



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 6 6 / 2 0 1 3

(Sección 2ª)

La Laguna, a 29 de octubre de 2013.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la ***Propuesta de Resolución de la revisión de oficio del Acuerdo del citado Ayuntamiento, de 31 de enero de 1992, relativo a la contratación directa y urgente con F.L.M.M. de los servicios de un recaudador, con carácter provisional, para la gestión y cobro en período voluntario (EXP. 374/2013 RO)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 5 de julio de 2012, el Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife solicita Dictamen preceptivo por el procedimiento ordinario, al amparo de los arts. 11.1.D.b), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, en relación con la Propuesta de Resolución por la que se pretende la nulidad del “Acuerdo de Pleno de 31 de enero de 1992, relativo a la contratación directa y urgente de F.L.M.M., como recaudador, con carácter provisional para la gestión y cobro en periodo voluntario, así como de los párrafos 7º, 8º y 9º de la base 52ª de ejecución del Presupuesto 2013”.

Se significa que es la tercera ocasión en la que este Consejo interviene en el asunto de referencia.

En la primera –procedimiento revisor incoado el 22 de octubre de 2004- el Consejo inadmitió la solicitud de Dictamen por haberse incumplido el preceptivo trámite de audiencia (acuerdo de 14 de febrero de 2005) previsto en el art. 84.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), previa puesta de

* PONENTE: Sr. Bosch Benítez.

“manifiesto” del expediente al interesado, a los efectos de que pueda alegar y presentar la documentación y justificaciones pertinentes (art. 84.2 LRJAP-PAC); en todo caso, “inmediatamente antes de redactar la Propuesta de Resolución”.

Posteriormente, el Pleno del Ayuntamiento adoptó, el 22 de abril de 2005, el Acuerdo de revisar de oficio el Acuerdo del Pleno de 31 de enero de 1992 por cuanto tenía “contenido imposible” -art. 47.1.b) de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), de 17 de julio de 1958-, pues de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Contratos del Estado entonces aplicable -Texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, con las modificaciones introducidas por el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo- el contratista no poseía “capacidad para contratar”. Imposibilidad e incapacidad que son, por demás, causas autónomas de nulidad de pleno derecho de los actos preparatorios o de adjudicación de los contratos, en la legislación contractual [art. 41.b) y c) del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre].

Sin embargo, el Dictamen emitido por este Consejo (DCC 204/2005, de 14 de julio) consideró no procedente la revisión instada toda vez que:

“A. En el Acuerdo de inicio del procedimiento revisor debe constar la causa de la revisión.

B. La respuesta a las alegaciones del interesado a la ausencia de causa revisora no puede hacerse en la Propuesta de Resolución.

C. Dicho lo anterior, el contrato en cuestión era temporal y estaba sometido a condición (duración de procesos). Por otra parte, hay Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en relación al mismo puesto, del año anterior, y no consta(n) en el expediente”.

Además, el Consejo consideró que en el procedimiento tramitado se cometieron numerosas irregularidades de orden formal (en el Acuerdo de inicio del nuevo procedimiento no constaba la causa de la revisión; se dice que el procedimiento fue puesto en conocimiento del interesado, pero no consta la diligencia de puesta de manifiesto del expediente; las alegaciones de la parte respecto del inicio del procedimiento revisor se hacen constar en el Acuerdo por el que se aprueba la Propuesta de Acuerdo; esta Propuesta fue notificada en persona distinta del interesado, no constando su identidad; se pretende cumplimentar el trámite de audiencia con la notificación de la Propuesta cuando -se recuerda- debe realizarse antes de la formulación de la Propuesta y no con la Propuesta de Acuerdo).

Asimismo, desde el punto de vista material, se adjudicó el contrato de recaudador para la gestión y cobro en periodo voluntario “con carácter provisional”, es decir, con vocación de duración temporal, pues el contrato finalizaría “en todo caso en el momento en que por la Sala de lo Contencioso Administrativo se resuelva el recurso número 765/1990 y los demás que pudieran interponerse contra el concurso para la contratación [como] Recaudador a F.L.M.M.”, sin que la Propuesta nada dijera de ese recurso, ni de otros posibles recursos interpuestos ya en esa fecha se habían dictado cuatro sentencias, de los Tribunales Superior de Justicia de Canarias y Supremo), con el alcance que luego se dirá.

2. Previo informe-propuesta del Tesorero, de 16 de julio de 2013, se incoó nuevo procedimiento revisor mediante Acuerdo plenario de 26 de julio de 2013, notificado al interesado el 31 de julio, previa declaración de caducidad del anteriormente incoado.

Se significa que la solicitud ha tenido entrada en este Consejo el día 25 de septiembre de 2013, por lo que es posible interrumpir el plazo de emisión al amparo de la Disposición adicional primera del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo. En efecto, señalamos a este respecto en el reciente Dictamen 309/2013, de 20 de septiembre, lo siguiente:

“No obstante, no desconoce este Consejo que la posibilidad de suspensión del plazo para resolver en los procedimientos de revisión de oficio ha venido siendo admitida por el Consejo de Estado. Por ello, teniendo en cuenta además la fecha de entrada de la solicitud de dictamen, unido a la circunstancia de que la Disposición Adicional Primera, apartado 1, del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio, prevé que durante el mes de agosto de cada año se suspendan sus actividades, salvo para los supuestos expresamente señalados en dicho precepto, cabe considerar no computable a estos efectos el mes de agosto, por no poderse disponer del dictamen preceptivo a causa de esa suspensión de la acción consultiva durante dicho período de tiempo”.

El procedimiento revisor incoado se ha instruido por entenderse que concurren diversas causas de revisión, previstas en distintas leyes procedimentales de aplicación en razón al tiempo en que los actos se produjeron (Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y Ley 30/1992, de 26 de noviembre), con el alcance que luego se dirá.

Por lo que atañe a los requisitos de procedimiento, consta la firmeza del acto a revisar (art. 102.1 LRJAP-PAC), habiéndose dado trámite de audiencia al interesado, que compareció al mismo (art. 84 LRJAP-PAC) y formuló alegaciones –rebatidas en la Propuesta de Resolución-, habiéndose asimismo emitido el preceptivo informe de la Asesoría Jurídica, de 23 de septiembre de 2013.

Además, en el expediente remitido constan los informes y actuaciones:

El 11 de junio de 2010, se emite informe jurídico del letrado consistorial sobre el contrato suscrito entre la Corporación y el interesado.

Informe de 20 de julio de 2012, del Tesorero, sobre la viabilidad de la asunción de la recaudación voluntaria, la adscripción del servicio de gestión tributaria y el modo de gestión del servicio.

Informe, de 22 de octubre de 2012, del Interventor general sobre abono de facturas presentadas por el interesado en concepto de honorarios de gestor tributario de enero a julio de 2012, por importe de 757.657 euros.

Informe, de 15 de febrero de 2013, del Secretario General, sobre la situación jurídica de la recaudación voluntaria.

Acuerdo de la junta de Gobierno, de 1 de abril de 2013, sobre regularización de la recaudación voluntaria municipal.

Acuerdo, de 19 de julio de 2013, de la Comisión Informativa de Hacienda, sobre la revisión de oficio del Acuerdo plenario de 31 de enero de 1992 y de la base 52ª, apartados 7, 8 y 9, de la ejecución del Presupuesto para 2013.

El 17 de agosto de 2013, el interesado formula alegaciones (básicamente, se opone a la revisión por las siguientes razones: criterios resolutorios antagónicos, pues la Propuesta se refiere tanto a la “pérdida de vigencia del contrato por haberse cumplido la condición” como a su “nulidad”; el puesto adjudicado no implicaba ejercicio de autoridad; el interesado actuaba bajo la supervisión de un funcionario, el Tesorero;) y solicita la apertura de trámite probatorio.

El 23 de agosto de 2013, se notifica al interesado que concrete los medios de la prueba que propone.

Por Resolución de 13 de septiembre de 2013 –notificada el 20 de septiembre-, se inadmite la apertura del trámite de prueba, sin perjuicio de la valoración de la documental propuesta en las consideraciones jurídicas de la Resolución que se dicte.

El 20 de septiembre de 2013, se redacta Propuesta de Resolución, en la que se da asimismo respuesta a las alegaciones efectuadas por el interesado [básicamente: al margen de que el contrato pudiera entenderse vencido, se trata de resolver un contrato “radicalmente nulo”; las normas aplicables atribuyen a las funciones de recaudación la condición de función pública, sin distinguir entre “periodos de recaudación” (voluntario y ejecutivo); el contrato adjudicado abarcaba “mucho más que las meras prestaciones accesorias”; y se trata de recuperar el “pleno ejercicio de la función de recaudación legalmente reservada a la Tesorería municipal].

II

1. El 31 de enero de 1992, el Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife adoptó el acuerdo de proceder a la contratación directa y urgente de F.L.M.M. a fin de que desempeñara las funciones de recaudador, con carácter provisional, para la gestión y cobro en período voluntario y por un periodo de tiempo que finalizaría, en todo caso, en el momento en que por la Sala de lo Contencioso-Administrativo resolviera el Recurso número 765/1990, y los demás que pudieran interponerse contra el concurso para la contratación de un Recaudador, a F.L.M.M.” (cláusula 2ª del contrato).

Sobre este hecho, ha habido más de una Sentencia. La primera, Sentencia de 21 de enero de 1993, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, consideró la adjudicación como “no procedente”, tampoco la indemnización solicitada. Fue seguida de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 abril de 1999, que resuelve el recurso de casación interpuesto, siendo confirmatoria de la antedicha Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

Un nuevo proceso, incoado a instancia del interesado, que solicitaba se le diera efectividad a su propuesta de nombramiento, daría lugar, primero, a la Sentencia 436/1997, de 1 de julio de 1997, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que consideró la adjudicación como viciada de “nulidad radical” al haberse producido un “desconocimiento total y deliberado de la legalidad aplicable y de los procedimientos para establecer el servicio, todo lo cual ha conducido a un resultado imposible, por manifiestamente ilegal”). Luego, a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de enero de 2002, que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la anterior Sentencia.

De tales pronunciamientos resulta, pues, que la “adjudicación sería radicalmente nula”, no siendo aceptable “de manera absoluta el sistema de gestión indirecta, en

todas sus formas, para el servicio de recaudación", doctrina aplicable "tanto sobre la gestión recaudatoria en período voluntario como en vía ejecutiva".

Se pretende ahora revisar de oficio los actos afectados por tal nulidad radical. El planteamiento de la cuestión, sin embargo, nos obliga a efectuar algunas consideraciones previas y otras preliminares respecto de la cuestión objeto de la petición de dictamen cursada, al hilo de las alegaciones de la parte y los informes emitidos.

El contrato se adjudicó por Acuerdo de Pleno de 31 de enero de 1992, siendo firmado el 24 de febrero de 1992; en ambos casos, antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que se produjo el 27 de febrero de 1993 (Disposición final LRJAP-PAC). Así pues, a tales acuerdo y contrato –que asimismo debe ser objeto de revisión como acto derivado de la aplicación del citado Acuerdo- les serían aplicables las causas de revisión de oficio contenidas en la Ley procedimental vigente en ese momento, que es la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958. Su art. 47 limitaba a tres los supuestos de nulidad radical: "a) los dictados por órgano manifiestamente incompetente"; b) aquellos cuyo contenido sea imposible o sean constitutivos de delito; c) los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados".

De los fallos antes citados, sin mayor necesidad de especulación jurídica, se puede colegir que tales acuerdo y contrato se hallaban incursos en las causas de nulidad contempladas en los apartados b) y c) del citado art. 47 LPA. Por si cupiera alguna duda al respecto, el art. 41.a) del Reglamento de Contratos, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, disponía la nulidad de pleno derecho de actos preparatorios y de adjudicación cuando "incurran en alguno de los supuestos contemplados en el art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo".

2. Tras la firma, el contrato al parecer fue "modificado" en varias ocasiones. En las alegaciones formuladas en este procedimiento revisor el interesado precisa que "prueba acreditada de la vigencia derivada de la relación contractual, que se aparta de cualquier vestigio de nulidad, es que a instancia [del (...)] Ayuntamiento dicho contrato ha sido objeto de diversas modificaciones en el transcurso del tiempo, lo que confirma su virtualidad y de contrapone con el indicado concepto de nulidad".

Sin perjuicio de lo que dirá posteriormente al respecto, cada una de estas modificaciones –si en efecto existen- debe ser revisada al amparo de la legalidad que les resulte de aplicación. Se desconoce la fecha de tales modificaciones y su alcance exacto y si se trataba de una modificación del contrato original o si con la misma hubo novación extintiva del mismo. Lo que desde luego sería relevante a los efectos de determinar la legislación revisora de aplicación y la vigencia o no del contrato más allá de su término contractual.

En todo caso, sin perjuicio de que se debiera dejar detalle preciso de tales circunstancias en la Propuesta, no parece que de tal hecho se desprendan los efectos que el interesado pretende.

En efecto, el contrato estaba sometido a condición extintiva; es decir, eficacia condicionada al momento en que se resolvieran los procesos abiertos en relación con el asunto de que se trata. La última de las Sentencia dictadas (de casación ante el Supremo) data de 11 de enero de 2002. No consta fecha de notificación ni de firmeza. Es decir, el contrato se extinguió el 22 de enero de 2002.

De tal hecho desde luego se derivan ciertas consecuencias que este Consejo no va a entrar a valorar. Por otra parte, también podría sostenerse que el contrato inicial estaba prorrogado *de facto*, ilegal a todas luces, pues ni siquiera el contrato contemplaba la posibilidad de prórroga. O, incluso, que se había contratado de nuevo, partiendo del contrato inicial y las modificaciones posteriores; ilegal asimismo del todo punto.

Sin embargo, al margen de todo ello –que afectaría a la vida y extinción/novación contractual-, de lo que se trata es que el contrato inicialmente suscrito ya nació nulo de pleno derecho. Como nulas serían las modificaciones efectuadas, o su novación o nueva contratación. Es decir, lo que se discute no es el modo en que se ejecutó o se modificó el contrato, sino el modo en que se concertó. Es nulo radical *ab origine* por lo que ninguna de las actuaciones posteriores lo pueden convalidar y sanar, lo que solo es posible en los actos anulables (art. 67 LRJAP-PAC).

La cláusula segunda del contrato suscrito fijaba un plazo de duración cuyo término coincide con la fecha de la STS de 11 de enero de 2002. No hay explicación alguna para que desde 2002 hasta la fecha se haya tardado 11 años en ejecutar el fallo en sus consecuencias obligadas y necesarias, más aún cuando los fallos dictados eran todos conincidente en orden a decretar la nulidad radical de la adjudicación efectuada.

Esta inacción negligente resulta inexplicable. Aún menos explicación tiene que, intentada la revisión de oficio de tales actos, los procedimientos hayan sido inocuos, bien por infringir la preceptiva audiencia al interesado (lo que tampoco encuentra justificación razonable), bien porque la Propuesta adolecía de defectos formales y materiales de tal entidad que impedían que este Consejo pudiera dictaminar la conformidad de la Propuesta de Resolución entonces formulada. Desde tal fecha (DCC 204/2005, de 14 de julio), hasta el momento presente han pasado más de 8 años, durante los que se ha permitido una situación de hecho y/o de derecho *contra legem* cuando la ejecución de los fallos dictados pasaba por la revisión inmediata de los actos ilegales.

3. De los hechos se deriva una cuestión no exenta de interés, planteada por el interesado.

En efecto, el primer motivo de oposición alegado por el mismo se refiere a que en la Propuesta de Resolución había una “contradicción manifiesta (...) al contener términos singularmente antagónicos, pues por una parte se refiere a la pérdida de vigencia del contrato por haberse cumplido la condición que sustentaba la continuidad de éste en el tiempo (...) y por otra parte se refiere a la nulidad del contrato derivado del Pleno de 31 de enero de 1992, por cuanto ambos conceptos jurídicos son incompatibles entre sí”.

La Propuesta no ignora el dato de que el contrato tenía fecha a término que a su vez fijaba el fin de las respectivas obligaciones: el día en que se resolviera el recurso 765/1990, seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo y “los demás que pudieran interponerse contra el concurso para la contratación de un recaudador”. Luego, tras la STS de 11 de enero de 2002 el contrato estaba extinguido (arts. 1114 y 1117 del Código Civil, CC). Sin embargo, siguió cumpliéndose por ambas partes debiéndose recordar que según el art. 1119 CC “se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento”. Y no se hizo. En tal caso serán los tribunales los que “determinarán en cada caso el efecto retroactivo de la condición cumplida” (arts. 1123 y 1120 CC). Al no impedirse el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, éste siguió vigente (siendo en este punto irrelevante que esa vigencia se haga derivar de una prórroga del contrato original o de las modificaciones de ese contrato origen, implicaran o no una novación del mismo, o de una nueva contratación), quebrándose así el designio de la condición a la que estaba sometido el contrato original. Y así es aunque la legislación contractual hubiera prohibido la prórroga de los contratos por “tácita reconducción” –como

señala la Propuesta-, pues la confianza legítima, entonces buena fe, derivada de los actos propios y ajenos consentidos por todos, impediría negar la realidad de que se estaba cumpliendo y ejecutando sin oposición un contrato nulo *ab origine* pero cuya fecha de terminación quedaba diferida, por alguna de las antedichas razones.

Es decir, se cumplían las respectivas obligaciones derivadas de un contrato cuyo término por actos propios y ajenos había sido prorrogado o había sido novado. Si así fuera, en ambos casos el o los contratos y/o acuerdos serían nulos, tanto el original como los sucesivos derivados de las novaciones o modificaciones realizadas.

Dicho de otra forma, la posterior prórroga/novación del contrato original tras extinguirse éste por haberse dado la condición a la que se había anudado su duración -al margen de la nulidad de tales actos, al reiterar una contratación ya sabida como esencialmente nula- no incide ni interfiere como actos posteriores en el nacimiento del contrato original que al ser esencialmente nulo no impide su revisión de oficio.

Podríamos plantearnos si es posible resolver un contrato que ya se había extinguido. Tal planteamiento, sin embargo, no tiene base porque, como se dijo, ninguna de las partes impidió el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte y en consecuencia el contrato extinguido fue prorrogado/novado y cumplido por ambas partes sin oposición. Por otra parte, en las obligaciones recíprocas, cumplida la condición los interesados se entenderán "compensados" (art. 1120 CC), por lo que tiene sentido que el interesado se haya aprovechado de un contrato que consideró válido o existente, aprovechándose de sus frutos, y ahora alegue la extinción del contrato sobre la base de que se ha cumplido la condición a la que aquella se anudaba, cuando la otra parte no le ha exigido su cumplimiento.

4. En el año 2013 -no obstante los antedichos fallos, que declaraban la nulidad radical de la contratación privada de las funciones de recaudación- se aprobaron las bases de ejecución del presupuesto. La base 52ª consigna en sus apartados 7, 8 y 9 las funciones del recaudador externo e indica que las desempeñará "mientras subsista su relación de servicio". Es, como se ha dicho, sorprendente, pues se recuerda que el 22 de abril de 2005 se incoó procedimiento revisor -cuya Propuesta de Resolución fue considerada por este Consejo contraria a derecho (DCC 204/2005)- y a partir de ahí fueron múltiples los informes evacuados en orden a la necesidad de revisar ese contrato y adoptar el medio de gestión mas adecuado para el servicio de que se trata.

Pues bien, esta base fue aprobada bajo la vigencia de la Ley 30/1992, cuyo art. 62.1 dispone como causas de nulidad de pleno derecho no solo “los que tengan contenido imposible” [apartado 1.c)] y los dictados prescribiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados” [apartado 1.e)], sino también “los actos expresos o presuntos contrarios al Ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultados o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición” [apartado 1.f)], así como “cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal” [apartado 1.g)].

En estos momentos, sin ahondar en regulaciones anteriores al vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público -aprobado por Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre- resulta que: está excluida de la contratación “la relación de servicios de los funcionarios públicos” [art. 4.1.a)]: los denominados “contratos de colaboración ente el sector público y el sector privado” se limitan a supuestos a ninguno de los cuales se reconduce el presente caso (art. 11); son posibles los pactos con tal que no sean contrarios “al Ordenamiento jurídico” (art. 25.1); y son causa de nulidad tanto las indicadas en el art. 62.1 LRJAP-PAC como la “falta de capacidad de obrar” [art. 32.b)], que es justamente lo que acontece en el presente caso.

Todas esas prevenciones han sido conculcadas en este caso. Se ha pactado por quien no tiene capacidad en contra de norma prohibitiva expresa, lo que hace que concurren causas de nulidad previstas tanto en la Ley 30/1992 como en otras leyes, procedimental y de contratación.

Al respecto, la Propuesta de Resolución dice que “esta base tiene su primer antecedente en la base de ejecución 10ª del Presupuesto correspondiente al ejercicio 2002, habiéndose mantenido sin cambios sustanciales hasta el presente ejercicio, autorizando anualmente el mantenimiento de la relación de servicios con el recaudador en período voluntario (y hasta 2005, con el de período ejecutivo)”. Es asimismo obvio que todos estos actos debieran ser revisados, al menos así declarados, aunque no se puede ocultar se trata de actos ya agotados pues, como señala la Propuesta, “el principio de anualidad presupuestaria (...) determina la pérdida de vigencia de las mismas”.

En todo caso, tales bases y la que ahora se combate son atacables por las antedichas razones, sea cual fuere su naturaleza.

En efecto, la Propuesta efectúa algunas consideraciones sobre la naturaleza normativa de las bases, pues pese a su consideración normativa sin embargo no se exige su publicación íntegra, lo que en principio les priva de condición de normas jurídicas. Ahora bien, tanto si se consideran normas (STSJ de Canarias 114/2009) como si se consideran actos, serían nulas de pleno derecho, solo que en el primer caso lo serían al amparo del art. 62.2 LRJAP-PAC y en el segundo por el art. 62.1.c) – contenido imposible-, e) –al no haberse seguido el procedimiento legalmente establecido-; f) –al adquirirse un derecho careciendo de la condición necesaria para ello- y g) –por así disponerlo norma con rango legal.

III

1. La legislación histórica aplicable desde el momento de la adopción del acuerdo que se combate y la actualmente vigente concuerdan a *la hora de considerar las funciones de recaudación como de obligado ejercicio por funcionario público, sin posibilidad de contratación.*

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y luego el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), cambiaron de forma sustancial el estatuto de la función recaudatoria de las entidades locales.

El art. 85.3 LRBRL impone que ningún servicio público que implique ejercicio de autoridad, “podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local”. El art. 92.3.b) LRBRL reserva a funcionarios con habilitación de carácter nacional, entre otras, las funciones de “tesorería y recaudación”. Por último, el art. 135 LRBRL establece una importante posibilidad organizativa para los Municipios de este régimen especial: la posibilidad de crear un órgano de gestión tributaria “responsable de ejercer como propias las competencias que a la Administración tributaria local le atribuye la legislación tributaria”.

El art. 193 TRRL atribuye la responsabilidad máxima de la recaudación a la Tesorería, auxiliada por los recaudadores y agentes ejecutivos que se estimase necesario en cada Corporación y que serían nombrados con sujeción a las normas reguladoras del personal al servicio de las mismas, teniendo en cuenta que tanto los recaudadores en vía de apremio como los agentes ejecutivos deberían ostentar, además, la condición de funcionario (apartado 2).

Ciertamente, la disposición transitoria novena TRRL contemplaba el régimen transitorio de los hasta entonces válidos contratos con recaudadores municipales, precisando que: "Los actuales recaudadores contratados podrán continuar en el ejercicio de sus funciones de agentes ejecutivos durante la vigencia de los contratos establecidos, los cuales podrán ser prorrogados, de mutuo acuerdo, en tanto las Entidades locales no tengan establecido el servicio con arreglo a lo previsto en esta Ley, o bien, tratándose de Municipios, Mancomunidades u otras Entidades locales o Consorcios, no lo tenga establecido la Diputación como forma de cooperación al ejercicio de las funciones municipales".

Sin embargo, el precepto solo se refiere a "la prórroga de contratos re recaudadores aun vigentes en la fecha de su promulgación, pero no a nuevas contrataciones como la que se pretende por el acto recurrido" (STS 28/1993). Por otra parte, la Propuesta precisa que el Consorcio de Tributos de la isla, como ente instrumental insular para la gestión y recaudación de los tributos municipales, que actúa en esta materia en virtud de la delegación prevista en el art. 7 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Reguladora de las Haciendas Locales (LHL), fue creado en 1986 (Decreto 121/1986, de 14 de julio); por lo que en este caso la posibilidad de la prórroga estaba doblemente limitada.

Además, la citada LHL no alteró este sistema; tampoco el Texto Refundido de la ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, al excluir de forma absoluta la gestión recaudatoria indirecta, tanto en periodo voluntario como en vía ejecutiva, pues "la gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales se realizará de acuerdo con lo prevenido en la ley General Tributaria y en las demás Leyes del Estado reguladoras de la materia, así como en las disposiciones dictadas para su desarrollo" (art. 12.1).

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, incluye en el denominado "sistema tributario" a las funciones de recaudación (art. 83), que comprende "el ejercicio de las funciones administrativas conducentes al cobro de las deudas tributarias" (art. 160.1).

El art. 8 del R.D. 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (RGR), dispone que "corresponde a las entidades locales y a sus organismos autónomos la recaudación de las deudas cuya gestión tengan atribuida y se llevará a cabo: a. Directamente por las entidades locales y sus organismos autónomos, de acuerdo con lo establecido en sus normas de atribución de competencias. b. Por otros entes territoriales a cuyo ámbito pertenezcan cuando así

se haya establecido legalmente, cuando con ellos se haya formalizado el correspondiente convenio o cuando se haya delegado esta facultad en ellos, con la distribución de competencias que en su caso se haya establecido entre la entidad local titular del crédito y el ente territorial que desarrolle la gestión recaudatoria. c. Por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, cuando así se acuerde mediante la suscripción de un convenio para la recaudación. La colaboración de sujetos privados queda restringida a las entidades que presten el servicio de caja o que sean autorizadas como entidades colaboradoras, y que, de acuerdo con el art. 9 RGR sólo pueden ser las siguientes entidades de crédito: a. Los bancos. b Las cajas de ahorro. c. Las cooperativas de crédito”.

La Disposición adicional segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), considera “funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de carácter estatal a) La de secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo. b) El control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación”

Finalmente, en desarrollo de la citada disposición adicional segunda, el Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el Régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, declarado expresamente vigente por la disposición transitoria séptima EBEP, desarrolla en su art. 5 las funciones reservadas al puesto de trabajo de Tesorería: “1. La función de tesorería comprende: a. El manejo y custodia de fondos, valores y efectos de la Entidad local, de conformidad con lo establecido por las disposiciones legales vigentes. b. La Jefatura de los servicios de recaudación”.

2. No es necesario reiterar las numerosas abundantes citas jurisprudenciales y doctrinales contenidas en la Propuesta de Resolución para concluir que, en efecto, el contrato de referencia estaba viciado de nulidad radical tanto por ser jurídicamente imposible que una función pública sea asignada de forma indirecta a particulares como porque la adjudicación realizada se hizo prescindiendo total absolutamente del procedimiento legalmente establecido, ignorando que se trataba de contratar funciones de gestión pública directa [art. 47.b) y c) LPA]. Asimismo, las Sentencias dictadas en este caso son por sí solo lo suficientemente clarificadoras y explicativas del concurso de las causas de nulidad radical en la que se ha incurrido.

En efecto, “en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de a (STS de 26 de enero de 1990). Si así se hiciera, se habría producido un desconocimiento total y deliberado de la legalidad aplicable y de los procedimientos para establecer el servicio, todo lo cual ha conducido a un resultado imposible, por manifiestamente ilegal” y por ello reconducible al apartado 1 del art. 47 LPA. De la legislación contractual y de régimen local aplicable resulta que entre las “funciones públicas cuyo cumplimiento queda reservada exclusivamente a personal sujeto al estatuto funcionarial [se hallan] las que impliquen ejercicio de autoridad (...) las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que (...) se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función” (STS de 11 de enero de 2002).

El Consejo de Estado considera que la adjudicación de tal servicio significa el abandono del procedimiento legalmente establecido, “la inobservancia genérica y global de los trámites fundamentales de cada procedimiento legalmente establecido [(...) lo que en este caso] hubiera requerido el cumplimiento de los requisitos propios de la contratación local”. Y como además se trata de una función de autoridad que no puede ser gestionada de forma indirecta, “el acuerdo municipal está también viciado radicalmente desde un enfoque material o sustantivo” (DCE 279/1993).

En nuestro caso, tal declaración de nulidad del acuerdo plenario debe asimismo proyectarse sobre los actos de ejecución del mismo, como es el contrato suscrito y demás actos consecuencia y efecto de los mismos.

Como antes se ha adelantado, la revisión de la base 52ª, apartados 7, 8 y 9, de la ejecución del presupuesto para 2013 debe hacerse a la luz de la Ley 30/1992. Son aplicables las causas contempladas en los apartados c) y e) del art. 62.1 LRJAP-PAC – acto de contenido imposible y vulnerador del procedimiento legalmente establecido-, por las mismas razones que se explicitaron respecto del acuerdo plenario. Pero también las de los apartados f) y g). En el primer caso, pues al asignarse a una persona la gestión indirecta de un servicio reservado en cuanto función público a la gestión directa, se le atribuyó un derecho careciendo “de los requisitos esenciales para su adquisición”. Aunque, como señala la Propuesta, más que de carecer de un requisito esencial simplemente se incumplió “la prohibición legal de contratar el servicio”. Lo que nos lleva a la causa g) del art. 62.1 LRJAP-PAC, según la cual son nulos los actos en que ese efecto “se establezca expresamente en una disposición de rango legal”. En este sentido, el art. 6.2 del Código Civil dispone que “los actos

contrarios a normas imperativas o prohibitivas sino nulos de pleno derecho”. En este caso se trata, justamente, de la contravención de tal clase de normas y por ello el necesario efecto es el de nulidad de los actos aprobados.

Es obvio que en este caso todas las causas están imbricadas, se explican y apoyan mutuamente lo que acrecienta el efecto de nulidad. Consecuencia de ello debe ser la necesaria individualización de los diferentes actos que deben ser revisados y selección para cada caso de las causas de revisión aplicables, lo que debe hacerse constar tanto en los fundamentos como en el resuelto de la Propuesta.

3. Resuelta la cuestión central planteada en los términos señalados, nos restaría analizar si en este caso podría ser de aplicación alguno de los límites que a las facultades de revisión señala el art. 106 LRJAP-PAC, según el cual no procedería aquella “por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes” (art. 112 LPA y art. 106 LRJAP-PAC).

Como señala la Propuesta, la interpretación restrictiva de estos límites, a fin de impedir que se conviertan en un “portillo de escape a las consecuencias de la nulidad” (STS de 23 de enero de 2009 y DCE 245/2010, de 12 de mayo) obliga a ponderar caso por caso su aplicación.

La situación se consolidó –tras la extinción del contrato- por acción y/o omisión de ambas partes y no solo por la exclusiva responsabilidad de la Administración. Por otra parte, el presunto daño no es sino consecuencia de la actuación de la Administración que –ahora sí- con 11 años de retraso simplemente ha intervenido para que se cumpla la ley, desplazando al interesado de una irregular situación en la que aquel no podía poseer derecho alguno, tampoco consolidar los ilegalmente obtenidos. Por eso, en este caso, al margen de otras consideraciones, el interesado tendría “el deber jurídico de soportar” el daño (art. 139.3 LRJAP-PAC).

El interesado ahora no puede ignorar “que el contrato era nulo y las consecuencias que debían y podían seguirse de ello”. Razón por la que no puede alegar confianza legítima ni, por ende, contravención a la equidad, a la buena fe o a derecho alguno que el asiste”. Había un “riesgo” y lo asumió. El tiempo transcurrido, por otra parte, fue “a favor” del interesado, al haber “obtenido beneficios” sin tener derecho alguno a ello (SJC nº 8 de Barcelona, de 7 de enero de 2008); y sin que la irregular actuación administrativa pueda servir para “mantener o extender en el

ámbito del Derecho público situaciones contrarias al Ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma” (STS de 22 de septiembre de 2003).

Se trata por lo demás de derechos adquiridos de naturaleza no privada sino pública, al afectar a funciones públicas que nunca podían ni debían haber sido gestionadas de forma indirecta, razón por la que en este caso, pese al tiempo transcurrido, deben ser revisados los actos adoptados. Lo contrario supondría la pervivencia de actos privados en una esfera de actividad pública, por lo que su nulidad es cuestión de orden público.

Consecuencia de ello es que en este caso no procede otorgar al interesado indemnización alguna. La resolución extingue un contrato que debió extinguirse por transcurso del plazo hace más de 11 años. En ese tiempo el interesado, sin oposición, se ha servido de los términos de un contrato nulo de pleno derecho. Si se le reconoce el derecho a percibir los beneficios hasta ahora obtenidos al amparo de un contrato nulo, la resolución del contrato no debe llevar aparejado indemnización alguna. Si no hay gestión, no puede haber derecho a contraprestación servicios no prestados. Por ello, no concurre el requisito de que haya daño “efectivo” (art. 139.2 LRJAP-PAC). Por la misma razón, la pérdida patrimonial no constituye un daño a derechos económicos sino “a lo sumo, de expectativas” (STS de 31 de octubre de 1992), máxime cuando el contrato suscrito era “provisional”, es decir, estaba sometido a plazo, por lo que el interesado no puede alegar expectativa futura e ilimitada de ganancias.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo del citado Ayuntamiento, de 31 de enero de 1992, es conforme a Derecho. No obstante, deben llevarse al Resuelvo las causas concretas, con soporte legal, aplicables en cada caso a los actos afectados por la nulidad, que ha de extenderse asimismo a cuantos actos sean consecuencia o efecto de los que se anulan expresamente.