

En Logroño, a 11 de enero de 2013, 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. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Pedro de Pablo Contreras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

1/13

Correspondiente a la Consulta formulada, a través de la Consejería Obras Públicas, Política Local y Territorial, por el Ayuntamiento de Ortigosa de Cameros, para, en ejecución de la Sentencia firme núm. 230/2012, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Logroño, revisar de oficio el Acuerdo municipal de 26 de septiembre de 2008, por el que se decidió contratar una auditoria externa.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

El Alcalde de Ortigosa de Cameros solicitó de la Dirección General de Política Local, perteneciente a la Consejería de Administraciones Públicas y Política Local del Gobierno de La Rioja, en escrito recibido por ésta el 19 de noviembre de 2007, la tramitación y ejecución de una auditoría, administrativa y contable, con la intención de conocer el estado económico y administrativo del municipio.

Dicho informe de auditoría se emitió por la Dirección General con fecha 27 de marzo de 2008, concluyéndose en él:

1.º *«Que los Presupuestos de esa entidad de los ejercicios 2003, 2004, 2005 y 2006 no han entrado en vigor, al no haberse publicado en el Boletín Oficial de La Rioja el anuncio de la aprobación definitiva del Presupuesto del ejercicio correspondiente».*

2.º *«Que las Liquidaciones de los Presupuestos y demás documentación presentada por la Entidad local, debieran haberse practicado sobre el Presupuesto vigente en el ejercicio, siendo este el correspondiente al Presupuesto prorrogado del año 2002».*

3.º *«Que para poder realizar un adecuado estudio sobre la situación económica del municipio, es necesario disponer tanto del resto de la documentación solicitada a la entidad local, como de los Presupuestos y Liquidaciones realmente vigentes en cada ejercicio».*

Segundo

En informe de la Secretaria-Interventora del Ayuntamiento de Ortigosa de Cameros, emitido con fecha 5 de septiembre de 2008, se indicó al Alcalde la cuantía que podían tener los contratos a suscribir por sí mismo conforme a la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público. A la vista de lo indicado en este informe y en el emitido el 27 de marzo de 2008 por la Dirección General de Política Local del Gobierno de La Rioja, el Alcalde de Ortigosa de Cameros dictó una Providencia, con fecha 18 de septiembre de 2008, para contratar la realización de una auditoría externa, solicitando a la Secretaria-Interventora el correspondiente informe sobre su viabilidad.

Tercero

En dicho informe, sin fecha, la expresada Secretaria-Interventora indicó que consideraba la celebración del contrato previsto por la Alcaldía contraria al ordenamiento jurídico, en particular a lo establecido en el art. 194 de la Ley de Haciendas Locales y a la atribución de la competencia para la fiscalización interna al órgano interventor y al Tribunal de Cuentas.

Por eso, el Alcalde sometió al Pleno del Ayuntamiento de Ortigosa de Cameros la cuestión, el cual, en sesión extraordinaria celebrada el 26 de septiembre de 2008, tomó el acuerdo –por cinco votos contra uno– de seguir con el procedimiento de contratación, asumiendo la oferta presentada por la Economista-auditora D^a C. R. G.

No obstante, el Alcalde solicitó a la Consejería de Administraciones Públicas y Política Local del Gobierno de La Rioja, por escrito de fecha 6 de octubre de 2008, un informe sobre la viabilidad jurídica del Acuerdo del Pleno y del contrato previsto. La Dirección General de Política Local de dicha Consejería, contestó, con fecha 10 de octubre de 2008, que, *«sin perjuicio de la responsabilidad que, en cuanto al control interno, corresponde al Secretario-Interventor (...), la Corporación, si lo considera conveniente y así se acredita de forma suficiente en el expediente que se tramite al efecto, puede contratar una auditoría contable y de gestión, mediante el correspondiente contrato de servicios, de acuerdo con lo establecido en los artículos 277 y concordantes de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público».*

Cuarto

La Economista-auditora contratada presentó su informe de auditoría de cuentas del Ayuntamiento de Ortigosa de Cameros correspondiente a 2004 el 18 de mayo de 2009, en el que se ponían de manifiesto diversas irregularidades.

Quinto

En escrito de fecha 8 de julio de 2009, dos de los concejales del Ayuntamiento de Ortigosa de Cameros solicitaron que se declarara la nulidad de pleno derecho del *«acuerdo adoptado por el Pleno de ese Ayuntamiento el 26 de septiembre de 2008, así como de los actos posteriores derivados del Acuerdo transcrito»*; esto es, la contratación de la auditoría externa.

Al no declararse por el Ayuntamiento tal nulidad, los indicados concejales, estimando desestimado su recurso por silencio administrativo, formularon la correspondiente demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en febrero de 2010. En este procedimiento, el Juzgado contencioso-administrativo núm. 1 de Logroño dictó Sentencia, con fecha 3 de julio de 2012, en cuyo fallo *«se estima parcialmente el recurso interpuesto, ordenándose la retroacción de actuaciones a la presentación por la parte recurrente ante el Ayuntamiento de Ortigosa de Cameros de su solicitud de fecha 8/7/2009, para que se tramite, se sustancie y se resuelva conforme a derecho el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos; y, por otro lado, se desestima el resto de pretensiones formuladas por la parte actora»*.

El 28 de septiembre siguiente, se declaró la firmeza de esta Sentencia, por lo que el Ayuntamiento de Ortigosa de Cameros acordó, en el Pleno de fecha 16 de octubre de 2012, llevara *«puro y debido efecto»* su contenido, por lo que, en el mismo, acordó también *«solicitar dictamen preceptivo del Consejo Consultivo, por medio del Consejero de Obras Públicas, Política Local y Territorial, de la revisión de oficio del Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Ortigosa de Cameros en sesión de 26 de septiembre de 2008, por el que se establecía la contratación de una auditoría»*.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 24 de octubre de 2012, registrado de entrada en este Consejo el 29 de octubre de 2012, el Ayuntamiento de Ortigosa de Cameros a través del 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 29 de octubre de 2012, registrado de salida el 31 de octubre, el Consejo Consultivo recabó que el expediente fuera completado con la Propuesta de resolución, la cual fue remitida mediante escrito de 15 de noviembre de 2012, registrado de entrada el 30 de noviembre.

Tercero

Mediante escrito de fecha 3 de diciembre de 2012, registrado de salida el mismo día, 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.

Cuarto

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

El carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo en los casos de revisión de los actos administrativos resulta con toda claridad de lo dispuesto en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), a cuyo tenor: *“las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, 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”*. Reiteran la necesidad del dictamen del Consejo Consultivo en estos casos nuestra Ley reguladora [artículo 11.f)] y el Reglamento que la desarrolla [artículo 12.2.f)].

En cuanto a la competencia de este Consejo Consultivo para emitir el dictamen solicitado, resulta de aplicación a este caso lo dispuesto en el artículo 10.2 de nuestra Ley reguladora, conforme al cual *“la Administración Institucional de la Comunidad Autónoma de La Rioja, los Consorcios en que participe la Comunidad Autónoma de La*

Rioja, las entidades que integran la Administración Local de La Rioja, así como la Administración Corporativa constituida en la Comunidad Autónoma de La Rioja, podrán solicitar del Consejo Consultivo de La Rioja exclusivamente los dictámenes que sean preceptivos y se refieran a asuntos de su competencia, y siempre a través del titular de la Consejería competente por razón de la materia”.

Este precepto ha venido ha ser desarrollado por el artículo 9 de nuestro Reglamento Orgánico, que establece que *“las entidades que integran la Administración Local de La Rioja podrán recabar la asistencia del Consejo Consultivo exclusivamente para la emisión de dictámenes que sean preceptivos y se refieran a asuntos de su respectiva competencia, previo acuerdo de sus respectivos órganos colegiados superiores de gobierno y bajo firma de su Presidente, Alcalde o máximo representante institucional, y siempre a través del titular de la Consejería competente en materia de Administración local”.*

En consecuencia, siendo el dictamen preceptivo por razón de la materia y habiéndose cumplido todos los requisitos procedimentales exigidos por la Ley y el Reglamento reguladores del Consejo Consultivo de La Rioja, resulta procedente la emisión del dictamen solicitado.

Por lo demás, como claramente se infiere del art. 102.1 LPAC, el dictamen del Consejo Consultivo en materia de revisión de actos administrativos es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiere sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

Segundo

Sobre la concurrencia o no de causa de nulidad de pleno derecho y la procedencia o improcedencia de la revisión de oficio del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ortigosa de Cameros

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 102.1 de la Ley 30/1992, para que pueda el Ayuntamiento de Ortigosa de Cameros declarar de oficio la nulidad del acuerdo adoptado en el Pleno de 28 de septiembre de 2008, relativo a la contratación de una auditoría externa, hace falta que tal nulidad derive de la concurrencia de alguna de las causas que establece el artículo 62.1 de la misma, según el cual *«los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*

a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

c) Los que tengan un contenido imposible.

d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal».

Ello se extiende al contrato que entonces se acordó concertar, pues, según el art. 32 del actual texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto-legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), que recoge la solución normativa vigente en 2008, «son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes:

a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre

b) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 60.

c) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia».

Como se ve, la primera se remite a lo ya establecido en la LPAC, y es, por tanto, aplicable a la decisión administrativa de contratar; y las dos últimas, en cambio, son supuestos específicos que desarrollan lo dispuesto en el apartado g) del art. 62.1 de la misma.

En consecuencia, lo que este Consejo ha de dilucidar es si el Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Ortigosa de Cameros con fecha 28 de septiembre de 2008, por el que, teniendo crédito suficiente para ello (cfr. informe de la Secretaria-Interventora emitido con fecha 5 de septiembre de 2008), tomó la decisión de contratar a una Economista-auditora para realizar una auditoría externa, es o no nulo de pleno derecho por concurrir en él alguna de las causas que específicamente y taxativamente establece el art.

62.1 LPAC o por concurrir en ella alguna de las prohibiciones de contratar que establece el art. 60 TRLCSP.

Pues bien, como dice el Informe de fiscalización de los contratos de asistencia técnica para la realización de auditorías en las Entidades locales, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas de 29 de octubre de 2009, *«la normativa reguladora de las Entidades Locales no contiene expresa referencia a la posibilidad de acudir a auditorías privadas para la verificación de las cuentas y de las actividades de la Entidad, salvo la que se desprende de la facultad que atribuye el artículo 222, in fine del TRLHL al personal que tiene encomendado el control interno de solicitar los informes y asesoramientos que estimen necesarios para el desarrollo de su función»*.

Y de esto infiere dicho informe que: *«la contratación de la actividad dirigida a la comprobación de la actividad económico-financiera, realizada de forma sistemática mediante la aplicación de técnicas y procedimientos de revisión propios, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, resulta, en el ámbito local, excluida de la capacidad contractual de las Administraciones locales, tanto por resultar indisponible la función que constituye el objeto de la prestación a desarrollar por el contratista -dada la expresa atribución de la función de control financiero a los miembros de unos concretos Cuerpos de Funcionarios, en los términos indicados por el artículo 92.2 de la LRBRL-, como por la falta de habilitación legal que la ampare»*.

Sin embargo, a esto añade el Tribunal de Cuentas que: *«no obstante, aun admitiendo la improcedencia de esa contratación con carácter general en el ámbito local, sería posible la contratación de los servicios profesionales con ese objeto y vinculado al control financiero de subvenciones de acuerdo con el artículo 196.4 TRLCAP, y con ello la participación de profesionales externos que, de forma limitada -temporal y materialmente-, colaboren en el desarrollo del ejercicio de la función, mediante la prestación de servicios materiales que permitan completar la capacidad de la organización y facilitar el ejercicio de la competencia mediante la elaboración de los trabajos e informes requeridos por su titular y bajo su control y dirección»*.

En consecuencia, de esta doctrina deriva con claridad que el Acuerdo de contratar una auditoría externa, adoptado en su día por el Pleno del Ayuntamiento de Ortigosa de Cameros, fue contrario al ordenamiento jurídico, pues –como concluye en su indicado Informe de fiscalización el Tribunal de Cuentas– *«el ejercicio de la función de control sobre la gestión económico financiera y las cuentas del sector público, en sus distintas modalidades en las que cabe incluir la técnica de la auditoría, tanto en control interno como control externo, está expresamente encomendado en nuestro ordenamiento jurídico a instituciones u órganos públicos»*; y *«tan solo a instancias del propio Interventor, como responsable de los servicios y titular de las competencias de control interno, procede iniciar un procedimiento de contratación con este objeto»*, que será el de auxiliarle en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, la anterior conclusión no resuelve el problema de la clase de invalidez que afecte al indicado Acuerdo municipal, que, en definitiva, se funda en la falta de aptitud legal del auditor externo para ser contratado atendiendo a las obligaciones asumidas en el contrato, no en la imposibilidad legal de que las Entidades locales concierten contratos de auditoría externa.

Por ello, a juicio de este Consejo Consultivo, el Acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Ortigosa de Cameros el 28 de septiembre de 2008 fue anulable por infringir, por las razones explicadas, el ordenamiento jurídico (art. 63.1 LPAC); pero no, sin embargo, nulo de pleno derecho: para defender este tipo de nulidad radical sólo pueden invocarse los apartados f) y g) del art. 62.1 LPAC; y éstos remiten, en todo caso, en la hipótesis que nos ocupa, a las *prohibiciones de contratar* que enuncia, de forma taxativa, el art. 60 TRLCSP, en ninguna de las cuales incurría la Economista-auditora que fue contratada.

De hecho, que ésta es la conclusión correcta lo pone de manifiesto la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León de 18 de febrero de 1997, citada tanto por los recurrentes cuanto por el Tribunal de Cuentas en su citado Informe de fiscalización. Tal Sentencia, en efecto, se pronunció sobre un Acuerdo municipal que encomendó la realización de una auditoría a una empresa privada, expone qué órganos tienen las competencias fiscalizadoras, tanto externas como internas, y, *considerando aplicable el art. 63.1 LPAC*, estimó que el acuerdo impugnado adolecía de nulidad *«por tratarse de un acuerdo contrario al Ordenamiento Jurídico»*, estimando, por ello, el recurso interpuesto por la Administración General del Estado contra la resolución referenciada, *«que se anula y se deja sin efecto, por no ser conforme a Derecho»*.

Hubo, pues, un vicio de anulabilidad en el Acuerdo de contratación adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Ortigosa de Cameros el 28 de septiembre de 2008, que pudo y debió ser anulado conforme a lo dispuesto en el artículo 63.1 LPAC si hubiera sido recurrido en tiempo y forma; pero en él no apreciamos, por lo expuesto, la concurrencia de causa alguna de nulidad de pleno derecho, lo cual, con arreglo a lo establecido en el art. 102.1 LPAC, impide su revisión de oficio.

CONCLUSIONES

Única

Es improcedente la revisión del acto administrativo a que se contrae el presente expediente, por no concurrir causa alguna de nulidad de pleno derecho del referido acto;

lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, impide acordarla al órgano competente para resolver.

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