



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 3 3 / 2 0 1 2

(Sección 2ª)

La Laguna, a 15 de mayo de 2012.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Gáldar en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio del Acuerdo, de 14 de julio de 2009, de la Junta de Gobierno Local, de reconocimiento de deuda por traslado de recogida de residuos sólidos a la empresa H.S.C., S.L. (EXP. 171/2012 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Gáldar, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo, de 14 de julio de 2009, de la Junta de Gobierno Local, de reconocimiento de deuda a la contratista H.S.C., S.L. por el traslado de la recogida de residuos sólidos a vertedero diferente al convenido en el contrato.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Alcalde para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con los arts. 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, y 4.1.g) y 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, LRBRL, ambos preceptos de carácter básico, ya que un acto administrativo de reconocimiento de deuda a un particular tiene la naturaleza de declarativo de un derecho, y el mencionado Acuerdo es un acto firme y la Administración revisora considera que está incurso en causas de nulidad.

* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

3. El procedimiento de revisión de oficio ha sido tramitado correctamente porque se ha incoado por Acuerdo, de 22 de febrero del 2012, del Pleno del Ayuntamiento, se ha dado audiencia a los interesados y se ha emitido informe por la Secretaría del Ayuntamiento; no concurren, pues, irregularidades procedimentales que obstan a un Dictamen de fondo.

4. Los arts. 103.5 LRJAP-PAC, cuyo precedente es el art. 110.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, y el art. 22. 2.k) LRBRL atribuyen al Pleno en relación con los actos incurridos en vicio de anulabilidad, que es de menor trascendencia que el de nulidad, la competencia para declarar su lesividad. Esta atribución, se realiza con abstracción de cuál haya sido el órgano que dictó el acto anulable. En la misma línea, el art. 110.1 LRBRL atribuye al Pleno la declaración de nulidad de los actos de gestión tributaria independientemente de cuál haya sido el órgano que los haya dictado.

Con apoyo en esa regulación legal la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ante la ausencia en la LRBRL de una atribución expresa de las competencias para declarar la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos que no sean de gestión tributaria, ha interpretado que la declaración de nulidad de los demás actos administrativos le corresponde realizarla también al Pleno de la Corporación (SSTS de 3 de junio de 1985, RJ 1985/3203; y de 2 de febrero de 1987, RJ 1987/2903).

En definitiva, la declaración de nulidad del Acuerdo a revisar corresponde, como se expresa en la propuesta de resolución que se dictamina, al Pleno del Ayuntamiento; por lo que, en virtud del art. 69 LRJAP-PAC, a este órgano le corresponde la incoación del procedimiento de revisión de oficio.

II

1. El Pleno del Ayuntamiento, el 28 de febrero de 2008, adjudicó el contrato de gestión del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos a la empresa H.S.C., S.L. Por consiguiente, conforme a la Disposición Final XII y a la Disposición Transitoria I de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, publicada en el BOE nº 261, de 31 de octubre, se regía por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas TRLCAP (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio).

2. El contrato se formalizó el 17 de marzo de 2008. Su Cláusula Primera establece que el contrato es para la gestión del servicio público de recogida de

residuos sólidos urbanos. La Cláusula Tercera del contrato, en coherencia con el art. 49.5 TRLCAP, establece que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y Técnicas (PCT) forman parte integrante del contrato y por consiguiente definen sus obligaciones.

3. El art. 1 del PCAP define el objeto del contrato como la prestación del servicio de recogida domiciliaria de basura y su posterior traslado a la Planta de Transferencia de Santa María de Guía o al Complejo Medioambiental de El Salto del Negro y entre otras prestaciones establece que ese servicio consistirá en el *“transporte de la basura recogida hasta el vertedero destinado por el Ayuntamiento al efecto, es decir a la Planta de Transferencia de Santa María de Guía o al Complejo Medioambiental del (sic) Salto del Negro”*.

4. De la Cláusula II del contrato en relación con los arts. 7 y 8 PCAP resulta que la retribución anual del contratista asciende a 366.468,67 euros, y que este precio incluye todos los gastos que el contratista desembolse para cumplir las prestaciones contratadas, la recogida domiciliaria de basura y su tratamiento residual, estando incluidos expresamente entre estos gastos los de transporte, desplazamientos y salarios del personal.

5. El contrato se convino a riesgo y ventura del contratista [art. 23.d) PCAP en relación con los arts. 98 y 156.a) TRLCAP].

El art. 10 PCAP en relación, con el art. 23 bis. 2 del mismo prevé la revisión del precio del contrato conforme al índice de precios al consumo (IPC) provincial interanual correspondiente a los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de revisión.

Esta revisión, en su caso, sólo puede producirse cuando haya transcurrido un año desde la adjudicación del contrato y mediante la modificación de la Ordenanza Fiscal del servicio de recogida de basura.

6. El plazo del contrato es de quince años y se contempla su prórroga expresa por períodos no superiores a cinco años cada uno sin que en ningún caso la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, pueda superar los veinticinco años.

7. En definitiva, del contrato y del PCAP resulta meridianamente claro que el objeto del contrato es la gestión del servicio público de recogida domiciliaria de basuras, que comprende, entre otras prestaciones de la contratista, la recogida de los residuos y su traslado bien a la Planta de Transferencia, bien al Complejo

Medioambiental, y que la retribución de la contratista se fija por la realización de estas dos prestaciones y las demás contempladas en el contrato.

8. Sin embargo, la Junta de Gobierno Local el 14 de julio de 2009 adoptó el acuerdo cuyo tenor es el siguiente:

“RECONOCIMIENTO DE DEUDA POR TRASLADO DE RECOGIDA DE RESIDUOS SÓLIDOS. ACUERDO PROCEDENTE.

Por el Señor Alcalde Presidente, (...), se da cuenta que, en el mes de Octubre del año 2008, el punto limpio de Santa María de Guía se cerró, ya que debían realizarse obras de acondicionamiento en el mismo, originando que el depósito de los residuos sólidos del Municipio de Gáldar fueran trasladados y depositados (sic) en otro Vertedero. Esta situación ha ocasionado el encarecimiento del servicio, cuya cantidad nos está reclamando la empresa H.S.C., S.A., concesionaria del servicio.

Expuesto lo anterior, se propone a la Junta de Gobierno Local la adopción de los siguientes acuerdos:

Primero.- Reconocer la deuda originada por el traslado de la recogida de residuos sólidos a vertedero diferente al convenido en el contrato suscrito con la empresa H.S.C., S.L., con fecha 17 de marzo de 2008.

Segundo.- Instar a la Mancomunidad del Norte de Gran Canaria para que adopte acuerdo en el órgano correspondiente referente a solicitar del Cabildo de Gran Canaria, que asuma a través de una partida económica los perjuicios que se ha ocasionado a nuestro Ayuntamiento y al resto afectados, ya que durante los meses que el punto limpio de Santa María de Guía estuvo cerrado por obras, desde Octubre y adjudicaron la obra en mayo, nos hemos visto obligados a verter en otro lugar con el consiguiente coste económico que eso ha supuesto para las precarias economías municipales agravadas por la situación de crisis actual.

Vista la propuesta de acuerdo, la Junta de Gobierno Local por unanimidad acordó la adopción de los siguientes acuerdos:

Primero.- Reconocer la deuda originada por el traslado de la recogida de residuos sólidos a vertedero diferente al convenido en el contrato suscrito con la empresa H.S.C., S.L., con fecha 17 de marzo de 2008.

Segundo.- Instar a la Mancomunidad del Norte de Gran Canaria para que adopte acuerdo en el órgano correspondiente referente a solicitar del Cabildo de Gran Canaria que asuma a través de una partida económica los perjuicios que se ha

ocasionado a nuestro Ayuntamiento y al resto afectados ya que durante los meses que el punto limpio de Santa María de Guía estuvo cerrado por obras, desde Octubre y adjudicaron la obra en mayo, nos hemos visto obligados a verter en otro lugar con el consiguiente coste económico que eso ha supuesto para la precarias economías municipales, agravadas por la situación de crisis actual”.

9. Sobre las facturas que, por importe de 545.347,76 euros, la contratista había remitido al Ayuntamiento en concepto de sobrecoste por el traslado de los residuos hasta el vertedero de El Salto del Negro, el Interventor Municipal emitió informe de fiscalización por el que suspendió la tramitación de esas facturas y las devolvió con base en que, según el contrato y el PCAP, el coste de ese traslado ya estaba incluido en la facturación mensual que se le abonaba por lo que no procedía abonar ningún sobrecoste.

10. De este informe se le dio traslado a la contratista que, alegando el carácter de acto firme del Acuerdo de reconocimiento de deuda, solicitó que se anulara la notificación de dicho informe y que se tramitara el pago de las facturas devueltas.

11. El 22 de febrero de 2012 el Pleno del Ayuntamiento, a la vista del informe del Secretario de la Corporación donde se exponían detalladamente las razones por las que el Acuerdo de reconocimiento de deuda estaba incurso en las causas de nulidad del art. 62.1.B) y e) LRJAP-PAC, decidió iniciar el procedimiento de revisión de oficio del citado Acuerdo por considerarlo incurso en dichos vicios.

12. El Acuerdo de incoación del procedimiento de revisión de oficio y el mencionado informe del Secretario se notificaron a la interesada en trámite de audiencia para que realizara alegaciones.

13. En sus alegaciones la contratista se opone a la declaración de nulidad por las siguientes razones:

a) El Acuerdo, de 14 de julio de 2009, es un acto firme que ha desplegado sus efectos que se concretan en el certificado de 8 de marzo de 2011, expedido por el Tesorero del Ayuntamiento en ejecución de tal acuerdo, por el que se reconoce a la contratista una serie de facturas por importe de 672.135,43 euros, por cuya razón no puede ser objeto de revisión de oficio.

b) Inadecuación del procedimiento seguido porque *“para que un acto administrativo sea nulo de pleno Derecho, no basta con invocar, sino que además y*

sobre todo han de ser motivados y probados en la demanda y ratificados por el Juzgado los motivos”.

c) El Acuerdo de 22 de febrero de 2012, de incoación del procedimiento de revisión de oficio se dictó prescindiendo total y absolutamente del procedimiento debido porque carece de motivación.

14. Las alegaciones del contratista no se pueden estimar por las siguientes razones:

a) Los arts. 102.1 LRJAP-PAC, y 4.1.g) y 53 LRBRL confieren a la Administración local la potestad de declarar por sí misma, sin necesidad de acudir a la vía judicial, la nulidad de sus propios actos declarativos de derechos y firmes en vía administrativa.

b) El certificado del Tesorero municipal comprende meramente una relación de facturas presentadas por la contratista con expresión de su fecha e importe, pero sin expresar su concepto, por lo que no es posible discernir de su tenor cuáles corresponden a la retribución ordinaria de la contratista y cuáles al sobrecoste reconocido. Este certificado del tesorero no se libra en ejecución de ningún Acuerdo municipal como resulta de su tenor, sino que es un documento administrativo que se limita a constatar un hecho, que en la Tesorería se encontraban pendiente de cobro una serie de facturas presentadas por la contratista, pero no expresa ni el concepto al que corresponden ni si han sido aprobadas por un órgano de gobierno. El certificado no contiene ninguna declaración de voluntad administrativa y por consiguiente no es un acto administrativo. Tampoco reúne los requisitos que exigen los arts. 144.1 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias, LRJAPCan, y 204 y 205 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales ROF (aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 26 de de noviembre), para la validez de las certificaciones de los actos municipales.

c) El Acuerdo de incoación del procedimiento de revisión de oficio es un acto de trámite que no suspende la eficacia de ningún acto, ni adopta medidas provisionales, ni acuerda una tramitación de urgencia ni amplía plazos, por lo que conforme al art. 54.1.d) y e) LRJAP-PAC no necesita estar motivado. El art. 69.1 LRJAP-PAC respecto a los actos de iniciación de oficio de un procedimiento únicamente exige que se adopten por el órgano competente. El art. 54.1.a) LRJAP-PAC, sólo respecto al acto final que resuelve un procedimiento de revisión de oficio exige que esté motivado. Este Acuerdo de incoación expresa las concretas causas de nulidad, incompetencia

del órgano que lo adoptó y omisión del procedimiento debido, en que considera incurso el Acuerdo a revisar, lo cual es una motivación suficiente para dicho acto de trámite.

Por otro lado, a la contratista se le notificó, junto con el Acuerdo de 22 de febrero de 2012, el informe del Secretario de la Corporación el cual, como se dijo, explica detalladamente las razones por las cuales el Acuerdo de 14 de julio de 2009 adolecía de las causas de nulidad tipificadas en el art. 62.1.b) y e) LRJAP-PAC, y a la vista del cual, se adoptó el Acuerdo de 22 de febrero de 2012.

III

1. El Acuerdo de 14 de julio de 2009 reconoció un derecho de crédito a la contratista. Requisito esencial de éste es su causa, la contraprestación de la otra parte, porque sin ella se estaría ante un enriquecimiento injusto o sin causa.

Un acto administrativo de reconocimiento de deuda tiene como fin retribuir una prestación que se ha realizado sin estar obligado a ella y que carece de compensación. Si la prestación era debida y para ella ya existía contraprestación, el acto administrativo de reconocimiento de deuda comporta retribuir un derecho de crédito sin causa, es decir, sin un requisito esencial para su adquisición por lo que estaría incurso en la causa de nulidad del art. 62.1.f) LRJAP-PAC.

Pero una declaración de nulidad fundada sobre una causa respecto a la cual el interesado no ha podido realizar alegaciones en el procedimiento de revisión de oficio le generaría indefensión, la cual viciaría por ende el acuerdo de revisión. Éste sólo puede fundarse en las causas invocadas en el acto de incoación del procedimiento de revisión de oficio y sobre cuya concurrencia el interesado ha podido realizar alegaciones y proponer pruebas.

2. La Propuesta de Resolución como primer motivo invoca el vicio de incompetencia manifiesta contemplado en el art. 62.1.b) LRJAP-PAC. Según este precepto que está en relación con el art. 67.3 LRJAP-PAC, la incompetencia que determina la nulidad es la material y la territorial. La meramente jerárquica no constituye un vicio de nulidad.

La Propuesta de Resolución considera que el Acuerdo a revisar incurre en el vicio de incompetencia porque dicho Acuerdo debió ser adoptado por el Pleno, que era el órgano de contratación y no por la Junta de Gobierno Local. La relación entre estos

dos órganos municipales no es de jerarquía y su competencia territorial es la misma, por lo que se estaría ante un vicio de incompetencia material.

El contrato se adjudicó bajo la vigencia del TRLCAP por lo que, en virtud de la Disposición Transitoria I.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, TRLCSP, sus efectos incumplimiento y extinción se rigen por el TRLCAP.

El Acuerdo de reconocimiento de deuda modificó el objeto del contrato porque excluyó de él una prestación incluida en él, el transporte de los residuos a El Salto del Negro, cuya contraprestación estaba incluida en el precio, para retribuirla independientemente como sobrecoste con lo que modificó también el precio del contrato.

La competencia para modificar el contrato le corresponde al órgano de contratación, según los arts. 59.1 y 101.1 TRLCAP, y como reiteran los arts. 194 y 202 LCSP (actualmente arts. 210 y 219 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, TRLCSP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre). La Junta de Gobierno Local, según el art. 23.2 LRBRL, no tiene competencias en materia de contratación. Del expediente no resulta que el Pleno haya delegado en general sus competencias en materia de contratación o específicamente su potestad de modificación del contrato de gestión del servicio de recogida de basuras en ese o en otros órganos municipales. La incompetencia de la Junta de Gobierno Local para modificar el contrato es pues evidente, clara, incontrovertible y patente sin precisar de interpretación de normas que es lo que significa la expresión legal “manifiestamente incompetente” del art. 62.1.b) LRJAP-PAC según reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (por todas, véase la STS de 15 de abril de 2008, RJ 2008/2726). Por consiguiente, es obligado coincidir con la propuesta de resolución en que el Acuerdo, de 14 de julio de 2009, está incurso en la causa de nulidad tipificada en el art. 62.1.b) LRJAP-PAC porque ha sido adoptado por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia.

3. Cuando se adoptó el Acuerdo a revisar estaba vigente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, LCSP, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RCAP (aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).

Por consiguiente, a la redacción que tenían el 14 de julio de 2009 los preceptos de una y otro que regulan el procedimiento de modificación contractual es a la que hay que atenerse para determinar si el Acuerdo, de 14 de julio de 2009, adolece del

vicio de nulidad contemplado en el primer inciso del art. 62.1.e) LRJAP-PAC, porque la ultractividad de las normas anteriores de contratación administrativa que disponía la DT 1 y 2 LCSP era únicamente a las normas sustantivas, no a la procedimentales.

Como se señaló anteriormente, el contrato y el PCSP obligan a la contratista a recoger y trasladar los residuos bien a la Planta de Transferencia, bien al Complejo Medioambiental y que la retribución del contratista comprendía el transporte a una u otra de las dos instalaciones; y que por tanto el Acuerdo de 14 de julio de 2009 modificó el contrato porque comportó excluir de las prestaciones debidas por la contratista el transporte de los residuos al Complejo Medioambiental de El Salto del Negro y, por ende, modificó también el precio del contrato porque decidió retribuir esa prestación de modo independiente de la retribución originaria con lo que la incrementó. Es incontestable, pues, que ese Acuerdo modificó el contrato en dos aspectos esenciales, las prestaciones de la contratista y su retribución.

Según los arts. 194, 195 y 202 LCSP y 97 y 101 RCAP para modificar un contrato se ha de instruir un procedimiento por decisión del órgano de contratación, donde se justifiquen documentalmente las razones de interés público y las causas imprevistas que fundamentan el ejercicio del *ius variandi*, se formule una propuesta de modificación que la describa y valore, se emita informe por el servicio competente, se dé audiencia al contratista, se emitan informes por la Asesoría Jurídica y por la Intervención, se emita resolución motivada por el órgano de contratación adoptando la modificación, se notifique ésta al contratista y se formalice en un documento administrativo, requisito sin el cual carece de eficacia.

El art. 257.2 LCSP precisa además que en el contrato de gestión de servicios públicos las contraprestaciones económicas pactadas deben ser revisadas en la forma establecida en el contrato. Como ya se indicó, el art. 10 PCAP en relación con el art. 23 bis. 2 del mismo establece que la revisión del precio conforme al IPC provincial interanual correspondiente a los doce meses inmediatamente anteriores a la revisión exige la previa modificación de la Ordenanza Fiscal del servicio de recogida de basuras.

El Acuerdo de 14 de julio de 2009 se adoptó tan sólo ante la presentación de facturas de la contratista en concepto de sobrecoste por el traslado de los residuos al Complejo Medioambiental de El Salto del Negro, omitiéndose todos los trámites que se acaban de reseñar; conque es patente que en su adopción se omitió total y

absolutamente del procedimiento legalmente establecido y, por consiguiente, adolece del vicio de nulidad tipificado en el primer inciso del art. 62.1.e) LRJAP-PAC.

4. La Propuesta de Resolución se extiende en sus fundamentos legales en argumentar las razones por las que se desestiman las alegaciones de la contratista y al hilo de esa argumentación expone las razones por las que el Acuerdo de 14 de julio de 2009 incurre en las causas de nulidad del art. 62.1.b) y e) LRJAP-PAC. Una más clara fundamentación de la resolución exige en que ella se expongan, por un lado las razones por las que se desestiman las alegaciones de la contratista y por otro los motivos por los que se declara la nulidad del mencionado Acuerdo.

C O N C L U S I Ó N

Procede la declaración de nulidad del Acuerdo de 14 de julio de 2009, por estar incurso en las causas de nulidad tipificadas en el art. 62.1.b) y e), primer inciso, LRJAP-PAC.