



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero y

Ponente

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 8 de mayo de 2014, ha examinado el *procedimiento de revisión de oficio del contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y D. 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 8 de abril de 2014 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de xxxx para declarar la nulidad del contrato de obras de construcción de depósito de hormigón prefabricado para abastecimiento de agua*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 10 de abril de 2014, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 149/2014, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- El 26 de noviembre de 2008 el Alcalde del Ayuntamiento de xxxx y D. xxxx1 suscriben un contrato de obras, adjudicado mediante procedimiento abierto con un único criterio de adjudicación y tramitación



urgente, para la construcción de un depósito de hormigón prefabricado de 1.000 m³ de capacidad para abastecimiento de agua.

El precio del contrato era de 206.000 euros, I.V.A. incluido, y el plazo de ejecución era de un año desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo.

Consta en el expediente documentación relativa a la modificación de la excavación y al retraso de la fecha de inicio de las obras.

Segundo.- El 2 de mayo de 2012 el Servicio de Protección de la Naturaleza de xxxx2 remite un informe al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de xxxx3 (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 xxxx; entre ellas, la de la construcción de depósito de hormigón prefabricado para abastecimiento de agua.

Tercero.- Obra en el expediente un extenso informe jurídico, carente de fecha, realizado por D. xxxx4, en el que se analizan las causas de nulidad que concurren en varios contratos celebrados por el Ayuntamiento de xxxx, el procedimiento para declarar su nulidad y los efectos de dicha declaración.

Cuarto.- El 29 de marzo el Pleno del Ayuntamiento acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio del contrato de obras de construcción de depósito de hormigón prefabricado para abastecimiento de agua, por considerar que pudiera estar incurso en la causa de nulidad señalada en el artículo 32 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al no existir clasificación del contratista, crédito, ni proyecto de ejecución de las obras.

Quinto.- En el trámite de audiencia el contratista formula diversas alegaciones, entre ellas la existencia de prejudicialidad penal, ya que en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de xxxx3 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 xxxx5, por la presunta comisión de unos delitos en la celebración de varios contratos (entre los que se encuentra el contrato que se pretende revisar). 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 a sus alegaciones numerosa documentación relativa a los hechos expuestos.

Sexto.- El 23 de mayo solicita la recusación del instructor y de la secretaria y 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. xxxx4 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.

En orden a la inexistencia de proyecto de obras este informe reconoce, como alega el reclamante, que el proyecto se aprobó por el Pleno en sesión de 24 de agosto de 2008, aunque cuestiona el procedimiento de aprobación.

Octavo.- El 22 de junio 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, hasta la emisión de dictamen por este Consejo.

Noveno.- El Dictamen de este Consejo nº 516/2012, de 13 de septiembre, aprecia la existencia de prejudicialidad penal y estima que no procede dictaminar sobre el fondo del asunto hasta que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción haya resuelto el proceso penal pendiente.

Décimo.- Mediante Auto del referido Juzgado de 5 de julio 2013 se acuerda el sobreseimiento provisional y archivo de las Diligencias Previa de Procedimiento Abreviado nº 67/2012. Dicho Auto ha sido confirmado en apelación por el Auto de la Audiencia Provincial de xxxx5 de 16 de diciembre de 2013.

Decimoprimer.- El 13 de enero de 2014 se emite un informe jurídico complementario al mencionado en el antecedente tercero de este dictamen sobre la concurrencia de las causas de nulidad que motivaron la iniciación del procedimiento de revisión de oficio.



Decimosegundo.- Sobre la base del informe anterior, por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 17 de enero se declara la caducidad del procedimiento de revisión de oficio anterior, iniciado el 29 de marzo de 2012, y se inicia nuevo procedimiento de revisión con el mismo objeto y por las mismas causas que el anterior, esto es, por considerar que concurren las siguientes causas de nulidad de pleno derecho:

“a.- Falta de solvencia técnica o profesional, ya que el adjudicatario del contrato no contaba con la clasificación exigida en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, causa de nulidad prevista en el artículo 32 de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público.

»b.- Carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta ley, salvo los supuestos de emergencia. Esto es así ya que no se ha incorporado certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, y la fiscalización previa de la Intervención, o en su caso, causa de nulidad prevista en el art. 32 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

»c.- El artículo 105 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, exige como premisa o requisito previo ineludible, para adjudicación de un contrato de obras, que exista y se someta a tramitación el correspondiente proyecto, causa de nulidad prevista en el artículo 32 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con el artículo 62 de la Ley 30/1992”.

En la misma sesión el Pleno acuerda suspender la ejecutividad del contrato “por ser susceptible de ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación (...)”, y conceder audiencia al contratista de la obra.

Decimotercero.- Mediante sendos escritos presentados el 25 de febrero y el 4 de marzo, el contratista presenta alegaciones en las que se opone a la revisión pretendida. Alega en síntesis la incompetencia del Ayuntamiento para la anulación del contrato; imposibilidad del ejercicio de la revisión de oficio dado el tiempo transcurrido desde la celebración de aquél; la existencia de



numerosos procedimientos contencioso-administrativos en curso sobre los efectos del contrato; que éste es el segundo procedimiento de revisión de oficio tramitado; ausencia de motivación en el acuerdo de inicio del procedimiento de revisión; ocultación de documentos relevantes y creación de un expediente a medida por el Ayuntamiento; indefensión por el breve período concedido, 15 días, para formular alegaciones; inseguridad en las causas de nulidad alegadas por el Ayuntamiento; infracción del deber de abstención de la Alcaldesa al votar en el Pleno de 17 de enero de 2014; improcedencia de la suspensión de la ejecutividad del contrato; existencia de un reconocimiento extrajudicial de la deuda y ratificación de los acuerdos; la falta de constancia en el expediente de revisión del expediente de la subvención del Pacto Local para la construcción del depósito de agua; falta de legitimación de dos concejales para votar a favor de la revisión al haber votado a favor de la adjudicación del contrato; que no se acuerda la nulidad de la adjudicación; ausencia de incompatibilidad con la dirección de obra por D. xxxx6; irrelevancia del informe del Seprona adjuntado al expediente; y existencia de informes periciales presuntamente falsos elaborados por el Ayuntamiento.

En particular, niega la existencia de las concretas causas de nulidad que motivan la iniciación del procedimiento. En este sentido y en lo referente a la falta de clasificación señala que "Salta inmediatamente a la vista que la condición impuesta en el pliego de condiciones era nula de pleno derecho, ya que no era necesaria la clasificación. El contrato fue objeto de un proceso de subasta con un importe total de 279.142.48 €, más I.V.A. La adjudicación se realizó en 177.586,20 euros más I.V.A. , por lo que en ambos casos no se llega los 350.000 euros, a partir de los cuales sí es necesaria la clasificación, según establecía el artículo 54.1 de la entonces vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. En cualquier caso, señala que su ausencia constituye motivo de anulabilidad y no de nulidad radical.

Respecto de la segunda causa de nulidad, la carencia o insuficiencia de crédito, señala que es incierta puesto que existía crédito suficiente que procedía del Pacto Local de la Junta de Castilla León, que era quien iba a sufragar el coste de la construcción, y el Ayuntamiento se adhirió al Pacto Local en el Pleno de 11 de enero de 2008. Afirma igualmente que es el Ayuntamiento de xxxx, que invoca la nulidad de pleno derecho, quien debe acreditar en el expediente la inexistencia de consignación presupuestaria, y que al tratarse de tramitación urgente no es preciso justificar la existencia de crédito. (En este punto, no



obstante, confunde la tramitación urgente del artículo 96 LCSP, que exige acreditar la existencia de crédito, con la tramitación de emergencia de su artículo 97).

Respecto de la tercera causa, la falta de tramitación del correspondiente proyecto, indica que el proyecto existe, ya que con la misma fecha en que se ha acordado iniciar el procedimiento de revisión de oficio del contrato de obra, también lo ha sido el del ingeniero técnico de Obras Públicas que realizó el proyecto, D. xxxx6. Este proyecto fue encargado por el Alcalde y aprobado por el Pleno el día 24 de septiembre de 2008, tal como se acredita con la copia del acta del Pleno indicado.

Decimocuarto.- El 21 de marzo de 2014 se emite informe sobre las alegaciones presentadas, en las que se analiza cada una de ellas y se propone su desestimación y la revisión del contrato.

Decimoquinto.- Por Resolución de la Alcaldía de 26 de marzo de 2014 se desestima la recusación del instructor y de la Secretaria del Ayuntamiento, planteada por el interesado.

Decimosexto.- El 2 de abril de 2014 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", que transcribe. En el mismo acto se suspende el plazo para dictar y notificar la resolución, lo que se notifica al interesado el 4 de abril.

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. f) del Acuerdo de 6 de



marzo de 2014, 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 denunciada.

2ª.- En lo que respecta a la normativa aplicable al presente supuesto, al tratarse de una Entidad Local ha de hacerse mención a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que en su artículo 4.1.g) reconoce con carácter general a los municipios, en su calidad de Administraciones Públicas de naturaleza territorial, la potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos, dentro de la esfera de sus competencias.

Por su parte, el artículo 53 de dicha Ley establece que, sin perjuicio de las específicas previsiones de sus artículos 65, 67 y 110, "Las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común". Y en los mismos términos se pronuncia el artículo 218.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2.568/1986, de 28 de noviembre.

Dicha remisión a la legislación estatal sitúa la cuestión en la legislación de contratos del sector público, que, sin perjuicio de la mención de supuestos específicos, se remite a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (artículos 102 a 106).

Según el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para dar curso al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, es necesario que concurren los siguientes presupuestos:



- Que se encuentren en uno de los supuestos enumerados en el artículo 62.1 o que, al amparo de la última letra del citado precepto, estén expresamente previstos en una ley.

- 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.

El procedimiento, en este caso, se inicia por la Administración y los actos del órgano de contratación agotan la vía administrativa, conforme a la normativa de contratación.

El mencionado artículo 102 no contempla un procedimiento específico para la revisión de oficio de los actos administrativos, sino que se limita a exigir el dictamen previo favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. Por ello, resultan de aplicación las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos, contenidas en el título VI de la citada Ley.

A la vista de la documentación obrante en el expediente, puede afirmarse que el procedimiento se ha tramitado conforme a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Así, figura el acuerdo de inicio del procedimiento la concesión del trámite de audiencia al interesado, que ha presentado alegaciones, y la propuesta de resolución. Además, la exigencia de informe del Consejo Consultivo se cumple con la emisión del presente dictamen.

Finalmente, la competencia para resolver el procedimiento corresponde al órgano de contratación, según establece la Ley de contratos.

3ª.- Sobre el fondo del asunto, el objeto de este dictamen se circunscribe a determinar si el contrato para la ejecución de las obras de construcción del depósito de hormigón prefabricado para abastecimiento de agua es válido, por haberse respetado los presupuestos exigidos por el ordenamiento jurídico para su adjudicación.



Ya en el Dictamen 384/2004, de 30 de agosto, de este Consejo Consultivo, fue recogida la doctrina de que "La revisión de oficio de los actos administrativos constituye un cauce de utilización excepcional y de carácter limitado, ya que comporta que, sin mediar una decisión jurisdiccional, la Administración pueda volver sobre sus propios actos dejándolos sin efecto. De ahí que no cualquier vicio de nulidad de pleno derecho permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ésta es sólo posible cuando concorra de modo acreditado un vicio de nulidad de pleno derecho (o de anulabilidad cualificada) de los legalmente previstos.

En relación con ello, el artículo 32 de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), de aplicación al contrato en atención a la fecha de convocatoria de la licitación, de acuerdo con la disposición transitoria primera 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), considera como causa de nulidad de Derecho administrativo de los contratos, en su letra a), "Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", cuya letra g) incluye "Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal", expresión en la que tienen cabida a su vez las causas específicas de nulidad de los contratos, tanto de la letra b) del artículo 32 del LCSP, "La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 49", como de su letra c) "Carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta ley, salvo los supuestos de emergencia".

Es precisamente la ausencia de solvencia, exigida en este supuesto en forma de clasificación, la que el Ayuntamiento invoca como primer motivo de nulidad, la cual, a la vista del artículo 32 LCSP, determina la nulidad radical, frente a la pretensión del contratista de considerarla como un mero supuesto de anulabilidad.

Debe tenerse en cuenta, que si bien el artículo 54.1 LCSP establecía la exigencia de clasificación para contratar la ejecución de obras de importe igual



o superior a 350.000 euros, esta previsión se veía matizada por la propia disposición transitoria quinta LCSP, relativa a la "Determinación de los casos en que es exigible la clasificación de las empresas" de acuerdo con la cual "El apartado 1 del artículo 54, en cuanto determina los contratos para cuya celebración es exigible la clasificación previa, entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los grupos, subgrupos y categorías en que se clasificarán esos contratos, continuando vigente, hasta entonces, el párrafo primero del apartado 1 del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas".

Por tanto, al tiempo de aprobación del expediente de contratación de esta obras, y por tanto de los pliegos correspondientes, el 24 de septiembre de 2008, resultaba de aplicación en esta materia el citado artículo 25 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP), puesto que es la disposición adicional sexta del Real Decreto ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación, la que establece que a partir del 3 de diciembre de 2008, fecha de su entrada en vigor, no será exigible la clasificación en los contratos de obras de valor inferior a 350.000 euros.

Así las cosas, el artículo 25.1 TRLCAP dispone que "Para contratar con las Administraciones públicas la ejecución de contratos de obras o de contratos de servicios a los que se refiere el artículo 196.3, en ambos casos por presupuesto igual o superior a 20.000.000 de pesetas (120.202,42 euros), será requisito indispensable que el empresario haya obtenido previamente la correspondiente clasificación. (...)".

La cláusula 4 del pliego de cláusulas administrativas particulares de este contrato (PCAP) establece que el precio del contrato asciende a 323.805,28 euros, con un valor estimado de 279.142,48 euros y 44.662,80 euros de IVA.

De acuerdo con ello, la cláusula 7 PCAP establece lo siguiente: "Dada la cuantía del presente contrato y de conformidad con lo previsto en el artículo 25.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba



el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, todavía en vigor tal y como establece la disposición transitoria quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, para contratar será requisito indispensable que el empresario disponga de la siguiente clasificación: Grupo: E Subgrupo: 1 Categoría : C”.

Según reconoce el propio contratista carecía de clasificación en la fecha de licitación, y así lo corrobora el certificado emitido por el Subdirector General de Clasificación de Contratistas de la Dirección General de Patrimonio del Estado del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de noviembre de 2011, en el que se indica “Que según los datos que obran en esta Subdirección General de Clasificación de Contratistas y Registro de Contratos, la empresa xxxx1 no figura clasificada como empresa contratistas de obras en el periodo solicitado entre los años 2005 al 2009, en el Registro Oficial de Empresas Clasificadas, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda”.

A la vista de ello cabe concluir que, en el presente caso, concurre la causa expresada en los citados artículos 62.1.g) de la Ley 30/1992 y 32.b) de la LCSP, que determina la nulidad de pleno derecho de la adjudicación del contrato efectuada a favor del interesado.

Ello hace innecesario el análisis de la concurrencia del resto de los motivos de nulidad invocados, la inexistencia de crédito, que pone en duda el contratista debido a la inclusión de la obra en cuestión en el programa autonómico del Pacto Local y contar por ello con la financiación necesaria para su ejecución a través de la subvención concedida por la Administración de la Comunidad de Castilla y León; y la ausencia de proyecto, la cual además no se acredita fehacientemente por parte de la Administración, a la vista de la documentación que obra en el expediente y la aportada por el contratista. En este sentido, la propia Administración reconoce que el proyecto se aprobó por el Pleno el 24 de agosto de 2008, aunque cuestiona el procedimiento de su aprobación, por lo que ha iniciado un procedimiento de revisión de oficio sometido, al igual que el presente, a dictamen de este Consejo.

En lo demás, la declaración de nulidad determina como efecto la liquidación del contrato de acuerdo con lo prevenido en el artículo 35.1 LCSP “La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo



contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

III CONCLUSIONES

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

Procede declarar la nulidad de pleno derecho de la adjudicación del contrato de obras de construcción de depósito de hormigón prefabricado para abastecimiento de agua.

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