



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

ACLARACIÓN AL DICTAMEN N°
795/2016

OBJETO: Expediente sobre revisión de oficio por nulidad de pleno derecho del acuerdo de Pleno de 12 de febrero de 2009, de aprobación de aval a favor de [redacted] » concesionaria del «Club de Raqueta la Quinta».

SOLICITANTE: Ayuntamiento de Antequera (Málaga).



Presidente:

Cano Bueso, Juan B.

Consejeras y Consejeros:

Álvarez Civantos, Begoña
Balaguer Callejón, María Luisa
Escuredo Rodríguez, Rafael
Gutiérrez Melgarejo, Marcos J.
Gutiérrez Rodríguez, Francisco J.
Sánchez Galiana, José Antonio

Secretaria:

Linares Rojas, María Angustias

El expediente referenciado en el objeto ha sido dictaminado por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía, en sesión celebrada el día 15 de febrero de 2017, con asistencia de los miembros que al margen se expresan.

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 28 de diciembre de 2016 tuvo entrada en este Consejo Consultivo solicitud de aclaración al dictamen 795/2016, realizada por el Sr. Alcalde-Presidente, al amparo del artículo 70 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Andalucía, aprobado por Decreto 273/2005, de 13 de diciembre.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Tratándose de un dictamen emitido en tema de la competencia de la Comisión Permanente, corresponde a ésta proceder a la aclaración solicitada.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.2 del Reglamento Orgánico, el plazo para evacuar la consulta planteada es de veinte días.

Del expediente remitido se desprenden los siguientes antecedentes fácticos:



ALCANCE DE LA CONSULTA

La aclaración que se solicita de este Consejo Consultivo se ha planteado en los términos que se transcriben a continuación:

«Que le ha sido notificado a este Ayuntamiento con fecha 21 de diciembre de 2016 dictamen nº 795/2016 a solicitud del Ayuntamiento y por exigencia legal, concluyéndose en el mismo un dictamen desfavorable a la propuesta de resolución del expediente tramitado por esta Administración relativo al procedimiento de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho del acuerdo de Pleno de 12 de febrero de 2009, de aprobación de aval a favor de la entidad "¿....." concesionaria del "Club de Raqueta La Quinta".

»Y entendiéndose esta parte que concurren cuestiones y extremos en los que se producen dudas respecto de su contenido, por medio del presente escrito y al amparo del artículo 70 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Real Decreto 273/2005 de 13 de diciembre, viene en formular las siguientes aclaraciones y consideraciones:



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

»Primera.- Que ofreciendo contradicciones para este Ayuntamiento el que el Consejo Consultivo en su dictamen nº 745/2016 y ante una situación semejante a la planteada en la presente revisión de oficio fundamentase la concurrencia de una causa de nulidad, en concreto la del apartado f) del artículo 62.1 de la Ley 30/92 (aunque posteriormente aplicase el artículo 106 como límite de la revisión) y sin embargo, en el presente procedimiento fundamenta que dicho defecto no es causa de nulidad sino de anulabilidad, se solicita aclaración a ese Consejo Consultivo a qué se debe ese cambio de criterio (sin motivación) para la emisión del dictamen.

»A saber; el fundamento jurídico IV del dictamen nº 745/2016 expone:

"Por ello, debe indagarse la concurrencia de la causa de nulidad de la letra f), conforme a la cual son también nulos de pleno derecho los actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

"Para que concurra la misma es preciso, por tanto que el acto sea en primer lugar contrario al ordenamiento jurídico. En este sentido debe recordarse que conforme al artículo 49.6 del TRLCAP «los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los respectivos contratos», prevalencia que también recoge la jurisprudencia (entre muchas otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1992 y 23 de junio de 2000) y que responde a la idea de garantizar las mismas posibilidades a todos los licitadores sin alterar las bases de la licitación. Son pues, los principios fundamentales de la contratación los que llevan a afirmar esa primacía de los pliegos sobre las disposiciones concretas de los contratos.



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

"Por tanto, si eso es así, dado que ninguno de los Pliegos recogía la explotación comercial del mobiliario urbano en ninguna de sus cláusulas, es claro que tales actos son contrarios al ordenamiento jurídico.

"En segundo lugar, el juego de esa causa de nulidad requiere que por el acto en cuestión se adquirieran facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición. Sobre la configuración de esta causa de nulidad, partiendo de que ha de interpretarse restrictivamente como todas, este Consejo ha declarado (dictámenes 182/2005, 543/2006, 535/2007, 536/2007 y 201/2008, entre otros) que sin caer en laxitudes que el ordenamiento no consiente, hay que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto para la subsunción necesaria, en orden a su aplicación, teniendo en cuenta la intensidad e importancia del interés público que resulte restaurado con la revisión y el perjuicio que pueda padecer el particular, de producirse, que se convertían así en cánones hermenéuticos que, por supuesto, han de manejarse prudencialmente en la apreciación de cualquier causa de nulidad.

"En relación con esta causa de nulidad la jurisprudencia, para evitar que se desvirtúe el sistema, centra su aplicabilidad en la distinción entre requisitos esenciales y requisitos necesarios. Sólo aquéllos justificarían la nulidad. Ahora bien, esta distinción, difícil desde el punto de vista lógico pues lo es entre género y especie (lo esencial, es siempre necesario), que como se sabe es convencional, sólo puede ser resuelta con un juicio de razonabilidad sobre la situación concreta, ponderando a la hora de decidir o no la revisión, la intensidad del interés público restaurado con ésta y el perjuicio al administrado en su situación adquirida. En la práctica, este juicio de razonabilidad ha de partir, aunque no sea su único elemento, de la finalidad perseguida por la norma o normas infringidas y su relevancia para



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

la protección de los intereses públicos siempre preferentes.

"Dicho de otra manera, de no procederse en la forma expuesta se corre el riesgo de considerar que en materia urbanística, la regla general sería la nulidad de pleno derecho, lo que lisa y llanamente resulta inadmisibile.

"En el presente caso estamos ante un acto de adjudicación y un documento contractual que amplían el objeto fijado en los pliegos lo que como se ha dicho y esto es lo capital supone una alteración de los elementos básicos que sirvieron de base a la licitación afectando a los principios de publicidad y libre concurrencia (art. 11.1 del TRLCAP principios nucleares de la contratación pública por lo que claramente estamos ante una lesión del interés público de intensidad significativa que lleva ineludiblemente al juego de la causa de nulidad referida.

"En consecuencia la cláusula octava del contrato es nula de acuerdo con la letra f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992.

"Lo expuesto es perfectamente trasladable al acto de adjudicación (en cuanto aprueba un modelo de contrato que incluye la explotación comercial del mobiliario urbano) y a la cláusula segunda dado que precisamente la explotación comercial del mobiliario urbano no figura recogida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares ni el Pliego de Prescripciones Técnicas como resulta de su lectura y en particular de las cláusulas transcritas en antecedentes Por tanto también puede predicarse la nulidad de pleno derecho de la cláusula segunda y de la referida parte del acto de adjudicación por concurrir la causa prevista en la letra f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992."

»Y sin embargo, en el presente dictamen nº 795/2016, para resolver la misma cuestión, se considera que dicha infracción sería causa de anulabilidad. A saber; en el fundamento III del dictamen nº 795/2016 se expone:



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

»Segundo.- En otro orden de cosas también se contrasta por esta parte que el dictamen no resuelve la cuestión principal, ya que se limita a determinar que es ajustable a derecho la constitución de un aval por parte del Ayuntamiento (cosa que este Ayuntamiento no pone en duda dado que lo que justificaba la revisión de oficio es que se haya constituido el aval cuando el Pliego de condiciones no sólo no lo preveía sino que expresamente lo prohibía) con el consiguiente perjuicio al principio de transparencia y concurrencia en la licitación.

»En base a ello, se solicita aclaración en el sentido de que se complemente el dictamen analizando y fundamentando si la falta de previsión o prohibición en el Pliego de Condiciones hace que la constitución irregular del aval se conforme como causa de nulidad de pleno derecho del apartado f) del artículo 62.1. de la Ley 30/1992.»

ACLARACIÓN DEL DICTAMEN 795/2016

El dictamen 795/2016 resulta claro en los extremos que se apuntan en la consulta, si bien, contestando a la petición formulada, deben realizarse las siguientes consideraciones:

- Se cita el dictamen nº 745/2016 para indicar la existencia de contradicciones entre este último y aquel respecto del cual se solicita aclaración.

Basta para poner de manifiesto la injustificada fundamentación de los términos de la petición de aclaración en este punto que la única similitud entre los supuestos de hecho resueltos en estos dos dictámenes es que se argumenta la supuesta nulidad del acto administrativo en la letra f) del artículo 62.1 de la Ley

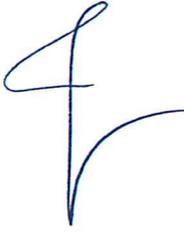


CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

30/1992, y que existe una contratación administrativa de por medio, siendo todas las demás circunstancias concurrentes bien distintas.



En el dictamen nº 745/2016 se pretende, entre otras cosas, la nulidad de la cláusula octava del contrato, ya que se considera que se está ante un acto de adjudicación y un documento contractual que amplían el objeto fijado en los pliegos, al incluir la explotación comercial del mobiliario urbano. En el dictamen nº 795/2016 se argumentaba que el Ayuntamiento no podía conceder un aval al estar expresamente prohibido por el pliego de cláusulas administrativas que rigió la contratación (cláusula II.3), por lo que se pretende la nulidad del acuerdo del Pleno de 12 de febrero de 2009 de aprobación del aval.



En el primer supuesto, resulta evidente la nulidad del acto administrativo en cuestión ya que en el contrato se alteran de manera inequívoca los elementos básicos de la licitación, afectando a los principios de publicidad y libre concurrencia, sin que ello encuentre el más mínimo respaldo en el ordenamiento jurídico. En el segundo supuesto, el contrato administrativo de concesión de obra pública se formalizó el 24 de mayo de 2007, cumpliendo lo preceptuado en el Pliego de cláusulas administrativas; por su parte, el acto administrativo por el que se concede el aval, acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 12 de febrero de 2009, que es dudoso que contradiga el Pliego (la cláusula II.3 del Pliego dispone que "el Ayuntamiento no contribuirá a la financiación de las obras en forma alguna y no tiene previsto destinar cantidad alguna a la subvención de la explotación", resultando más que cuestionable que la concesión de un aval pueda tener cabida en el concepto de financiación al que se refiere dicha cláusula), se ampara y tiene cobertura -como se expone en el dic-



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

tamen nº 795/2016- en una norma específica que lo autoriza, como es el artículo 49.6 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, habiéndose cumplido con los requisitos exigidos por el artículo 49.8 de dicha norma.

Para la apreciación de la causa de nulidad del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992 se exige un doble requisito; primero, que el acto sea "contrario al ordenamiento jurídico", segundo, que se adquiriera una facultad o derecho careciendo de los "requisitos esenciales para su adquisición". Pues bien, aceptada, con las dudas razonables ya expuestas, la infracción ordinamental (en este caso, consistente en la contravención de una cláusula del Pliego de cláusulas administrativas particulares), este Consejo Consultivo no considera que concurra el segundo requisito exigido para que la causa de nulidad invocada tenga virtualidad. La Administración consultante entiende que se ha adquirido un derecho, en este caso, la obtención de un aval, careciendo de los requisitos esenciales. Sin embargo, como se expone en el informe del Interventor General del Ayuntamiento, de 12 de febrero de 2009, "a la vista de lo recogido en la legislación específica... no existe inconveniente en poder avalar a una empresa concesionaria del Ayuntamiento", por lo que no se puede concluir la omisión de los requisitos esenciales para su adquisición.

Por consiguiente, la eventual contravención de una cláusula del Pliego por parte del Pleno al conceder el aval que sí autoriza la normativa específica y que cumple con las formalidades impuestas, atendiendo a la necesaria interpretación restrictiva de las causas de nulidad y en especial del supuesto previsto en la letra f) que en la práctica se viene utilizando como cajón de sastre para justificar cualquier nulidad de los actos administrativos, conduce necesariamente a desestimar la nulidad de pleno



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

derecho pretendida, dejando abierta, en su caso, como se indica en el dictamen nº 795/2016 , la vía de la anulabilidad del acto administrativo.

CONCLUSIÓN

Se considera que no concurre la causa de nulidad del artículo 62.1.f) en el acuerdo del Pleno de 12 de febrero de 2009, de aprobación de aval a favor de la entidad

Es cuanto el Consejo Consultivo de Andalucía dictamina.

En Granada, a quince de febrero de dos mil diecisiete.

EL PRESIDENTE

LA SECRETARIA GENERAL



Fdo.: Juan B. Cano Bueso

Fdo.: María A. Linares Rojas

SR. ALCALDE-PRESIDENTE DEL AYUNTAMIENTO DE ANTEQUERA.- (MÁLAGA)