

Expediente Núm. 244/2019
Dictamen Núm. 265/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 13 de noviembre de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 4 de octubre de 2019 -registrada de entrada el día 9 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio de los actos de modificación y prórroga del contrato para la prestación del servicio de ayuda a domicilio.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución del Alcalde del Ayuntamiento de Tineo de 14 de agosto de 2019, se inicia el procedimiento de revisión de oficio de los “actos tácitos de modificación y prórroga del contrato del servicio de ayuda a domicilio”, adjudicado por Resolución de la Alcaldía de 10 de mayo de 2016 a, “por entender que incurren en la causa de nulidad de pleno derecho señalada en el artículo 32.a) del TRLCSP, en relación al artículo 47.1.e)” de la Ley 39/2015, de

1 de octubre, "en tanto que han sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido".

En la citada resolución se advierte al interesado de que la declaración de nulidad del contrato "conduce a su liquidación", y se le concede audiencia "por el plazo de diez días hábiles (...) al objeto de que formule cuantas observaciones estime oportunas". También se le informa de que el plazo de resolución del procedimiento será de seis meses, cuyo transcurso sin haberse dictado resolución determinará la caducidad del mismo, sin perjuicio de la posibilidad de que pueda suspenderse.

Consta en el expediente la notificación de la resolución a la interesada el día 27 de agosto de 2019.

2. Obran incorporados al expediente, como antecedentes, los siguientes documentos: a) Informe de la Interventora municipal de fecha 7 de junio de 2019, que señala que "con ocasión de la aprobación de las facturas de prestación de los servicios del mes de noviembre de 2018 se detecta en la Intervención municipal que se ha superado el presupuesto máximo previsto en el contrato, incluido el correspondiente a la prórroga; es decir, se ha excedido el importe de 1.137.726,54 € (910.181,23 € + 227.545,31 €)". Añade que "el contrato ha sido modificado en un importe de 198.254,06 €, que es la diferencia entre la ejecución realizada, según facturas presentadas y conformadas (1.335.980,60 €), y el presupuesto máximo del contrato, incluida la prórroga (1.137.726,54 €)"; incremento que "se debe al superior número de horas de servicio prestadas, a las que se ha aplicado en las facturas el precio unitario fijado por hora en el contrato". Explica que "la modificación real final representa una variación al alza del 21,78 % del precio máximo del contrato (910.181,23 €)", reseñando que "existía crédito presupuestario en el ejercicio 2018 para el reconocimiento de las obligaciones, y dada su financiación afectada han sido incorporados al presupuesto del ejercicio 2019 los remanentes no utilizados como consecuencia de que la facturación está pendiente de tramitar". Igualmente precisa que "el coste de la prestación del

servicio de `ayuda a domicilio´ a la población que ha sido calificada como `dependiente´ es financiado al 100 % por la Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias”, que es quien otorga dicha calificación, “que es comunicada a los Servicios Sociales municipales para que ejecuten la atención domiciliaria conforme a las horas que aquella establece como necesarias, siendo esta la causa de la modificación contractual que nos ocupa: la importante (en número) incorporación de población dependiente a la prestación del servicio de asistencia domiciliaria en breve plazo y conforme a las indicaciones de la Comunidad Autónoma”. b) Facturas n.º A 2018/A/679, por importe de 25.242,91 €; n.º A 2018/A/612, por importe de 26.178,98 €, y n.º A 2018/A/611, por importe de 22.485,70 €. c) Informe de la Secretaria General del Ayuntamiento de 14 de agosto de 2019 en el que, al margen de otras cuestiones, se especifica que el concepto de la factura n.º A 2018/A/612 es el de “ayuda a domicilio dependientes, periodo de facturación del 1 de noviembre de 2018 al 30 de noviembre de 2018”, y que el de la factura n.º A 2018/A/611 es el de “ayuda a domicilio no dependientes, periodo de facturación del 1 de noviembre de 2018 al 30 de noviembre de 2018”. Explica que “todas las facturas relacionadas cuentan con el visto bueno de la Coordinadora de los Servicios Sociales, de modo que debe entenderse que los servicios han sido efectivamente prestados y que lo han sido conforme a los contenidos técnicos oportunos”. Razona que “resulta manifiesto que no solo se ha producido un modificado del contrato sino que también se ha realizado una prórroga indebida de aquel. Si la prórroga forzosa realizada finalizaba el 10 de diciembre de 2018 y el periodo de facturación se alarga hasta el día 31 del mismo mes, resulta obvio que el servicio se ha seguido prestando (y se ha facturado) sin contar con el amparo del contrato suscrito ni de su prórroga. Lo que sí resulta de todo punto imposible es discernir qué importes de las facturas correspondientes al mes de diciembre se asocian con el periodo del servicio que no cuenta con cobertura contractual (del 11 al 31 de diciembre de 2018) y qué importes corresponden al modificado realizado *de facto* (...). En cualquier caso, nos encontramos con que las cantidades debidas por la Administración derivan

de dos supuestos diferentes: por un lado, un modificado no tramitado y, por otro, una prórroga del contrato *de facto*./ Ninguna de las dos actuaciones realizadas cuenta con procedimiento administrativo alguno ni se ha seguido trámite de ningún tipo para su constitución”, por lo que incurren en la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 32 del TRLCSP, en relación con el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

3. El día 29 de agosto de 2019, la interesada presenta un escrito de alegaciones en el que expone que “ha mostrado su expresa disconformidad” con “la continuación del contrato y, por tanto, se le ha abocado contra su voluntad” a una “situación de la cual (...) no ha sido ni culpable, ni remotamente causante”, lo que le lleva a argumentar en contra de las referencias que a una eventual detracción del beneficio industrial se realizan en la resolución de inicio del procedimiento, aduciendo que dado que el servicio es deficitario en términos económicos “no cabe sustraer ninguna parte correspondiente al beneficio industrial del precio facturado porque, sencillamente, no tiene matemática cabida en dicho precio”.

Por otra parte, afirma que “procede la satisfacción a esta contratista del importe económico de los servicios prestados, lo que en derecho y según reiterada jurisprudencia comprendería necesariamente el beneficio industrial, pero igualmente y con idéntico fundamento, también las pérdidas a indemnizar, así como los intereses por demora que se tasan al momento de pago”.

4. Con fecha 2 de octubre de 2019, la Secretaria General del Ayuntamiento de Tineo formula informe-propuesta de resolución en el que se dan por reproducidos los fundamentos de derecho contenidos en su informe de 14 de agosto de 2019.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad y a la petición de indemnización, señala que aunque la entidad “aporta las cuentas de pérdidas y

ganancias” en los ejercicios 2017 y 2018 “no cuantifica el importe de su petición de indemnización”.

Rechaza la existencia de actitud culposa por cualquiera de las partes, y pone de manifiesto que la prórroga forzosa estaba prevista en el pliego, por lo que la empresa era conocedora de la misma, sin que, en cuanto al periodo que excede de aquella (del 11 al 31 de diciembre de 2018), “la contratista se haya negado a tal actuación ni haya manifestado en tal momento nada en contrario”. Por tanto, considera improcedente el abono de indemnización alguna por parte de la Administración o de la entidad.

5. Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo de 3 de octubre de 2019, se acuerda solicitar el dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, suspendiendo el plazo para resolver por el tiempo que medie entre su petición y la recepción del mismo.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 4 de octubre de 2019, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al expediente de revisión de oficio de los actos de modificación y prórroga del contrato para la prestación del servicio de ayuda a domicilio, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

Consta en el expediente notificación a la contratista de la solicitud del dictamen y de la suspensión, con indicación de la fecha exacta de la solicitud.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo 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 de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), el Ayuntamiento de Tineo se halla debidamente legitimado en cuanto autor de las actuaciones cuya declaración de nulidad es objeto de este procedimiento de revisión de oficio.

TERCERA.- En cuanto al plazo para proceder a la revisión de oficio, el artículo 106.1 de la LPAC dispone que las "Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de 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 47.1", sin perjuicio de la eventual aplicación de los límites que establece el artículo 110 de la LPAC.

CUARTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que este se configura como un 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 examinar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En el presente caso se han observado los trámites esenciales del procedimiento, puesto que se ha dado audiencia y vista del expediente a la entidad interesada, se ha adoptado una resolución 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 35.1.b) de la LPAC. Asimismo, se ha emitido el preceptivo informe de la Interventora municipal en aplicación del artículo 28.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el Régimen Jurídico del Control Interno en las Entidades del Sector Público Local, así como el de la Secretaría municipal, de conformidad con lo establecido en el artículo 3.3.d).3.º del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional.

Sobre la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio de los actos de adjudicación de contratos del sector público, el artículo 41.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), manteniendo el criterio establecido para la revisión de oficio de los actos de las entidades locales en el artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, dispone que “serán competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos a que se refieren los apartados anteriores el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando esta no tenga el carácter de Administración Pública”. Dado que se persigue la nulidad de actos de contratación verbal, hemos de entender, tal y como ya indicamos en el Dictamen Núm. 162/2019, que el órgano competente para la aprobación de un acto ha de serlo igualmente para acordar la revisión de oficio del adoptado desconociendo tal competencia. En consecuencia, es claro que la revisión de oficio corresponde al órgano de contratación; en este caso, la Alcaldía, atendiendo a lo señalado en la disposición adicional segunda de la LCSP -en la que se reitera la regla ya recogida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, a cuyo tenor “Corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos (...) de servicios (...) cuando su valor estimado no supere el 10

por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, eventuales prórrogas incluidas siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada”.

Finalmente, con arreglo a lo establecido en el artículo 106.5 de la LPAC, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán resolverse en el plazo de seis meses desde su inicio, transcurridos los cuales sin dictarse resolución, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá su caducidad. Dado que la Resolución de incoación del procedimiento se adoptó el día 14 de agosto de 2019, es evidente que dicho plazo no ha transcurrido aún. Por lo demás, la Administración municipal ha utilizado la posibilidad de suspender el transcurso de dicho plazo de resolución hasta la emisión de dictamen por este Consejo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, por lo que el cómputo del plazo deberá reanudarse el día de recepción de este dictamen.

QUINTA.- Entrando en el fondo del asunto, 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 V de la LPAC, 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 el asunto examinado se somete a dictamen un procedimiento de revisión de oficio de los actos de modificación y prórroga del contrato de prestación del servicio de ayuda a domicilio en el Ayuntamiento de Tineo, vigente durante el periodo comprendido entre el 10 de junio de 2016 y el 10 de diciembre de 2018.

El procedimiento de revisión de oficio tiene su origen en los informes emitidos (a petición de la Alcaldía) por la Interventora y la Secretaria municipales, en los que se expresa la improcedencia de acudir de plano al reconocimiento extrajudicial de créditos para el abono de las facturas emitidas por la entidad que prestó esos servicios en los periodos indicados en cada una de ellas. Ambos informes concluyen que el procedimiento a aplicar ha de ser el de la revisión de oficio establecido en el artículo 106 de la LPAC con carácter previo a la aplicación del artículo 35 del TRLCSP, que entienden aplicable aquí *ratione temporis* atendida la fecha en la que se realiza la contratación (mes de mayo de 2016) y cuya regulación se contiene actualmente en el artículo 42 de la LCSP; norma que, según razonaremos, resultaba aplicable en el momento en el que se produjo el incremento que habría ocasionado la necesidad de modificación del contrato (conforme a la facturación, el mes de noviembre de 2018).

En efecto, como venimos señalando reiteradamente (por todos, Dictámenes Núm. 275/2018 y 78/2019), desde la entrada en vigor del artículo 35 del TRLCSP la previa declaración de nulidad constituye la vía específica y adecuada para compensar al contratista que actúa de buena fe atendiendo a los encargos verbales que le fueron efectuados desde la Administración contratante para la prestación de unos servicios que esta consideró como esenciales e inaplazables; norma legal que, según expone el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, puso fin a la controversia jurisprudencial y doctrinal sobre el posible origen, contractual o extracontractual, de las obligaciones que habría de asumir la Administración en estos casos para evitar el resultado antijurídico de la apropiación de unos servicios sin compensar al contratista.

La propuesta de resolución reseña como objeto de la revisión dos actuaciones que tuvieron lugar en el marco del contrato de prestación del servicio de ayuda a domicilio municipal: por una parte, su modificación y, por otra, su prórroga, al no haberse seguido para su adopción tramitación alguna, por lo que tales actos estarían incurso en la causa de nulidad a que se refiere el artículo 47.1.e) de la LPAC.

En efecto, los informes anteriormente reseñados, emitidos por la Interventora y la Secretaria municipales, ponen de relieve que la modificación producida “representa una variación al alza del 21,78 % del precio máximo del contrato” pues, según especifica la primera, este “ha sido modificado en un importe de 198.254,06 €, que es la diferencia entre la ejecución realizada, según facturas presentadas y conformadas (1.335.980,60 €), y el presupuesto máximo del contrato, incluida la prórroga (1.137.726,54 €)”. Tal porcentaje supera el umbral del 10 % previsto convencionalmente como límite de la modificación, por lo que no podía ser acordada legalmente. Al respecto, la cláusula 32 del pliego de las administrativas particulares, transcrita en el informe emitido por la Secretaria General, establece que la “Administración contratante podrá modificar el contrato, por razones de interés público, en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I del TRLCSP (...). Estas modificaciones serán en todo caso obligatorias para el contratista y deberán ser acordadas por el órgano de contratación, previa tramitación del procedimiento previsto (...). El presente contrato podrá modificarse en las circunstancias, con las condiciones, alcance y límites que a continuación se indican./ Circunstancias (supuesto de hecho objetivo que debe darse para que se produzca la modificación):/ Aumento o disminución del número de horas de prestación del servicio./ Alcance de las modificaciones previstas: (elementos del contrato a los que afectará):/ En el caso de que dentro de la vigencia del contrato se amplíe o reduzca el número de horas de prestación del servicio en el ámbito de actuación del contrato./ Condiciones de la modificación:/ Precio aplicable: los mismos precios unitarios previstos./ Porcentaje del precio de adjudicación del contrato al que como máximo pueden afectar:/ El límite de la modificación se prevé de un 10 %, en más o menos, del precio del contrato, que asciende a un importe de 91.018,12 euros, IVA no incluido, por los dos años de duración inicial del contrato”. Se añadía a continuación que “en cualquier otro supuesto, si fuera necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada inicialmente se resolverá el contrato en vigor y se iniciará un procedimiento de licitación con las condiciones pertinentes”. Por otra parte, los informes también

explican que la modificación se debió a un incremento en el número de usuarios del servicio, en concreto, de los calificados como dependientes, cuya inclusión en el contrato para la prestación del servicio de ayuda a domicilio decide la Administración autonómica.

Sin embargo, consideramos que el vicio de nulidad concurrente no radica en una omisión del procedimiento establecido para la modificación contractual, pues esta no era legalmente posible. De acuerdo con lo señalado por el pliego en la citada cláusula, la imposibilidad de proceder a la modificación, por el exceso producido en el precio del contrato inicialmente fijado, determinaba la procedencia de resolver el contrato y proceder a una nueva licitación. Y si bien concurre vicio de nulidad por omisión del procedimiento relativo tanto a una nueva licitación como en la prórroga que *de facto* se produce, no podemos obviar que al tiempo de esta última el contrato ya estaba viciado de nulidad radical. En suma, el hecho determinante de la nulidad es aquí la omisión de la nueva licitación al tiempo del modificado, suplida por la realización de una “modificación tácita” cuando lo que procedía abrir era una nueva licitación, y ese vicio comporta la nulidad del contrato desde ese mismo momento, lo que afecta también a los postreros 20 días en los que el servicio se presta careciendo además de amparo en los plazos contractuales.

La observación anterior no altera, en todo caso, la causa de nulidad alegada, puesto que es evidente que la omisión del procedimiento que legalmente procedía seguir -con la declarada finalidad de acometer un aumento sustancial de usuarios del servicio- se incardina en la establecida en el artículo 47.1.e) de la LPAC, conforme a la cual “son nulos de pleno derecho” los actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”; precepto al que remite el artículo 39 de la LCSP, que determina que “Son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”. A su vez, el artículo 38 de la LCSP establece que “los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el

artículo 23, serán inválidos (...) cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes”.

En efecto, el artículo 108 del TRLCSP, rector del contrato de prestación del servicio de ayuda a domicilio durante los meses de noviembre y parte de diciembre de 2018 (la amparada por la prórroga forzosa), establece que cuando se vaya a introducir en el contrato una modificación prevista en los pliegos -y la que nos ocupa lo era- ha de seguirse el procedimiento establecido en el anuncio o en los pliegos. Con arreglo a la cláusula 32 del pliego, antes transcrita, la superación de los límites establecidos en el mismo obligaba a la resolución del contrato en vigor y al inicio de un nuevo procedimiento de licitación, de conformidad con la LCSP ya vigente en el mes de noviembre de 2018. Tal prescripción fue desatendida en favor de la continuidad de la prestación con arreglo a unas nuevas condiciones; situación que implicó, en definitiva, tanto la vulneración del citado artículo 108 del TRLCSP como del artículo 37.1 de la LCSP, en cuanto que proscribía la contratación verbal, así como de los demás preceptos de esta Ley que someten a un determinado procedimiento la adjudicación de servicios en función de su cuantía.

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 del trámite” (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2017 -ECLI:ES:TS:2017:333-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a). En el presente caso es evidente que el Ayuntamiento convino tácita o verbalmente con la empresa encargada de la prestación del servicio de ayuda a domicilio en Tineo un cambio en las condiciones del contrato en vigor al objeto de atender las necesidades derivadas de un incremento de usuarios del servicio. El objeto del contrato se modificó sin seguir trámite alguno y superando los límites legal y convencionalmente establecidos, resultando por ello patente que se ha omitido de forma clara, manifiesta y ostensible el procedimiento legalmente exigible, lo que supone una clara contravención por parte del Ayuntamiento de

Tineo de la prohibición de contratar verbalmente y de la obligación de seguir el procedimiento establecido para modificar el contrato -que, en este caso, hubiera dejado de manifiesto la improcedencia del modificado-, y en definitiva del aplicable a la necesaria licitación para subvenir a las nuevas necesidades.

En consecuencia este Consejo estima que, por las razones señaladas, la práctica contractual seguida incurre en el supuesto de nulidad radical establecido en el apartado e) del artículo 47.1 de la LPAC, lo que nos conduce a advertir a la autoridad consultante sobre la necesidad de evitar la repetición de prácticas irregulares como las que suscita la actual revisión de oficio. Al respecto, coincidimos con la propuesta de resolución en la necesidad de una adecuada previsión de las necesidades del servicio por parte de la instancia municipal competente a fin de aplicar el procedimiento que legalmente proceda (modificación o nueva licitación).

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP; regulación que constituye el cauce legal específico para garantizar los derechos de quien hubiera prestado servicios a la Administración en unas condiciones como las examinadas. Este artículo prescribe 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". Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que, vinculadas a esta práctica irregular de contratación pública, pudieran derivarse para el personal al servicio de las Administraciones públicas (disposición adicional vigésima octava de la LCSP).

El Ayuntamiento concluye la procedencia del abono del importe total resultante de la suma de los reflejados en cada factura, al tiempo que excluye tanto la indemnización por daños y perjuicios como la detracción del beneficio industrial.

En cuanto a la indemnización, el contratista exige la compensación “no solo” del coste del servicio prestado, “sino adicionalmente las pérdidas incurridas por haber tenido que dar continuidad al servicio contra su voluntad”, puesto que, según consta acreditado en el expediente, se opuso a la prórroga expresamente acordada debido a que “el servicio arrojaba resultados negativos sustanciales”.

Sin embargo, tal planteamiento desconoce las implicaciones del principio de riesgo y ventura del contratista en la ejecución, establecido tanto en el artículo 197 de la vigente LCSP como en el anterior 215 del TRLCSP. Tal y como recuerda la jurisprudencia, la legislación de contratos viene reconociendo ciertos supuestos tasados (*ius variandi*, *factum principis* y fuerza mayor o riesgo imprevisible) en los que excepcionalmente cabe el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pero más allá de estos “el reequilibrio solo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla” (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015 -ECLI:ES:TS:2015:1597-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a). Pues bien, en el caso que nos ocupa no concurre ninguno de tales supuestos. Resulta, por el contrario, que el contratista era conocedor de la posibilidad de prórroga forzosa en el momento de la formalización del contrato ya que, como señala la propuesta de resolución, la cláusula 3 del pliego de las administrativas particulares dispone que “el plazo de ejecución será de dos años, contados a partir del día siguiente a la formalización del contrato. No obstante, dicho plazo podrá prorrogarse, mediante acuerdo entre las partes, por un año más (...). Asimismo, si a la finalización del contrato o posible prórroga del mismo no se hubiese finalizado la tramitación de la nueva contratación de los trabajos incluidos en este contrato la empresa adjudicataria, a los efectos de no perjudicar el normal funcionamiento de los citados servicios, vendrá obligada a continuar con la prestación del mismo hasta que sea resuelta la nueva contratación, sin que esta prórroga forzosa pueda exceder de seis meses”. Por otra parte, si bien el

contrato es nulo -tal como razonamos- desde el momento de la “modificación tácita” por el contenido de las prestaciones y la retribución de referencia (precio hora), no concurre una efectiva transferencia del riesgo operacional al adjudicatario que altere el equilibrio o la naturaleza de la relación a la luz de la Directiva 23/2014/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, debiendo materializarse el principio general de riesgo y ventura del contratista mediante la aplicación de los mismos términos previstos en el contrato inicial. La misma consideración ha de extenderse a las prestaciones realizadas durante los veinte días del mes de diciembre de 2018 en los que la empresa dio continuidad al servicio fuera ya de toda cobertura aparente, pues el contratista asume esa prestación sin estar obligado a ello (se había agotado ya la prórroga forzosa prevista) y en el informe de Secretaría se constata que no plantea objeción alguna al respecto. Si -tal y como sostiene- el servicio era deficitario, no se comprende que lo asuma más allá de los plazos contractuales y, desde luego, dicho argumento -que no acredita- no es suficiente para justificar las posibles pérdidas imputables a tan breve plazo a partir de la presentación de las cuentas anuales de la entidad. En rigor, si el contratista pretende que al faltar la cobertura del contrato debía aplicársele un precio/hora distinto del que en su día se pactó, al menos debió explicitar los concretos motivos del supuesto desequilibrio económico, sin que quepa soslayar que si se trata de costes laborales -como es común- su eventual incremento debe asumirse por los licitadores durante todo el plazo de ejecución del contrato, prórrogas incluidas, y no se aprecia tampoco aquí elemento alguno que avale su compensación durante la breve prórroga voluntariamente asumida.

En cuanto a la posible detracción del beneficio industrial, tal y como recuerda la propuesta de resolución, las circunstancias concurrentes expuestas (aumento de prestación del servicio por orden de la Administración durante una prórroga forzosa adoptada en contra de la voluntad manifiesta del contratista, que alega que el servicio es deficitario en términos económicos) permiten concluir la improcedencia de una eventual exclusión del concepto indicado, sin perder de vista además que tal detracción podría incluso suponer un

enriquecimiento injusto para la propia Administración, quien habiendo prescindido del procedimiento de licitación oportuno se vería beneficiada al resultar menos costosa la prestación del servicio.

Constatado el vicio de nulidad procede señalar, con relación a la eventual concurrencia de los límites a la potestad de revisión que consagra el artículo 110 de la LPAC, que la anulación del acto no vulnera, en este caso, ninguno de los principios allí consagrados.

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 de los actos de contratación verbal del servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Tineo durante el periodo indicado en las facturas (meses de noviembre y diciembre de 2018), y en consecuencia su nulidad, insubsanable y no convalidable.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE TINEO.