



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 22 de julio de 2011.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero en funciones de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Medio Ambiente en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento tramitado para la revisión de oficio, por nulidad de las actuaciones de contratación relativas a la redacción del Plan Especial del Paisaje Protegido de Fataga (EXP. 418/2011 CA)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

Por escrito del Consejero en funciones de Agricultura, Ganadería, Pesca y Medio Ambiente, de 28 de junio de 2011, con entrada en este Organismo el día 30 siguiente, adjuntándose copia del correspondiente expediente en soporte digital, se indica que, concluida la instrucción del procedimiento tramitado para la revisión por nulidad de las actuaciones de contratación relativas a la redacción del Plan Especial del Paisaje Protegido de Fataga y no habiendo prestado el contratista su total conformidad a lo propuesto por la Administración, se solicita Dictamen de este Organismo.

Se añade, singularmente, que la solicitud se produce en virtud de lo especificado en el apartado tercero de la Circular 6/2004 de la Intervención General, dictando instrucciones respecto a omisiones de fiscalización producidas en expedientes administrativos elevados a la consideración del Gobierno en relación con el art. 59.3.a) de Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), normativa aplicable en virtud de lo previsto en la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP).

---

\* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

Sin embargo, es claro que, propiamente, la preceptividad de la solicitud de Dictamen ha de basarse, en lo que a este Organismo respecta, en el art. 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en conexión, ciertamente y tratándose de una revisión por una pretendida nulidad contractual, con el citado art. 59.3.a) TRLCAP, en su caso.

## II

1. Precisamente, sin constar en el expediente informe técnico al respecto, emitido previamente, que la apoye, figura en aquél Resolución de 9 de febrero de 2010, por la que se inicia el procedimiento revisor, del Viceconsejero de Ordenación Territorial, actuando como órgano de contratación, habiéndose celebrado el contrato entre dicho órgano y la empresa adjudicataria el 30 de diciembre de 2004.

Así, recoge varios antecedentes, con alusión a un informe del Jefe de Servicio de Ordenación de Espacios Naturales Protegidos y Paisajes sobre deuda contraída por la Administración frente a la contrata, admitiendo que, desde el 20 de diciembre de 2005, los trabajos de aquélla, con aceptación de la Consejería actuante y sin culpa suya, se llevaron a cabo sin haberse acordado debidamente la prórroga del contrato antedicho.

Por tanto, se estima que tal actuación ha de considerarse nula de pleno derecho, en virtud de la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), al efectuarse, prescindiéndose por la Administración, total y absolutamente, del procedimiento legalmente establecido para autorizar tal prórroga, no habiéndose, por lo demás, aprobado la autorización antes de que venciera la ejecución del contrato, aduciéndose al respecto la aplicación del art. 32 LCSP.

Finalmente, como quiera que el servicio se ha realizado correctamente por la contrata y el costo de las actuaciones o trabajos, de que se trata, figuran en las correspondientes facturas consignadas por aquélla, que corresponden a tales trabajos y son ajustados a los precios de mercado en el momento de realizarse los mismos, se propone también que se abone a la empresa dicho importe, en orden a evitar el enriquecimiento injusto de la Administración, aunque se diga erróneamente que la incoación se refiere a la entera contratación, cuando ello no procede vista la actuación a anular y el precio del contrato.

2. Por otro lado, en el expediente se incluyen asimismo los siguientes documentos:

- Informe técnico de 28 de marzo de 2010, emitido, por tanto, después de la Resolución de inicio, cuando debió hacerse antes y no cabe que se formule después, por obvias razones, justificando el contenido de dicha Resolución.

- Escrito inicial de la empresa afectada, de 26 de febrero de 2010, haciendo sus representantes las primeras alegaciones tras recibir notificación de la antedicha Resolución a ese propósito.

Así, muestran su conformidad a la incoación del procedimiento y, por tanto, a la declaración pretendida y a su causa, pero discrepan respecto a la cantidad a abonar a la contrata, al entender que ha de incluir tanto el importe de las facturas por los trabajos efectivamente realizados, como los intereses devengados al producirse la demora en su pago por la Administración, solicitando, asimismo, la devolución del aval consignado. Al efecto, sostienen la aplicabilidad del art. 99.4 TRLCAP, en la redacción dada por la disposición final primera de la Ley 8/2002, incorporando al Derecho interno la Directiva 2000/35/CE, y determinan la cuantía de tales intereses.

- Escrito de la interesada de junio de 2010, reiterando su postura e instando que se resuelva el procedimiento de revisión iniciado y en trámite, con recordatorio del anterior escrito y de sus argumentos al respecto, habiendo transcurrido injustificadamente, y sin abono alguno a la empresa, más de cuatro meses, con lo que se incrementa el perjuicio causado a la misma y, por tanto, se afecta a su estabilidad económica. En definitiva, tras relacionar los débitos generados, incluyendo intereses, se reclama el pago de esa deuda, de modo que, al principal de 19.708,83 euros reconocido por la Administración, se añade, actualizándolos, los intereses por impago en cuantía de 4.106,30 euros, más una indemnización por los costes del cobro, estimada en otros 600 euros.

- Requerimiento por la Administración a la empresa para que acredite documentalmente la representación de las personas que dicen actuar en nombre de la misma. Dicho requerimiento se realizó por la Jefa de Servicio en marzo de 2011, casi un año después del inicio del procedimiento, así como una Nota de Régimen Interior sobre el asunto, del mismo mes y año, sin aclarar sobre los pagos, siquiera sea al no afectar, aparentemente, a la empresa aquí interesada.

- Contestación final de los representantes de la contrata, sin haberse llevado a cabo, con posterioridad, más actuaciones que la formulación de la Propuesta resolutoria de la revisión y el informe del Servicio Jurídico sobre la misma.

En este escrito, se reiteran todos los argumentos y conclusiones expuestos por los representantes, con su correspondiente motivación jurídica, rechazando por infundada, en todo caso, la subsanación requerida de la representación exponiendo los errores formales, existentes a su juicio, en el escrito de la Administración.

Así, se insiste en su conformidad con la declaración de nulidad propuesta, pero no con la liquidación de la deuda contraída por la Administración con la empresa por los trabajos realizados, señalándose los conceptos y el correspondiente montante que la integran, con lógico incremento de los intereses por impago, y volviéndose a exigir la devolución de la garantía definitiva de la contratación, cuyo importe se dedujo del primer pago realizado en su día.

### III

1. De acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria séptima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en relación con lo establecido en la disposición transitoria primera.<sup>2</sup> LCSP, es efectivamente aplicable al caso, habiéndose adjudicado el contrato de referencia en 2004, el TRLCAP, incluido naturalmente el ya citado art. 59.3.a), pero no por cierto la antedicha LCSP y, por tanto, sus arts. 35.1, mencionado en la Propuesta de Resolución, o el art. 32, que se señala en la Resolución de inicio del procedimiento, contradictoriamente, por lo demás, con lo manifestado al respecto en el escrito de solicitud del Dictamen, realizado por el Consejero titular del Departamento administrativo actuante.

En todo caso, es claro que la cuestión a dilucidar no es la nulidad del contrato adjudicado y formalizado, entendiéndose que se trata de uno de consultoría y asistencia, regulado en el Título IV del mencionado Texto Refundido [art. 196.1 y 2 a) y b)], con aplicación al caso del art. 198 del mismo, sino que se refiere a su duración y, más concretamente, a la prórroga de dicho contrato, efectuada ilegalmente, según alega la Administración y admite la contrata.

Cabe añadir que, según lo establecido en el reiterado art. 59.3.a), la preceptividad de la solicitud de Dictamen depende de que, en caso de nulidad, se formule oposición por parte del contratista. Y, en este supuesto, sucede que los representantes de la empresa reiteradamente manifiestan su conformidad a la declaración de nulidad propuesta, quejándose incluso, acertadamente y con los

efectos económicos que indican, de que no se resuelva la revisión tras varios meses de haberse iniciado, siendo pues patente que no se formula por este concepto oposición alguna.

Sin embargo, desde luego no están conformes con los efectos de la actuación anulada, que habrían de deducirse, en todo caso, en la liquidación del contrato, incluyendo el abono al contratista por las actuaciones que, en el ámbito de la actividad contratada, realizara aquél, aunque fuese irregularmente por culpa y con aceptación de la Administración.

2. En todo caso, sin existir mayor novedad en la práctica, incluso procedimentalmente, en la regulación al efecto contenida en la LCSP (arts. 31 y siguientes), resultan aplicables en la materia las normas recogidas en el Título III, Capítulo IV, del TRLCAP, incluyendo los arts. 61 al 66. Además, en particular, sería aplicable, en este concreto supuesto, la regulación del apartado 2 del art. 65, en su caso, pero no la del apartado 1 del mismo, por la razón antes expresada.

Así, son causas de nulidad en la contratación las de carácter administrativo (art. 62), incluyendo las contempladas en el art. 62.1 de la LRJAP-PAC y, entre ellas, la prevista en su letra e), mencionada en la Resolución de inicio de la revisión.

Igualmente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 64 LRJAP-PAC, la declaración de nulidad por las causas expresadas en el citado art. 62 se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia de los interesados, de conformidad con los requisitos y plazos establecidos en el art. 102 LRJAP-PAC (art. 34 LCSP).

Justamente, según dispone el apartado 5 del antedicho precepto, cuando el procedimiento revisor se hubiere iniciado de oficio, como aquí ocurre, el transcurso del plazo de tres meses sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo.

## IV

1. En el presente caso, sin perjuicio de lo que luego se advertirá sobre la adecuación formal de la Propuesta de Resolución analizada, en relación con lo expuesto sobre la normativa aplicable, es claro que, habiéndose iniciado de oficio el procedimiento revisor en febrero de 2010, por exclusiva culpa de la Administración, cuya demora al respecto no es justificable y no se explica, vistas las actuaciones, incluso con pertinente queja de la empresa interesada, ha transcurrido sobradamente el plazo de caducidad procedimental previsto legalmente,

pretendiéndose resolver ahora la revisión transcurrido más de año y medio después del referido inicio.

Por consiguiente, habiendo caducado hace tiempo el procedimiento revisor tramitado, no cabe decidir sobre el fondo del asunto y, en consecuencia, resolver la declaración de nulidad pretendida, sino dictar Resolución declarando la caducidad producida, con indicación de los hechos producidos y la normativa aplicable (art. 42.1 LRJAP-PAC), sin perjuicio de que pueda iniciarse otro procedimiento revisor.

2. Al respecto procede advertir que, de acuerdo con reiterada y constante doctrina de este Organismo, plasmada en diversos Dictámenes en la materia, siendo particularmente relevantes al respecto los números 217/2009, 236/2009, 307/2009, 224/2010, 254/2010 y 229/2011, no puede evitarse el efecto *ope legis* del transcurso del plazo de referencia legalmente previsto mediante acuerdo de suspensión o ampliación del mismo; o bien, acordándose la suspensión o ampliación del plazo de resolución y notificación, el cual no es coincidente con el anterior en su cómputo pese a tener ambos la misma, y congruente, duración.

Así, el precepto del art. 102.5 LRJAP-PAC no prevé que se pueda ampliar el plazo de caducidad allí establecido, ni su tenor permite, como excepción, la eventualidad de que pueda hacerse por la vía de la suspensión o de la ampliación del plazo para resolver y notificar, alterándose la aplicación del precepto. En consecuencia, es determinante para la caducidad del procedimiento que haya transcurrido tres meses desde su inicio, sin posible interrupción.

Por lo demás, el art. 102.5 LRJAP-PAC es la norma especial a aplicar al ejercicio de la facultad de revisión, especificando sus características, incluidas las procedimentales, así como, necesariamente, la previsión de caducidad del procedimiento revisor. En este sentido, es esencial entender el carácter excepcional de tal facultad, de modo que su ejercicio ha de cumplir singulares condiciones y respetar estrictos límites. También, por cierto, en relación con el control superior y definitivo de los órganos judiciales sobre dicho ejercicio, tanto en sí mismo considerado, como respecto a la actuación sometida a revisión.

Y es que dicho ejercicio sólo cabe en casos tasados que, además, han de interpretarse restrictivamente en su utilización, sin poder interferir u obviar el control jurisdiccional. Esto es, ha de actuarse diligentemente para la restauración de la legalidad eventualmente vulnerada, que es la justificación de su previsión legal, pero, asimismo, con exquisito respeto de la seguridad jurídica y de la garantía de los interesados. Esto es así, porque la revisión supone proceder contra los propios actos,

normativos o no, y tiene efectos tanto sobre derechos de los particulares concedidos o declarados por la propia Administración y patrimonializados por éstos, de acuerdo con la normativa aplicable, como sobre la actuación de ésta en procura del interés general, estableciendo y ejecutando normas para éllo.

A mayor abundamiento, no puede olvidarse que se ejerce la facultad revisora a causa de una actuación que la propia Administración sostiene que se ha realizado por ella con vulneración, por acción u omisión, de la regulación aplicable. Además, esta ordenación es plenamente congruente con la antedicha finalidad de preservar el principio de legalidad (art. 9.3 CE), pues, caducado el procedimiento revisor, cabe iniciar de nuevo la revisión con idéntico fin y con la misma o aun diferente causa; sin perjuicio de la eventual aplicabilidad, al respecto, de lo previsto en el art. 106 LRJAP-PAC.

En fin, la previsión comentada es razonable no sólo por las razones finalistas y garantistas expresadas, sino porque, conviniendo precisamente a la legalidad y la seguridad jurídica una actuación rápida, la sumariedad del procedimiento revisor en sus trámites comporta que un plazo de tres meses sea más que suficiente para resolverlo sin problema.

En este orden de cosas, procede recordar la no aplicabilidad al caso del art. 42.5,c) LRJAP-PAC no solo por lo antes expuesto, sino por su conexión, vista la redacción y finalidad de este precepto, incluso terminológicamente como se comprueba con su mera lectura, con los arts. 82 y 83 de la propia Ley.

Así, ante todo es patente que el Organismo consultivo, dotado de autonomía orgánica y funcional y, en consecuencia, externo a la organización administrativa, no es un órgano de la misma Administración actuante o de otra distinta; su estatuto institucional es congruente con el hecho de que su función no es propiamente asesora, sino de control previo de juridicidad, en interés tanto de tal Administración actuante, como de los interesados.

Por eso, el Dictamen del Organismo consultivo no es equivalente al Informe administrativo, indicado en el precepto citado, tratándose dicho Informe, por lo demás, de información a realizar en la fase instructora, vista la ubicación sistemática del precepto, incluido entre las previsiones legales relativas a las actuaciones administrativas a llevar a cabo en dicha fase o previamente a la formulación de la Propuesta de Resolución o del Acuerdo resolutorio.

En definitiva, Dictamen e Informe administrativo difieren tanto en objeto, como en finalidad, momento procedimental y órgano solicitante y receptor de uno y de otro. Así, mientras el Informe, cualquiera que sea, lo pide y recibe el instructor del procedimiento en orden a formular su Propuesta definitiva, sirviendo lógicamente para determinar su contenido a este nivel y en ese momento, el Dictamen lo debe instar el órgano decisorio, coincida o no con el legitimado para recabarlo, justo antes de decidir sobre tal Propuesta definitivamente formulada, con el exclusivo fin de señalar su adecuación jurídica, formal y materialmente.

Finalmente, se observa que tampoco son aplicables, con similar finalidad de evitar o eludir la caducidad procedimental, los arts. 42.6 o 49.1 LRJAP-PAC por la causa razonadamente expuesta en el apartado precedente. Además, habría que aplicarlos, exactamente, de acuerdo con sus previsiones.

Esto es, respecto al primero de estos preceptos y asumiendo que el plazo, para resolver y también notificar, es de tres meses desde que se dictó el Acuerdo de inicio del procedimiento (art. 42.3 LRAJP-PAC), ha de constar tanto que se dan las circunstancias previstas en su comienzo, como que, producidas las mismas, se ha procedido como se dice a continuación, debiéndose acordar, igualmente, la ampliación del plazo resolutorio antes de vencerse el mismo.

En cuanto al segundo, es obvio que no se refiere al antedicho plazo, que tiene su propia ordenación, refiriéndose a los plazos de diversos trámites procedimentales y debiéndose, en todo caso, acreditar las circunstancias del supuesto, en interés público desde luego, pero también al no poderse perjudicar derechos de tercero.

## V

No obstante y pese a no efectuarse pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, tanto sobre la procedencia de la declaración de nulidad propuesta por la causa aducida al efecto, como consecuentemente en relación con los efectos económicos de tal nulidad, en razón de lo expuesto en el Fundamento anterior, procede realizar varias observaciones de carácter formal en cuanto al procedimiento tramitado y, en particular, respecto a la Propuesta resolutoria formulada.

1. Así, en primer lugar, y según ya se indicó, no es procedente, y en su caso resulta impertinente, que se emitan los informes técnicos en el asunto con posterioridad a que el órgano competente para iniciar la revisión acuerde tal inicio; además, esta actuación comporta una injustificada demora en la tramitación del procedimiento.

2. Por otra parte, siendo cierto que la Resolución de inicio se produce aquí por el órgano competente al efecto, que también lo es para resolver, en cuanto órgano de contratación en este supuesto, no puede olvidarse que, en todo caso, la Propuesta de Resolución, como proyecto de ésta, ha de tener el contenido legalmente fijado para la misma (art. 89 LRJAP-PAC).

Así, ha de decidir sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas derivadas de la revisión. Por tanto, no solo debe contener respuesta a las quejas de la interesada sobre la importante demora en resolver, justificadas a la luz de lo actuado, pese a iniciarse el procedimiento de oficio, sino sobre sus alegaciones relativas a los efectos económicos de la nulidad, plasmadas en su reivindicación de intereses por impago de las facturas que pretende abonar la Administración; cuestión que es relevante tanto por sus consecuencias económicas, como por ser el motivo de discrepancia de la contrata sobre la nulidad pretendida.

3. Justamente, es cuestionable la aplicación al caso, sin más, del art. 99.4 TRLCAP, alegada por la contrata, en cuanto que, precisamente, se anula la actuación cuyo coste habría que pagar, no procediendo abonar el precio de un contrato nulo o de las actuaciones realizadas en su ejecución que lo fueren. Y, como se señaló, tampoco puede serlo en puridad la previsión del art. 65.1 TRLCAP, in fine, al no tratarse de la nulidad del contrato mismo, por serlo sus actos preparatorios o de su adjudicación.

Sin embargo, los efectos económicos de la nulidad a declarar aquí no deben ser diferentes en una correcta aplicación del apartado 2 del citado precepto, por demás congruente con la tesis seguida por la Administración, y admitida jurisprudencialmente sin duda, para abonar tales actuaciones, hechas por la empresa por causas imputables a la Administración y asumidas por ésta al servir a los fines de la contratación, de acuerdo con lo pactado, aun siendo efectuadas en prórroga contractual no acordada precedentemente.

Por eso, procedería que se abonasen tanto las facturas correspondientes a cada una de esas actuaciones, como, habiéndose demorado su pago por culpa de la Administración, con obvio perjuicio para la interesada por el injustificado retraso de la revisión, también los intereses por impago y la indemnización que proceda por costes de cobro, aunque deban ascender a la cuantía que fuese procedente y no necesariamente a la solicitada por la contrata.

4. Por último, siendo esta circunstancia, sin duda, de suma relevancia, se insiste en que, por las razones reseñadas al comienzo del Dictamen, máxime afectándose concretamente al régimen de prórrogas de los contratos y siendo el afectado susceptible de ellas por su carácter y según su ordenación, es aplicable al caso el TRLCAP, como se aduce en la solicitud del Dictamen por la propia Administración.

Por tanto, no es procedente que se citen como aplicables en este supuesto preceptos de la LCSP, como se indicó que hacen tanto la Resolución de inicio de la revisión, como la Propuesta de Resolución, debiéndose, por el contrario, fundar la procedencia de su argumentación en los preceptos que correspondan del Texto Refundido, en este Dictamen mencionados.

Consecuentemente, la Propuesta resolutoria no es jurídicamente adecuada desde esta perspectiva formal, no siendo conforme a Derecho en cuanto se fundamenta, especialmente en relación con la declaración de nulidad de su resuelto, en preceptos de la legislación contractual que no son aplicables al caso. No siéndolo tampoco, por cierto, en este ámbito y asunto el art. 49.3 LRJAP-PAC, como resulta evidente de su lectura.

Finalmente, no puede aducirse, con el fin pretendido, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 12 de mayo de 2004 o la Circular 6/2004 de la Intervención General, relativos a omisiones de fiscalización producidas en expedientes administrativos sometidos a la consideración del Gobierno, sin perjuicio de que, en su caso, sirvan para justificar la incoación por el órgano competente del correspondiente procedimiento revisor.

## CONCLUSIONES

1. El procedimiento revisor para declarar nula la actuación contractual de referencia ha caducado hace meses. Por ello, no procede efectuar la declaración pretendida, sino resolver dicho procedimiento señalando tal caducidad, sin perjuicio de que quepa el inicio de una nueva revisión por la misma o diferente causa, según se expone en los Fundamentos III y IV.

2. La Propuesta de Resolución presenta las deficiencias formales expresadas en el Fundamento V, no estando formulada la misma, consecuentemente, conforme a Derecho.