



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 8 de enero de 2015.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias en relación con la *Resolución del Convenio de Colaboración entre la Consejería de Empleo, Industria y Comercio y los Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales y de Ingenieros Técnicos Industriales de Canarias, para la ejecución de la campaña del año 2012 de actualización del censo de instalaciones y establecimientos industriales, por importe de 149.836,87 euros (EXP. 453/2014 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Consejera de Empleo, Industria y Comercio, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad del Convenio de Colaboración entre la Consejería de Empleo, Industria y Comercio y los Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales y de Ingenieros Técnicos Industriales de Canarias para la ejecución de la campaña del año 2012, de actualización del censo de instalaciones y establecimientos industriales, por importe de 149.836,87 euros.

La Propuesta de Resolución será elevada a definitiva por el órgano competente, que resulta ser la Dirección General de Industria y Energía, de conformidad con lo dispuesto en el art. 34 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), y en el Anexo V, apartado segundo del Acuerdo de Gobierno de 12 de marzo de 2004.

* PONENTE: Sr. Belda Quintana.

2. La legitimación para la solicitud del dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 211.3.a) TRLCSP, que establece dicha preceptividad “en los casos de: a) interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista”; legislación aplicable al caso toda vez que se pretende resolver un convenio de colaboración, que fue firmado el 30 de julio de 2012, habiendo entrado en vigor el citado Texto Refundido el 16 de diciembre de 2011.

II

1. Los antecedentes de hecho correspondientes a este procedimiento, son los siguientes:

Primero.- Mediante Orden de 18 de agosto de 2010, la Consejería de Empleo, Industria y Comercio estableció el Programa de Inspecciones de la citada Consejería, en instalaciones y establecimientos industriales y mineros. Mediante Resolución 483/2012, de 22 de marzo de 2012, la Viceconsejería de Industria y Energía actualiza para el ejercicio de 2012 el programa de inspecciones de la Consejería de Empleo, Industria y Comercio, en materia de instalaciones y establecimientos industriales y mineros, de acuerdo con la disposición adicional primera de la Orden de 18 de agosto de 2010.

Segundo.- Durante el periodo 2010-2011, la ejecución de los Planes de Inspección fueron realizados en colaboración con la Asociación de Entidades de Inspección y Control de Canarias (ACEICO), que observaron deficiencias en la información disponible en las bases de datos y expedientes obrantes en el Departamento respectivo, que generaron ciertas dificultades para la realización eficaz de las actuaciones; por lo que se planteó una fase previa de comprobación documental que permitiría contar con un censo de instalaciones y establecimientos depurado, programándose una acción inspectora más eficaz con medios propios o mediante futuros convenios de colaboración con ACEICO.

Tercero.- Sin embargo, al no tener las comprobaciones a realizar naturaleza y alcance de una inspección reglamentaria de seguridad, se planteó que dicha colaboración se realizase con los colegios profesionales vinculados al ámbito material de los trabajos, tanto por el perfil técnico competente en la materia como por la distribución geográfica de los mismos, en aras de conseguir un alcance homogéneo en

el Archipiélago Canario al menor coste posible, de acuerdo con el punto quinto de la citada Resolución 483/2012.

Cuarto.- Con fecha 30 de julio de 2012, se firmó el convenio de colaboración entre la Consejería de Empleo, Industria y Comercio, y los Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales y de Ingenieros Técnicos Industriales de Canarias, para la ejecución de la campaña del año 2012, de actualización del censo de instalaciones y establecimientos industriales, por importe de 149.836,87 euros.

Quinto.- Por lo que en el ejercicio 2012, se procedió al pago de las facturas correspondientes a cada Colegio Oficial, por el proyecto "Planificación Industrial", ya que los trabajos se habían realizado correctamente por estos; por lo demás, la valoración económica de la ejecución efectuada se adecuaba a los precios de mercado.

Sexto.- Con fecha 7 de febrero de 2013, la Intervención Delegada realizó un informe de control financiero en el que señala que el citado convenio se encontraba incurso en causa de nulidad de pleno derecho al no haberse seguido el procedimiento previsto en el Texto Refundido para los contratos de servicios regulados en el art. 10 TRLCSP, por lo que instó la causa de nulidad del apartado primero del art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

Séptimo.- Con fecha 27 de febrero de 2013, por la Dirección General de Industria y Energía se eleva a discrepancia ante la Intervención General, que emite informe confirmando el criterio sostenido por la Intervención Delegada, en fecha 17 de mayo de 2013.

Octavo.- Con fecha 7 de mayo de 2014, la Dirección General de Industria y Energía emite Resolución 514/2014, acordando la iniciación de expediente de nulidad del citado Convenio de colaboración.

Los Colegios Profesionales implicados presentaron alegaciones el 20 de mayo de 2014, en el trámite de audiencia concedido al efecto, oponiéndose a la declaración de nulidad, por los motivos que veremos más adelante.

Noveno.- Con fecha 3 de junio de 2014, la Dirección General de Industria y Energía solicitó informe de legalidad preceptivo a la Dirección General del Servicio Jurídico sobre el borrador de la Resolución por la que se acordaba la nulidad del

convenio de colaboración que nos ocupa. Con fecha 26 de junio de 2014, dicho Servicio emitió informe de carácter favorable.

Décimo.- Con fecha 1 de octubre de 2014, la Dirección General de Industria y Energía emitió la Resolución 1320/2014, en virtud de la cual declara la caducidad del procedimiento de nulidad al haber transcurrido más de tres meses desde que se inició el mismo.

Undécimo.- En fecha 14 de octubre de 2014, la Dirección General de Industria y Energía emitió Resolución 1424/2014, mediante la que acuerda la iniciación de nuevo procedimiento de declaración de nulidad del convenio de colaboración señalado.

Decimosegundo.- Con fecha 28 de octubre de 2014, el Decano del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Canarias Oriental presentó escrito de oposición sobre la declaración de nulidad ratificando las alegaciones presentadas en anterior escrito y solicitando la declaración de validez del convenio de colaboración y el archivo del procedimiento.

Decimotercero.- Con fecha 19 de noviembre de 2014, el Servicio Jurídico emitió informe de legalidad de carácter favorable sobre el borrador de Resolución por que se declaraba nulo el precitado convenio de colaboración.

Decimocuarto.- Con fecha, 27 de noviembre de 2014, se emite la Propuesta de Resolución de la Dirección General de Industria y Energía por la que se resuelve el procedimiento de declaración de nulidad del convenio de colaboración entre la Consejería de Empleo, Industria y Comercio y los Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales y de Ingenieros Técnicos Industriales de Canarias para la ejecución de la campaña del año 2012, de actualización del censo de instalaciones y establecimientos industriales.

2. En relación a la tramitación del procedimiento que nos ocupa, se observa que el mismo no ha incurrido en caducidad, pues habiéndose iniciado nuevamente el 14 de octubre de 2014 no han transcurrido los tres meses legalmente establecidos al efecto.

Por otra parte, la tramitación procedimental ha sido correcta por lo que nada impide entrar en el fondo de la cuestión sobre la causa de nulidad planteada.

III

1. Se considera necesario hacer referencia, inicialmente, a las alegaciones manifestadas por el Colegio Oficial y posteriormente ratificadas por el Decano del

Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Canarias Oriental. Así, literalmente señalan:

«La Resolución de inicio del expediente de declaración de nulidad del convenio de colaboración se somete al criterio del informe de control financiero de la Intervención Delegada de 7 de febrero de 2013, confirmado por el informe de la Intervención General de 17 de mayo de 2013. Sin embargo, esta Corporación entiende acertados los razonamientos contenidos en la discrepancia que esa Dirección General elevó a la Intervención General con fecha 27 de febrero de 2013, los cuales hacemos nuestros y damos por reproducidos a estos efectos, poniendo en entre dicho la procedencia del expediente que nos ocupa.

El convenio de colaboración fue suscrito conforme a Derecho, y tal y como figura en el mismo, fue expresamente excluido del ámbito de aplicación del TRLCSP en su cláusula undécima. Ello es así porque el apartado "c" del art. 4.1 del Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el TRLCSP excluye expresamente el ámbito de dicha ley los convenios que se celebren entre sí las Comunidades Autónomas y entidades públicas, tales como colegios profesionales, siempre que los mismos no tengan la consideración de contratos sujetos a la citada norma.

En el caso que nos ocupa, las características subjetivas y objetivas del convenio de colaboración entre la Dirección General y los colegios profesionales llevan a la conclusión de que no estamos ante un contrato administrativo de servicios, tal y como erróneamente, lo califica la Intervención Delegada como la General.

Desde la perspectiva subjetiva del convenio de colaboración, el mismo está suscrito por sujetos de indudable carácter público. Por un lado, la Comunidad Autónoma, y, por otro, los colegios profesionales, definidos por el art. 1.1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, como corporaciones de derecho público, amparadas por la ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Dentro de las funciones que la ley atribuye a estas entidades de derecho público, el art. 5.b) establece la de ejercer cuantas funciones le sean encomendadas por la Administración y colaborar con ésta mediante la realización de estudios, emisión de informes, elaboración de estadísticas y otras actividades relacionadas con sus fines que puedan serles solicitadas o acuerden formular por propia iniciativa. En similares términos, el art. 18 de la Ley 90/1990, de colegios profesionales de Canarias, establece que son fines esenciales de tales Corporaciones, entre otros, el de colaborar con las Administraciones Públicas de Canarias en el ejercicio de sus competencias.

Por otro lado, los elementos objetivos del convenio de colaboración permiten afirmar que nos encontramos ante un instrumento para el desarrollo de actuaciones de indudable interés público dirigidas a la comprobación de datos administrativos y técnicos de las instalaciones y establecimientos industriales en orden a la actualización del censo industrial,

con carácter previo, a la ejecución del programa de inspecciones, aprobado por el Área de Industria, lo que impide que el repetido convenio pueda ser calificado sin más, como un contrato administrativo de servicios.

Abundando en lo anterior, la naturaleza pública de los colegios profesionales impide que éstos puedan concurrir libremente al mercado de la prestación de servicios como si de cualquier licitador particular se tratara, porque su configuración legal no contempla tal posibilidad. Dicho con otras palabras, los colegios profesionales no tienen una aptitud legal para participar en procesos selectivos de contratación y suscribir contratos administrativos típicos como la que tienen los empresarios, en los términos señalados en el Cap. II del Título II del TRLCSP. De hecho, el art. 57.1 de dicho cuerpo legal establece que las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, le sean propios. Y lo cierto es que no se encuentra dentro de los fines de los Colegios Profesionales concurrir como si de una empresa se tratara a las licitaciones de contratos administrativos típicos, dado que su ámbito se circunscribe a la colaboración con las distintas Administraciones.

En este orden de cosas, tampoco podemos olvidar que los colegios profesionales carecen de ánimo de lucro que precisamente caracteriza a los licitadores y adjudicatarios de contratos administrativos típicos. Y justamente esta ausencia del ánimo de lucro es la que determina que la contraprestación en el contexto de un convenio de colaboración sea un concepto distinto del precio como retribución de los contratos administrativos típicos. El precio de un contrato administrativo, por definición, integra el beneficio industrial del contratista, de acuerdo con los arts. 87 y ss. TRLCSP. En el caso que nos ocupa, ningún beneficio obtienen los colegios por la colaboración prestada. No existe por tanto una retribución en términos de precio sino una contraprestación por los costes de la actuación de interés público llevada a cabo en cumplimiento del convenio de colaboración suscrito.

Por tanto, consideramos que la interpretación de la Intervención Delegada y General del convenio de colaboración como un contrato administrativo de servicios es plana, simplista y equivocada, la cual, de prosperar, impediría de facto la posibilidad de que la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias pudiera en el futuro suscribir convenios de colaboración, tanto con colegios profesionales como con otras Administraciones públicas, negando e impidiendo así la supresión de una potestad administrativa prevista legalmente. Nos alineamos pues con la posición lógica y razonada de la Dirección General apuntada en su discrepancia con la Intervención Delegada cuando señala lo siguiente:

“Al albur de este precepto legal, y en consecuencia con las exclusiones establecidas en nuestra legislación de contratos, tanto a nivel nacional, como a nivel autonómico y local se han celebrado cientos de convenios de colaboración entre Administraciones públicas, y entre Administraciones públicas y entidades de derecho público para la satisfacción de un interés

público, sin someterse a la legislación de contratos, y siendo dichos convenios plenamente legales.

Siguiendo la tesis de la Intervención Delegada tales convenios de colaboración serían nulos de pleno derecho, por no haberse formalizado el correspondiente contrato de servicios, ya que de cualquier actividad objeto de un Convenio de colaboración se deriva directamente o indirectamente la prestación de un servicio.

Por tanto, insistimos que la tesis de la Intervención Delegada conduciría irremediabilmente a la eliminación de la figura del convenio de colaboración, y ello sería contrario a la voluntad del legislador de mantener esta figura dentro de nuestro ordenamiento jurídico”.

Es por ello por lo que este colegio profesional se opone a la calificación del convenio de colaboración como contrato administrativo de servicios y a la anulación del mismo que se propone. En ningún caso esta corporación puede admitir la anulación del convenio de colaboración bajo la premisa de su consideración como contrato de servicios porque nunca tuvo voluntad distinta a la firma de un auténtico convenio de colaboración administrativo en el ejercicio de las potestades que le vienen reconocidas legalmente, como ha quedado demostrado.

En consecuencia, entendemos que en ningún caso se ha prescindido de los procedimientos de adjudicación previstos en el Libro III del TRLCSP ni se han vulnerado los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, una eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de los servicios, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. No concurriendo ninguna de las causas de nulidad puestas de manifiesto, procede el archivo del expediente que nos ocupa.

Habida cuenta que esa Dirección General, en la consideración jurídica tercera de la resolución de inicio del presente expediente, reconoce que los trabajos han sido realizados a entera satisfacción de la Administración, adecuándose en su valoración económica a los precios de mercado en el momento de su ejecución, y que es imposible restituir las prestaciones realizadas, sin que la causa de nulidad sea imputable a los colegios que suscribieron el convenio de colaboración, resultaría pertinente, en su caso, por economía procesal, que se acuerde en la resolución definitiva que se excluya y declare improcedente la apertura de la fase de liquidación del convenio, por las razones expuestas.

Por todo ello, el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Canarias Oriental solicita que se dicte resolución por la que se declare la validez del convenio de colaboración y acuerde el archivo del presente procedimiento».

2. En el supuesto planteado se observa que, efectivamente, se ha omitido en el expediente de contratación la tramitación procedimental que corresponde, conforme a los arts. 31 y 32 TRLCSP, por lo que se ha incurrido en la causa de nulidad prevista en el art. 62.1 e) LRJAP-PAC, que indica la nulidad de pleno derecho de aquellos actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, sin que la infracción del Ordenamiento jurídico pueda ser imputable a los terceros que han realizado la prestación.

Todo ello con base en que el objeto del convenio de colaboración se encuadra en un supuesto de contrato de prestación de servicios de conformidad con el art. 10 TRLCSP, ya que se ha realizado una prestación consistente en el desarrollo de una actividad dirigida a la obtención de un resultado distinto a una obra o suministro y que, por lo tanto, entiende la Intervención Delegada, el citado convenio no se tendría que haber suscrito por el art. 4.1.c) TRLCSP.

En cuanto a las razones subjetivas alegadas por los colegios profesionales como entidades de derecho público y que operan en su actividad y en sus fines sin ánimo de lucro, las mismas no llegan a desvirtuar la causa de nulidad -omisión del preceptivo procedimiento de contratación- puesta de manifiesto por la Intervención Delegada y posteriormente ratificada por la Intervención General.

En atención a las razones objetivas, el convenio tiene la naturaleza de un contrato de servicios tal y como lo define el TRLCSP.

Concretamente, este Consejo Consultivo considera que el objeto de dicho convenio de colaboración se encuadra dentro de la prestación de un servicio al consistir este en la recogida y comprobación de datos identificativos de actividades, de establecimientos e instalaciones, de sus titulares y/o explotadores y de referencia de legalización que se utilizarían en las actuaciones posteriores de los servicios de inspección de la Administración y de sus entidades colaboradoras, esto es, los mencionados colegios profesionales han actuado como entes privados contratados administrativamente para el desempeño de una prestación de servicio, y no desempeñando una función de carácter público.

En este orden cosas, se considera que los colegios profesionales implicados han desarrollado prestaciones como adjudicatarios de un contrato administrativo de servicios, sin ejercer funciones públicas que los colegios profesionales pueden desempeñar en el ámbito de la regulación del ámbito profesional, en cuanto a eficacia del servicio profesional prestado, responsabilidad en tal ejercicio o de la disciplina de los profesionales colegiados, por lo que dichas prestaciones están

sujetas al ámbito de aplicación del TRLCSP sin que exista alguna salvedad que determine la exclusión de la citada normativa legal que, en definitiva, le es aplicable y sin que exista ninguna norma de la legislación de contratos administrativos que les impida concurrir, *a priori*, junto a otras empresas privadas, a la licitación de determinados contratos de este tipo, sin perjuicio de que por sus propias normas estatutarias no pudieran concurrir a dichos procesos contractuales.

Por el contrario, admitir que dentro del término genérico “colaboración” con las Administraciones Públicas al que se refiere la legislación de colegios profesionales cabe cualquier tipo de prestación de servicios relacionados con el ámbito material de actuación de las empresas o instalaciones industriales supone la confusión de estas con los propios profesionales colegiados y la indebida restricción del principio de libre concurrencia de la legislación contractual administrativa y de la legislación dictada en transposición de las directivas comunitarias sobre la liberalización de servicios en la Unión Europea (Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en relación con la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y con la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio).

Por tanto, existe en el presente supuesto la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC, al haberse adjudicado y ejecutado un convenio que participa de la naturaleza de un contrato administrativo sin haberse seguido el procedimiento legalmente establecido para ello.

3. No obstante, de acuerdo con la Propuesta de Resolución, al haberse realizado los trabajos encomendados por la Administración implicada a los colegios profesionales eficientemente, coincidiendo la valoración económica efectuada con los precios de mercado en aquel momento, no procede la restitución de las prestaciones realizadas a los mismos -en caso contrario, se atentaría contra la equidad y podría incurrirse en enriquecimiento injusto a favor de la Administración- que, por lo demás, ya han sido abonadas a los citados colegios profesionales en el ejercicio correspondiente al año 2012 por la citada Administración. Por otra parte, tampoco se ha ocasionado daño ni perjuicio a las citadas entidades -colegios profesionales- como consecuencia del convenio de colaboración suscrito, por lo que no procede el abono de indemnización alguna.

Únicamente en el caso de que la declaración de nulidad del convenio de colaboración hubiera obligado al reintegro a la Administración de las cantidades abonadas a los colegios profesionales indicados, habiendo estos cumplido a satisfacción de la Administración con las prestaciones derivadas de los servicios adjudicados indebidamente, podrían aquellos exigir la correspondiente indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración en aplicación de lo dispuesto en el art. 102.4 LRJAP-PAC. No siendo este el caso, de acuerdo con la Propuesta de Resolución, no procede la aplicación de este precepto.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad de pleno derecho del convenio de colaboración suscrito entre la Consejería de Empleo, Industria y Comercio y los Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales y de Ingenieros Técnicos Industriales de Canarias para la ejecución de la campaña del año 2012 de actualización del censo de instalaciones y establecimientos industriales.