



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 7 de marzo de 2013, 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 febrero de 2013 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre *el procedimiento de revisión de oficio del acto del Alcalde de xxxx1 de 31 de marzo de 2010, por el que se adjudica el contrato de gestión del servicio público del albergue municipal*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 4 de febrero de 2013, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 79/2013, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, 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 31 de marzo de 2010 se suscribe un contrato de gestión de servicio público entre el Alcalde del municipio de xxxx1 y Dña. xxxx2, en régimen de concesión mediante adjudicación directa, para la contratación de la gestión del servicio del albergue municipal.

El contrato se califica como contrato privado de gestión de servicios públicos, que "tiene por objeto la gestión del servicio público de 'albergue muni-



cipio xxxx1, patrimonio del Ayuntamiento de xxxx1, en régimen de concesión”, con una duración de 15 años y un precio de 240,20 euros mensuales.

En el referido contrato se hace constar que D. xxxx3, hermano de la adjudicataria, venía gestionando el albergue, que comunica su intención de cesar en su actividad y que dicho contrato se adjudica a Dña. xxxx2, “dado que no existen otras ofertas interesadas en el negocio” y “dada la cercanía del periodo vacacional, se acuerda, por Decreto de Alcaldía, en virtud de las competencias legalmente establecidas y teniendo en cuenta que dicha adjudicación no superaría el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto, siendo por lo tanto una de las competencias del Alcalde, la adjudicación directa de la Gestión del Servicio público del Albergue Municipal de xxxx1, usándose este procedimiento de forma excepcional en aras de salvaguardar el interés general y en beneficio del municipio, dada la inminente llegada de la Semana Santa, época de afluencia turística, comportando el tener cerrado dicho albergue un perjuicio para el municipio, tanto respecto al servicio a prestar a los visitantes como respecto de los perjuicios para los demás negocios del Valle, ya que menguaría considerablemente la oferta turística. Valorándose positivamente la experiencia en la gestión del mismo y la inexistencia de reclamaciones por parte de los usuarios.”

Segundo.- Al expediente se incorpora la siguiente documentación:

- Informe de 27 de marzo de 2010 previo a la celebración del contrato, de la Secretaria-Interventora del Ayuntamiento, en el que se considera más adecuado celebrar un contrato de arrendamiento que de gestión de servicio público y que, no obstante, se considera como procedimiento más adecuado para su adjudicación el procedimiento abierto, o en su caso el negociado con publicidad.
- Documentación por la que se requiere a la adjudicataria la justificación de su actividad conforme a la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Turismo de Castilla y León; documentación relativa a la obtención de la licencia de obras para las actuaciones llevadas a cabo en la fachada del albergue y actas de deficiencias observadas por la Junta de Castilla y León.
- Solicitud de informe jurídico efectuada por el Alcalde de xxxx1 al Consejo Comarcal de xxxx4 relativo a la adjudicación del contrato, en la que se



hace constar "que esta documentación es la única existente en los expedientes obrantes en este Ayuntamiento, ya que en los mismos se carece de ningún tipo de expediente, dado que no existen ni ofertas, ni propuestas, ni decreto, ni pliegos, ni se ha efectuado ningún tipo de publicación, únicamente existe un informe de secretaría efectuado en relación al último de los contratos. Igualmente se adjunta la documentación existente en relación a este edificio ya que carecía, a fecha de entrada de la nueva corporación de alta en Turismo, habiéndosele requerido por ello, así como por haber llevado actuaciones en la fachada sin autorización previa".

- Informe de 12 de junio de 2012 del Consejo Comarcal de xxxx4 en el que se concluye que "el acto administrativo por el cual se procede a la adjudicación del contrato de gestión de servicios públicos con doña xxxx2, de fecha 1-03-2010, es nulo de pleno derecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1 e) de la LRJAP, en cuanto que el acto ha sido dictado prescindiendo total y absolutamente de procedimiento legalmente establecido, y considerando que se dan los requisitos que viene exigiendo la jurisprudencia (así en STS 17-10-2000) para que se aprecie la omisión del procedimiento en cuanto que la infracción ha de ser clara, manifiesta y ostensible y que dentro del concepto de nulidad se comprende tanto los casos de ausencia de trámite como el seguir un procedimiento distinto".

Tercero.- El 12 de septiembre de 2012 la Secretaria-Interventora municipal informa de que es la Junta de Gobierno Local la competente para la contratación, debido a la delegación de competencias efectuada en sesión plenaria de 1 de julio de 2011.

Cuarto.- El 6 de noviembre un asesor jurídico externo a la Entidad Local emite informe favorable sobre la "revisión de oficio del contrato de gestión de servicio público del albergue municipal de xxxx1".

Quinto.- El 19 de noviembre la Junta de Gobierno Local acuerda incoar el procedimiento para la revisión de oficio del contrato de gestión de servicio público del albergue municipal de xxxx1.

Sexto.- Concedido trámite de audiencia a la adjudicataria, el 21 de diciembre presenta alegaciones en las que se opone a la revisión del contrato y



solicita, de modo subsidiario, una indemnización de 35.000 euros “más el daño emergente y el lucro cesante”.

Séptimo.- El 19 de enero de 2013 la Secretaria-Interventora emite nuevo informe sobre el procedimiento a seguir y la legislación aplicable para, en su caso, declarar la nulidad de pleno derecho del contrato, sobre la denegación de las alegaciones presentada por la interesada y sobre la propuesta de resolución.

Octavo.- El 21 de enero de 2013 se acuerda la suspensión del plazo para resolver el procedimiento, lo que se notifica a la interesada.

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 apartado tercero, 2.e) del Acuerdo de 31 de mayo de 2012, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

Además, la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo resulta justificada, con toda claridad, 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 pretendida.

2ª.- La competencia para resolver el procedimiento corresponde al Pleno del Ayuntamiento de conformidad con lo establecido en la disposición adicional



segunda de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). En este sentido se pronuncia también la misma disposición del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). Todo ello sin perjuicio de la posible delegación de competencias que, en su caso, pudiera haberse acordado.

3ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en el artículo 102 de la referida Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Consta la concesión del trámite de audiencia, y la exigencia de informe del Consejo Consultivo se cumple con la emisión del presente dictamen.

Cabe no obstante formular una serie de objeciones:

En cuanto a los requisitos procedimentales exigibles, es reprochable la falta de remisión a este Órgano del borrador o propuesta de resolución que contenga el sentido que pretenda plasmar el órgano competente para resolver, documentación que debería haberse remitido a este Consejo Consultivo.

Tal y como se expondrá más adelante, al tratarse de un contrato privado -así lo establece el propio contrato-, lo procedente es declarar la nulidad del acto de adjudicación del contrato de gestión de servicios públicos, aunque ello lleve consigo la de este último, de conformidad con el artículo 35 de la LCSP.

Por otra parte, el dictamen del Consejo Consultivo es un trámite que precede de manera inmediata a la resolución -en su caso- del contrato, por lo que no se considera adecuada la previsión contenida en el informe de Secretaría de 19 de enero de 2013 de concesión de un nuevo trámite de audiencia. De conformidad con lo señalado en el artículo 4.3 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, los asuntos dictaminados por el Consejo Consultivo no podrán ser remitidos para su informe posterior a ningún otro órgano o institución en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos precedentes, a la vista de las peculiares circunstancias concurrentes en el presente caso -consta de manera indubitada la concreta causa de revisión y el trámite de audiencia concedido al contratista-, los principios de eficacia y celeridad administrativa, se prescinde de la solución rigorista de devolución del expediente para que sea completado con



la citada propuesta, ya que no puede deducirse que aportaría nuevos elementos significativos que se desconozcan con la documentación remitida y sólo supondría una dilación en la resolución del procedimiento, máxime cuando, este expediente ya ha sido devuelto por el Consejo Consultivo al no haberse seguido el procedimiento adecuado para su remisión, de conformidad con el artículo 6 de su Ley reguladora.

Por otra parte, se recuerda que, con carácter general, ha de formularse la propuesta de resolución e incorporarla al expediente que se remita a este Órgano Consultivo para dictamen.

4ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento de revisión de oficio del acto del Alcalde de 31 de marzo de 2010, por el cual se procede a la adjudicación del contrato de gestión del servicio público del albergue municipal de xxxx1.

Conviene señalar que el contrato celebrado de gestión de servicios públicos bajo el régimen de concesión ha sido configurado en el documento en el que se formaliza como un contrato privado. Respecto a esta cuestión es preciso advertir que en el caso de contratos privados lo procedente es determinar la nulidad del acto de adjudicación, en cuanto acto separable y sujeto al derecho administrativo, tal y como acertadamente se concluye en el informe de 12 de junio de 2012 del Consejo Comarcal de xxxx4. Para una mayor comprensión de lo señalado pueden consultarse los Dictámenes 1.093/2005, 19 de enero de 2006, o el Dictamen 991/2008, 20 de noviembre de 2008, sobre la revisión de oficio de los actos de adjudicación de los contratos privados.

En otro orden de consideraciones, los diferentes informes emitidos durante la instrucción del procedimiento ponen de manifiesto la dificultad existente para calificar de forma adecuada el contrato, con exposición de una doctrina vacilante en cuanto a los contratos que, como éste, pretenden ceder la gestión del servicio público de un albergue municipal.

En cualquier caso, y sea cual sea la calificación que haya de darse al contrato, el Alcalde de xxxx1 procedió, mediante adjudicación directa, a celebrar un contrato que trae causa de otros anteriores celebrados de igual forma, sin observar ningún tipo de procedimiento, sin pliegos y sin publicidad alguna.



La LCSP, en su artículo 20.2, bajo la rúbrica “contratos privados”, establece que los contratos privados se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, “(...) en defecto de normas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.”

Aun teniendo presente la dificultad para configurar este contrato como contrato privado a la luz de la vigente legislación de contratos, lo cierto es que aun así se ha omitido cualquier tramitación de procedimiento necesario para la adjudicación y celebración de un contrato por una Administración Pública, como exigen los artículos 122 y siguientes de la LCSP o el artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, para el supuesto de que las Entidades Locales ejerzan la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas, o los artículos 106 y siguientes de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, para el supuesto de que se considerase como un caso de cesión de bienes patrimoniales.

En definitiva, sea cual fuera la opción elegida, lo que parece incuestionable es que ha existido una omisión absoluta del procedimiento legalmente establecido. Por ello, las causas habilitantes para que la Administración Pública declare la nulidad de un acto, son las enumeradas en el citado artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Estas causas han de ser objeto de interpretación estricta, habida cuenta, de una parte, su propia naturaleza y, de otro lado, el carácter singular de la potestad administrativa de autotutela prevista en el artículo 102 de dicha Ley.

Debe recordarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado –acogidas por este Consejo- requieren que, para que pueda haber lugar a la revisión de un acto firme motivado en la causa contemplada en el artículo 62.1.e) -actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido-, se precisa que la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías en la tramitación que no consistan en defectos leves. Es necesario apreciar con rigor que el procedimiento se ha violentado de modo terminante y claro, sin que baste con haber prescindido de algún trámite, o que se ha producido alguna anomalía esencial en la tramitación.



Aun apreciando el carácter restrictivo de las causas de nulidad, a la luz de las circunstancias concurrentes en el supuesto sometido a dictamen, este Consejo Consultivo considera que el acto por el que se procedió a la adjudicación directa del contrato de gestión de servicios públicos de 31 de marzo de 2010, en régimen de concesión y calificado como contrato privado está incurso en la causa tipificada en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

III CONCLUSIONES

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

Procede que se declare la nulidad del acto del Alcalde de xxxx1 de 31 de marzo de 2010, por el que se adjudica el contrato de gestión del servicio público del albergue municipal.

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