

Expediente Núm. 186/2012
Dictamen Núm. 224/2012

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 27 de julio de 2012, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente acuerdo:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 10 de julio de 2012, examina el expediente de revisión de oficio de la Resolución de la entonces Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras de 2 de septiembre de 2010, por la que se seleccionan las empresas que han de participar en el procedimiento negociado para la adjudicación de las obras de construcción del parque periurbano de Bergueres.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Por Resolución del Consejero de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras de 16 de diciembre de 2010 se adjudica definitivamente el contrato de obras de construcción del parque periurbano de Bergueres a la unión temporal de empresas “X”.

Constan en las actuaciones los particulares relativos al expediente de contratación, por el procedimiento negociado con publicidad, de las referidas obras, amén de un modificado de las mismas. Entre dichos antecedentes figura la Resolución de 2 de septiembre de 2010, por la que se acuerda seleccionar a la UTE finalmente adjudicataria para participar en el procedimiento negociado relativo a las obras del parque.

2. Con fecha 26 de mayo de 2011 libra informe el Jefe de la Inspección General de Servicios, tras ser requerido por el Secretario General Técnico de la Consejería actuante para “una inspección extraordinaria relativa a la correcta tramitación de los expedientes de contratación que se relacionan”.

Constata el informe de inspección la existencia de una relación de parentesco por afinidad constitutiva de prohibición para contratar, pues la Jefa del Servicio responsable de la tramitación del expediente de contratación resulta ser cónyuge del socio mayoritario y administrador de una de las empresas integradas en la UTE adjudicataria, tal como acredita la certificación del Registro Mercantil que se adjunta.

Documentado en acta el reconocimiento de la relación conyugal por la funcionaria incurso en deber de abstención, formula el Inspector informante las recomendaciones de “que se inicie el procedimiento oportuno para depurar las responsabilidades disciplinarias” y que “se ordene la instrucción del correspondiente procedimiento de revisión de oficio” de la adjudicación del contrato de obras.

3. A resultas de lo anterior, el Consejero de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras acuerda, con fecha 2 de junio de 2011, la “suspensión temporal total del contrato de (...) obras de construcción del parque periurbano” y, con fecha 10 de junio de 2011, “iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de 2 de septiembre de 2010 por la que se

acordó seleccionar” a la UTE finalmente adjudicataria para participar en el procedimiento negociado con publicidad relativo a las obras del parque, con fundamento en la concurrencia de prohibición para contratar por parentesco en primer grado.

4. Mediante Resolución del Consejero de Agroganadería y Recursos Autóctonos de 20 de octubre de 2011, se acuerda declarar la caducidad del procedimiento de revisión incoado, disponer la conservación de las actuaciones que obran en el expediente y “reiniciar” el procedimiento de revisión de oficio “de la Resolución de 2 de septiembre de 2010”, nombrándose instructor. En el cuerpo de la Resolución se justifica la asunción de la competencia por el referido Consejero en la reordenación de Consejerías. Las actuaciones cuya conservación se dispone se contraen a la comunicación de la anterior resolución de inicio, la propuesta de resolución y el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias expresivo de la necesidad de evacuar un previo trámite de audiencia.

5. Comunicada la Resolución a los interesados, el Instructor del procedimiento libra informe el 7 de diciembre de 2011 en el que se concluye que procede la revisión de oficio de la resolución “por la que se acordó seleccionar” a la adjudicataria para participar en la licitación.

6. Por Resolución del Consejero actuante, de 7 de diciembre de 2011, se acuerda, con fundamento en “el artículo 42.5.c) de la (...) LRJPAC”, la suspensión del plazo para dictar y notificar la resolución expresa “hasta que se emita el preceptivo informe por parte del Servicio Jurídico del Principado de Asturias”, lo que se traslada a los interesados. Se recoge en esta Resolución (fundamento de derecho cuarto) que “aún restan por practicar trámites tan esenciales como el de audiencia a los interesados una vez emitido el informe

del Servicio Jurídico del Principado de Asturias e informe del Consejo Consultivo”.

7. Se incorpora al expediente el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, fechado el 4 de enero de 2011, en el que se muestra la conformidad con la revisión de oficio, si bien se aclara que el mencionado fundamento de derecho cuarto “no se estima correcto”, por cuanto el informe del Servicio Jurídico no es previo al trámite de audiencia.

8. Mediante Resolución de 11 de enero de 2012, el Consejero dispone “el levantamiento de la suspensión acordada con fecha 7 de diciembre de 2011 respecto del plazo para dictar y notificar la resolución”, lo que se comunica a los interesados.

9. Tras un informe-propuesta del Instructor, de 17 de enero de 2012, en el que se aprecia la nulidad de los actos que cita y la concurrencia de prohibición para contratar, se evacua el trámite de audiencia.

Al ser devuelta por el servicio de correos la comunicación dirigida a la mercantil que provoca la nulidad aducida se acude a la notificación edictal, en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de su domicilio y a la publicación en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 9 de febrero de 2012.

10. Mediante oficio de 23 de febrero de 2012, esa Presidencia solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento seguido.

11. Con fecha 8 de marzo de 2012, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen había transcurrido ya el plazo de tres meses que fija 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, por lo que procede declarar la caducidad del procedimiento.

12. Mediante Resolución del Consejero de Agroganadería y Recursos Autóctonos de 26 de abril de 2012, se acuerda “levantar la suspensión, declarar la caducidad del procedimiento conservando actuaciones del expediente, acordar el reinicio de procedimiento de revisión de oficio (y) nombrar instructor del procedimiento”.

13. Notificada la Resolución a los interesados, el Instructor del procedimiento, con fecha 6 de junio de 2012, y tras poner de manifiesto que según el informe emitido por la Inspección General de Servicios del Principado de Asturias la empresa “Y” -integrada en la UTE adjudicataria del contrato que analizamos-, “conforme a lo previsto en el artículo 49.1.f) de la LCSP (...), incurre en prohibición de contratar”, propone “declarar, a través del procedimiento de revisión de oficio”, la nulidad de la “Resolución de (...) 2 de septiembre de 2010, por la que se acordó seleccionar a ‘X’ para participar en el procedimiento” correspondiente, así “como de los actos administrativos sucesivos directamente relacionados con esta, esto es la Resolución por la que se adjudica el contrato correspondiente a la ejecución de dichas obras y el propio contrato administrativo formalizado”.

14. Evacuado el trámite de audiencia, la empresa integrada en la UTE adjudicataria no incurso en prohibición de contratar presenta, con fecha 18 de junio de 2012, un escrito de alegaciones en el que expone que los hechos “en que se funda la declaración de nulidad (...) son totalmente ajenos a la sociedad compareciente” y desconocidos “hasta que se inició el procedimiento de

revisión de oficio”, y que la obra “se encuentra en un estado de ejecución muy avanzado (...), lo que debe tenerse en cuenta a efectos de su liquidación”.

Por lo que se refiere a posible incautación de la fianza, señala que “el artículo 35 de la Ley 30/2007 (aplicable al caso por razones de derecho transitorio) no menciona entre los efectos de la nulidad del contrato la incautación de la fianza”. En idéntico sentido, cita el artículo 88.c) de la misma norma. Concluye solicitando que se dicte la resolución administrativa “que corresponda sin acordar en ningún caso la incautación de las garantías constituidas por el contratista”.

15. Con fecha 26 de junio de 2012, el Instructor del procedimiento eleva propuesta de resolución en términos similares a los contenidos en su informe de 6 de junio de 2012. Sobre las alegaciones planteadas por una de las empresas de la UTE, sostiene el Instructor que, “como UTE adjudicataria del contrato en cuestión”, se ve afectada por la revisión de oficio, al margen “de que conociese o no la situación de `Y´” Por último, en relación con la posible incautación de la garantía, “estima la alegación formulada (...) y propone no incautar, como medida cautelar, la garantía definitiva en su día constituida por la UTE”, con independencia de que, llegado el caso, se puedan imputar a dicha garantía “los daños y perjuicios irrogados para esta Administración”.

16. El día 6 de julio de 2012, emite informe el Servicio Jurídico del Principado de Asturias en sentido favorable a la propuesta de resolución sometida a consulta.

17. En ese estado de tramitación, mediante escrito de 10 de julio de 2012, registrado de entrada el día 11 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 de la Resolución de la

entonces Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras de 2 de septiembre de 2010, por la que se seleccionan las empresas que han de participar en el procedimiento negociado para la adjudicación de las obras de construcción del parque periurbano de Bergueres, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente original.

Con fecha 13 de julio de 2012, tiene entrada en el registro de este órgano una copia de la Resolución adoptada el día 12 del mismo mes por la Consejera de Agroganadería y Recursos Autóctonos, por la que se acuerda la suspensión del plazo para resolver y notificar la resolución del procedimiento, fundamentada en la solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.5 de la LRJPAC.

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 de conformidad con 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 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante 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 LRJPAC 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 supuestos citados.

Con arreglo a lo establecido en el artículo 102.5 de la LRJPAC, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán resolverse en el plazo de tres meses desde su inicio, transcurridos los cuales sin dictarse resolución, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá su caducidad. En el supuesto analizado la incoación del procedimiento de revisión se acordó por Resolución de 26 de abril de 2012, si bien por Resolución de 12 de julio de 2012 la Consejera actuante acordó la suspensión del plazo de resolución y notificación en tanto se emita el dictamen preceptivo por parte de este Consejo, según dispone el art. 42.5.c) de la LRJPAC.

CUARTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo, hemos de comenzar por señalar que en función de la fecha de inicio del expediente de contratación -21 de junio de 2010-, y a tenor de lo dispuesto en 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, resulta de aplicación la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), que en su artículo 34.1 determinaba -en idéntico sentido al Texto Refundido actual- que la "revisión de oficio de los actos preparatorios (...) de los contratos de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre". A propósito de la revisión de oficio con carácter general, hemos declarado en ocasiones anteriores que este procedimiento 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.

En el presente caso se han observado, en lo esencial, los trámites del procedimiento, ya que se ha dado audiencia y vista del expediente a la persona interesada, se ha adoptado un acuerdo de iniciación y se ha elaborado una propuesta de resolución que responde a la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 54.1.b) de la LRJPAC.

QUINTA.- Entrando en el fondo del asunto, en el supuesto que nos ocupa se pretende por la Consejera de Agroganadería y Recursos Autóctonos declarar la nulidad de la Resolución de 2 de septiembre de 2010 de la entonces Consejería de Ordenación del Territorio, Medio Ambiente e Infraestructuras, por la que se acordó seleccionar a "X" para participar en un procedimiento de contratación administrativa, así como la "de los actos administrativos sucesivos directamente relacionados con esta".

Considera el órgano actuante que una de las empresas integradas en la UTE adjudicataria se encontraba incurso en prohibición de contratar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 49.f) de la LCSP, según se acredita por la Inspección

General de Servicios en el informe definitivo de inspección extraordinaria que hemos dejado expuesto en los antecedentes. Por ello, razona el fundamento jurídico primero de la propuesta de resolución, se habría producido la nulidad del contrato como consecuencia de la nulidad de un acto preparatorio.

Analizado el expediente, resulta acreditado que concurre en el administrador de la empresa "Y" el supuesto de prohibición de contratar establecido en el artículo 49.f) de la LCSP -artículo 60.f) del Texto Refundido vigente-, tal como ha determinado la Inspección General de Servicios, sin que tal conclusión haya sido cuestionada por parte de los interesados en el trámite de alegaciones. Por tanto, acreditado el hecho determinante de esa prohibición, la consecuencia legal viene impuesta de modo explícito en el artículo 32 de la misma LCSP, al señalar que "Son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes: (...) b) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional (...) del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones de contratar señaladas en el artículo 49". A tenor de lo dispuesto en el artículo 35.1 de la propia LCSP, la "declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación provisional o definitiva, 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". Por último, por lo que se refiere a los posibles daños y perjuicios, el párrafo final del mismo artículo 35.1 determina que serán indemnizados por la "parte que resulte culpable" -norma y contenido que se reiteran en el Texto Refundido vigente-.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la declaración de nulidad de pleno derecho de la Resolución de 2 de septiembre de 2010 de la entonces Consejería de

Ordenación del Territorio, Medio Ambiente e Infraestructuras, por la que se seleccionan las empresas que han de participar en el procedimiento negociado para la adjudicación de las obras de construcción del parque periurbano de Bergueres, y por ello la nulidad del propio contrato celebrado, en los términos indicados en el cuerpo de este dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.