

Expediente Núm. 131/2019
Dictamen Núm. 204/2019

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 5 de septiembre 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 29 de mayo de 2019 -registrada de entrada el día 3 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio de la contratación verbal del servicio de atención a personas sin hogar del Ayuntamiento de Avilés por el periodo comprendido entre el 24 de noviembre de 2018 y el 16 de enero de 2019.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés de 19 de marzo de 2019 se dispone, vistas las “indicaciones de la Intervención municipal” en relación con las facturas que se mencionan, “iniciar el procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos nulos por la contratación” con “sin haberse seguido el procedimiento establecido al efecto por las actuaciones

relativas al servicio de atención a personas sin hogar” de las que dimanar las tres facturas que se especifican, correspondientes al periodo comprendido entre el 24 de noviembre de 2018 y el 16 de enero de 2019 y cuyo importe asciende a 51.936,31 €. En el mismo Decreto se designa Instructora del procedimiento.

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

2. Recabado informe de los servicios sociales municipales, se incorpora al expediente el rubricado por la Responsable del Programa y por la Jefa de Servicio el 9 de abril 2019. En él se expone que para la atención del citado servicio se tramitó un procedimiento abierto de contratación en el que resultó adjudicataria la entidad referida, formalizándose el contrato el 24 de noviembre de 2014, y que tras las dos prórrogas anuales contempladas en los pliegos expiró el 23 de noviembre de 2018, momento en el que se continuó con la prestación del servicio dado el perjuicio que ocasionaría su interrupción al interés público y visto que los propios pliegos establecían la obligación de “continuar en la prestación (...) bajo las mismas condiciones (...) hasta que esté resuelto el nuevo proceso de contratación, que deberá iniciarse, en todo caso, con anterioridad a la finalización del presente contrato y sus posibles prórrogas”. Se constata que la nueva licitación se inició el 30 de agosto de 2018, adjudicándose el contrato por Resolución de la Alcaldía de 11 de diciembre de 2018 y formalizándose con la nueva adjudicataria el 16 de enero de 2019.

Se puntualiza que existe crédito para atender al abono de las facturas pendientes y que se ha comprobado el ajuste de lo facturado a las condiciones que regían la contratación.

3. Con fecha 15 de abril de 2019, la Instructora del procedimiento libra un informe en el que concluye que las actuaciones revisadas fueron realizadas prescindiendo del procedimiento de contratación legalmente establecido, por lo que procede declarar su nulidad previa audiencia del interesado e informe de la Secretaría General.

4. Evacuado el trámite de audiencia mediante oficio notificado a la interesada el 25 de abril de 2019, no consta en el expediente que haya presentado alegaciones.

5. El día 16 de mayo de 2019, la Instructora del procedimiento, con el visto bueno de la Secretaria General, emite un informe con propuesta de resolución en el que reitera las apreciaciones de su anterior informe, concluyendo que se omitió el procedimiento aplicable y que la prestadora del servicio obró en todo momento de buena fe.

6. Con fecha 23 de mayo de 2019, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés dicta un Decreto en el que, asumiendo en su integridad la propuesta de resolución, dispone solicitar del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, “el preceptivo dictamen para, en caso (de) que este sea favorable, declarar la nulidad del acto revisado”, así como “acordar la suspensión de la tramitación del procedimiento, 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 antedicho dictamen”.

Consta en el expediente el traslado a la contratista del Decreto de la Alcaldía.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 29 de mayo 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 la contratación del servicio de atención a personas sin hogar del Ayuntamiento de Avilés por el periodo comprendido entre el 24 de noviembre de 2018 y el 16 de enero de 2019 (.....), adjuntando a tal fin copia íntegra 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 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 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 adoptado una resolución de incoación, se ha dado audiencia y vista del expediente a la entidad interesada y se ha elaborado una propuesta de resolución visada por la Secretaria General del Ayuntamiento con la que se cumplimentan la exigencia de informe de Secretaría y la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 35.1.b) de la LPAC.

Sobre la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio de los actos de adjudicación de los 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. 154/2019, 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, 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 19 de marzo 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 interesada, por lo que el cómputo del plazo deberá reanudarse a la recepción del mismo; circunstancia que igualmente ha de ser comunicada a la interesada, tal y como se establece en el precepto citado.

QUINTA.- Entrando en el fondo del asunto, para la correcta valoración del supuesto 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.

En el presente supuesto, se somete a dictamen un procedimiento de revisión de oficio de la contratación verbal del servicio de atención a personas sin hogar del Ayuntamiento de Avilés por el periodo comprendido entre el 24 de noviembre de 2018 y el 16 de enero de 2019; expediente que se inicia, siguiendo “indicaciones de la Intervención municipal”, por resolución de la Alcaldía en la 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 los servicios en el periodo mencionado, y en la que se indica que el procedimiento a seguir 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 a los efectos de pronunciarse sobre la posibilidad o conveniencia de proceder a la revisión de oficio de los actos dictados con infracción de procedimiento.

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 proscribe 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 (...): b) 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 1, 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 1, 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 adjudicataria -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 23 de noviembre de 2018 y que no podía prorrogarse legalmente. Debe repararse en que, tratándose de un contrato adjudicado en

2014, no encuentra amparo legal la postrera prórroga implícita en la obligación de “continuar en la prestación (del servicio) hasta que esté resuelto el nuevo proceso de contratación”, toda vez que este contrato se rige, en cuanto a su “duración y régimen de prórrogas”, por la normativa anterior a la vigente LCSP (disposición transitoria primera), cuyo artículo 29.4 limita además la cobertura a aquellos supuestos en que la nueva licitación se anuncie cuando resten más de tres meses para el vencimiento del contrato; plazo que no se respeta en este caso. Se constata de esta forma que el contrato sometido a revisión no era susceptible de prórroga con arreglo a su régimen y que 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”. 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 vigésimo octava de la LCSP).

El Ayuntamiento acude en la liquidación al importe de las facturas a las que se ha prestado conformidad -por ajustarse a las condiciones del contrato

originario-, 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 una prestación que se prorroga por circunstancias atendibles -y contempladas incluso en los pliegos-, sin que se aprecie 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 de pleno derecho de la contratación del servicio de atención a personas sin hogar del Ayuntamiento de Avilés por el periodo comprendido entre el 24 de noviembre de 2018 y el 16 de enero de 2019.”

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.