

Expediente Núm. 184/2019
Dictamen Núm. 197/2019

V O C A L E S :

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

Secretaria:
de Vera Estrada, Paz,
Letrada Adjunta a la Secretaría General

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 30 de julio 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 del Ayuntamiento de Avilés de 8 de julio de 2019 -registrada de entrada el día 17 de ese mismo mes-, previa autorización de la Alcaldía, examina el expediente relativo a la revisión de oficio del contrato verbal de servicios de comedor escolar en los colegios públicos de Avilés recibidos durante el mes de junio de 2018.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés de 12 de febrero de 2019, se dispone “iniciar el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal por importe de 31.788,05 euros (IVA incluido)” celebrado con la entidad por “los servicios de comedor escolar en los colegios públicos de Avilés recibidos

durante el mes de junio de 2018 sin haberse seguido el procedimiento legalmente establecido al efecto". En la misma resolución se designa instructor del procedimiento.

2. Se han incorporado al expediente, entre otros antecedentes, los siguientes documentos: a) Pliego de prescripciones técnicas del contrato. b) Decreto de la Alcaldía de 19 de junio de 2017, por el que se dispone prorrogar "durante el curso escolar 2017/2018" el contrato de servicios de "elaboración y distribución de desayunos y comidas mediante una dieta nutricionalmente equilibrada, así como la atención y educación en valores del alumnado durante dicho servicio, en los colegios de Educación Infantil y Primaria de titularidad pública del Municipio de Avilés" adjudicado el 9 de septiembre de 2015, y modificarlo "en el sentido de realizar las prestaciones (...) de los talleres infantiles organizados por el Ayuntamiento de Avilés que se desarrollan durante periodos no lectivos", aprobando asimismo el gasto "correspondiente a la prórroga y a las modificaciones, que asciende a la cantidad total de 504.014,15 euros". c) Informe suscrito por la Jefa de la Sección de Educación con fecha 5 de febrero de 2019 en el que, tras mostrar su "conformidad" con los servicios de comedor "recibidos durante el mes de junio de 2018 y prestados por exceso al gasto máximo aprobado por Resolución del Ayuntamiento de Avilés (...) de 19 de junio", señala que el "abono directo" de dicho gasto "no es (...) posible", pues parece concurrir la "causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 47.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en relación con el artículo 39.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), al haberse efectuado la contratación de dicho gasto 'al margen o prescindiendo totalmente del procedimiento establecido', pues el mismo no fue objeto ni de contratación autónoma por los cauces previstos en la Ley de Contratos del Sector Público ni puede imputarse (...) al contrato administrativo suscrito". Explica que el pliego de prescripciones técnicas preveía la posibilidad de que el contrato fuera modificado en el caso de que "el número de demandantes del

servicio" generara "un gasto superior al gasto máximo aprobado por el órgano de contratación", aunque "dicha posibilidad de modificación contractual prevista en los pliegos no fue tramitada o aplicada por el Ayuntamiento de Avilés". Afirma que la concurrencia de la citada causa de nulidad "no impide ni minorar" la obligación de abono de los servicios efectivamente prestados, pero "sí determina la previa necesidad procedimental de declarar su nulidad de pleno derecho (...) conforme reiterada doctrina jurisprudencial y de los Consejos Consultivos". Añade que de no abonarse la prestación tendría lugar un "enriquecimiento injusto" para el Ayuntamiento, pues los servicios fueron prestados "de buena fe, al no haberse advertido realmente en el momento de su encargo (o contratación) y posterior ejecución que, con ello, se estaba superando o excediendo el gasto máximo del contrato"; extremo este favorecido por la circunstancia de "que en junio de 2018 el Servicio de Educación no contaba con personal técnico para el seguimiento presupuestario del contrato".

3. Con fecha 18 de febrero de 2019, la mercantil prestadora de los servicios a que se refiere el procedimiento de revisión de oficio recibe el traslado de la resolución de inicio.

4. El día 19 de febrero de 2019, la Jefa de la Sección de Educación libra un informe en el que concluye que "sin perjuicio de lo que se determine tras la evacuación de los diferentes trámites que conforman el procedimiento administrativo (...) procederá que por la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Avilés se dicte resolución administrativa declarando la nulidad del contrato verbal por importe de 31.788,05 euros" correspondiente a los "servicios de comedor escolar (...) recibidos durante el mes de junio de 2018".

5. Con fecha 20 de febrero de 2019, la Secretaria General municipal "conforma el informe jurídico (...) que se une al expediente, emitido por la Jefa de Educación del Ayuntamiento de Avilés".

6. Mediante escrito de 3 de mayo de 2019, notificado ese mismo día, el Instructor del procedimiento comunica a la mercantil interesada la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días hábiles.

7. Con fecha 28 de junio de 2019, el Instructor del procedimiento suscribe una propuesta de resolución en la que refleja que, finalizado el trámite de audiencia, no consta que se hayan formulado alegaciones por parte de la contratista. Tras aludir a los artículos 39, 41.1 y 42 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en relación con los artículos 47.1 y 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, concluye que “el gasto vinculado con los servicios de comedores durante el mes de junio (...) fue (...) realmente el resultado de una contratación verbal (...) no prevista en la LCSP, realizada consecuentemente prescindiendo del procedimiento legalmente establecido en este marco normativo y, por tanto, subsumible en la causa de nulidad establecida en el artículo 47.1.e)” de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. En consecuencia, propone declarar la nulidad del acto revisado previo dictamen favorable del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

En cuanto a los efectos de la revisión de oficio señala que, “habiéndose ejecutado las prestaciones contractuales propias de un servicio de comedor y no siendo, dada su naturaleza, posible la recíproca restitución de lo recibido en su ejecución, procede el abono por parte de la Administración del importe de los servicios de comedor recibidos”, que ascienden a 31.788,05 euros, pues no abonarlos “representaría una injustificada excepción a la obligación material de pago de esta Administración pública y un enriquecimiento injusto de la misma”.

Finalmente pone de manifiesto que, “no existiendo culpa o mala fe por ninguna de las partes contractuales ni habiéndose alegado ni acreditado por la entidad contratista durante la instrucción del procedimiento administrativo de revisión de oficio la existencia objetiva de daños y perjuicios no procedería el abono de cantidad alguna por tal concepto en la liquidación”.

8. Con fecha 28 de junio de 2019, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés dispone “solicitar del Consejo Consultivo del Principado de Asturias (...) el preceptivo dictamen” y “decretar la suspensión de la tramitación del procedimiento, al amparo de lo previsto en el artículo 22” de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, “por el tiempo que medie entre la petición de dicho dictamen (...) y la recepción del mismo”.

Existe constancia en el expediente de la notificación de esta Resolución a la mercantil interesada el 8 de julio de 2019.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 8 de julio de 2019, el Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Avilés, previa autorización de la Alcaldía, solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal de servicios de comedor escolar en los colegios públicos de Avilés recibidos durante el mes de junio de 2018, adjuntando a tal fin copia del mismo en soporte digital.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo del Principado de Asturias 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 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 toda vez que ha realizado los actos de contratación cuya declaración de nulidad es objeto del procedimiento de revisión de oficio iniciado.

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 Ley 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 inicio 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, obra en el expediente el informe de la Secretaria General municipal, librado conforme a lo previsto en los artículos 3.3.d).3.º y 3.4 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. Incoado el que analizamos por Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés de 12 de febrero de 2019, es evidente que dicho plazo no ha transcurrido aún. Además, consta en el expediente que se ha acordado la suspensión del procedimiento hasta la emisión de dictamen por este Consejo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, y que la misma se ha notificado a la mercantil interesada, por lo que el cómputo del plazo deberá reanudarse a la recepción del mismo; circunstancia que igualmente ha de ser comunicada a la empresa interesada, tal y como se establece en el precepto citado.

QUINTA.- Entrando en el fondo del asunto, para la correcta valoración del caso que examinamos 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.

Como venimos señalando de manera reiterada (por todos, Dictámenes Núm. 275/2018 y 78/2019), 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 (que resulta aplicable aquí *ratione temporis* atendida la fecha en la que se realiza la contratación y cuya regulación se contiene actualmente en el artículo 42 de la LCSP), 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. Pues bien, la propuesta de resolución que se somete a nuestra consideración aborda la revisión de oficio de un contrato verbal que, por haber sido celebrado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido al efecto, estaría incurso en la causa de nulidad a que se refiere el artículo 47.1.e) de la LPAC. El examen del expediente pone de relieve que, en realidad, los actos de contratación que se reputan nulos integran la modificación *de facto* o verbal de un contrato válidamente celebrado, el de servicios de comedor en los colegios de Educación Infantil y Primaria de Avilés, adjudicado el 9 de septiembre de 2015 y prorrogado durante el curso escolar 2017/2018 por Resolución de la Alcaldía de 19 de junio de 2017. El modificado va dirigido a cubrir la prestación de servicios por importe de 31.788,05 euros no comprendidos en el contrato vigente y que suponen un 6,31 % adicional al precio comprometido para el curso escolar 2017/2018.

La omisión del procedimiento de contratación se habría producido, según se desprende del informe librado por la Jefa de la Sección de Educación el día 5 de febrero de 2019, por la necesidad de atender a un incremento del “número de demandantes del servicio” que no se resolvió mediante la modificación contractual prevista en la prescripción cuarta del pliego de las técnicas particulares aprobado para regir la contratación. A la vista de la documentación remitida en el caso examinado no podemos constatar si el contrato podía modificarse por respetar los límites legales (artículo 204 del TRLCSP) y convencionales (prescripción cuarta del pliego de las técnicas particulares), aunque de la afirmación contenida en el informe de la Jefa de la Sección de Educación anteriormente citado señalando que la “posibilidad de modificación contractual prevista en los pliegos no fue tramitada” cabe razonablemente inferir que la modificación sí podría haberse acordado legalmente.

En cualquier caso, convenida por las partes la prestación de unos servicios que excedían de los comprometidos en el contrato vigente sin observar el procedimiento legal y convencionalmente establecido para su modificación, el compromiso de prestación de los citados servicios estaría incurso 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 108 del TRLCSP, rector del contrato de servicios de comedor escolar durante el curso 2017/2018, 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. Por su parte, el artículo 32 del TRLCSP remite a las causas de nulidad de la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, actualmente contenidas en el artículo 47 de la LPAC, conforme al cual "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). En el presente caso es evidente que el Ayuntamiento convino verbalmente con la empresa encargada de la prestación del servicio de comedor escolar en los centros educativos de Avilés la modificación del contrato en vigor al objeto de atender las necesidades derivadas de un incremento de usuarios del servicio durante el curso escolar 2017/2018. El objeto del contrato se modificó sin seguir trámite alguno, resultando patente por ello 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 Avilés de la prohibición de contratar verbalmente y de la obligación de seguir el procedimiento establecido para modificar el contrato en los términos legales anteriormente señalados.

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.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 35.1 del TRLCSP; 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 decimonovena del TRLCSP).

El Ayuntamiento de Avilés efectúa la liquidación considerando el exacto importe de la factura a la que se ha prestado conformidad, esto es, excluyendo implícitamente tanto la existencia de indemnización por daños y perjuicios como la detracción del beneficio industrial. Estimamos justificada tal forma de proceder puesto que existía la posibilidad de modificar el contrato para amparar los servicios prestados en exceso y teniendo en cuenta que los precios aplicados en dicha facturación son los establecidos en el contrato rector de la prestación durante el curso escolar 2017/2018, no se aprecia en ninguna de las partes un propósito de sustraer interesadamente el negocio a la libre competencia.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede revisar de oficio y declarar la nulidad del contrato verbal de servicios de comedor escolar en los colegios públicos de Avilés recibidos durante el mes de junio de 2018.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

(P. A. LA LETRADA ADJUNTA A LA SECRETARÍA GENERAL)

Fdo.: Paz de Vera Estrada

V.º B.º
LA PRESIDENTA,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE AVILÉS.