda discutirse que tenga en su integridad carácter administrativo, aunque sin duda tiene tal carácter su fase de preparación y adjudicación.

III

1. Mediante el procedimiento de revisión de oficio tramitado se pretende la declaración de nulidad del contrato de servicios de referencia inicialmente suscrito, así como de sus prórrogas.

Como señala la Propuesta de Resolución, la actividad contractual de la entidad mercantil I.A.L., S.A. se encuentra sometida, en lo que se refiere al procedimiento de adjudicación de su contratación en relación con su objeto a las prescripciones de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, en la actualidad derogada por la ya citada Ley 31/2007, de 30 de octubre, que ha sido a su vez recientemente modificada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto (BOE de 9 de agosto).

De conformidad con el art. 2.1.c) de esa Ley, quedan sujetas a la misma las empresas públicas que cumplan el requisito previsto en la misma; esto es, aquellas sobre las que las Administraciones Públicas, sus Organismos Autónomos, Entes públicos o las asociaciones formadas por ellos pueden ejercer directa o indirectamente una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas o en virtud de las normas que las rigen.

Por lo que respecta al ámbito de aplicación objetiva y por lo que al presente caso se refiere, el contrato adjudicado por I.A.L., S.A. se encuentra dentro del supuesto del art. 3.a), último párrafo *in fine* de la Ley (actividades relacionadas con la evacuación o el tratamiento de aguas residuales) y cumple, además, el requisito de que supera el importe previsto en el art. 8.2 de la misma Ley.

La consecuencia de la inclusión en el ámbito de aplicación, tanto subjetivo como objetivo, de la Ley 48/1998 del presente contrato, es que se encuentra sometido a los principios de publicidad y concurrencia, igualdad y no discriminación (art. 10), que, a su vez, conlleva su sometimiento a los procedimientos de adjudicación previstos en la propia Ley y sometidos al Derecho Administrativo.

La Propuesta de Resolución fundamenta la nulidad del contrato en la causa prevista en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC, considerando la omisión del procedimiento legalmente establecido por la falta de la publicidad comunitaria de la convocatoria de la licitación.

Se argumenta a estos efectos que las obligaciones de publicidad dimanantes de la Directiva 38/93/CEE y transpuestas al Ordenamiento español por la Ley 48/1998 tiene como objetivo garantizar los principios de igualdad y no discriminación, así como las libertades fundamentales recogidas en los Tratados de la Unión Europea, de tal forma que puede sostenerse que, si hay un dato que caracterice las Directivas comunitarias sobre contratación es su reiterada e insistente proclamación de los principios de publicidad, de concurrencia, de prohibición de efectos discriminatorios y de vinculación a la mejor oferta en la fase de adjudicación de los contratos públicos, como ha resaltado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Por ello, el incumplimiento de la obligación de publicidad da lugar a una infracción de los principios y objetivos fundamentales del Derecho comunitario y suponen la nulidad de pleno derecho del contrato.

2. Pues bien, la infracción legal en relación con la prevista publicidad, en particular la comunitaria, es incuestionable. Así, según dispone el art. 26.2 de la Ley 48/1998, 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 este sentido, de los antecedentes resulta que la licitación llevada a cabo por I.A.L., S.A. prescindió de toda publicidad, pues no sólo no se publicó anuncio alguno en el DOCE, sino que tampoco se llevó a cabo publicidad en el BOE o siquiera en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma, con total ausencia, pues, de este preceptivo y esencial trámite, que, además, es de obligatoria observancia con independencia de cuál haya sido el procedimiento de adjudicación, con la única salvedad del procedimiento negociado sin previa convocatoria de licitación (art. 23.1 de la misma Ley). No obstante, este último es un procedimiento excepcional en tanto que sólo procede en los supuestos tasados contemplados en el art. 25 y que no es

aplicable en el presente caso, por lo que I.A.L., S.A. se encontraba en todo caso sometida a la obligación de publicidad de la licitación.

Ciertamente, como este Organismo ha expresado en Dictámenes en esta materia revisora y en relación con la causa aquí aducida por la Administración, la mera existencia de una infracción legal no basta a los efectos de fundamentar el ejercicio de la revisión de oficio, como reiteradamente señala la jurisprudencia en la materia. A tal efecto se requiere la concurrencia de una infracción particularmente relevante, pues, por regla general, los vicios de forma determinan la anulabilidad de los actos o, incluso, pudieran ser meras irregularidades no invalidantes (arts. 63.2 y 3 LRJAP-PAC).

En particular, para declarar la nulidad de pleno derecho en los términos pretendidos por la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen, no basta la omisión de un mero trámite del procedimiento. En efecto, lo que ha de omitirse es el procedimiento entero, al que se equipara la utilización de un procedimiento distinto del legalmente previsto para la actuación producida, o, en su caso, la omisión de un trámite esencial, sin el cual no puede realizarse debidamente tal actuación en absoluto, causando la imposibilidad total de satisfacer el interés público a alcanzar o de ejercer a las personas sus derechos en la materia o cuestión afectada.

En este orden de cosas, consideramos pertinente la opinión del Consejo de Estado producida en su Dictamen 825/05, al sostener que los principios de publicidad y concurrencia constituyen los pilares básicos de la regulación contenida en la Ley 48/1998, de 30 de octubre, de modo que no sólo han de ser respetados en el momento de la adjudicación del contrato sino que deben informar toda su vida. Y esto es así, como se advierte en el Dictamen 352/06 de este Organismo, porque los principios indicados constituyen el instrumento para actuar y garantizar valores sustantivos de la normativa contractual en que se insertan y que, sin ellos, no serían eficaces.

Esto es, desde la perspectiva de la Administración, la defensa y promoción de interés público y, desde la perspectiva de los particulares, la garantía de concurrencia e igualdad de trato entre todos los posibles contratantes. Esta última perspectiva es la que, sobre todo, ha de destacarse aquí porque a su preservación especialmente se dirige el Derecho de la Unión Europea sobre contratación pública, particularmente amplio y exigente, como resulta perfectamente conocido, y mayores

responsabilidades por eso se contraen si la igualdad no se garantiza escrupulosamente.

En definitiva, en los procedimientos de contratación a los que resulta de aplicación la Ley 48/1998 es exigible plenamente la observancia de los principios de concurrencia y publicidad, de modo que, fuera de los supuestos expresamente previstos, no resultan conforme a Derecho las licitaciones que los incumplan.

3. En el presente caso, se producen los efectos antes expuestos por la infracción producida, pues se omitió la publicación en su totalidad, incluyendo tanto la comunitaria, como la estatal o autonómica, generando por demás la improcedente realización de ulteriores trámites de la contratación que, asimismo se prevén en la Ley aplicable y que abundan en la inadecuación generada, de manera que es procedente entender que se ha omitido un trámite de carácter esencial y de efectos procedimentales determinantes a los efectos de la aplicación de la causa prevista en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC.

Obviamente, la nulidad del contrato tiene como consecuencia la de los actos posteriores; lo que implica, pues, la nulidad de las modificaciones, sin necesidad de una específica motivación de las mismas por una causa independiente. En todo caso, es correcta la argumentación contenida en la Propuesta de Resolución en relación con la modificación operada en fecha 27 de julio de 2004, siendo relevante de haberse planteado únicamente la nulidad de tal modificación y no la del contrato inicial.

Finalmente, en cuanto a las consecuencias de la declaración de nulidad, procede que se determinen las indemnizaciones a que la misma puede dar lugar, mediante la tramitación del oportuno procedimiento, sin que proceda la incautación de la fianza, dadas las circunstancias, siendo responsabilidad de la Administración la causa de nulidad incidente.

CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas en el Fundamento III, procede la declaración de nulidad del contrato de referencia, así como, en su caso, de la modificación sustancial del mismo, siéndolo desde luego el contrato modificado.