



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero y
Ponente

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 13 de septiembre de 2012, ha examinado el *procedimiento de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de xxxx1*, 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 1 de agosto de 2012 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de xxxx1 para declarar la nulidad del contrato de obras de urbanización de la 4ª fase del polígono industrial "xxxx2"*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 6 de agosto de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 512/2012, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste, tal como dispone el artículo 55 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 17/2012, de 3 de mayo. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Rey Martínez.

Primero.- El 11 de octubre de 2004 el Alcalde del Ayuntamiento de xxxx1 y D. xxxx3 suscriben un contrato para la ejecución de las obras de construcción de la cuarta fase del polígono industrial de xxxx1.



En él se indica que "La celebración de este contrato y su adjudicación definitiva fueron acordados por el Pleno del Ayuntamiento de xxxx1 con fecha uno de octubre de 2004.

»El objeto de este contrato es la ejecución de las obras de construcción del Polígono industrial incluidos en la separata nº 4 correspondiente a esta fase de obra elaborada en base a dicho proyecto por el Arquitecto D. (...), visada por el Colegio de Arquitectos de Castilla y León fecha 13 de agosto de 2004. El presupuesto total de las unidades de obra a ejecutar que han sido incluidas en la separata tienen un presupuesto total de 74.117,00 euros".

El precio del contrato es de 63.000 euros, importe de la adjudicación definitiva, en el que están incluidos todo tipo de gastos e impuestos, y el plazo de ejecución se fija en tres meses contados a partir de la fecha del acta de comprobación y replanteo de las obras.

El 2 de septiembre de 2003 el Ayuntamiento de xxxx1 remite un fax a D. xxxx8, a la atención de D. xxxx9 en el que se encarga la redacción de un proyecto por importe de 63.000 euros, teniendo en cuenta una subvención que se había otorgado por la Diputación Provincial de xxxx7 el 3 de abril del año 2003,.

En el fax se indica expresamente que se estima "una baja en la contratación de un 10% podría determinarse un volumen de obra total a ejecutar, importe de la separata y precio de salida en la subasta de 70.000 euros aproximadamente (sic)".

Obra en el expediente la documentación adicional de la 4ª fase del proyecto de urbanización del polígono industrial UR-3 de xxxx1, fechada en junio de 2004, en la que figura la memoria y las mediciones y presupuesto.

El contrato se otorga mediante procedimiento negociado por trámite de urgencia. Constan también certificaciones emitidas con posterioridad al acta de recepción y a la liquidación y pago de la obra. El contrato supuestamente ejecutado, liquidado y pagado por el precio que figura en él (63.000 euros) da lugar a dos nuevas certificaciones por importe que duplica el precio del contrato, cuyo valor asciende a 108.173,11 euros, una de ellas emitida por



importe de 27.957,15 euros en julio de 2006 y otra por importe de 80.215,96 euros en enero de 2011, seis años después de terminada la obra.

Consta en el expediente Decreto de la Alcaldía de 29 de mayo de 2011 en el que se acuerda el pago de las certificaciones de la 4ª fase, junto a otras correspondientes a otras fases, conforme el calendario que detalla, que comienza en el mes de junio de 2011 y termina en noviembre de 2014.

Segundo.- El 2 de mayo de 2012 el Servicio de Protección de la Naturaleza de xxxx4 remite un informe al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de xxxx5 (recibido por éste el 4 de mayo), en el seno del Procedimiento Abreviado 67/2012, sobre el estado de ejecución de diversas obras de la localidad de xxxx1; entre ellas, la 4ª fase del proyecto de urbanización del polígono industrial UR-3. En relación con ella, dicho informe señala lo siguiente:

«El contrato de la 4ª fase se otorga en octubre de 2004 a D. xxxx3 (6942870K); sobre proyecto para ella de junio de 2004 del que no consta aprobación plenaria del Ayuntamiento.

»El plazo de ejecución son tres meses; iniciándose en enero de 2005 y recepcionándose en acta firmada en septiembre del mismo año.

»Corresponde, según presupuesto, a red de saneamiento, conducción y red de distribución de agua.

»La diferenciación con la tercera fase es confusa, si bien, la falta de remate de las instalaciones es generalizada.

Tercero.- Obra en el expediente un extenso informe jurídico, carente de fecha, realizado por D. xxxx6 en el que se analizan las causas de nulidad que concurren en varios contratos celebrados por el Ayuntamiento de xxxx1, el procedimiento para declarar su nulidad y los efectos de dicha declaración.

Cuarto.- El 29 de marzo de 2012 el Pleno del Ayuntamiento acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio del contrato de obras de urbanización de la 4ª fase del polígono industrial "xxxx2", por considerar que concurren las siguientes causas de nulidad de pleno derecho:



- Omisión total y absoluta del procedimiento de adjudicación del contrato.

- Carencia o insuficiencia de crédito, "ya que no se ha incorporado certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, y la fiscalización previa de la intervención, en su caso".

- Inexistencia, con anterioridad a la adjudicación del contrato de obras, del correspondiente proyecto de obras, tal y como exige el artículo 122 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por el Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante LCAP).

En la misma sesión el Pleno acuerda suspender la ejecutividad del contrato, "por ser susceptible de ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación, (...), en tanto en cuanto los intereses públicos en conflicto tienen una considerable relevancia en relación a los intereses económicos del contratista. Los perjuicios provocados son: las empresas adjudicatarias de parcelas no han recibido las mismas y por tanto no han podido ejecutar las inversiones para las que fueron adjudicadas; el crecimiento económico de xxxx1 y la creación de empleo se encuentran bloqueados indefinidamente, impidiéndose la implantación de empresas".

Quinto.- En el trámite de audiencia el contratista alega, en síntesis, lo siguiente:

a) Existencia de prejudicialidad penal, ya que en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de xxxx5 se sigue el Procedimiento Abreviado 67/2012, tras la denuncia presentada por el actual equipo de gobierno municipal ante la Fiscalía de la Audiencia Provincial de xxxx7, por la presunta comisión de unos delitos en la celebración de varios contratos (entre los que se encuentra el contrato que se pretende revisar).

b) Infracción del deber de abstención de la alcaldesa, por enemistad manifiesta, ya que el contratista ha interpuesto dos querellas por injurias y calumnias contra ella, por las manifestaciones realizadas en unos medios de comunicación.



c) Imposibilidad de revisar de oficio el contrato dado el tiempo transcurrido desde su celebración y los acontecimientos posteriores, en particular, la existencia de una recepción parcial expresa de las obras que supone el 60% de la obra y una recepción tácita del resto.

d) Inexistencia de las causas de nulidad invocadas por el Ayuntamiento, ya que existía proyecto de obra aprobado. Se había aprobado el proyecto de urbanización para la 3º fase y a partir de ahí en cada fase de ejecución del polígono industrial "xxxx2" se sacaban separatas o partes de la obra para su ejecución en fases o partes.

Respecto a la inexistencia de trámite para la contratación indican que la adjudicación se hizo no con carácter de urgencia sino de emergencia en el Pleno de 1 de octubre de 2004, en el que por unanimidad se aprueba dicha contratación y expresamente señalan: "Siendo necesaria la pronta ejecución de la obra y que dicha obra se ejecuta al mismo tiempo que la 3ª fase por razones técnicas, procedimiento de emergencia por razones de ejecución simultánea teniendo negociado la obtención de una baja del 15% en la ejecución muy similar a la obtenida en la subasta de dicha 3º fase. Acuerda la adjudicación de obra con el contratista D. xxxx3".

Respecto de la falta de consignación presupuestaria indica que no resulta acreditado por parte del Ayuntamiento que el contrato se adjudicó por el procedimiento de emergencia, supuesto que se exceptúa de la causa de nulidad de pleno derecho por insuficiencia de crédito que se regula en el artículo 62.1 c) de la LCAP, y que existían fondos públicos consistentes en una subvención de la Diputación Provincial de xxxx7, por importe de 63.000 euros y en otros del Ayuntamiento, por lo cual había consignación presupuestaria.

Se opone a la suspensión de la ejecutividad del contrato y a la revisión de oficio y alega que concurre fraude de ley, mala fe y abuso de derecho. Adjunta al escrito de alegaciones numerosa documentación relativa a los hechos expuestos.

En un posterior escrito alega, además, que existen defectos invalidantes del procedimiento e indefensión, al no haber puesto a su disposición toda la documentación del expediente; y que existe un reconocimiento extrajudicial de la deuda por las obras ejecutadas en el Decreto de la Alcaldía de 29 de mayo



de 2011 y una convalidación o subsanación de las actuaciones presupuestarias omitidas. Aporta documentación relativa a los hechos alegados.

Sexto.- El 23 de mayo el contratista solicita la recusación del instructor y de la secretaria; aporta documentación judicial y diversas denuncias presentadas.

La recusación se desestima mediante Resolución de la Alcaldía de 18 de junio.

Séptimo.- El 19 de junio D. xxxx6 emite un nuevo informe en el que analiza las alegaciones formuladas por el contratista y considera que procede desestimarlas y acordar la nulidad de pleno derecho del contrato de obras.

Octavo.- El 22 de junio de 2012 se formula propuesta de resolución, en el sentido de declarar la nulidad de pleno derecho del contrato por "los motivos de nulidad que provocaron la resolución de iniciación del presente expediente". En el mismo acto se suspende el plazo para dictar y notificar la resolución.

Dicha resolución se notifica al interesado el 25 de junio.

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

Única.- Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de xxxx5, se sigue el Procedimiento Abreviado 67/2012, tras la denuncia presentada por el actual equipo de gobierno municipal ante la Fiscalía de la Audiencia Provincial de xxxx7, por la presunta comisión de unos delitos en la celebración de varios contratos (entre los que se encuentra el contrato que se pretende revisar), de los que resulta adjudicatario D. xxxx3.

Alegan que en todos los contratos se producen una serie de irregularidades que afectan a las fases de adjudicación y de ejecución y liquidación del contrato. En lo que afecta al contrato de obras de urbanización



de la 4ª fase del polígono industrial "xxxx2", se han emitido nuevas certificaciones de obra varios años después de que se emitiera el acta de su recepción definitiva y certificación final de obra por importes que llegan a duplicar el precio original del contrato. El acta de recepción definitiva de la obra es de 12 de septiembre de 2005 y el 13 de septiembre se efectúa la liquidación del contrato por importe de 63.000 euros. Con posterioridad, en julio de 2006 se emite factura por importe de 27.957,15 euros y en enero de 2011 otra por importe de 80.215,96 euros.

El procedimiento de modificación del proyecto no se ha tramitado en los términos establecidos en la normativa de contratación, ni se formaliza el documento de modificación de contrato, sino que, sin tramitar procedimiento alguno, una vez recibida la obra y pagada, se levantan, años más tarde, actas de precios contradictorios.

Se utiliza el procedimiento de emergencia; sin embargo las obras comienzan a los seis meses de adjudicarse el contrato.

El contrato se ha adjudicado a través de un procedimiento negociado sin cumplir con lo estipulado en el artículo 92 de la LCAP, puesto que no aparece la solicitud de ofertas de empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato sino que se adjudica directamente a D. xxxx3.

Todas las actuaciones referidas presentan características que hacen presumir la posible existencia de delitos de malversación, tráfico de influencias, prevaricación y falsedad documental.

Por lo tanto es determinante la sentencia que vaya a recaer en el procedimiento penal a la hora de abordar las causas alegadas para la revisión de oficio de los contratos, sobre todo en lo referente a la falsedad documental y tráfico de influencias; y así pronunciarse sobre la procedencia o no de la revisión del presente contrato que ya ha sido ejecutado y liquidado, dado el tiempo transcurrido desde acta de recepción (12 de septiembre de 2005) hasta que se inicia el procedimiento de revisión de oficio (29 de marzo de 2012). Y en el supuesto en que la sentencia penal anulase los contratos la revisión de oficio quedaría sin objeto.



Además ha de tenerse en cuenta que ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de xxxx7 está pendiente el Procedimiento Ordinario 62/2011 interpuesto por D. xxxx3 cuyo objeto es el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de xxxx1 de 19 de abril de 2011, por el que se adjudica el contrato de obras de la sexta fase del polígono industrial xxxx2 a favor de la empresa qqqq S.A., parte de las cuales se habían contratado con el recurrente, respecto del cual se ha solicitado su suspensión por existir prejudicialidad penal, puesto que en el supuesto de que los contratos anteriormente referidos sean anulados por una sentencia penal el procedimiento contencioso quedaría sin objeto.

Es doctrina reiterada del Consejo de Estado, entre otros los Dictámenes números 1.487/1993 de 28 de diciembre, 1.898/1994 de 3 de noviembre y 2.122/1995 de 26 de octubre, la siguiente:

“(...) existe un principio general, consagrado por las leyes procesales y aceptado sin discusión alguna por la doctrina y la jurisprudencia, en virtud del cual cuando un asunto se encuentra *sub judice*, ningún otro Juez o Tribunal puede entrar a conocer del mismo. La litispendencia, que es la designación sintética con la que se define al conjunto de efectos procesales que origina la interposición de una demanda, lleva consigo, como consecuencia fundamental, entre otras, la de que no pueda seguirse normalmente otro proceso sobre el mismo asunto, dada la necesidad de ahorrar esfuerzos procesales innecesarios y evitar posibles fallos contradictorios. En el fondo, subyace el principio *non bis in idem*, que se proyecta en las dos clásicas excepciones de *litispendencia* (ningún otro proceso simultáneo sobre el mismo asunto) y de *cosa juzgada* (ninguna otra decisión sobre lo ya decidido).

»El problema que ahora se plantea es el de decidir si esta misma regla de *cierre procesal* y absorción plena de toda la competencia para conocer del asunto por parte del juzgador llamado a decidir un determinado pleito, debe también aplicarse en los procedimientos administrativos y, concretamente, en el procedimiento de revisión de oficio por manifiesta ilegalidad que autoriza el artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo. La respuesta necesariamente tiene que ser afirmativa, por muchas razones. En primer lugar, porque el fundamento último del principio (ahorrar esfuerzos procesales innecesarios y evitar posibles fallos contradictorios) es igualmente válido y aplicable en los procedimientos



administrativos. Se puede discutir la competencia del órgano decisor, mediante la incoación de una `cuestión de competencia´ que provoque la cancelación de un procedimiento indebidamente planteado. Pero lo que no se admite es que, una vez iniciado un procedimiento, pueda abrirse otro sobre el mismo asunto, antes de que el primero haya quedado definitivamente resuelto o cancelado.

»Hay también un argumento *minus ad majus* que es de gran relevancia en este caso. Si los órganos jurisdiccionales, que están llamados a decir la última palabra en punto a la legalidad de los actos administrativos (art. 106 de la Constitución), tienen que sujetarse a esta regla inexorable del *non bis in idem*, no hay ninguna razón para que la Administración, al hacer uso del privilegio que la Ley le otorga de revisar en primera instancia la legalidad de sus propios actos, disponga de mayores facultades que los propios órganos jurisdiccionales que son los que tienen que decidir en última instancia.

»Concurren además otros argumentos de índole exegética. El procedimiento administrativo está regido por unos principios análogos, cuando no idénticos, a los que se aplican en los procesos judiciales; y con mayor razón cuando se trata de los procedimientos revisores que regulan los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que son `quasi judiciales´. Es obvio, por otra parte, que la pendencia de un proceso judicial interfiere la firmeza del acto enjuiciado, sin perjuicio de su ejecutividad, si no se produce un acuerdo expreso de suspensión de la ejecución.

»En definitiva, debe llegarse a la conclusión de que la excepción de `litispendencia´ puede ser alegada, y debe prosperar, en los procedimientos de revisión de oficio, siempre que resulte acreditado que, sobre el mismo asunto, esto es, sobre la legalidad del acto cuya revisión de oficio se pretende, se halle pendiente la resolución de un proceso ante los Tribunales de Justicia competentes”.

De acuerdo con esta doctrina, este Consejo Consultivo estima que no procede dictaminar sobre el fondo del asunto hasta que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de xxx5 haya resuelto el proceso penal pendiente.

III CONCLUSIONES



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

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

En el estado actual del procedimiento, no procede emitir dictamen sobre el fondo del asunto en el expediente de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de xxxx1 para declarar la nulidad de pleno derecho del contrato de obras de urbanización de la 4ª fase del polígono industrial "xxxx2".

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