



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero y
Ponente

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 21 de abril de 2009, ha examinado el *expediente de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de xxxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 2 de marzo de 2009, tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de xxxxx, para declarar nula de pleno derecho la Resolución del Alcalde de 29 de enero de 2003, por la que se acuerda aprobar el Convenio de correduría de seguros suscrito con la Federación Española de Municipios y Provincias para recibir la prestación del servicio de asesoramiento en materia de seguros privados, a través de la entidad mercantil sssss, S.A.U.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 6 de marzo de 2009, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 200/2009, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Madrid López.

Primero.- Mediante Resolución del Alcalde de xxxxx, de fecha 29 de enero de 2003, se acuerda aprobar "el Convenio de correduría de seguros con la Federación Española de Municipios y Provincias (en adelante FEMP), para



recibir la prestación del servicio de asesoramiento en materia de seguros privados, a través de la entidad mercantil sssss, S.A.U.”.

La Resolución tiene como objeto la adhesión del municipio al contrato celebrado por la FEMP, con sssss, S.A.U., para recibir el servicio de asesoramiento en materia de seguros privados.

Segundo.- Mediante Providencia de la Alcaldía de 14 de abril de 2008, se solicita un informe de la Secretaría sobre la posibilidad de revisión de oficio del Acuerdo, al considerarse que pudiera ser nulo de pleno derecho por “no resultar posible la adhesión a un contrato celebrado por la Federación Española de Municipios y Provincias y una entidad mercantil que desarrolla la actividad de correduría de seguros para recibir la prestación del servicio de asesoramiento en materia de seguros privados por parte de la Entidad Local, que si desea concertar la prestación de tales servicios debe proceder a celebrar un contrato de consultoría y asistencia conforme a lo establecido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

El informe de la Secretaría en relación al procedimiento y legislación aplicable es emitido el 24 de abril de 2008.

Tercero.- La Junta de Gobierno Local acuerda, con fecha de 2 de mayo de 2008, iniciar el procedimiento de revisión de oficio del acto administrativo.

Cuarto.- Mediante sendos escritos de fecha 16 de mayo de 2008, se concede trámite de audiencia a la empresa sssss, S.A.U. y a la FEMP, para que puedan examinar el expediente y, en su caso, formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen oportunos. Consta igualmente en el expediente la apertura de un periodo de información pública, mediante anuncio en el Boletín Oficial de la Provincia de fecha 27 de mayo de 2008.

El 30 de mayo de 2008, se presentan alegaciones por parte de sssss, S.A.U., en las que ésta expone su oposición a la revisión de oficio.

Quinto.- El día 24 de julio de 2008 se formula informe-propuesta de resolución, en el sentido de declarar la nulidad del acto administrativo.



Sexto.- Enviado el expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emita dictamen, se concluye que procede declarar la caducidad del procedimiento.

Séptimo.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de xxxxx de 26 de diciembre de 2008, se inicia un nuevo procedimiento de revisión de oficio.

El referido Acuerdo es notificado a la FEMP, y a la entidad mercantil sssss, S.A.U.

Octavo.- El 15 de enero de 2009 se hace pública la incoación del nuevo procedimiento en el Boletín Oficial de la provincia de xxxx1.

Noveno.- El 2 de enero de 2009 se concede trámite de audiencia a la FEMP y a sssss, S.A.U.

El 15 de enero de 2009, esta última empresa presenta un escrito de alegaciones en el que señala que la adhesión tiene amparo legal en el artículo 61 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Administrativas, Fiscales y del Orden Social, que da nueva redacción al apartado 6 de la disposición adicional novena del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio 8 (por error se refiere a la Ley 13/1995), cuyo texto es el siguiente:

“La presente Ley no será de aplicación a la prestación de servicios gratuitos que realicen a las Entidades Locales las asociaciones de las mismas a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local”.

Décimo.- El 12 de febrero de 2009, la Junta de Gobierno Local emite un informe propuesta, en el que se desestiman las alegaciones realizadas, y se suspende el plazo de resolución, con notificación a los interesados.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.



II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 2º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado b), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

Además, la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo resulta justificada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Del referido artículo se deduce que dicho dictamen es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, ya que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiera sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La competencia para resolver el presente procedimiento corresponde al Pleno del Ayuntamiento, según dispone el artículo 110.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el artículo 22.2.j) de dicha Ley, al ser el órgano supremo de la Corporación, "pues en definitiva, significa la instancia revisora en el ejercicio de una acción administrativa, con matices próximos a la acción judicial", y el ejercicio de las acciones administrativas y judiciales está atribuida al Pleno del Ayuntamiento por el citado artículo 22 de la Ley 7/1985 (Dictamen 1.420/1993, de 2 de diciembre, del Consejo de Estado). Criterio que ha sido acogido por este Consejo Consultivo (entre otros, Dictámenes 857/2006, de 11 de octubre, y 931/2006, de 9 de noviembre).

En el Ayuntamiento de xxxxx, en concreto, la competencia se encuentra delegada en la Junta de Gobierno Local, mediante Resolución de Alcaldía número 1.188, de 20 de junio de 2007.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución del Alcalde de fecha 29 de enero de 2003,



por la que se acuerda aprobar “el Convenio de correduría de seguros con la FEMP, para recibir la prestación del servicio de asesoramiento en materia de seguros privados, a través de la entidad mercantil sssss, S.A.U.”.

Con carácter general este Consejo ha señalado que, para dar curso al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho (capítulo I del título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, afectado por la reforma introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero), se requiere que concurren los siguientes presupuestos:

- Que aquéllos se encuentren incluidos en la enumeración del artículo 62.1, o en el caso de la última letra del citado precepto, estén expresamente previstos en una ley. Esto es así porque el artículo 102 de la Ley 30/1992, ya citada, tiene como objeto facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquéllos derive en su consolidación definitiva. Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental, ampliar las posibilidades impugnatorias, evitando que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia.

Sin embargo, esta acción de nulidad no está concebida para canalizar cualquier infracción del ordenamiento jurídico que pueda imputarse a un acto administrativo, sino sólo aquéllas que constituyan un supuesto de nulidad plena, previsto en el artículo 62.1 de la referida Ley 30/1992, de 26 de noviembre (Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 septiembre 2002).

- Que pongan fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, si bien este último es un requisito que sólo jugará cuando se inicie la revisión a instancia del interesado y no cuando el procedimiento sea instado de oficio por la propia Administración autora del acto.

- Que la solicitud de revisión de oficio se inste por persona interesada, o de oficio por la propia Administración.



Dichos requisitos sí concurren en el presente caso y han originado la tramitación del procedimiento establecido en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

4ª.- Ha de analizarse, en consecuencia, si procede declarar la nulidad de pleno derecho de la Resolución del Alcalde de xxxxx de 29 de enero de 2003, por la que se acuerda aprobar el Convenio de correduría de seguros suscrito con la empresa sssss, S.A.U.

Con fecha 29 de enero de 2003, el Alcalde de xxxxx dicta una Resolución por la que se acuerda aprobar el Convenio de colaboración con la FEMP para recibir la prestación del servicio de asesoramiento en materia de seguros privados a través de sssss S.A.U. El procedimiento de revisión de oficio se inicia por el Ayuntamiento, por considerar ilegal la adhesión de una Entidad Local a un contrato celebrado entre la FEMP y una entidad mercantil.

La Administración considera que concurre la causa de nulidad contenida en la letra e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, esto es, tratarse de actos dictados "prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados", al haberse eludido el procedimiento legalmente establecido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para contratar la actividad de correduría de seguros, que debería haberse realizado a través de la celebración de un contrato de consultoría y asistencia.

La Administración se ampara en el criterio seguido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, que señaló, en su informe 19/01, de 3 de julio, que los acuerdos de adhesión al Servicio de Riesgos y Seguros de la FEMP son contrarios a la legalidad, porque "(...) no es posible la adhesión a un contrato celebrado por la Federación Española de Municipios y Provincias y una entidad mercantil que desarrolla la actividad de correduría de seguros para recibir la prestación del servicio de asesoramiento en materia de seguros privados por parte de una Entidad Local, que si desea concertar la prestación de tales servicios debe proceder a celebrar un contrato de consultoría y asistencia con una empresa capacitada conforme a lo establecido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas".



sssss S.A.U. alega a favor de la legalidad de la adhesión, que el Ayuntamiento de xxxxx se apoya en la literalidad del referido informe, sin tener en cuenta que la prestación es gratuita al carecer de precio y que, con posterioridad a la emisión del citado informe, el legislador modificó el régimen legal aplicable a este tipo de contratos, viniendo el artículo 61 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Administrativas, Fiscales y del Orden Social, a dar nueva redacción al apartado 6 de la disposición adicional novena de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP), cuyo texto refundido aprueba el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (por error la entidad mercantil interesada se refiere reiteradamente a un texto anterior, la Ley 13/1995), con la siguiente redacción:

“La presente Ley no será de aplicación a la prestación de servicios gratuitos que realicen a las Entidades Locales las asociaciones de las mismas a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local”.

Por su parte, la Administración considera que la adhesión no cumple con lo establecido en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ya que no se trata de un servicio gratuito, además de que la prestación del servicio no la realiza la FEMP, sino un tercero, la correduría de seguros, quien tiene suscrito un contrato mercantil con la FEMP.

5ª.- La Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) es una asociación de Entidades Locales, constituida al amparo de la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, cuyos actos están sometidos a derecho privado y que carece del carácter de organismo o entidad integrado en una Administración Pública, al no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 1.3 de la LCAP; y ello sin perjuicio de que sus asociados sean Administraciones Públicas y que sus fines sean la prestación directa o indirecta de toda clase de servicios a entidades locales.

Por su parte, el Ayuntamiento de xxxxx sí está dentro del ámbito subjetivo de la referida legislación de contratos. Por ello, habrá que tener presente en esta controversia que el artículo 1 de LCAP señala que los contratos que celebren las Administraciones Públicas se ajustarán a las



prescripciones de la misma. Además, bajo ese régimen y salvo las excepciones que la propia norma establece, es imprescindible -para cualquier adjudicación de un contrato- la correcta tramitación de un expediente de contratación y la regular adjudicación de aquél (artículos 69, 73 y 74 LCAP), bajo los principios de publicidad y libre concurrencia, pudiendo presentar sus proposiciones aquellas empresas que cumplan los requisitos de capacidad y solvencia (artículos 15 a 20). Este procedimiento se omite parcialmente con la adhesión a otro contrato, por lo que los supuestos en que se da ésta son regulados expresamente por la LCAP, al ser excepciones a la regla general.

Como pone de manifiesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, en su informe 19/01, de 3 de julio, la regulación establecida por el legislador en la LCAP, respecto de los supuestos de adhesión a contratos celebrados por otras Entidades incluidas en su ámbito subjetivo, está especificada en la disposición adicional décima, en la que se recoge la posibilidad de adhesión al sistema de contratación centralizada establecido en los artículos 183.1 y 199 LCAP, para la totalidad o para categorías de bienes y servicios. "La Ley no contempla más supuesto de adhesión, respecto de los distintos tipos de contratos, que a los contratos de suministros o de servicios cuando tales contratos proceden o se vinculan a un sistema de contratación centralizada realizado por la citada Dirección General o por las Comunidades Autónomas o Entidades locales, adhesiones que producen el efecto de exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato respecto de la Administración, organismo autónomo o entidad de derecho público que se adhiere al contrato celebrado con anterioridad, pero que, en todo caso, debe ser el resultado de una decisión previa de contratación o adquisición centralizada determinada por la Administración que celebra el contrato".

La limitación a los supuestos de adhesión está prevista de igual manera en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (artículo 189), norma que sustituye a la referida Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP).

La LCAP exige, para estar incluido en su ámbito subjetivo, que la entidad esté vinculada o sea dependiente de cualquiera de las Administraciones Públicas, requisito que no se cumple respecto de la FEMP; por lo que, aun cuando en el hipotético supuesto de que se hubiera adjudicado el contrato a ssss S.A.U. mediante la aplicación de las normas y procedimientos establecidos



en la legislación de contratos, eso no implica que sus contratos tengan el carácter de administrativos y, por tanto, no pueden adoptar decisiones de centralización de actividades susceptibles de proyectarse sobre órganos, organismos o entidades de las Administraciones Públicas y, consecuentemente, aquellos contratos que celebre no pueden dar lugar a la exclusión de aplicación de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

Además de ello, el artículo 3.1.d) de la LCAP excluye de su aplicación a los convenios que celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido entre los contratos regulados en la Ley o en sus normas administrativas especiales y el presente contrato está calificado como de consultoría y asistencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 196.2 de la misma precitada, o de servicios conforme a la referida Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Por ello, puede concluirse que no existe en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas un supuesto que ampare la adhesión a este tipo de contrato mercantil, lo que provocaría la exclusión parcial de la legislación de contratos.

6ª.- En cuanto a la alegación realizada por sssss, S.A.U, relativa a que la adhesión tiene amparo legal en el artículo 61 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Administrativas, Fiscales y del Orden Social, que da nueva redacción al apartado 6 de la disposición adicional novena de la LCAP, ha de señalarse que, ante la imposibilidad de obtener una interpretación auténtica o teleológica de la norma, al desconocerse sus antecedentes legislativos, no queda claro que sea exactamente este tipo de negocio jurídico lo que se quiere excluir de la LCAP, en el apartado 6 de su disposición adicional novena: "La presente Ley no será de aplicación a la prestación de servicios gratuitos que realicen a las Entidades Locales las asociaciones de las mismas a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local".

Por ello, teniendo en cuenta que las excepciones a una regla general son de interpretación estricta y restringida, deberá valorarse la literalidad del precepto.



En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril de 2003, Asuntos C 20/01 y 28/01, recuerda la necesidad de realizar una interpretación estricta de las excepciones a las normas sobre contratos, dado el riesgo especialmente elevado que supone la inobservancia de principios básicos comunitarios como el principio de libre concurrencia: “Las disposiciones del artículo 11 apartado 3º de la Directiva 92/50 (Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios), que autoriza a excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector público de servicios, deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existe realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quién quiera beneficiarse de ellas.

»Pues bien, el riesgo de que se viole el principio de no discriminación es especialmente elevado cuando una entidad adjudicataria decide no someterse a la concurrencia en un contrato determinado (...).”

De igual manera reitera el mismo principio la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de mayo de 1994, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España, por incumplimiento del Estado de la Directiva de Contratos Públicos de Suministro, Asunto C-328/92, que señala que las disposiciones establecidas en letras b) y d) del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 77/62, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, que admiten excepciones a las normas dirigidas a garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en este sector, deben ser interpretadas estrictamente, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ellas.

Por otro lado, hay que destacar que no se trata de un supuesto de prestaciones gratuitas. Aunque no consta en el expediente el contrato entre la entidad mercantil sssss, S.A.U. y la FEMP, de aquél se desprende que se impone directamente a los futuros adjudicadores del contrato de seguro la exigencia de asumir el pago de obligaciones de las que no son parte (artículo 1.257 Código Civil), al indicarse que la retribución de la correduría de seguros se abonará por la compañía de seguros con la que se contraten las pólizas. Por ello, es lógico suponer -al ser la práctica usual- que al producirse un aumento de coste por el pago de una comisión por la intermediación o corretaje



realizado por sssss, S.A.U., éste sea repercutido en la prima a abonar por la Administración contratante, en este caso el Ayuntamiento de xxxxx.

No está de acuerdo este Consejo Consultivo con el Ayuntamiento de xxxxx el cual, citando a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado, señala que el presente contrato de consultoría y asistencia de correduría de seguros carece de presupuesto de licitación y de precio.

La Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Sentencia de 2 abril de 2003, que analiza el contrato de consultoría y asistencia de correduría de seguros declarando la validez del contrato, señala que “no puede afirmarse que no exista cláusula fijadora del precio en el Pliego que examinamos, pues el precio viene constituido por el corretaje o comisión que el adjudicatario deberá percibir de los contratistas de seguros, en función del porcentaje que se fije en el contrato que se adjudique, quedando por tanto perfectamente determinado como cierto el precio.

»La propia LCAP, en su artículo 203.2 y a propósito de los contratos administrativos de consultoría y asistencia, cuyas normas son aplicables en el presente caso en cuanto a la preparación y adjudicación del contrato, según hemos razonado anteriormente, establece que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se establecerá ‘...el sistema de determinación del precio...’, que podrá consistir en un tanto alzado o en precios referidos a unidades de obra o de tiempo, o en aplicación de honorarios profesionales según tarifa o en la combinación de varias de estas modalidades.

»En definitiva, el precio existe y es determinable, y por tanto cierto. Lo que no existe es obligación económica para la Administración, habida cuenta que el precio se difiere a la compañía de seguros con la que contrate”.

7ª.- Por último ha de señalarse que la disposición adicional segunda, (bajo la rúbrica “Normas especiales de contratación en las Entidades Locales”) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, vigente en la actualidad, no contiene la referida excepción a la aplicación de la legislación de contratos, establecida en el apartado 6 de la disposición adicional novena “Normas específicas de Régimen Local”, de la LCAP, por lo que tal exclusión tiene menor amparo en la vigencia del nuevo régimen.



Por tanto puede declararse la nulidad de la adhesión realizada, con fundamento en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al ser un acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, en relación con el artículo 1 de la LCAP.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede declarar la nulidad de pleno derecho de la Resolución del Alcalde de 29 de enero de 2003, por la que se acuerda aprobar el Convenio de correduría de seguros suscrito con la empresa sssss, S.A.U.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.