

ADMINISTRATIVO	CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (CASO PRÁCTICO)	Núm. 125/2005
----------------	--	------------------



JAVIER FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA
Magistrado

ENUNCIADO

El Consejero competente de la Comunidad de Madrid tiene conocimiento, a través de diversas fuentes informativas, de actuaciones concretas llevadas a cabo por el Ayuntamiento de una de las localidades de la Comunidad. Sobre la base de ello, remite un escrito, cuyo contenido literal se expondrá más adelante, a la Dirección General de los Servicios Jurídicos en el que da cuenta de los mismos, solicitando se le informe sobre el ajuste a derecho o no de aquellas actuaciones, así como del modo de proceder, en su caso.

Registrado el escrito en la referida Dirección General, el letrado correspondiente, lo primero que refleja en su escrito es su objeción a que ese Órgano efectúe informe, pues no se trata de uno de los supuestos legales recogidos como tal.

Los hechos comunicados son los siguientes:

El Ayuntamiento, en sesión celebrada el día 13 de julio, por la mayoría simple de sus miembros y siendo el voto del Alcalde contrario, acordó convocar por procedimiento restringido y subasta, la gestión de una planta incineradora de residuos.

Los ingresos ordinarios del Municipio, para el año en curso, se elevan a la cantidad de 3.000.000 de euros. El presupuesto del contrato se eleva a la cantidad de 200.000 euros. La duración prevista del mismo es de 10 años. En los pliegos se contempla la obligación de la Administración de facilitar a la contratista medios especiales cuya buena utilización exige garantías especiales, por su complejidad técnica.

Reunida la mesa de contratación, es de resaltar que tres de sus vocales, personal al servicio de la Administración, se abstuvieron de votar en todas las propuestas, ganando una de ellas tan sólo con el voto a favor de los seis miembros restantes de la mesa.

El contrato se adjudica, por el órgano de contratación, a favor del que la mesa había propuesto, en concreto, a una empresa perteneciente al hermano del Alcalde. Sin embargo, con posterioridad, entendiendo el Alcalde que esa adjudicación no había sido ajustada a derecho y era anulable, ordena la incoación del oportuno expediente de revisión de oficio.

Finalizado el citado procedimiento y anulada la adjudicación, a través de procedimiento negociado, se adjudica el contrato a otra empresa el día 4 de octubre. En esta ocasión se establece un plazo de duración del contrato de 20 años prorrogables, aunque en los pliegos, en ningún momento, se determina la duración de la prórroga. La citada empresa contaba, entre otros como socio, al primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento.

Una de las empresas invitadas al procedimiento negociado, y que no resultó adjudicataria, presenta el día 15 de noviembre del mismo año recurso de reposición contra aquella adjudicación, basado en los siguientes argumentos:

1. La empresa adjudicataria no había prestado garantía provisional alguna para el referido contrato.
2. Que el contrato que se debería haber realizado, por el objeto y las circunstancias del mismo, era el de servicios.
3. El plazo de duración del contrato y su prórroga no son ajustados a derecho.
4. Que no se había tramitado el procedimiento previsto en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (RAMINP) de 1961 y que faltaban todo tipo de licencias y autorizaciones precisas, aunque no las puede concretar.

También consta en el escrito:

- A. Que, al parecer, el Ayuntamiento está construyendo una piscina cubierta bajo la modalidad de la figura del contrato administrativo de obra con abono total del precio, pues, de esta manera, no es necesario aportar al expediente el certificado de existencia del crédito a que se refiere el Texto Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas (TRLCAP).
- B. Numerosas quejas de las compañías aseguradoras que han solicitado del Ayuntamiento informes de la policía local emitidos cuando se produce algún accidente o siniestro, sin que, en ningún caso, el Ayuntamiento acceda a facilitar tales informaciones.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Tiene razón el letrado de los Servicios Jurídicos objetando la procedencia del informe?

2. Naturaleza del contrato y órgano competente para celebrarlo.
3. ¿Es ajustado a derecho el procedimiento de selección utilizado?
4. ¿Es ajustada a derecho la abstención de esos tres miembros de la mesa de contratación?, ¿Qué consecuencias jurídicas se podrían derivar de dicha abstención en la votación?
5. ¿Es ajustada a derecho la adjudicación del contrato a favor de una empresa propiedad del hermano del Alcalde?
6. ¿Era procedente la revisión de oficio decretada por el Alcalde?
7. ¿Fue ajustada a derecho la nueva adjudicación a través de procedimiento negociado?
8. ¿Tiene alguna consecuencia la circunstancia de que en la empresa adjudicataria sea socio el primer Teniente de Alcalde?
9. Comentar todo lo procedente respecto al recurso de reposición interpuesto por un licitador al que no se le adjudicó el contrato.
10. ¿Qué licencias y permisos o autorizaciones eran necesarias?
11. ¿Se podía construir la piscina cubierta bajo la modalidad de contrato con abono total del precio?
12. ¿Tenían derecho las compañías aseguradoras a los informes pedidos?

SOLUCIÓN

1. Objeción sobre la procedencia del escrito por parte del letrado.

Carece de razón en lo que argumenta en el sentido de que no debería informar.

La Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, en su artículo 4.º 3, dentro del ejercicio de la función consultiva de dicho órgano señala que, entre otros, los Consejeros pueden consultar a dichos Servicios Jurídicos sobre cualquier cuestión jurídica relacionada con los asuntos de su competencia. Recordamos que según el relato de hechos quien solicita el informe es «el consejero competente».

Por su parte, el artículo 7.º 2 de la citada Ley señala que «el acuerdo sobre el ejercicio de acciones en nombre de la Comunidad de Madrid o de sus Organismos Autónomos requerirá el informe previo de la Dirección general de los Servicios Jurídicos». Recordemos que la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, concede a la Administración Autonómica, en sus artículos 63 y siguientes, la posibilidad de impugnar actos y acuerdos de las Entidades Locales cuando infringen el ordenamiento jurídico o invadan competencias que no le corresponden.

2. Naturaleza del contrato y órgano competente.

a) Naturaleza.

Se trata de un contrato de gestión de servicios públicos regulado en los artículos 154 y siguientes del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP. El relato de hechos tan sólo se refiere a la «gestión» de la planta incineradora de residuos, no a la construcción.

b) Órgano competente.

Si tenemos en cuenta que la duración del mismo es de ocho años, pero que su cuantía no es superior al 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto correspondiente, ni rebasa los seis millones de euros, a tenor del artículo 21.1 ñ) de la Ley 7/1985, la competencia correspondía al Alcalde y no al Pleno.

Por tanto, el acuerdo es nulo de pleno derecho, a tenor del artículo 62.1 b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC).

La única forma de salvar esta nulidad hubiera sido aplicando la técnica de conservación de los actos administrativos de los artículos 64 y siguientes de la citada Ley 30/1992. Es decir, que el Alcalde en ese Pleno municipal hubiera votado a favor del contrato, pero lo cierto es que vota en contra, luego no es posible conservar el citado acuerdo.

3. Procedimiento de adjudicación del contrato utilizado.

Recordemos que es el de la subasta y, en principio, no es ajustado a derecho pues el artículo 159.1 señala que, con carácter general, los contratos de gestión de servicios públicos se adjudicarán por procedimiento abierto o restringido por concurso.

Por otra parte, en este caso, la Administración va a facilitar medios auxiliares al contratista cuya buena utilización exige garantías especiales; pues bien, el artículo 85, apartado d), contempla este supuesto como de adjudicación obligatoria mediante concurso. De manera que nos encontramos con otro vicio de nulidad absoluta contemplado en el apartado e), del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, consistente en prescindir, total y absolutamente, del procedimiento legalmente establecido.

4. Abstención en la votación de unos miembros de la mesa de contratación.

Esta abstención no es ajustada a derecho.

Si tenemos en cuenta la Disposición Adicional Primera de la Ley 30/1992, no se aplican las normas sobre órganos colegiados contempladas en esta Ley, dentro de la Administración Local, al

Pleno y a la Junta de Gobierno, pero esta excepción no afecta al resto de los órganos colegiados que se pudieran constituir en dicha Administración, sin perjuicio de aplicarles, en primer lugar, su propia normativa.

El artículo 24 c) de la Ley 30/1992 señala que en los órganos colegiados no podrán abstenerse en las votaciones quienes por su calidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas tengan la condición legal de miembros del órgano.

Las consecuencias que se producen si se incumple lo anterior son de dos índoles:

- a) Posible responsabilidad de los que se abstuvieron que, al menos, deberá alcanzar al grado de disciplinaria puesto que incumplen una obligación señalada por la Ley.
- b) Posible invalidez del acto dictado, si esa abstención tiene entidad suficiente como para alterar el contenido de la voluntad del citado órgano.

En este caso, no es así, porque nos dice el relato de hechos que los restantes seis miembros del órgano votaron en el mismo sentido, o sea, a favor de la adjudicación del contrato a la misma empresa. Luego, aunque esos tres miembros que se abstuvieron indebidamente, hubieren votado en otro sentido, no se hubiere alterado el contenido de la declaración de voluntad del órgano en cuanto tal. De manera que, en este supuesto, esa abstención constituirá un vicio de irregularidad no invalidante (art. 63 Ley 30/1992).

5. Adjudicación del contrato a favor de una empresa propiedad del hermano del Alcalde.

La misma fue ajustada a derecho pues el hermano del Alcalde no está incurso en causa de prohibición para ser contratista. En concreto, el artículo 20 e) del TRLCAP contempla la prohibición del personal al servicio de las Administraciones Públicas y el artículo 178 de la Ley Orgánica reguladora del Régimen General Electoral (LOREG) de los concejales y miembros de las Corporaciones Locales, abarcando, además de a ellos, a sus cónyuges, persona unida por análoga relación y descendientes, si se tiene la representación legal. Luego no se extiende al hermano del Alcalde.

Lo que sí debiera haberse producido es la abstención del Alcalde en todo lo relativo a este contrato, al tener parentesco de consanguinidad con uno de los posibles adjudicatarios del contrato.

6. Revisión de oficio decretada por el Alcalde.

La misma no es ajustada a derecho por varias razones:

- a) No existía, como hemos analizado anteriormente, causa de prohibición para ser contratista. Luego no existía, en esa adjudicación por esta razón, vicio de legalidad alguno.

- b) De haber existido la causa de prohibición para ser contratista, el acto sería nulo de pleno derecho, a tenor del artículo 62 del TRLCAP, y no meramente anulable.
- c) De ser anulable, habría que proceder a declarar la lesividad para el interés público y, a continuación, acudir a la vía contencioso-administrativa. Pero la competencia para ello corresponde al Pleno y no al Alcalde (art. 103.5 Ley 30/1992), lo que sí podría hacer el Alcalde es la propuesta de declaración de lesividad.
- d) La competencia para la revisión de oficio de acto nulo correspondería al pleno municipal.

7. Nueva adjudicación por procedimiento negociado.

No es un supuesto, en principio, contemplado en el artículo 159.2 que haga posible esa forma de adjudicación. Lo más aproximado sería el contemplado en el apartado b «cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputable al mismo, demande una pronta ejecución que no pueda lograrse por el procedimiento de urgencia del artículo 71. Sin embargo, en este caso, la única culpable de lo que ha pasado es la propia Administración que ha hecho mal las cosas desde el principio, transgrediendo preceptos del TRLCAP continuamente, luego, entendemos que no podrá alegar el supuesto comentado para justificar una adjudicación por procedimiento negociado. Por tanto, nuevo vicio de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992».

8. Primer Teniente Alcalde es socio de la nueva empresa adjudicataria.

El ya comentado artículo 178 de la LOREG hace incompatible a los concejales para ser contratistas o subcontratistas con el Ayuntamiento que financia total o parcialmente el contrato.

Ahora bien, el artículo 20 e) del TRLCAP se refiere, para estar incurso en esta causa de prohibición para ser contratista, de «administrador de persona jurídica». De manera que si no era administrador de esa empresa, no está incurso en esta causa de prohibición y, por lo tanto, la adjudicación, por este motivo, es ajustada a derecho.

9. Recurso de reposición interpuesto por un licitador al que no se le adjudica el contrato.

a) ¿Extemporaneidad?

Habría que distinguir si esa empresa fue notificada de la adjudicación a favor de otro empresario o no. El artículo 93.1 del TRLCAP obliga al órgano de contratación, cualquiera que sea el procedimiento seguido y la forma de adjudicación empleada, a notificar la adjudicación efectuada en el contrato. Por lo tanto, si fue notificado el recurso está fuera de plazo, claramente, pues había el plazo de un mes para recurrir en reposición desde la notificación del acto. Si, por el contrario, no fue notificado, entonces el plazo para recurrir no había comenzado a correr, estaríamos ante un supuesto igual al de una notificación defectuosa, por lo tanto, ésta se subsanaría por interponer el recurso procedente, que, en este caso, era el de reposición.

Es cierto que en el procedimiento negociado no hay, propiamente, licitación, pero no es menos cierto que, en primer lugar, el artículo 92.1, cuando se refiere al procedimiento negociado, afirma «será necesario solicitar la oferta de empresas capacitadas...» y, en segundo lugar, que el artículo 92.3 se refiere a que «deberá dejarse constancia en el expediente de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo aplicadas por el órgano de contratación». Por lo tanto, si tenemos en cuenta lo anterior, amén de la expresión utilizada en el artículo 93.1 del TRLCAP «cualquiera que sea el procedimiento seguido y la forma de notificación», entendemos que ese contratista al que no se le adjudicó el contrato tenía el derecho a ser notificado de forma expresa.

b) Motivos del recurso.

- No prestación de garantía provisional.

Según el artículo 35 del TRLCAP, en el procedimiento negociado es potestativa la existencia de este tipo de garantías pues se dice expresamente que «... cuando se interese la oferta de alguno o algunos empresarios... el órgano de contratación podrá exigir de los mismos la constitución de una garantía provisional». Por tanto, deberíamos conocer que ha establecido el pliego de cláusulas administrativas particulares para saber si los invitados al procedimiento debían o no prestar garantía provisional.

- Contrato de servicios.

Es absurda la utilización de este argumento. En primer lugar, porque debió de alegarlo en su momento mediante la presentación del oportuno recurso cuando se determinó que no se iba a utilizar esa figura contractual y sí la de gestión de servicios públicos; al no hacerlo así, e incluso haber participado en el procedimiento de selección, aunque no fuera seleccionado, hace que nos encontremos en presencia de acto consentido y, por lo tanto, no recurrible.

En segundo lugar, con independencia de que la Administración goza de cierta potestad discrecional para determinar cuál es la figura contractual que utiliza, es lo cierto que, en ocasiones, los perfiles diferenciadores del contrato de gestión de servicios públicos y del de servicios no están nada claros, pero parece que la gestión de este servicio, de titularidad municipal, según los artículos 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y habida cuenta de la definición de este contrato contenida en el artículo 154 del TRLCAP, no cabe duda que entra dentro de su objeto, sin ningún género de dudas.

- Duración del contrato y su prórroga.

La duración del contrato prevista en 20 años se ajusta al límite establecido en el artículo 156 que prevé hasta 25 años para la gestión de servicios públicos, sin realización de obras y siempre que no se trate de servicios sanitarios.

Lo que no parece ajustado a derecho es la indeterminación de la prórroga del mismo, al no recogerse en el Pliego este extremo. Tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa

(Informe 18/1997, de 14 de julio y 38/1998, de 16 de diciembre) y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia, entre otras, de 2 de abril de 1996) exigen que se fije expresamente la duración del contrato y de la prórroga, en su caso, que ha de estar prevista expresamente en el Pliego, ya que caracterizado éste como la ley del contrato, al ser definidor de los derechos y obligaciones de las partes, la falta de previsión impide su aplicación.

Por su parte, el artículo 67.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento General de la LCAP señala que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares contendrán «e)... plazo de ejecución o de duración del contrato, con determinación, en su caso, de las prórrogas de duración que será acordadas de forma expresa».

Por todo ello, la consecuencia jurídica de la falta de concreción en la prórroga de este contrato será no la invalidez de todo el contrato, sino que aplicando la técnica de conservación e intransmisibilidad de los actos administrativos contempladas en los artículos 64 y siguientes de la Ley 30/1992, el contrato es válido en el plazo previsto de los 20 años, y, por el contrario, la prórroga se tiene por no puesta.

- No tramitación del procedimiento previsto en el RAMINP.

Debemos señalar que en la Comunidad de Madrid, desde la entrada en vigor de la Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid, no es aplicable en procedimiento regulado en el decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, RAMINP.

10. Autorizaciones y licencias precisas.

A tenor de la actividad de que se trata, entendemos que era preciso:

- a) La Evaluación de Impacto Ambiental. La Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid, en su Anexo Segundo, número 82, se refiere a instalaciones de incineración de residuos. También en el Anexo Tercero, referida a la Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid, número 44.
- b) Al tratarse de planta incineradora de residuos será precisa la autorización de la Consejería competente en materia de Medio Ambiente, según el artículo 44 de la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Residuos de la Comunidad.
- c) Licencia municipal, a tenor del artículo 151 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, de Suelo de la Comunidad de Madrid.

11. Construcción de la piscina bajo la modalidad de abono total del precio.

En la actualidad, se encuentra vigente la figura de construcción mediante un contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio, o sea, con financiación previa del contra-

tista y pago aplazado por parte de la Administración, de conformidad con lo establecido en el artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Se trata de una figura en que el precio será satisfecho por la Administración mediante un pago único en el momento de la terminación de la obra, obligándose el contratista a financiar la construcción adelantando las cantidades necesarias hasta que se produzca la recepción de la obra terminada.

Se caracteriza por:

- No se requiere el certificado de la existencia de crédito a que se refiere el artículo 67.2 del TRLCAP.
- Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán incluir necesariamente las condiciones específicas de la financiación, así como en su caso, la capitalización de intereses y su liquidación.
- La selección del contratista deberá ponderar las condiciones de financiación y la refinanciación, en su caso, de los costes de producción. Por ello, las ofertas deberán expresar separadamente el precio de construcción y el precio final a pagar, incluyendo los costes de financiación.
- Como excepción a lo dispuesto en el artículo 14.3 del TRLCAP se autoriza expresamente a que la Administración efectúe el pago único desde la recepción de la obra terminada.

La regulación de esta figura fue desarrollada por el Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo, y dentro de su objeto se incluyen, tan sólo, la construcción de infraestructura de carreteras, ferroviarias, hidráulicas, en la costa y medioambientales, además se exige que los precios totales del contrato sean superiores a determinadas cantidades.

Por lo tanto, la construcción de una piscina no entra dentro del objeto de este contrato.

12. Derecho de las compañías aseguradoras a los informes pedidos.

Las compañías aseguradoras tienen la condición de interesadas (art. 31 LRJAP y PAC) en los procedimientos que pueden incoarse con ocasión de accidente o siniestro y en el que constan informes emitidos por la Policía Local.

Entre los derechos reconocidos a los ciudadanos en el artículo 35 a) de la Ley 30/1992 se cita el de «conocer, en cualquier momento el estado de tramitación de los procedimientos en que tengan la condición de interesados y obtener copia de los documentos contenidos en ellos».

Las compañías aseguradoras vienen obligadas a satisfacer los daños ocasionados por los accidentes cuando la responsabilidad corresponde a sus asegurados hasta el límite pactado, por lo tanto,

no se puede discutir la condición de interesadas en todos los procedimientos de orden administrativo que se puedan incoar, incluidos los sancionadores. En este sentido, el artículo 19 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora señala que con la notificación de la propuesta de resolución a los interesados se indicará la puesta de manifiesto del procedimiento y se acompañará una relación de documentos obrantes en el expediente a fin de poder solicitar copia.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 5/1985 (LOREG), art. 178.
- Ley 7/1985 (LBRL), arts. 21.1 ñ, 25, 26 y 63 y ss.
- Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 24 c), 31, 35, 62, 63, 64 y ss., 102 y 103.
- Ley 13/1996 (Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), art. 147.
- Ley 3/1999 (Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid), arts. 4.º 3 y 7.º 2.
- Ley 9/2001 (Suelo de la Comunidad de Madrid), art. 151.
- Ley 2/2002 (Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid), Anexo Segundo, núm.82 y Anexo tercero núm.44.
- Ley 5/2003 (Residuos de la Comunidad de Madrid), art. 44.
- RDL 2/2000 (TRLCAP), arts. 14.3, 20 e), 35, 62, 67.2, 71, 92, 93, 154, 156 y 159.1.
- RD 1398/1993 (Rgto. Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración General del Estado), art. 19.
- RD 704/1997 (Contrato de Obra bajo la modalidad de abono total del precio).
- RD 1098/2001 (Rgto. LCAP), artículo 67.2.
- STS, Sala Tercera, de 2 de abril de 1996.
- Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 18/1997, de 14 de julio, y 38/1998, de 16 de diciembre.