



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero
Sr. Velasco Rodríguez, 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 27 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 29 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, de la cláusula segunda del contrato de obras de ampliación y reforma de la Casa Consistorial formalizado con la empresa qqqqq, S.L. el 23 de mayo de 2003, dimanante de la Sentencia 70/2012 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo N.3 de xxxx2 de 27 de junio de 2012, recaída en el procedimiento ordinario 113/2010.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 3 de septiembre de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 550/2012, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y 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. Velasco Rodríguez.

Primero.- Por escrito de 5 de enero de 2010 -que reitera otros similares presentados desde el año 2004-, D. yyyyy, en representación de qqqqq, S.L., solicita al Ayuntamiento de xxxx1, al amparo del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del



Procedimiento Administrativo Común, el inicio de procedimiento de revisión de oficio de la cláusula segunda del contrato de obras de ampliación y reforma de la Casa Consistorial formalizado entre ellos el 23 de mayo de 2003, la declaración de la nulidad de aquélla y la devolución por la Administración de las cantidades satisfechas por la constructora al arquitecto director de las obras.

En la solicitud expone que “con relación al contrato de obra para la ejecución del proyecto al margen reseñado, mi representada satisfizo la cantidad de 15.052,86 euros, I.V.A. incluido, en concepto de honorarios profesionales del Arquitecto Director de la Obra, lo que acredité en su momento con los oportunos recibos expedidos por el Arquitecto Director de la Obra (...), cantidad cuyo abono corresponde al Ayuntamiento de xxxx1, por ser la Propiedad de las obras, con independencia de lo establecido en el contrato de fecha 23 de mayo de 2003, y ello por cuanto, además de que dicho contrato debió ajustarse a lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en el que no se incluye dicho concepto como asumible por la constructora, porque la cláusula del contrato que supone que la financiación del contrato de dirección de obras la lleve a cabo el adjudicatario del contrato de obras, debe considerarse nula, y así solicito se declare, por ser contraria a lo dispuesto en el artículo 11.2.e) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y en el artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

Segundo.- El 20 de marzo de 2012 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de xxxx2 dicta la Sentencia nº 70/2012, en el Procedimiento Ordinario nº 113/2010, cuyo fallo es “Estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por qqqq, S.L. contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación presentada por la mercantil actora ante el Ayuntamiento de xxxx1 con fecha 5 de enero de 2010, en la que solicitaba la incoación de procedimiento de revisión previsto en el art. 102 de la LRJAP y PAC, con el fin de declarar la nulidad de la cláusula segunda del contrato de fecha 23 de mayo de 2003, en el particular relativo a los honorarios que resulten de dirección de obra que sean pasados por la dirección técnica de obra, y, en consecuencia, condeno al Ayuntamiento de xxxx1 a iniciar y tramitar el procedimiento administrativo de revisión de oficio, concluyéndolo, tras los dictámenes preceptivos, mediante la decisión que proceda. Todo ello en el improrrogable plazo de cuatro meses, contados desde



la notificación de esta sentencia. Con imposición de las costas de este proceso al Ayuntamiento demandado”.

Tercero.- Previo informe de la Secretaría, la Resolución de la Alcaldía de 27 de junio de 2012 acuerda la incoación de procedimiento de revisión de oficio de la citada cláusula segunda del contrato, si bien considera que en ella no concurren las causas de nulidad de los artículos 62.1.e) y f) y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que mencionaba en la solicitud de revisión, junto a los artículos 11.2.e) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Pública, que también citaba el interesado.

Cuarto.- El 10 de julio de 2012 y dentro del trámite concedido al efecto, qqqqq, S.L., presenta alegaciones en las que reitera su pretensión.

Quinto.- El 6 de agosto de 2012 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud de revisión de oficio, por el motivo expresado en el acuerdo de incoación del procedimiento, esto es, no concurrir las causas de nulidad de pleno derecho de los artículos 62.1.e) y f) y 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Con la misma fecha se acuerda suspender el plazo para dictar resolución de acuerdo con el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, lo que se notifica a la empresa.

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 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, a su vez, 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 concurran 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, ha sido instado por el interesado, contratista de la obra, 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. Finalmente, 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, conforme establece la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

3ª.- En cuanto a la causa de nulidad que motiva el presente procedimiento, el interesado invoca en su escrito que la cláusula segunda del contrato de obras de 23 de mayo de 2003, en el particular relativo a la inclusión en el precio del contrato de obras de los honorarios que resulten de la dirección



de obra que sean pasados por la dirección técnica de obra, infringe lo previsto en el artículo 11.2.e) 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), y en el artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

La posibilidad de que los gastos de dirección de obra sean abonados por el contratista de la obra ha sido objeto de diversos informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa; así en el Informe 26/2004, de 7 de junio, se señala al respecto que “La cuestión que se plantea en el presente expediente, si es nula o no la cláusula que impone al contratista el abono de los gastos de dirección de obra, ha sido ya abordada por esta Junta en sus informes de 30 de junio y 23 de diciembre de 1999 y en el de 28 de febrero de 2003 que se remite a los anteriores (expedientes 26/99, 51/99 y 1/03) utilizando el último citado las siguientes palabras:

»La cuestión de la financiación por el contratista de los honorarios de un contrato de dirección de obras fue abordada por esta Junta en sus informes de 30 de junio, y de 23 diciembre de 1999 (expedientes 26/99 y 51/99) ambos emitidos a solicitud del Presidente de la Diputación de Burgos. En dichos informes se llegaba a la conclusión de que la cláusula de un contrato que supone que la financiación del contrato de dirección de obras, la lleva a cabo el adjudicatario del contrato de obras, debe considerarse nula por contradecir el artículo 11.2 e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y dicha conclusión debe reiterarse en el presente caso afirmando que los gastos de dirección del técnico de director de la obra, tiene que asumirlos la Administración, bien a través de sus propios técnicos, bien mediante el correspondiente contrato de consultoría y asistencia, sin que dichos gastos puedan, en consecuencia, considerarse incluidos en el concepto de gastos generales del presupuesto de la obra, ni pretender sean satisfechos por el adjudicatario del contrato de obras mediante incremento del precio del contrato.

»El artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al establecer los conceptos que se incorporan al presupuesto de ejecución material para fijar el presupuesto base de licitación, que dará lugar al importe del contrato, no contempla los gastos de dirección de



obra, por cuanto detalla con precisión en la letra a) del concepto 1. Gastos generales de estructura que incidan sobre el costo de las obras y demás derivados de las obligaciones del contrato, entre los que no se encuentran los de dirección de obra que no son gastos propios del contrato, sino que, en su caso, son propios de un contrato de consultoría y asistencia previsto en el artículo 196.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cuando se produce el supuesto previsto en su artículo 202.1, concertado entre el órgano de contratación, en este caso el Ayuntamiento, y el técnico que actuará como Director de obra, sin que sea parte del mismo la empresa adjudicataria del contrato de obras, contrato para el cual debe acreditar conforme al artículo 11.2 de la Ley que dispone de crédito adecuado y suficiente. Adviértase en tal sentido que toda la actuación que desarrolla el Director de obra regulada en la Ley y en el Reglamento está dirigida a cumplir su función como representante de la Administración, no como empleado del contratista.

»El criterio de esta Junta aparece claramente expuesto en los informes citados y, sin ninguna dificultad, puede ser reiterado en relación con la consulta que ahora se formula”.

En el caso planteado, cabe acudir al criterio expresado en los informes de la Junta Consultiva, que este Consejo comparte, y apreciar la infracción invocada por el interesado del artículo 11.2 e) de la LCAP, según el cual: “Son requisitos para la celebración de los contratos de las Administraciones públicas, salvo que expresamente se disponga otra cosa en la presente Ley, los siguientes: (...) La existencia de crédito adecuado y suficiente, si del contrato se derivan obligaciones de contenido económico para la Administración”.

A estos efectos el artículo 62, letra a), de la LCAP considera como causa de nulidad de Derecho administrativo de los contratos, “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”, y que en esta expresión tiene cabida a su vez la causa específica de nulidad de los contratos, de la letra c) del artículo 62 de la LCAP, 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 de igual carácter de las restantes Administraciones públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia”.



A la vista de ello cabe concluir que en el presente caso concurre la causa de nulidad expresada en los citados artículos 62.1.g) de la Ley 30/1992, y 62.c) del TRLCAP, amén de que pueda fundarse igualmente la revisión de oficio de la cláusula en cuestión en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, que invoca también el interesado, según el cual son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas, cuando se dicten prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, al obviar la Administración por completo a través de la cláusula controvertida el procedimiento establecido en el TRLCAP para la adjudicación del contrato de dirección de la obra.

Además, como señala la Sentencia nº 20/2005, de 24 de enero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Orense, que en un caso similar aprecia igualmente la infracción del artículo 11.2 e) de la LCAP, “una cláusula o previsión de este tipo constituye una solución contraria a la Ley, y al contrario de lo que se mantiene en la contestación a la demanda, está fuera de la cobertura del artículo 4 del citado TRLCAP, relativo a la libertad de pactos, en cuanto que esa condición fijada por la Administración es contraria al ordenamiento jurídico (...)”.

En lo demás, no concurren las circunstancias de los artículos 62.1.f) y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, alegadas también en la solicitud de revisión de oficio, pues no se está ante un supuesto de adquisición de derechos en virtud de un acto ilegal sin concurrir las condiciones esenciales para ello, ni ante un supuesto de nulidad de disposiciones de carácter general. Ello no es óbice, sin embargo, para que proceda la declaración de nulidad, al amparo de las causas analizadas anteriormente, con los efectos que de ella deriva el ordenamiento jurídico.

III CONCLUSIONES

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

Procede declarar la nulidad de pleno derecho de la cláusula segunda del contrato de obras de ampliación y reforma de la Casa Consistorial, celebrado



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

el 23 de mayo de 2003 entre el Ayuntamiento de xxxx1 y la empresa qqqqq, S.L., en lo relativo a los honorarios que resulten de dirección de obra que sean pasados por la dirección técnica de obra.