

Expediente Núm. 244/2018
Dictamen Núm. 75/2019

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 14 de marzo 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 19 de septiembre de 2018 -registrada de entrada el día 25 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio de la contratación verbal del servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Avilés por el periodo comprendido entre el 14 de marzo y el 12 de abril de 2018.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés de 15 de mayo de 2018 se dispone, siguiendo previas “indicaciones de la Intervención municipal” con relación a las facturas que se incorporan, “iniciar el procedimiento de revisión de oficio (...), como trámite previo al reconocimiento extrajudicial de deuda”, a favor de la mercantil que se cita, por la prestación del servicio de

ayuda a domicilio en el periodo comprendido entre el 14 de marzo y el 12 de abril de 2018. Las facturas a las que se refiere son dos, una por importe de 146.319,86 € por ayuda a personas con dependencia y otra por 96.689,35 € por ayuda municipal. En el mismo Decreto se designa instructora del procedimiento.

Consta el traslado de la resolución de inicio a la empresa afectada.

2. Recabado informe al Servicio de Servicios Sociales, se incorpora al expediente el librado por la Jefa del mismo el 5 de septiembre de 2018. En él se expone que para la atención del mencionado servicio se tramitó un procedimiento abierto de contratación en el que resultó adjudicataria la mercantil referida, y que tras una primera prórroga por Decreto de 13 de marzo de 2017 “se acordó la segunda y última prórroga del contrato desde el 14 de marzo de 2017 al 13 de marzo de 2018”, precisando que el 1 de diciembre de 2017 se inició un nuevo procedimiento abierto de licitación del que resultó adjudicataria la misma mercantil -ya el 15 de marzo de 2018-, formalizándose el contrato el 12 de abril de ese año.

Se razona, a continuación, que por el Servicio de Servicios Sociales se entendió que “la ayuda a domicilio (municipal y de gran dependencia) es un servicio esencial y, por tanto, la necesidad de su prestación era inaplazable”, por lo que las actuaciones de la empresa adjudicataria se sucedieron “en el periodo en el que no existía un contrato vigente para ellas”, del que derivan las facturas que se detallan, existiendo crédito suficiente y efectuadas “las comprobaciones oportunas para la verificación de que los conceptos (precio y condiciones) de las facturas son correctos”.

3. Con fecha 10 de septiembre de 2018, la Instructora del procedimiento -Oficial Mayor del Ayuntamiento- libra un informe en el que se concluye que las actuaciones revisadas fueron realizadas prescindiendo del procedimiento de contratación legalmente establecido, por lo que procede declarar su nulidad “previo dictamen favorable” del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Se cita el artículo 39 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y los artículos 106 y 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y se añade que mediante Decreto de la Alcaldía de 14 de abril de 2016 se “aprueba la Instrucción de control de actuaciones administrativas que conducen a reconocimiento extrajudicial de crédito. El artículo 2 de dicha instrucción establece los supuestos que dan lugar a nulidad de pleno derecho (de) las actuaciones realizadas prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, tales como contratación de servicios y suministros de forma verbal”.

4. Notificada a la empresa afectada la apertura del trámite de audiencia, presenta esta un escrito expresivo de que no tiene observaciones que aportar.

5. Con fecha 13 de septiembre de 2018, la Instructora del procedimiento libra un informe con propuesta de resolución en el que se reiteran las apreciaciones de su anterior informe.

6. Ese mismo día, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés dicta Decreto en el que, asumiendo en su integridad la propuesta de resolución, dispone “solicitar al Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a los efectos del artículo 106” de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, “el preceptivo dictamen para que, en caso de que este sea favorable, declarar la nulidad del acto revisado”, y acordar la suspensión del cómputo del plazo para resolver, “al amparo de lo previsto en el artículo 22” de la citada Ley, “por el tiempo que medie entre la emisión de la presente resolución y la recepción del (...) dictamen”.

Consta en el expediente el traslado a la contratista, el 14 de septiembre de 2018, del Decreto de la Alcaldía.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 19 de septiembre de 2018, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al expediente de revisión de

oficio de la contratación del servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Avilés (.....), adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra l), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra l), 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 Avilés, en los términos de 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 Avilés 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".

No obstante, el artículo 110 de la referida LPAC 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 límites señalados.

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 mercantil 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.

Se advierte, asimismo, que se ha unido al expediente el preceptivo informe de Secretaría contemplado 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, toda vez que la Oficial Mayor informante ostenta esa condición.

Sobre la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio, la LPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a hacer una referencia al "órgano competente". Por ello, y tratándose de una entidad local, hemos de acudir al régimen establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), y en su normativa de desarrollo. En particular, a la hora de determinar qué órgano es el competente, la norma reglamentaria de aplicación es la contenida en el artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (en adelante ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. Este precepto atribuye la competencia al órgano municipal

respectivo en relación con sus propios actos, estableciendo que, sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, "los órganos de las entidades locales podrán revisar sus actos, resoluciones y acuerdos, en los términos y con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común". A su vez, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), vigente ya al tiempo de iniciarse este procedimiento y aplicable al presente supuesto si tenemos en cuenta el momento en el que se producen los actos de contratación verbal objeto de revisión, determina en su disposición adicional segunda -"Competencias en materia de contratación en las Entidades Locales"-, apartado 1, que "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".

Dado que se persigue la nulidad de actos de contratación verbal, hemos de entender, tal y como ya indicamos en el Dictamen Núm. 199/2013, 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.

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. No obstante, aunque se advierta aquí el vencimiento del plazo, no podemos orillar el fondo de la iniciativa que se sustancia ni conducirnos de

espaldas a la naturaleza de las instituciones. La perención es “un instrumento tendente a la evitación de la pendencia indefinida del expediente administrativo productor de actos de gravamen al interesado destinatario” (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 diciembre 2012 -ECLI:ES:TS:2012:7892-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), y la revisión de oficio surge como un cauce de ataque al acto favorable -susceptible siempre, por tanto, de producir un efecto desfavorable para alguno de los interesados-; de ahí que el agotamiento del plazo se anude a la caducidad cuando se promueve por la propia Administración. Sin embargo, en el supuesto planteado ha de repararse en que la decisión de nulidad no perjudicaría a la empresa afectada -antes bien, la precisa para el cobro de los servicios prestados- y de ahí su renuncia a presentar alegaciones de contrario. Esa misma concurrencia de intereses se aprecia en la iniciación del procedimiento, pues, aunque formalmente la revisión para anular el acto se incoa de oficio, *de facto* se promueve por la empresa cuando presenta al cobro sus facturas; solicitud que -encauzada adecuadamente por el Ayuntamiento- desencadena el mecanismo revisor. Además, dada la necesidad de proceder a la anulación, una interpretación formalista o rigorista de los efectos derivados de la perención del plazo abocaría, sin aporte alguno, a volver a iniciar y tramitar el procedimiento con el único efecto apreciable de dilatar aún más su resolución, en contra del interés del particular afectado y del propio interés público. En suma, y en coherencia con lo dispuesto en el artículo 25 de la LPAC, debe vencerse esa formal apariencia de impulso ajeno a la mercantil interesada, para quien netamente se deriva una situación jurídica favorable del mecanismo revisor, sin que ningún provecho resulte de la caducidad y consiguiente archivo de las actuaciones, ni al interés público ni al de los particulares afectados. En este sentido se ha pronunciado la doctrina consultiva ante supuestos similares (por todos, Dictámenes Núm. 68/2002 y 4/2015 del Consejo Consultivo de Andalucía y Dictamen Núm. 60/2017 de la Comisión Jurídica de Extremadura).

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 supuesto examinado, se somete a dictamen un procedimiento de revisión de oficio de la contratación verbal del servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Avilés por el periodo comprendido entre el 14 de marzo y el 12 de abril de 2018; expediente que se inicia, siguiendo “indicaciones de la Intervención municipal”, mediante resolución de la Alcaldía expresiva de la improcedencia de acudir de plano al reconocimiento extrajudicial de créditos para el abono de las facturas emitidas por la mercantil que prestó los servicios en el periodo mencionado, y en la que se señala 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 42 de la LCSP, aplicable aquí *ratione temporis*.

En efecto, como ya hemos señalado en anteriores dictámenes (por todos, Dictamen Núm. 275/2018), tras la entrada en vigor del artículo 35 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (cuya regulación actualmente se contiene en el artículo 42 de la vigente LCSP), la previa declaración de nulidad constituye la vía específica y adecuada para compensar al contratista que actúa de buena fe; 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. En la esfera local, ha de considerarse además la facultad que el 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, confiere al órgano interventor.

También hemos reparado (entre otros, Dictamen Núm. 193/2018) en que, con carácter general, este tipo de actos de contenido obligacional que se presumen irregulares pueden ser catalogados de dos formas distintas, bien como una prórroga (ilegal) de un contrato anterior extinguido, bien como un contrato menor nuevo aparentemente desvinculado de otro anterior del que, sin embargo, constituye una réplica, en la medida en que sus características esenciales (prestaciones, precio, condiciones, etc.) se enuncian por referencia a él.

En el asunto ahora examinado, la propuesta que se eleva a la Alcaldía, y que esta asume, considera que el acto de adjudicación del contrato al que se alude incurre en la causa de nulidad a que se refiere el artículo 47.1.e) de la LPAC por ausencia total de procedimiento.

En efecto, el artículo 37 de la LCSP proscribire la contratación verbal; el artículo 38 del mismo texto 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”, y, finalmente, el artículo 39, en su apartado primero, 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”.

El referido artículo 47 de la LPAC establece en su apartado primero, letra e), que son nulos de pleno derecho los actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”. 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).

El análisis de lo actuado revela que el Ayuntamiento de Avilés procedió a prorrogar *de facto*, en las mismas condiciones económicas y con la misma empresa -en tanto se culminaba la licitación en trámite del servicio-, un contrato de servicios que se había extinguido al haberse agotado la última de sus prórrogas (el 13 de marzo de 2018) y que no podía prorrogarse legalmente. Se constata de esta forma que el contrato sometido a revisión se adjudicó sin seguir ninguno de los procedimientos previstos al efecto en la LCSP. Por ello, resulta evidente que se ha omitido, de forma clara, manifiesta y ostensible, el procedimiento legalmente exigible.

En definitiva, este Consejo estima que, por las razones señaladas, concurre el supuesto de nulidad radical establecido en el apartado e) del artículo 47.1 de la LPAC.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, como ya hemos adelantado, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP; regulación que constituye en la actualidad el cauce legal específico para garantizar los derechos de quien hubiera prestado servicios a la Administración en unas condiciones como las examinadas.

El artículo citado 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”.

El Ayuntamiento acude en la liquidación al importe de las facturas a las que se ha prestado conformidad, al tiempo que excluye tanto la existencia de indemnización por daños y perjuicios como la detracción del beneficio industrial; extremos que se estiman justificados en la medida en que estamos ante un contrato que se prorroga *de facto* por circunstancias atendibles, sin que se

aprecie, en ninguna de las partes, un propósito de sustraer interesadamente el negocio a la libre competencia. Procede recordar en esta línea que el artículo 29.4 de la LCSP, respecto de los contratos adjudicados tras su entrada en vigor, ofrece cobertura a los supuestos en que, anunciada la licitación de un servicio al menos tres meses antes del vencimiento del contrato, no se hubiera formalizado el nuevo a tiempo y concurren razones de interés público para no interrumpir la prestación, en cuyo caso se permite prorrogar el contrato originario.

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, insubsanable y no convalidable, del acto de adjudicación a la empresa del contrato de servicio de ayuda a domicilio del Ayuntamiento de Avilés por el periodo comprendido entre el 14 de marzo y el 12 de abril de 2018.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE AVILÉS.