



Sr. Madrid López, Presidente
en sustitución

Sr. Estella Hoyos, Consejero y
Ponente

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero

Sr. Besteiro Rivas, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 28 de julio de 2005, ha examinado el *expediente de revisión de oficio iniciado a instancia de la empresa 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 21 de abril de 2005 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de revisión de oficio, promovido a instancia de la empresa xxxxx, de la cláusula VIII-11-2 del pliego de condiciones económico-administrativas del contrato de obra suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y la empresa citada para la construcción del Tratamiento del Entorno de la Laguna, III fase, Zona Deportiva y Vestuario.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 25 de abril de 2005, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 414/2005, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Estella Hoyos.

Primero.- Con fecha 21 de enero de 2004, la empresa xxxxx presenta un escrito en el registro del Ayuntamiento de xxxxx solicitando que se tenga por no puesta la cláusula VIII-11-2 del pliego de condiciones económico-administrativas que rige la contratación de las obras de Tratamiento del Entorno de la Laguna, III fase, Zona Deportiva y Vestuario, de las que resultó



adjudicatario, firmándose el contrato con el citado Ayuntamiento el 26 de marzo de 2003.

Dicha cláusula recoge como gastos exigibles al contratista el de dirección de obra. Respecto a los cuales, y teniendo en cuenta que tales gastos no están entre los determinados en el artículo 131.1.a) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que la Junta Consultiva de Contratación considera que tales cláusulas deben entenderse nulas, el contratista solicita que se tengan por no puestas.

Segundo.- El Jefe de Sección del Ayuntamiento de xxxxx, en relación con el anterior escrito, propone dictar resolución en la que se desestime la petición de la empresa xxxxx

En dicha propuesta considera que la solicitud formulada por el contratista fue realizada una vez que la obra ya había finalizado. El acta de recepción de la obra es de fecha 2 de diciembre de 2003, de aquí que se tenga que considerar que la pretensión formulada es atemporal porque hace referencia al pago de unos gastos por la realización de unos servicios que ya se ejecutaron, estando la obra contratada ya finalizada. Por lo que no procede admitir la pretensión realizada en estos momentos y dentro del ámbito contractual, pudiendo utilizar, si se estima conveniente, otra vía de las que el derecho establece en defensa de sus intereses.

Tercero.- El Alcalde del Ayuntamiento de xxxxx dicta Decreto en el que resuelve desestimar la petición formulada por el contratista el 21 de enero de 2004 y dar cuenta de la presente resolución al interesado en el expediente, a la Intervención Municipal, a la Tesorería y al Pleno del Ayuntamiento.

Dicho Decreto se notifica en fecha 16 de febrero de 2004 al contratista, a la Intervención Municipal y a la Tesorería.

Cuarto.- Contra el citado Decreto de la Alcaldía la empresa contratista interpone recurso de reposición en fecha 12 de marzo de 2004. En el mismo señala que "está claramente demostrada la oportunidad de la reclamación y la justificación que la empresa hace de la misma por cuanto la cuantía económica cuya devolución debería de producirse lo es en razón a un tributo de haberse cobrado indebidamente por el Ayuntamiento, tributo, que, como contempla la



Ley General Tributaria, si se hace de forma indebida, puede reclamarse en el plazo de 4 años desde el ingreso o pago indebido con lo que, contrariamente a lo que se expresa en la Resolución, no existe ninguna atemporalidad y por tanto no hay justificación para la designación efectuada”.

Quinto.- Mediante Decreto de la Alcaldía de fecha 18 de marzo de 2004, se desestima el citado recurso de reposición. Ello al considerar que la fundamentación del recurso se basa en aspectos de carácter tributario, por lo tanto, ajenos al ámbito contractual, que es el ámbito en el que se encuadra la resolución objeto de recurso.

Dicho Decreto es notificado a la Intervención Municipal en fecha 24 de marzo de 2004, y a la Tesorería Municipal y a la empresa contratista en fecha 25 de marzo de 2004.

Sexto.- En fecha 26 de mayo de 2004, la empresa contratista interpone recurso contencioso-administrativo contra el anterior Decreto, que da lugar al procedimiento ordinario xxxxx ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº xx de xxxxxxxx. Se dicta Sentencia en fecha 11 de noviembre de 2004, que es notificada al Ayuntamiento de xxxxx el 23 de diciembre de 2004.

El fallo de dicha Sentencia es el que sigue: “Estimo en parte el recurso contencioso administrativo presentado por el Letrado Sr. yyyy en nombre y representación de `xxxxx´, y declaro la nulidad de la resolución recurrida y la retroacción del procedimiento de revisión de acto nulo para resolver sobre la conformidad a derecho o no de la cláusula VIII-12-2 del Pliego de Condiciones Económico Administrativas del contrato de obra Tratamiento del entorno de la Laguna III fase, zona deportiva y vestuarios”.

Séptimo.- Mediante Providencia de la Alcaldía de fecha 28 de diciembre de 2004 (notificada al contratista el 3 de enero de 2005), se acuerda iniciar la apertura del expediente con objeto de declarar la nulidad del acto administrativo mencionado, en su caso, solicitándose los informes que procedan.

Octavo.- La Interventora del Ayuntamiento de xxxxx, a solicitud de la Alcaldía, emite informe de fecha 14 de febrero de 2005 en el que señala que “atendiendo a la Sentencia nº 269, deberá actuarse conforme se dispone en el



artículo 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común”.

Noveno.- El Técnico de la Administración especial del Ayuntamiento de xxxxx emite informe, de fecha 21 de febrero de 2005, en el que señala:

“a) Creemos que es posible incluir en el Pliego de condiciones administrativas particulares dentro de los gastos generales el que el contratista adjudicatario pague directamente los honorarios de dirección de obra.

»b) No obstante, y subsidiariamente, si no fuera posible establecer la cláusula anterior nos encontraríamos ante un supuesto de anulabilidad y no de nulidad radical; por lo que la fuerza contractual del pliego y su no impugnación convalidaría el presunto vicio.

»c) Se debe tener en cuenta que el imponer ahora al Ayuntamiento el pago de estos honorarios conculcaría los principios de seguridad jurídica, el de conservación de los actos administrativos, el de ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y el de precio cierto”.

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

Décimo.- La Presidenta del Consejo Consultivo de Castilla y León dicta Acuerdo, de fecha 28 de abril de 2005, en el que se requiere al Ayuntamiento de xxxxx para que complete el expediente, en concreto, con la acreditación del trámite de audiencia a los interesados, suspendiéndose el plazo para la emisión del dictamen.

Con fecha 30 de junio de 2005, tiene entrada en el registro de este Consejo Consultivo la documentación requerida al Ayuntamiento de xxxxx, reanudándose nuevamente el plazo para la emisión de dictamen mediante Acuerdo de fecha 5 de julio de 2005.



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.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La competencia para resolver el expediente de revisión de oficio debe entenderse atribuida al Pleno de la Corporación, a la vista de lo dispuesto, en relación con el ámbito específicamente tributario, en el artículo 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Ésta ha sido la solución tradicionalmente adoptada ante la falta de una previsión expresa en la normativa de régimen local sobre este particular (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1985 y 2 de febrero de 1987, así como Dictamen del Consejo de Estado de 2 de diciembre de 1993, referencia 1420/1993).

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente tramitado por el Ayuntamiento de xxxxx de revisión de oficio, promovido a instancia de la empresa xxxxx, de la cláusula VIII-11-2 del pliego de condiciones económico-administrativas del contrato de obra suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y la empresa citada para la construcción del Tratamiento del Entorno de la Laguna, III fase, Zona Deportiva y Vestuario.

En dicha cláusula se recogen las obligaciones del contratista de carácter específico y gastos exigibles, señalando en su número 2: "Son de cuenta del contratista los gastos e impuestos derivados de los anuncios oficiales de la licitación y de formalización del contrato, y aquellos generados por la prestación de los trabajos facultativos de comprobación del replanteo, dirección, inspección y liquidación y cualesquiera otras que resulte de aplicación, según las disposiciones vigentes en la forma y cuantía que éstas señalen".



En primer término ha de señalarse que el presente procedimiento de revisión de oficio, regulado en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ha de entenderse iniciado a solicitud del interesado, puesto que hemos de recordar que en el escrito interpuesto por la empresa contratista en fecha 21 de enero de 2004, ante el Ayuntamiento de xxxxx, según el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº xx de xxxxxxx, en Sentencia de 11 de noviembre de 2004, se estaba pidiendo la declaración de nulidad de la cláusula VIII-11-2 del contrato suscrito entre ambos. El fallo de dicha Sentencia lo que ordena es la incoación del procedimiento de revisión de oficio por parte del Ayuntamiento de xxxxx a la vista del escrito de 21 de enero de 2004 presentado por el contratista.

En cuanto al fondo del asunto ha de partirse de la doctrina mantenida por nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 28 de junio de 2004, que considera que las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los actos preparatorios del contrato, fundamentalmente en los pliegos de cláusulas y prescripciones técnicas, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes han concurrido a la correspondiente licitación. Como tuvo ocasión de señalar en Sentencia de 4 de noviembre de 1997, puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir la vida del contrato, el que consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico.

En definitiva, la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resultara a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando, incluso, en su día, a la adjudicación.

Asimismo, el Tribunal Supremo se refiere a la extrañeza que produce el que se pongan reparos de legalidad a la figura misma del contrato o al



contenido de las cláusulas por quien había pretendido su adjudicación. Y éste debía entender que al no impugnar el Pliego se convertiría en Ley del contrato siguiendo reiterados criterios jurisprudenciales (Sentencias de 4 de abril de 1961, 31 de marzo de 1975, 20 de enero de 1977, 23 de junio de 2003, 16 de enero y 18 de mayo de 2004, entre otras) Pliego para el que, además, resulta aplicable el principio de libertad de pactos con los límites establecidos en el artículo 4 LCAP.

Por tanto, a lo luz de lo expuesto, únicamente podría entenderse como no convalidadas aquellas cláusulas del pliego de condiciones administrativas particulares que constituyeran vicios de nulidad de pleno derecho, y no las demás, cuyos posibles vicios pueden considerarse convalidados ante la falta de impugnación de dicho pliego por los licitadores o adjudicatario.

Señalado lo anterior, ha de determinarse cuáles son legalmente las causas de invalidez de los contratos. Así, conforme al artículo 61 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP), "los contratos regulados en la presente Ley serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes".

Por su parte el artículo 62 del TRLCAP establece como causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes:

"a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

»b) La falta de capacidad de obrar o de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, o el estar incurso el adjudicatario en alguna de las prohibiciones o incompatibilidades señaladas en el artículo 20 de esta Ley.

»c) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la Ley General Presupuestaria y las demás normas de igual carácter de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia".



4ª.- Aplicando la doctrina expuesta al presente expediente, ha de ponerse de manifiesto en primer término que quien alega la causa de nulidad es el propio contratista, así como que la obra de la que resultó adjudicatario ya ha sido finalizada y recibida, conforme se desprende de la firma del acta de recepción de la obra de fecha 2 de diciembre de 2003, mientras que su reclamación es de fecha 21 de enero de 2004.

Conforme a lo señalado anteriormente ante los posibles vicios en que pudiera incurrir el pliego, solamente podrán ser objeto de impugnación aquellas cláusulas del pliego que constituyan nulidad de pleno derecho.

El reclamante alega que la citada cláusula es nula de pleno derecho, "al vulnerar el artículo 11.2 e) del TRLCAP, constituyendo, en consecuencia, la causa de nulidad tipificada y prevista en el artículo 62 c) de la misma disposición legal, por cuanto pone en evidencia la carencia de crédito suficiente de la Administración demandada para afrontar los gastos del contrato de dirección de obra, consultoría y asistencia que la Administración demandada formalizó para llevar a cabo la dirección de tales obras, pretendiendo con ella que la financiación de dicho contrato sea llevada a cabo por el adjudicatario del contrato de obras (...). Por otra parte, infringe igualmente el artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues éste no contempla como gastos derivados del contrato de obras y que el contratista deba asumir, los gastos de dirección de obra o de coordinación en materia de seguridad y salud laboral que como es obvio, son propios de un contrato de consultoría y asistencia regulado en el artículo 196.2 del TRLCAP".

En defensa de esta última alegación, aporta tres informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que mantienen su postura.

Lo primero que ha de analizarse es si el vicio alegado tiene o no encuadre en la causa de nulidad de pleno derecho contenida en el artículo 62.c) del TRLCAP alegada, puesto que no toda infracción del ordenamiento jurídico es constitutiva de nulidad de pleno derecho, sólo lo son aquellas tasadas legalmente, puesto que las demás serían, en su caso, susceptibles de anulabilidad, en los términos del artículo 63 del TRLCAP, y, por tanto, no susceptibles de revisión de oficio.



En el presente caso, a juicio de este Consejo Consultivo no concurre la causa alegada, esto es, la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la Ley General Presupuestaria y las demás normas análogas de las restantes Administraciones Públicas sujetas al TRLCAP, puesto que el crédito aprobado y fiscalizado en la presente contratación era suficiente con lo contenido en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Concretamente se señalaba en la cláusula III del pliego que el presupuesto de contrata asciende a la cantidad de 538.781,51 euros y que “a todos los efectos, se entenderá que el presupuesto aprobado por el Ayuntamiento comprende todos los gastos directos o indirectos que el contratista deba realizar para la normal ejecución de la obra contratada, y cualesquiera otros que resulten de aplicación, según las disposiciones vigentes, y toda clase de impuestos”, debiendo entender que las obligaciones que se recogen en la cláusula debatida ya fueron tenidas en cuenta para fijar el presupuesto del contrato, a lo cual ha de añadirse que el adjudicatario hizo una reducción en su oferta de alrededor de 7,83% respecto al presupuesto de licitación.

El citado artículo 60 de la Ley General Presupuestaria, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 septiembre, vigente en el momento de adjudicación del contrato, establece que “no podrán adquirirse compromisos de gasto por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a la Ley que infrinjan la expresada norma , sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar”.

Nos encontramos ante la aplicación del principio de especialidad presupuestaria de forma que las partidas de gasto incluidas en el presupuesto operan como elemento esencial en la cuantificación del gasto admisible. De los distintos trámites que conforman la legalidad presupuestaria la opción que se contiene en el régimen contractual es la de considerar incurso como causa de nulidad de pleno derecho la que implica una mayor vulneración de la legalidad presupuestaria, esto es, la que supone una extralimitación en la capacidad de gasto. Se trata, por tanto, de un compromiso que implica la legalidad presupuestaria.

Por tanto, a la luz de lo expuesto, este Órgano Consultivo considera que la inclusión de la cláusula debatida, aun en el caso de que se considerase



contraria al ordenamiento jurídico, no constituye la causa de nulidad alegada y prevista en el artículo 62.c) del TRLCAP.

Finalmente, ha de señalarse que puesto que este Consejo Consultivo considera que la causa alegada, en el caso de que infringiera el ordenamiento jurídico, no es constitutiva de nulidad de pleno derecho, no va a entrar a analizar si la citada cláusula es o no contraria al derecho, ya que de serlo daría lugar a la anulabilidad. Únicamente señalar al respecto que junto a los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa hay un pronunciamiento al respecto, en sentido contrario, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, en Sentencia de 5 de marzo de 2003. En la misma se señala en su fundamento de derecho segundo:

“Ataca la recurrente la validez de la cláusula 7.1, primer párrafo, del pliego de condiciones particulares que incluye los honorarios técnicos para asistencia al proyecto y dirección de obra a cargo del licitador adjudicatario, argumentando que los artículos 67 y 68 del Reglamento General de Contratos no autorizan este gasto como coste directo o indirecto y no puede formar parte de los presupuestos de ejecución material o por contrata; también porque el pliego de cláusulas administrativas generales (Decreto de 31 de diciembre de 1970) en su cláusula 13 solo impone al contratista el pago de la tasa por replanteo, inspección y liquidación de la obra sin mención a aquel pago; concluye por eso con que ese particular del pliego establece un sobrecoste de la contrata que no hay que soportar con cargo a las certificaciones de obra ejecutada y a los precios presupuestados en el proyecto de ejecución, sin que pueda cobijarse en el principio de libertad de pactos al afectar a un derecho esencial del contratista como es el pago del precio. Se genera así una relación contractual absolutamente desequilibrada en beneficio de la Administración.

»La respuesta a este motivo pasa por establecer quién debe asumir la obligación contractual de pagar los honorarios de la dirección facultativa de la obra, para lo que es importante reparar en que –como dice la actora– hay aquella tasa que se gira al contratista y debe como sujeto pasivo abonar su importe, con lo cual (ese sujeto) participa de alguna manera en la financiación de la dirección técnica de la obra. También en que la dirección facultativa es necesaria para la ejecución del proyecto de obra y los costes que aquella origine pueden ser calificados como gastos de la obra a realizar



teniendo cobijo en el concepto reglamentario de (gastos) generales de estructura previsto en el epígrafe a) del artículo 68.1º del Reglamento de Contratación de 1975. En consecuencia, no hay sobrecoste de la contrata ni desequilibrio contractual a favor de la Administración y esa obligación tiene cabida en aquel precepto reglamentario, por lo que aquel particular del pliego de condiciones particulares es válido”.

III CONCLUSIONES

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

No procede revisar de oficio la cláusula VIII-11-2 del pliego de condiciones económico-administrativas del contrato de obra suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y la empresa citada para la construcción del Tratamiento del Entorno de la Laguna, III fase, Zona Deportiva y Vestuario.

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