

En Logroño, a 17 de enero de 2012, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. José María Cid Monreal y D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana, así como del Letrado-Secretario General D. Ignacio Granado Hijelmo, habiendo excusado su asistencia el Consejero, D. Pedro de Pablo Contreras, y siendo ponente D. Antonio Fanlo Loras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

2/12

Correspondiente a la consulta formulada, a través del Excmo. Sr. Consejero de Obras Publicas, Política Local y Territorial, por la Alcaldesa de Camprovín, en el procedimiento administrativo de revisión de oficio del Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento, el día 4 de noviembre de 2008, sobre regularización de la concesión administrativa del bar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

La Alcaldesa del Ayuntamiento de Camprovín, a la vista de la situación en la que se encuentra la concesión administrativa del bar municipal, mediante Providencia de 15 de noviembre de 2011, requirió al Secretario-Interventor accidental un informe sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir para la regularización de la citada concesión administrativa.

El informe se emite el mismo día y del mismo resulta lo siguiente:

-El Ayuntamiento lleva la gestión del bar por medio de un contrato de gestión de servicio publico, al que le es aplicable la legislación de contratos de las Administraciones Publicas (en concreto, el art. 5.2 y preceptos correspondientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio –TRLCAP- y su Reglamento 1098/2001, de 12 de octubre, entonces vigente). Dicho contrato se formalizó el 1 de abril de 2006. La Clausula 3^a del Pliego estableció una duración inicial de 2 años, con prórrogas anuales, hasta alcanzar el plazo máximo de concesión de diez años.

No obstante *«las prorrogas anuales no serán automáticas y las mismas deberán ser convenidas, de forma expresa, entre Ayuntamiento y concesionario»*. La Cláusula 5ª, relativa a deberes y facultades, establece que *«la apertura diaria de los locales, durante horario mínimo de 5 horas interrumpidas y máximo que la legislación en vigor lo permita, permitiéndose un día de descanso semanal y un periodo vacacional anual de 15 días. Los horarios y día de descanso deberán ser ratificados por el Ayuntamiento»*.

-El Pleno del Ayuntamiento, en sesión celebrada el 4 de noviembre de 2008, modificó el Pliego de cláusulas administrativas reduciendo el periodo de apertura del bar y acordando que el contrato se prorrogaría automáticamente, mientras no se acordara por el Pleno, con un plazo de antelación mínimo de 6 meses, la rescisión del contrato, de forma motivada y con audiencia del interesado.

-*«Este acuerdo se adopta —a juicio del funcionario— sin seguir el procedimiento correspondiente en cuanto a la modificación del Pliego y al establecimiento de la prórroga tácita, siendo el Ayuntamiento de forma unilateral el que realizó ambas cosas, sin haberlo convenido expresamente con el concesionario»*. La modificación del Pliego pudiera afectar a las condiciones esenciales del contrato, dado que reduce el horario y los días de apertura del bar: de abrir todos los días, se pasa a abrir a partir del martes de cada semana, en los meses de mayo a octubre; y a partir del jueves, en los meses de noviembre a abril. En cuanto al horario, se reduce al menos dos horas diarias. Asimismo, la prórroga tácita es contraria a lo dispuesto en el art. 157 TRLCAP. Cita al efecto sendos informes de Juntas Consultivas de Contratación.

Concluye el Informe que el Acuerdo de 4 de noviembre de 2008 pudiera adolecer de vicio de nulidad, susceptible de revisión de oficio, encuadrable en el apartado e) del art. 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LPAC: *«los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido...»*); y, finalmente, describe las fases del procedimiento de revisión de oficio.

Segundo

El mismo día, 15 de noviembre de 2011, el Pleno del Ayuntamiento, en el asunto relativo a *«Regularización de la concesión administrativa de la concesión del bar»*, acuerda: i) iniciar el procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo adoptado el 4 de noviembre de 2008 por adolecer de un vicio de nulidad; ii) solicitar dictamen al Consejo Consultivo; y iii) dar traslado del acuerdo a la Dirección General de Política Local.

A la certificación de dicho Acuerdo municipal, se adjunta una *«Propuesta de texto definitivo que se somete a objeto del Consejo Consultivo»* en los términos literales que reproduce. En dicha Propuesta, se modifica el Pliego de cláusulas en cuanto al horario de funcionamiento y a las prórrogas anuales (folio 10 del expediente). Tal Propuesta es idéntica a la parte dispositiva del Acuerdo del Pleno, de 4 de noviembre de 2008, salvo en el horario de los domingos, que ahora se reduce en media hora, de 13 a 15 h. (folio 35 del expediente), y que es precisamente el objeto del procedimiento de revisión de oficio al que se refiere este procedimiento.

Tercero

En el expediente remitido a este Consejo Consultivo no consta ninguna otra actuación instructora relativa al presente procedimiento de revisión de oficio, como sería el trámite de audiencia y alegaciones del contratista, la valoración, en su caso, de las mismas por Secretaria-Intervención y, finalmente, el Acuerdo del Pleno por el que se aprobase la Propuesta sometida a dictamen de este Consejo Consultivo.

La documentación incorporada es la siguiente:

- Pliego de cláusulas particulares del concurso de concesión administrativa del servicio de bar (folios 11 a 17);
- Anuncio del concurso publicado en el BOR de 26 de noviembre de 2005 (folio 18);
- Certificación de la Secretaria sobre las proposiciones presentadas (folio 19 a 29);
- Acta de constitución de la Mesa y propuesta de adjudicación (incompleta, pues el folio 30 no tiene continuidad);
- Formalización del contrato a favor de D. A. V. V. y N. V. Delgado (folios 31 a 33) y, finalmente,
- Certificado del Secretario circunstancial, con el Visto Bueno del Alcalde en funciones, del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 4 de noviembre de 2008.

En relación con este Acuerdo del Pleno, hemos de destacar, para la debida comprensión del supuesto de hecho, que lo emite un Secretario circunstancial, nombrado por la Dirección General de Política Local para la celebración de la sesión de 4 de noviembre de 2008, pues el Ayuntamiento de Camprovin no tiene en plantilla Secretario-Interventor habilitado.

Consta en los Antecedentes del *«Punto Quinto: modificación Pliego cláusulas gestión c. A.»*, que el Sr. Alcalde, abandona el Salón de Plenos, *«dado el interés personal*

en la materia», asumiendo la Presidencia D. S. P., como Primer Teniente de Alcalde; y que la inclusión de este asunto en el orden del día tiene su origen en «el escrito presentado por el adjudicatario del “C. A. ”», (que no es otro que D. A. V. V., concesionario del bar y desde mayo de 2007, Alcalde de Camprovin).

En cuanto a la justificación de la modificación del Pliego (que afecta al horario de apertura y a la prorroga anual), se afirma:

«...analizado el interés general de la población y constatado que la petición no reduce, sino que aumenta, el horario inicialmente previsto en el actual contrato. Constatado igualmente que lo pretendido no vulnera el interés general sino que pretende armonizar un horario asequible con las costumbres generalizadas en el municipio y demostrado que el funcionamiento actual, en horario de invierno, no sirve a los intereses citados, por cuanto es obvio el casi nulo aprovechamiento del establecimiento por usuarios durante las jornadas de lunes, martes y miércoles no festivos, incluso jueves, de los meses de noviembre a abril, ambos inclusive».

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 20 de diciembre de 2011, registrado de entrada en este Consejo el día 30 de diciembre de 2011, el Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas, Política Local y Territorial del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 30 de diciembre de 2011, registrado de salida el día 3 de enero de 2012, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo para la revisión de actos nulos de pleno derecho

De acuerdo con el art. 102 LPAC, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, la revisión de oficio de actos administrativos por la propia Administración ha quedado limitada a aquellos que incurran en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho recogidas en el art. 62.1 de la referida Ley.

Constituye un requisito procedimental -obstativo, en su caso- de la revisión, la existencia de un *«previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma»*, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 de dicho art. 102 LPAC.

La preceptividad de este dictamen está igualmente establecida en el art. 8.4.H de nuestro Reglamento, aprobado por el Decreto 33/1996, de 7 de junio.

Segundo

La revisión de oficio constituye una potestad o privilegio de la Administración pública por la que ésta puede dejar sin efecto actos o acuerdos administrativos suyos anteriores, aunque sean declarativos de derechos a favor de los particulares, en los supuestos y siguiendo el procedimiento establecido en la legislación del procedimiento administrativo común. En la actualidad, el art. 102 LPAC, sólo permite la revisión de oficio respecto de aquellos actos que sean nulos de pleno derecho, esto es, que puedan encuadrarse en alguno de los supuestos enumerados en el art. 62.1 LPAC, siempre interpretados de manera estricta.

En el presente caso, el Ayuntamiento de Camprovin considera que el Acuerdo adoptado por el Pleno, el 4 de noviembre de 2008, por el que se modificó el Pliego de cláusulas administrativas (que redujo el período de apertura del bar objeto de concesión administrativa y estableció que el contrato se prorrogaría automáticamente mientras no se acordara por el Pleno la rescisión del contrato con un plazo mínimo de 6 meses) es nulo de pleno derecho, por haberlo adoptado –se afirma en el informe del Secretario-Interventor accidental- *«sin seguir el procedimiento correspondiente en cuanto a la modificación del pliego y al establecimiento de la prórroga tácita siendo el Ayuntamiento de forma unilateral el que realizó ambas cosas, sin haberlo convenido expresamente con el concesionario»*.

El informe del referido Secretario-Interventor considera que esta modificación del Pliego pudiera afectar a las condiciones esenciales para la prestación correspondiente, sin que exista justificación expresa para dicha modificación, aludiendo sólo a que *«lo pretendido no vulnera el interés general sino que pretende armonizar un horario asequible...no parece que dicha modificación responda a necesidades nuevas o causas imprevistas sino que parece responde a un interés particular del concesionario. A mayor abundamiento se incumple lo señalado en el art. 101.2, puesto que no parece que la modificación correspondiente se haya formalizado conforme a lo dispuesto en el art. 54, es decir, en documento administrativo»*.

En cuanto a la prórroga tácita del contrato (*«automáticamente quedaba prorrogado dicho contrato»*), el Secretario-Interventor la considera contraria al art. 157 TRLCAP que establece expresamente que *«el contrato de gestión de servicio no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, y que las prorrogas deben establecerse de forma expresa incluyendo también la duración de las mismas»*.

A la vista de ello, considera que el Acuerdo del Pleno, de 4 de noviembre de 2008, pudiera adolecer de un vicio de nulidad, susceptible de revisión de oficio, encuadrable en el art. 62.1.e) LPAC.

Pues bien, este Consejo Consultivo considera que el Ayuntamiento ha incurrido en una inadecuada valoración de los hechos que le lleva a un erróneo ejercicio de la potestad de revisión de oficio, por no concurrir el presupuesto habilitante para ello.

En primer lugar, y en cuanto a la modificación de los horarios y días de apertura del bar, la modificación del Pliego de cláusulas administrativas, esto es, la modificación del contrato, constituye una típica manifestación de la potestad de modificación de los contratos (*ius variandi*) que tiene la Administración, por razones de interés público (art. 59.1 TRLCAP).

El *ius variandi* se manifiesta siempre como potestad de ejercicio unilateral, y, como tal, no convenida con el contratista, como erróneamente sostiene el informe del Secretario-Interventor, aunque en su origen la modificación —como ocurre en el presente caso— fuera solicitada o propuesta por el contratista, como consta en los Antecedentes del Acuerdo del Pleno de 4 de noviembre de 2008. En coherencia con ello, los acuerdos de modificación de los contratos *«pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos»* (art. 59.2 TRLCAP).

El *ius variandi* debe ejercerse, no obstante, de acuerdo con determinados requisitos procedimentales y sustantivos. Así:

-Sólo podrán introducirse modificaciones por razones de interés público, *«siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas»* (art. 101.1 TRLCAP).

-Debe emitirse un informe previo del Servicio Jurídico (art. 59.2 TRLCAP), en el caso del Secretario-Interventor.

-Debe darse *«audiencia al contratista»* (art. 59.3 TRLCAP).

-Debe formalizarse conforme a lo dispuesto en el art. 54 TRLCAP.

-Debe justificarse la improcedencia de la convocatoria de una nueva licitación por las prestaciones constitutivas de la modificación [art. 101.3.b) TRLCAP].

En el presente caso, el Pleno aprobó, mediante Acuerdo de 4 de noviembre de 2008, la modificación del Pliego de cláusulas administrativas. En el caso sometido a nuestro dictamen, la audiencia al contratista era innecesaria, pues fue éste quien propuso, tras más de dos años de gestión del bar municipal «C. A.», el referido cambio de horarios y días de apertura. Y, en los antecedentes fácticos del Acuerdo; se da una justificación suficiente y razonable —por escueta que sea— de dicha modificación a la vista de las circunstancias socioeconómicas del Municipio. De la documentación remitida, no puede acreditarse que no se elaborase el informe jurídico del Secretario-Interventor o que no se formalizase la modificación aprobada. En caso contrario, debiera haberse advertido de la falta de estos documentos en el actual procedimiento de revisión.

Examen particular merece la justificación de la improcedencia de una nueva licitación. En circunstancias ordinarias, a la vista del concreto servicio concedido (un bar municipal, en una población de 190 habitantes) y de su escaso importe económico, la falta de este documento, no constituiría sino una irregularidad no invalidante (art. 63 LPAC), caso de no entenderse justificada implícitamente en las circunstancias que motivaron la modificación del Pliego. Ocurre, sin embargo, que D. A. V. V. que desde abril de 2006, adquirió, en mayo de 2007, la condición de Alcalde, incurriendo en un supuesto de incompatibilidad para contratar con la Administración municipal (en realidad una prohibición de contratar), de acuerdo con lo establecido en el art. 20.e) TRLCAP. No es preciso reiterar que la aplicación de esta exigencia legal en pequeñas poblaciones —como es el caso de Camprovín— puede resultar disfuncional, dadas las estrechas relaciones de parentesco existentes en estas pequeñas comunidades de convivencia que harían inviable el funcionamiento y prestación de ciertos servicios y obras.

En todo caso, es de advertir que el Alcalde, y al tiempo contratista, se ausentó del Pleno y no participó en el Acuerdo de modificación del Pliego y, sobre todo, que, en la actualidad y desde mayo de 2011, no concurre esa prohibición de contratar.

En segundo lugar, en cuanto a la llamada «*prórroga tácita*» automática, el informe del Secretario-Interventor hace, igualmente, una inadecuada lectura de la modificación introducida el 4 de noviembre de 2008. Aunque la modificación aprobada habla de prórroga automática («*se entenderá automáticamente prorrogado...*») —extremo que considera contrario al art. 157 TRLCAP—, debe hacerse una lectura integrada y sistemática de la cláusula, pues el automatismo cesa y es inoperante caso de que el Ayuntamiento acuerde expresamente no prorrogar motivadamente el contrato, con un plazo mínimo de 6 meses. Esto es, con ocasión de cada prórroga anual, siempre puede el Ayuntamiento, con un mínimo de 6 meses de antelación, optar por la finalización del contrato. En nada se opone, en consecuencia, a lo dispuesto en el art. 157 TRLCAP.

En conclusión, no concurre el supuesto de nulidad alegado del art. 62.1.e) LPAC, razón por la que no procede la revisión del Acuerdo del Pleno de 4 de noviembre de 2008, que constituye una manifestación del *ius variandi* de la Administración municipal, con independencia de que pudieran concurrir diversas irregularidades formales y, en particular, que concurriese, en el entonces Alcalde y concesionario del bar municipal, una causa de incompatibilidad que ha cesado desde la constitución de las nuevas Corporaciones Locales en junio de 2011.

Lo paradójico del Acuerdo del Pleno de 15 de noviembre de 2011 es que la propuesta de revisión del Acuerdo del Pleno de 4 de noviembre de 2008 sometida a este Consejo Consultivo reproduce literalmente el Acuerdo revisado, a excepción de un recorte en el horario matutino de cierre de los domingos de media hora (de las 15'30 previstas en la modificación de 4 de noviembre de 2008, se pasa a las 15:00 en la de 15 de noviembre de 2011).

Esta circunstancia, ciertamente extraña, sólo cabe entenderla como un intento de «*regularización de la concesión administrativa de la concesión del bar*» (ese es precisamente la denominación del Acuerdo adoptado el pasado 15 de noviembre de 2011), para el que se ha seguido un procedimiento inadecuado, pues, como ha quedado señalado, la modificación en su día acordada constituye una manifestación de la potestad de modificación de los contratos que tiene la Administración Pública, potestad que es precisamente la que puede volver a utilizarse, si se estima preciso, para regularizar, de acuerdo con las necesidades exigidas por el interés público del Municipio, la prestación del servicio concedido.

CONCLUSIONES

Única

No concurre la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.e) LPAC, razón por la que no procede la revisión de oficio del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Camprovín de 4 de noviembre de 2008, sin perjuicio de que pueda ejercitarse la potestad administrativa de modificación del contrato, por razones de interés público, con arreglo a la legislación contractual administrativa aplicable al caso.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero