

Expediente Núm. 194/2011
Dictamen Núm. 250/2011

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 21 de julio de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 5 de julio de 2011, examina el expediente de revisión de oficio incoado por Acuerdo del Consejero de Educación y Ciencia de 19 de mayo de 2011, con motivo de la presunta nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación del contrato de *renting* de una “copiadora/fotocopiadora” por la Directora de un colegio público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 30 de diciembre de 2009, la Directora del Colegio Público, suscribe, en nombre del centro docente, un contrato de *renting* con un establecimiento mercantil, cuyo objeto consiste en la cesión temporal de una “copiadora/fotocopiadora”. En él se recoge que el mismo tendrá una duración de 72 meses, obligándose el colegio al abono de una cuota mensual de 626 €.

Se adjuntan las condiciones generales de contratación, redactadas por la mercantil y rubricadas por las dos partes, en las que se califica el contrato como

privado (*renting*) y se sujeta a las referidas condiciones generales y a “lo dispuesto en el código de comercio, código civil (...) y demás normas que durante su vigencia pudieran establecerse y que fueran de aplicación por imperativo legal”. Entre las condiciones generales figura una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Madrid, con renuncia de las partes “a su propio fuero”. Se incluye un seguro, con franquicia, que cubre los riesgos de incendio, robo y accidente, manifestándose que el “arrendatario es conocedor y acepta expresamente las condiciones particulares y generales del seguro” contratado por la arrendadora. Igualmente se señala que el arrendatario del equipo “se obliga a conservarlo (...), siendo de su cuenta todos los gastos de mantenimiento y reparación”. Tras proscribir la cesión a terceros, se impone al arrendatario la obligación de comunicar inmediatamente a la mercantil su eventual incursión en “procedimiento concursal, embargo o cualquier situación análoga” que pudiera afectar al material cedido. Aparece también en las mismas una cláusula penal liquidadora del daño para el supuesto de incumplimiento de la cesionaria, “consistente en el pago del 25% del importe de las cuotas que queden por vencer”. No se incluye opción de compra a favor del usuario del bien arrendado.

2. Consta en el expediente un escrito de alegaciones remitido al colegio por la entidad arrendadora el 11 de noviembre de 2010, en respuesta (según se recoge en su encabezamiento y en un posterior informe administrativo) a una comunicación administrativa interesando la finalización del contrato. En él la mercantil señala que se trata de “un contrato complejo con prestación de servicios, en virtud del artículo 284 y siguientes de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, y manifiesta su rechazo a la “decisión unilateral de desistimiento del contrato sin la consecuente justa indemnización”.

3. Según se recoge en el dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias que obra en las actuaciones, con fecha 24 de noviembre de 2010 el Jefe del Servicio de Gestión Económica y Transporte Escolar de la Consejería de

Educación y Ciencia emite un informe en el que propone la incoación de un procedimiento de revisión de oficio por motivos de incompetencia y de omisión del procedimiento legalmente establecido. Reseña en los antecedentes que el contrato se formalizó "sin conocimiento alguno por parte de esta Consejería. La entrada de un nuevo equipo directivo en el curso escolar 2010/2011 pone de manifiesto la mala situación de las arcas del centro, detectándose la existencia de un contrato que supone una carga mensual próxima a los 700 euros (626 euros -más IVA-). Argumenta que estamos ante un contrato administrativo, que la competencia de los directores de los centros docentes se reduce a los contratos menores y que el suscrito tiene una duración superior a un año y "alcanza los 45.072 €", por lo que "no es menor" y "habría de ser objeto de contratación centralizada".

El día 25 de noviembre de 2010, el Consejero de Educación y Ciencia dicta un "Acuerdo en cuya virtud se decide iniciar de oficio la apertura de expediente con objeto de declarar, si procede, la nulidad" del contrato, "por cuanto que concurren en él las causas de nulidad radical previstas en el artículo 32.1 de la Ley 30/2007, en relación con el artículo 62.1, letras b) y e), de la Ley 30/1992". En el mismo Acuerdo se designa instructor y se ordena su comunicación al contratista, que acusa recibo de la misma el 2 de diciembre de 2010.

4. Con fecha 10 de diciembre de 2010, la compañía arrendadora remite al Servicio de Gestión Económica y Transporte Escolar, vía burofax, un escrito de alegaciones. En él indica que "el equipo de impresión lleva incorporado un programa de ordenador realizado a medida del cliente" y que se adquirió "según su solicitud para su posterior arrendamiento". Se propone acudir a las técnicas de "conversión, conservación o convalidación" a fin de mantener la eficacia del contrato, y en el supuesto de anularse "el pago de la indemnización pecuniaria correspondiente". Se adjunta un informe técnico, elaborado por una empresa de mantenimiento el 10 de noviembre de 2010, en el que se señala que el equipo tiene en la actualidad aproximadamente 100.000 copias", que su "precio de tarifa a fecha de hoy (...), con la configuración que está instalada en el colegio

(...) serían unos 7.000 € + IVA”, y que “la vida de la máquina recomendada por el fabricante (...) es de 5.000.000 (...) de copias, por lo que (...) está prácticamente sin uso”.

5. Consta incorporado al expediente el informe librado por un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, el día 4 de febrero de 2011, en el que manifiesta la conformidad con los criterios “del órgano gestor (...), instando la nulidad del contrato que se pretende revisar, sin perjuicio de las indemnizaciones que, en su caso, le correspondan a la empresa”.

6. En la sesión celebrada el día 7 de abril de 2011, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias, reemite un dictamen en el que considera que procede declarar la caducidad del procedimiento de revisión de oficio incoado, al haber transcurrido el plazo de tres meses establecido en el artículo 102.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC). Se especifican en el cuerpo del dictamen los particulares relativos al procedimiento tramitado, con sus informes y propuesta de resolución.

Mediante Resolución del Consejero de Educación y Ciencia de 6 de mayo de 2011, se acuerda la caducidad del procedimiento revisorio, notificándose a la empresa interesada el día 16 de ese mismo mes.

7. Con fecha 19 de mayo de 2011, el Consejero de Educación y Ciencia dicta un nuevo Acuerdo de inicio del procedimiento de revisión de oficio “con objeto de declarar, si procede, la nulidad” del contrato, con fundamento en “las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 32.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con el artículo 62.1, letras b) y e), de la LRJPAC”. El Acuerdo de incoación, en el que también se señalan el plazo máximo de resolución y los efectos del silencio administrativo, se notifica al contratista el día 27 de mayo de 2011.

8. El día 24 de mayo de 2011, la Jefa del Servicio de Contratación y Responsabilidad Patrimonial (en adelante Servicio instructor) emite un informe en el que estima que concurren los vicios de incompetencia objetiva y carencia absoluta de procedimiento. En cuanto a la indemnización de los perjuicios ocasionados, considera que existe una concurrencia de culpas, por cuanto la arrendadora manifiesta conocer la naturaleza administrativa del contrato y, a la vista de la omisión de todo trámite y de lo desproporcionado de la cuota mensual, “se infiere cierto ánimo doloso”, pues, “de abrirse un procedimiento de contratación (...), en ningún caso el precio de adjudicación sería tan elevado”. A continuación, se destaca que “el uso dado a la máquina (...) apenas alcanza el 2% de su vida útil”, proponiéndose el abono de la indemnización que resulte de aplicar “al valor actual de mercado de la máquina el 6% fijado en el artículo 276 LCSP como indemnización al contratista, en concepto de beneficio empresarial”, amén de la “restitución de la fotocopiadora”.

9. Con fecha 31 de mayo de 2011, emite nuevamente informe un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias. En él se reitera la conformidad con los criterios “del órgano gestor (...), instando la nulidad del contrato que se pretende revisar, sin perjuicio de las indemnizaciones que, en su caso, le correspondan a la empresa”.

Se adjunta también un nuevo informe de la Jefa del Servicio instructor, fechado el 9 de junio de 2011, en el que se reproducen las consideraciones del anterior, añadiendo que procede la apertura del trámite de audiencia.

10. Evacuado el referido trámite mediante oficio notificado a la mercantil el día 14 de junio de 2011, esta remite un burofax el 27 de ese mismo mes reproduciendo las consideraciones vertidas en el presentado el 11 de diciembre de 2010 al procedimiento caducado.

11. Con fecha 30 de junio de 2011, la Jefa del Servicio instructor elabora propuesta de resolución en términos coincidentes con su anterior informe,

cuestionando la buena fe de la contraparte y concluyendo que debe resarcirse el beneficio empresarial dejado de percibir (cuantificado en el 6% del valor actual del equipo) y, adicionalmente, restituirse la máquina reprográfica.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 5 de julio de 2011, registrado de entrada el día 8 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio del acto administrativo de adjudicación del contrato de *renting* de una "copiadora/fotocopiadora" por la Directora de un colegio público, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo del Principado de Asturias emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra I), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra I), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título VII de la Ley LRJPAC, el Principado de Asturias se halla debidamente legitimado, toda vez que a él pertenece el órgano que ha dictado el acto cuya declaración de nulidad es objeto del procedimiento de revisión de oficio iniciado.

TERCERA.- En cuanto al plazo para proceder a la revisión de oficio, el artículo 102.1 de la LRJPAC dispone que "Las Administraciones públicas, en cualquier

momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado (...), declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1”.

No obstante, el artículo 106 de la referida Ley establece que la revisión de oficio no podrá ser ejercitada “cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”. En el caso que examinamos, entendemos que no concurre en el procedimiento ninguno de los citados supuestos.

CUARTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que este se configura como instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, lo que exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por ello, hemos de analizar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

Tratándose de la revisión de actos preparatorios o de actos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, el artículo 34 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), se remite al régimen común del capítulo I del título VII de la LRJPAC, limitándose a sentar la competencia del órgano de contratación, sin perjuicio de que las normas autonómicas puedan atribuirle a otro órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa.

En el presente caso se han observado los trámites esenciales del procedimiento, puesto que se ha dado audiencia y vista del expediente a la perjudicada, se ha adoptado un acuerdo de iniciación por el órgano competente y se han elaborado dos informes y una propuesta de resolución que responden a la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 54.1.b) de la LRJPAC.

Advertimos, no obstante, una irregularidad formal en la ordenación del expediente, ya que, ausente un oficio de incorporación de las actuaciones practicadas en el procedimiento caducado, se adjuntan algunas de ellas y se prescinde de otras con las que guardan relación, ubicándolas confusamente antes de la propia resolución de inicio del nuevo procedimiento. Cabe aquí observar que los principios de conservación de actos y economía procesal autorizan la incorporación, con plena validez, de aquellas actuaciones que permitirían reducir el *iter* procedimental al acuerdo de iniciación, la evacuación de un nuevo trámite de audiencia y la propuesta de resolución.

Por último, en cuanto al plazo de resolución y notificación, el artículo 102.5 de la LRJPAC señala un plazo tres meses desde el inicio del procedimiento, lapso temporal que, en el presente caso, no ha transcurrido. No obstante, hemos de recordar que el citado precepto anuda la caducidad al transcurso de aquel plazo, por lo que la resolución habrá de notificarse antes de su vencimiento, en tanto no conste en el expediente el acuerdo de suspensión, debidamente notificado, adoptado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC.

QUINTA.- Entrando en el fondo del asunto, en el supuesto que nos ocupa se plantea la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación de un contrato privado -de *renting* de una "copiadora/fotocopiadora"- por la Directora de un colegio público.

Ante todo, para la correcta valoración del supuesto que analizamos, debemos partir de una consideración de tipo general, y es que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título VII de la LRJPAC, constituye un procedimiento excepcional, puesto que este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, sin intervención judicial y en cualquier momento, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad. En consonancia con el sentido excepcional de esta potestad de autotutela, la interpretación de los supuestos objeto de revisión de oficio debe ser restrictiva; de lo contrario, perdería efectividad la garantía que entraña

la diferenciación entre actos nulos de pleno derecho y actos anulables y su sometimiento a regímenes jurídicos distintos de anulación.

En el caso ahora examinado, la Administración actora invoca las causas de nulidad establecidas en el artículo 32, letra a), de la LCSP, “en relación con el artículo 62.1, letras b) y e)”, de la LRJPAC. Dado que el mencionado apartado a) del artículo 32 de la LCSP es un precepto de mero reenvío, hemos de detenernos en los motivos tasados en las letras b) y e) de la LRJPAC.

Con carácter preliminar procede deslindar el objeto y naturaleza de la impugnación aquí ejercitada, que se contrae a los actos preparatorios y de adjudicación de un contrato de *renting*, sin perjuicio de que la nulidad de aquellos se comunique al contrato mismo, *ex* artículo 35 de la LCSP. Así centrada la contienda, resulta incidental, y no esencial, que el contrato firmado sea de naturaleza administrativa o privada, toda vez que, de acuerdo con la doctrina de los actos separables, existe una comunidad de principios que rige la formación de la voluntad de la Administración, cualquiera que sea el vínculo que después vaya a surgir, sometiéndose la preparación y adjudicación de los contratos al régimen jurídico administrativo. Con todo, no debe olvidarse que el carácter público o privado de un contrato solo puede inferirse de un análisis sustantivo del mismo, sin que sean determinantes las declaraciones de sometimiento a un determinado régimen jurídico u orden jurisdiccional, sino que habrá que atender, fundamentalmente, a su contenido y finalidad. Desde la perspectiva teleológica, hoy dominante, el contrato es administrativo cuando queda constancia de su conexión con el fin de “interés público”, actuando la Administración, al decir de la jurisprudencia, “dentro del ámbito específico de las competencias y atribuciones cuyo ejercicio constituye su genuina misión y característica responsabilidad” (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1982, Sala de lo Contencioso-Administrativo). Ahora bien, atendiendo a su contenido, y descendiendo al supuesto aquí examinado, cabe distinguir entre lo que el negocio es -un contrato de adhesión de naturaleza mercantil- y lo que debió ser -un contrato administrativo de suministro o mixto-, sin que el sustrato de lo firmado pueda reconducirse, sin violentar su esencia, a una categoría reconocida

en el campo de la contratación pública. Así, desde esta vertiente objetiva, no puede excluirse la alegación de causas de nulidad de Derecho privado, invocación que se sujeta a los requisitos y plazos establecidos en el ordenamiento civil, si bien, a tenor del artículo 36 de la LCSP, “el procedimiento para hacerlas valer se someterá a lo previsto en los artículos anteriores para los actos y contratos administrativos anulables”. Ello no obstante, con independencia de la posible concurrencia de causas de nulidad de Derecho privado, que la Administración no alega en el presente caso, en la impugnación de los actos de preparación y adjudicación de un contrato debe primar el carácter típico de los mismos, de manera que, si concurre vicio de procedimiento o competencia, este es el determinante de la nulidad del acto, resultando innecesario acudir a las causas de nulidad civiles. En consecuencia, basta considerar en este expediente la nulidad de pleno derecho resultante de la aplicación del artículo 62.1 de la LRJPAC a los actos administrativos de preparación y adjudicación.

En relación con la primera causa invocada, el artículo 62.1.b) de la LRJPAC dispone que son nulos de pleno derecho los actos dictados “por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio”. Es necesario por tanto, para apreciar la existencia de la causa de nulidad invocada, que concurren los dos requisitos que establece este artículo: que la incompetencia sea manifiesta y que dicha incompetencia lo sea por razón de la materia o del territorio, excluyéndose así la incompetencia jerárquica, que únicamente podría dar lugar a anulabilidad.

El primero de los requisitos, según jurisprudencia reiterada, exige que la incompetencia se manifieste “de modo ostensible, patente, claro e incontrovertido” (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, analizando el artículo 47.1.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, de análogo contenido al precepto actual). En el presente caso, tal y como señala el informe del Servicio instructor incorporado al expediente, la competencia para la contratación reside en el titular de la Consejería de Educación y Ciencia, sin

perjuicio, en su caso, de la necesaria autorización del Consejo de Gobierno para el otorgamiento de determinados contratos, conforme al artículo 37 de Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias. Por su parte, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, establece, al ocuparse de la autonomía de los centros (artículo 123.2), que “Las Administraciones educativas podrán delegar en los órganos de gobierno de los centros públicos la adquisición de bienes, contratación de obras, servicios y suministros, de acuerdo con el 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 (remisión que ha de entenderse hoy a la LCSP), y con los límites que en la normativa correspondiente se fijen. El ejercicio de la autonomía de los centros para administrar estos recursos estará sometido a las disposiciones que las Administraciones educativas establezcan para regular el proceso de contratación, de realización y de justificación del gasto”. En su desarrollo, el artículo 27.2 del Decreto 76/2007, de 20 de junio, por el que se regula la Participación de la Comunidad Educativa y los Órganos de Gobierno de los Centros Docentes Públicos que imparten Enseñanzas de Carácter no Universitario en el Principado de Asturias, dispone que “Los Directores y Directoras de los centros docentes dispondrán de autonomía para la adquisición de bienes y la contratación de obras, servicios y suministros en la medida en que estas competencias les sean delegadas por los órganos que las tengan atribuidas como propias y de acuerdo con lo dispuesto en la legislación vigente en materia de Contratos de las Administraciones Públicas, con los límites fijados en la normativa correspondiente y con sometimiento a las disposiciones que establezca la Administración Educativa del Principado de Asturias”. Y, en su aplicación, la Resolución de 11 de febrero de 2008, de la Consejería de Educación y Ciencia, por la que se delegan competencias en los titulares de diversos órganos de la Consejería, determina, en su ordinal octavo, “Delegar en quienes sean titulares de las Direcciones de los Centros (...) La contratación en los supuestos de contratos menores a que se refiere la normativa sobre contratos del sector público, previo informe favorable respecto al presupuesto de

gasto de la Dirección General de Planificación, Centros e Infraestructuras. En el supuesto de formalización por escrito del contrato menor, el documento que se redacte a tal efecto deberá ser sometido a informe de la Secretaría General Técnica, con carácter previo a su suscripción". En el caso que nos ocupa, es patente que no nos encontramos ante un contrato menor (en cuyo caso el vicio sería únicamente de procedimiento), pues tal carácter se restringe en la LCSP a los suministros y servicios de cuantía inferior a 18.000 € (artículo 122.3) que no tengan una duración superior a un año (artículo 23.3 de la misma norma), y el suscrito lo es por 72 mensualidades (6 años) y por un importe de 45.072 € (resultante de la suma de anualidades, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido). En suma, los Directores de los centros públicos ostentan competencias en materia de contratación, si bien restringidas a los contratos menores. Ahora bien, la expresión "manifiestamente incompetente" del artículo 62.1.b) de la LRJPAC comporta, como hemos señalado, evidencia y rotundidad, notas estas que concurren cuando un órgano administrativo carece de toda competencia respecto de una determinada materia, pero no cuando ostenta competencias sobre esa materia, aunque vengan condicionadas por ciertos umbrales. En cuanto al segundo requisito, que se trate de una incompetencia objetiva o territorial, ya la jurisprudencia anterior a la LRJPAC venía exigiendo que el carácter manifiesto de la incompetencia se examinase por razón de la materia y del territorio, y no por la jerarquía o grado, toda vez que esta última no se exterioriza de modo ostensible, corriente que se incorporó a la letra del artículo 62.1.b) de la LRJPAC. Centrándonos en la competencia para contratar, se observa que la misma se atribuye por razones objetivas (materia o cuantía), pero está autorizada -y extendida- la delegación de la competencia, bajo ciertos umbrales y requerimientos, en órganos jerárquicamente dependientes. De ahí que, en el supuesto ahora planteado, la falta de poder del adjudicador no puede calificarse de material ni manifiesta, a efectos de nulidad radical, por cuanto no deriva de la ausencia de competencias en el campo de la contratación, sino de la infracción de los límites de una delegación de competencias del Consejero del ramo en órganos inferiores jerárquicos. En consecuencia, entiende este Consejo

que el acto de adjudicación del contrato no fue adoptado por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, y por ello es simplemente anulable y no nulo de pleno derecho, a tenor de lo dispuesto en los artículos 62.1.b) y 63 de la LRJPAC.

En relación con el segundo de los supuestos de nulidad invocados, señala el artículo 62.1.e) de la LRJPAC que son nulos de pleno derecho los actos "dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido". Según reiterada jurisprudencia, para que pueda apreciarse esta causa de nulidad la omisión del procedimiento ha de ser "clara, manifiesta y ostensible", lo que sucede, entre otros, en los casos de "ausencia total de trámite" (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a). En el asunto analizado, se concluye sin dificultad que el procedimiento no ha existido, no ya que se hayan conculcado los principios de publicidad y concurrencia que rigen la contratación administrativa, sino que se ha omitido el cauce mismo que ha de sustanciar aquellos principios esenciales. En rigor, la nulidad afecta también a los supuestos de infracción de normas esenciales, como acontece cuando se acude a un procedimiento distinto del aplicable. En cualquier caso, sin necesidad de descender a ulteriores distinciones, lo que aquí se acredita es una ausencia total y absoluta de procedimiento, al haberse adjudicado el contrato sin instrucción previa, por lo que concurre la segunda causa de nulidad invocada.

En definitiva, este Consejo estima que concurre el supuesto de nulidad radical establecido en el apartado e) del artículo 62.1 de la LRJPAC.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, hemos de estar a lo dispuesto en el artículo 35.1 de la LCSP, que señala que "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".

En el supuesto examinado, es claro que procede la devolución de la máquina reprográfica, sin que proceda prima facie la restitución de lo abonado por ella, por cuanto en el contrato de arrendamiento se retribuye precisamente el uso del bien cedido. Sentado esto, hemos de reparar en que la propia compañía arrendadora aporta al expediente un informe técnico, elaborado por una empresa de mantenimiento el 10 de noviembre de 2010, en el que se constata que el equipo tiene en la actualidad "aproximadamente 100.000 copias", que su "precio de tarifa a fecha de hoy (...), con la configuración que está instalada en el colegio (...) serían unos 7.000 € + IVA", y que "la vida de la máquina recomendada por el fabricante (...) es de 5.000.000 (...) de copias, por lo que (...) está prácticamente sin uso". A la vista del precio señalado, de que la máquina no ha sufrido depreciación sustancial por el uso, de la fecha del contrato -30 de diciembre de 2009-, y del pago a la empresa de una cuota mensual de 626 €, se concluye que la Administración ha abonado a la arrendadora, por los 19 meses transcurridos a día de hoy, la cantidad de 11.894 € en concepto de usuaria de un bien cuyo valor en propiedad es ostensiblemente inferior a lo ya pagado por su temporal disfrute, y cuya vida útil ("está prácticamente sin uso") excede muy ampliamente del tiempo consumido. Esta realidad pone de manifiesto lo abusivo o desproporcionado del precio concertado en el contrato, que no sirve de parámetro a la justa compensación por las utilidades obtenidas del bien cedido. En suma, la obligación de restitución, previa a la de indemnización de daños, ha de resolverse en un crédito favorable a la Administración -que podría cuantificarse en el sobrepago que la empresa percibe al contratar sin someterse a la libre competencia.

Entrando ya en el apartado del resarcimiento que pesa sobre la parte culpable, y sentada la ilicitud de la conducta administrativa, hemos de observar que también merece tacha el comportamiento de la contraparte, alejado de los dictados de la buena fe contractual. Así, junto a lo desorbitado del canon mensual, la mercantil incorpora unas condiciones generales de contratación, predisuestas por ella para negocios *inter privados*, en los que se incluyen cláusulas que delatan abiertamente la irregularidad de lo contratado, tales como

la sumisión expresa a los Tribunales de Madrid con renuncia de las partes “a su propio fuero”, la aceptación de un seguro vinculado que no se documenta, la asunción por el cesionario de “todos los gastos de mantenimiento y reparación”, o la cláusula penal por incumplimiento “consistente en el pago del 25% del importe de las cuotas que queden por vencer”, lo que en este momento representaría, en términos absolutos, el abono de un resarcimiento superior al precio original del equipo. El mismo clausulado revela sonoramente que el contrato se desvía del régimen administrativo, con la señalada renuncia al fuero territorial o la imposición al arrendatario de la obligación de comunicar su eventual incursión en “procedimiento concursal, embargo o cualquier situación análoga”. A la vista de ello, la mercantil contrata con la Directora del centro público sin reparar en el grosero desencaje de sus condiciones generales ni en la ausencia absoluta de procedimiento, pese a que, ya en los primeros escritos que dirige al colegio y a la Consejería, admite con naturalidad que el negocio debió someterse a la LCSP. En suma, cabe apreciar que la conducta torpe no está exclusivamente del lado de la Administración, pues el negocio no se hubiera consumado, en sus abusivos términos, sin la participación interesada de la empresa de *renting*, que notoriamente conoce, por manifiesta, la irregularidad del trámite y la grotesca onerosidad de la obligación sufragada por el erario público. Bajo estas condiciones, y habiendo participado activamente en la formación del negocio nulo, no puede la mercantil pretender ahora el abono de un beneficio industrial referenciado a precios o condiciones abusivas, que, por otra parte, hemos considerado nulas de pleno derecho, sino, pura y llanamente, un beneficio de mercado atemperado por la concurrencia de culpas. Así las cosas, entiende este Consejo que no se aprecian daños y perjuicios que deban ser resarcidos porque, como ha quedado acreditado, la empresa ya ha percibido un importe superior al debido y, en cualquier caso, de existir -que no se han justificado en el procedimiento-, tal resarcimiento quedaría incluido en la cuantía recibida (que asciende a 11.894 €) y la suma que debería abonarse a la Administración en justa compensación por lo desproporcionado del canon y la restitución del equipo en plenas condiciones de funcionamiento.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede revisar de oficio y declarar la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación del contrato de *renting* de una “copiadora/fotocopiadora” por la Directora del Colegio Público, anulándose el contrato celebrado con restitución del equipo a la empresa cedente, sin que proceda el abono de indemnización alguna.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.