Año:	2013
Nº Dictamen:	0265/2013
Fecha:	10-4-2013
Nº Marginal:	II.252
Ponencia:	Gutiérrez Rodríguez, Francisco José Requena López, Tomás. Letrado
Órgano solicitante:	Ayuntamiento de Almuñécar (Granada)
Nombre:	Revisión de oficio de modificación de contrato. Actos nulos. Adquisición de derechos careciendo de requisitos esenciales. Improcedencia.
Voces:	ACTOS ADMINISTRATIVOS: Actos nulos: Causas: Adquisición de derechos careciendo de requisitos esenciales. Improcedencia. ADMINISTRACIÓN LOCAL: Revisión de oficio. REVISIÓN DE OFICIO: Objeto: Modificación de contrato.

Número marginal: **II.252**

DICTAMEN Núm.: 265/2013, de 10 de abril

Ponencia: Gutiérrez Rodríguez, Francisco José

Requena López, Tomás. Letrado

Órgano solicitante: Ayuntamiento de Almuñécar (Granada)

Cuestión sometida a dictamen y principales temas tratados: Revisión de oficio de modificación de contrato.

Actos nulos.

Adquisición de derechos careciendo de requisitos esenciales.

Improcedencia.

TEXTO DEL DICTAMEN

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

Se somete a consulta de este Órgano el expediente tramitado por el Ayuntamiento de Almuñécar (Granada), sobre revisión de oficio del acuerdo del Pleno de 8 de agosto de 2006, y de los acuerdos de la Junta de Gobierno Local de 13 de marzo de 2007 (ordinal 11º), 21 de abril de 2008 (ordinal 4º.4) y 3 de septiembre de 2008 (ordinal 4º. Tercero).

Antes de realizar cualquier otra consideración, hay que recordar que la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, reconoce la potestad de las Corporaciones Locales de 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 [arts. 4.1.g) y 53], al igual que lo hace el artículo 218.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

La remisión a la legislación estatal conduce a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuyo ámbito de aplicación se incluyen las Entidades que integran la Administración Local [arts. 1 y 2.1.c) de dicha Ley]. Concretamente, la revisión de los actos en vía administrativa se rige por lo establecido en los artículos 102 a 106 de dicha Ley.

La nulidad se postula de actos que, todos ellos, suponen una modificación del precio del contrato; contrato que, teniendo en cuenta la fecha de su adjudicación (7 de febrero de 2005), se somete al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), siendo las causas de nulidad a considerar las previstas en el artículo 62 del referido Texto Refundido, cuya letra a) se

remite al artículo 62.1 de la Ley 30/1992.

II

En lo que atañe a la competencia y procedimiento seguido por la Administración consultante, debe señalarse, en primer lugar, que el artículo 34.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) dispone que será competente para declarar la nulidad el órgano de contratación.

Dado que el órgano de contratación fue el Pleno del Ayuntamiento, a él corresponde resolver el procedimiento de revisión de oficio.

En orden al procedimiento instruido, debe notarse que aunque el procedimiento se inició el 29 de noviembre de 2012, el 4 de febrero de 2013 se acordó la suspensión del plazo por tres meses, por lo que el mismo no ha caducado.

III

La Administración consultante considera que los referidos actos son nulos de pleno derecho por concurrir en ellos la causa de nulidad prevista en la letra f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, consistente en que por ellos se han adquirido por la adjudicataria derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

El razonamiento que subyace a tal apreciación consiste en que tales actos vinieron a asumir como de responsabilidad de la Administración la subida salarial que para los trabajadores de la adjudicataria supuso el convenio colectivo de 6 de abril de 2006 (publicado el Boletín Oficial de la Provincia de Granada, de 27 de abril de 2006), de manera que en vez de satisfacerlos la empresa, como según la cláusula 4ª del Pliego de Condiciones Técnicas del Contrato, se satisficieron, a través de su incorporación al precio del contrato, por la Administración. Además, desde el 30 de septiembre a 31 de diciembre de 2008 no se prestó el servicio por la concesionaria al estar suspendido el contrato, por lo que la empresa no tendría derecho al pago del precio en los términos indicados por los actos realizados.

La empresa contratista se opone a tal interpretación alegando que el convenio afectaba derechamente al contrato, y por ello, para restablecer el equilibrio financiero del mismo, se adoptaron los acuerdos en cuestión.

Tal alegato no puede admitirse, pues, en primer lugar, es el convenio a quién afectaba era a la empresa adjudicataria, como empleadora. No se trata de que la cláusula 4ª referida obligue a la empresa a pagar los salarios de sus trabajadores, sino que tal obligación resulta de los contratos de trabajo con ellos suscritos y viene impuesta por el Estatuto de los Trabajadores.

En segundo lugar, como se dijera en el dictamen 368/2009, precisamente en relación con esta empresa y el mismo Ayuntamiento, la conexión del convenio con el equilibrio financiero del contrato no puede tener virtualidad, "pues no se trata de ninguna medida impuesta por la Administración que pudiera incidir en la economía del contrato, sino de un Convenio Colectivo provincial en el que la Administración no ha tenido intervención alguna".

Entrando, pues, en el análisis de la nulidad propuesta, en cuanto a la letra f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, como este Consejo ha declarado en reiteradas ocasiones, recogiendo doctrina legal y jurisprudencial, las causas de nulidad de pleno derecho han de interpretarse restrictivamente, lo que no significa que (como se dijera en los dictámenes 86 y 182/2005; 144, 543 y 598/2006; 286, 415, 534, 535 y 536/2007; 199, 201, 303, 556, 571, 590, y 770/2008; 63, 534, 563, 564, 565, 566, y 567/2009; 281/2010; 262/2011; 1022/2012 y 91, 143 y 144/2013, entre otros), sin caer en laxitudes, que el ordenamiento no consiente, no haya que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto para la subsunción del mismo en las causas de nulidad preestablecidas por la Ley. Ello resulta no sólo conveniente, sino obligado cuando los perfiles del supuesto de hecho no resulten nítidos. Pero en estos casos, se decía, habían de tenerse 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.

Todo ello, declaraba este Consejo, es especialmente aplicable a la causa de nulidad contemplada en la letra f) del artículo 62.1. Hoy la jurisprudencia, para evitar que esta causa de nulidad, ya de ámbito general, 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 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 la regla general sería la nulidad de pleno derecho, lo que lisa y llanamente resulta inadmisible.

Para el Ayuntamiento, los acuerdos son contrarios al ordenamiento jurídico, y por ellos la adjudicataria adquiere derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición. En concreto, y atendiendo a las razones que sustentan la nulidad, la norma infringida vendría constituida, no sólo por la referida cláusula 4ª del Pliego, sino por la normativa laboral, que impone al empleador como contraprestación típica del contrato de trabajo el pago del salario al trabajador (en este sentido, la alegación de la empresa de que no hay norma, además de la cláusula, por la que exista tal obligación, es inadmisible).

Lo que sucede es que en ningún caso se contempla en el expediente que la Administración sea la que haya de pagar los salarios de los trabajadores, pues los mismos siguen siendo satisfechos por el concesionario, sino que la Administración va a satisfacer un mayor precio, esto es, que se ha producido una modificación del contrato. Por tanto, no se trata de una infracción de la citada norma, dado que la Administración no es la que paga el salario a los trabajadores de la empresa adjudicataria, sino que se ha limitado a modificar el precio del contrato absorbiendo en el mismo la subida salarial que supuso el convenio colectivo de 6 de abril de 2006.

Así las cosas, no puede afirmarse que tales actos sean contrarios a las previsiones indicadas ni que por ellos se adquieran facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición, pues si la Administración ha modificado el contrato, es claro que tiene derecho, conforme a él, a percibir el nuevo precio.

En realidad, es lo expuesto en el párrafo anterior el que revela el enfoque adecuado del problema. En efecto, los actos cuya revisión se pretende suponen la modificación del contrato. De lo que se trataría, pues, es de determinar si la modificación del contrato es nula de pleno derecho, bien por adolecer del vicio de nulidad propuesto por la Administración, bien por estar viciada por estar incursa en cualquiera de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992.

Pues bien, aunque la documentación aportada no permite visualizar un procedimiento de modificación ortodoxamente tramitado (se habla incluso en algún momento de revisión de precios, lo que es manifiestamente incorrecto y sería improcedente -no concurren los requisitos del art. 103 del TRLCAP-, si bien finalmente se opta por la modificación del contrato), no puede decirse que el mismo infrinja las normas que regulan la modificación contractual (arts. 101 del citado Texto Refundido y 102 del Reglamento), pues consta la justificación de la modificación, aludiendo a las razones de interés público y se afirma que la intervención ha informado sobre la existencia de crédito suficiente. Por otro lado, el dictamen de este Consejo no era preceptivo al suponer la modificación el 8’8 por 100 del precio del contrato.

Puede que las razones de interés público fuesen inexistentes o discutibles, o que la justificación no esté suficientemente motivada, pero ello no puede llevar a afirmar la nulidad de pleno derecho por la causa pretendida ni por ninguna de las demás previstas en el citado precepto de la Ley 30/1992, sin que sea posible la revisión de oficio en caso de una eventual anulabilidad.

Por tanto, tales actos no son nulos de pleno derecho.

Si la Administración considera conveniente una modificación del contrato por no considerar adecuados al interés público los términos de las condiciones actuales del mismo, así debe hacerlo, siguiendo el procedimiento adecuado al efecto.

CONCLUSIÓN

Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución de la Administración en el procedimiento tramitado por el Ayuntamiento de Almuñécar (Granada) sobre revisión de oficio de acuerdos municipales relativos a la empresa “S.I.E.M., S.A.”