

Expediente Núm. 215/2019
Dictamen Núm. 289/2019

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 diciembre 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 26 de agosto de 2019 -registrada de entrada el día 2 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio de las actuaciones contractuales relativas a los servicios de actividades acuáticas y socorrismo de la Fundación Deportiva Municipal de Avilés por el periodo comprendido entre el 21 de abril y el 7 de julio de 2019.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Presidenta de la Fundación Deportiva Municipal del Ayuntamiento de Avilés de 30 de julio de 2019, se dispone iniciar el procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones contractuales relativas a los “servicios prestados del desarrollo del programa de actividades acuáticas de la Fundación Deportiva Municipal” ejecutadas por la mercantil, de las que

derivan las facturas que se especifican, todas ellas de 2019, y se designa instructora del mismo.

Se precisa que a este supuesto le es de aplicación el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establece que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Constan, entre los antecedentes, las facturas y el informe de conformidad de las mismas.

2. Igualmente, obra en el expediente diversa documentación relativa a la adjudicación del contrato y un informe del Director Gerente de la Fundación Deportiva Municipal, fechado el 24 de julio de 2019, en el que se detallan las facturas pendientes de abono por los servicios de "actividades acuáticas y socorrismo" prestados entre el 21 de abril y el 7 de julio de 2019, que suman un importe total de 148.729,19 €. En él se reseña que el contrato fue adjudicado a la mercantil por Resolución de la Presidenta de la Fundación el 30 de mayo de 2016 y formalizado "el 20 de enero de 2017 por un importe total de 1.173.700 €", siendo su duración de dos años desde la formalización "con dos prórrogas anuales, previo acuerdo expreso de las partes". Se añade que "en fecha 12-03-2018 se recibe escrito de la empresa" en el que manifiesta "su intención de no proceder a la prórroga del contrato", y mediante Resolución de la Presidenta de la Fundación de 14 de enero de 2019 se dispuso "la continuación de la prestación de servicios", que se extendió hasta el 20 de abril de 2019 de acuerdo con la cobertura que ofrecían el contrato y los pliegos, los cuales amparaban la continuación por tres meses desde la fecha de finalización. Se constata que, licitada la contratación del servicio, resultó adjudicataria otra mercantil, formalizándose el nuevo contrato el 8 de julio de 2019. Se concluye así que entre el 21 de abril y el 7 de julio de 2019 "no existía un contrato vigente" y que los servicios fueron prestados por estimarse necesarios e inaplazables para los usuarios del servicio público, existiendo crédito adecuado

y habiéndose comprobado por la Fundación el ajuste de las facturas a los precios y condiciones del contrato antecedente, por lo que se estima que procede la revisión de oficio.

3. Con fecha 1 de agosto de 2019, la Presidenta de la Fundación Deportiva Municipal comunica a la sociedad interesada el inicio del procedimiento de revisión de oficio y el plazo máximo legalmente establecido para su resolución, cuyo transcurso producirá, salvo suspensión, la caducidad del mismo al haberse iniciado de oficio.

4. El día 1 de agosto de 2019, la Instructora del procedimiento suscribe un informe en el que, tras citar los artículos 39.1 y 41 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y los artículos 47.1 y 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, constata que las actuaciones objeto de revisión se realizaron en el periodo que media entre la extinción de un contrato y la formalización de otro, por estimarse la prestación del servicio esencial e inaplazable, concluyendo que “nos encontramos ante un supuesto de actuaciones nulas de pleno derecho por prescindirse del procedimiento legalmente establecido, por lo que, previa audiencia de la empresa interesada e informe de la Secretaría General, procedería continuar con la tramitación del expediente de revisión de oficio”.

5. Evacuado el trámite de audiencia, la mercantil presenta el 19 de agosto de 2019 un escrito de alegaciones en el que incide en que “se procedió a facturar conforme al precio de mercado, a cuyos efectos se han aportado ya a este órgano de contratación los criterios tomados en consideración para la fijación del mismo”.

6. El día 21 de agosto de 2019, la Instructora del procedimiento suscribe una propuesta de resolución, visada por la Secretaria de la Fundación por

delegación de la Secretaría del Ayuntamiento, en la que se alude al supuesto de nulidad radical relativo a la omisión del procedimiento legalmente establecido, previsto en el apartado 1 del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Deja constancia en ella de que la mercantil presentó unas primeras facturas en las que incrementaba ciertos costes de conformidad con los pliegos de la nueva licitación en curso, siendo requerida para ajustarlos a las condiciones que regían la contratación anterior, lo que cumplimentó adecuadamente. Tras reseñar que procede la emisión de informe por la Secretaría General, propone “declarar la nulidad del acto revisado previo dictamen favorable del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

7. Con fecha 21 de agosto de 2019, la Presidenta de la Fundación Deportiva Municipal dicta -por delegación de la Alcaldía que se menciona en la antefirma-resolución por la que se 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 emisión de la presente resolución y la recepción del antedicho dictamen”.

Consta en el expediente la notificación de esta resolución a la mercantil interesada.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 26 de agosto de 2019, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones contractuales relativas a los servicios de actividades acuáticas y socorrismo de la Fundación Deportiva Municipal, 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 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), la Fundación Deportiva Municipal del Ayuntamiento de Avilés, organismo autónomo de este, se halla debidamente legitimada, 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".

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.

De otro lado, conforme a lo previsto 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, procede la emisión de informe previo por la Secretaría General en los procedimientos de revisión de oficio de actos nulos de la entidad local a excepción de los actos de naturaleza tributaria. Dado que el informe-propuesta de resolución cuenta con el visto bueno de la Secretaria General municipal para declarar la nulidad de las actuaciones objeto de revisión, hemos de entender que se ha cumplido la exigencia de su emisión.

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". 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 en su caso desconociendo tal competencia. En el supuesto que nos ocupa, siendo la Fundación Deportiva Municipal un organismo autónomo de la entidad local,

es claro que le corresponde a su Presidencia la competencia para declarar la nulidad de los actos de contratación efectuados.

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 Resolución de la Presidenta de la Fundación de 30 de julio 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 una vez transcurridos los tres meses desde la suspensión conforme dispone 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 este caso se somete a dictamen un procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones contractuales relativas a los “servicios prestados del desarrollo del programa de actividades acuáticas de la Fundación Deportiva Municipal” por el periodo comprendido entre el 21 de abril y el 7 de julio de 2019; expediente que se inicia siguiendo las indicaciones del Director Gerente de la Fundación, que estima procedente tramitar un procedimiento de revisión de oficio de actos nulos con carácter previo al reconocimiento de la deuda con la mercantil interesada.

Como venimos señalando de manera reiterada (por todos, Dictámenes Núm. 275/2018 y 78/2019), a la vista de lo dispuesto en el artículo 42 de la LCSP, la previa declaración de nulidad constituye la vía específica y adecuada para compensar al contratista que -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- actúa de buena fe. Tal como expone el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, la previsión legal señalada -introducida ya en el 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-, 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 el asunto ahora examinado la propuesta que se eleva a la Presidencia de la Fundación Deportiva Municipal del Ayuntamiento de Avilés, y que esta asume, considera que las actuaciones objeto de revisión -relativas a los servicios prestados por la empresa interesada entre el 21 de abril y el 7 de julio de 2019 atendiendo a las órdenes verbales de la Fundación Municipal-, al no estar amparadas por un expediente de contratación, ni tener cobertura como prórroga válida de las contrataciones anteriores, estarían incursas 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 proscribía la contratación verbal, y el artículo 39 de la misma norma 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", 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).

Pues bien, en el presente caso resulta evidente que la Fundación Deportiva Municipal procedió, agotado el plazo adicional de tres meses de continuidad de la prestación por la adjudicataria tras la finalización del contrato y con la finalidad de no desatender el servicio en tanto se culminaba su nueva licitación, a efectuar una contratación verbal, prorrogando *de facto*, con aparente identidad de condiciones económicas y con la misma empresa, un contrato de prestación de servicios que se había extinguido por agotamiento de su plazo máximo de duración, sin posibilidad de prórroga o continuación, el 20 de abril de 2019; situación que se mantendría al menos hasta el 7 de julio del mismo año, cuando asume la prestación la nueva adjudicataria. Entre esas fechas las prestaciones se ejecutaron, en definitiva, sin haber seguido ninguno de los procedimientos previstos al efecto en el artículo 131 de la LCSP, resultando evidente por ello que se ha omitido de forma clara, manifiesta y ostensible el procedimiento legalmente exigible, lo que supone una clara contravención por parte de la Fundación Deportiva Municipal de la prohibición de contratar verbalmente impuesta por el artículo 37 de la LCSP.

Ahora bien, como ya hemos advertido en situaciones similares (por todos, Dictamen Núm. 29/2018), debemos reiterar con insistencia en la necesidad de evitar la repetición de prácticas irregulares como las que suscita la actual revisión de oficio, de las que ya hemos tenido conocimiento en varios expedientes dictaminados por este Consejo procedentes de la misma Fundación. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 29.4, párrafo quinto, de la LCSP ampara ahora la prórroga del contrato originario ante incidencias en el nuevo procedimiento de adjudicación siempre que existan “razones de interés público para no interrumpir la prestación” y que “el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario”; mecanismo que permite dar cobertura a estas situaciones de prórroga de

servicios de interés general sin necesidad de revisar de oficio la actuación contractual desarrollada cuando resulta evidente la necesidad de continuar con la prestación del servicio.

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, sin que se aprecie la concurrencia de los límites a la potestad de revisión que consagra el artículo 110 de la LPAC.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 42 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).

En el supuesto planteado, el Consistorio 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 la prestación de un servicio de interés general que se prorroga por circunstancias atendibles y por el mismo importe del contrato originario, tras renunciar la adjudicataria a una posible prórroga, sin que se aprecie, en

ninguna de las partes, un propósito de sustraer interesadamente el negocio a la libre concurrencia.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede revisar de oficio y declarar la nulidad de las actuaciones contractuales relativas a los servicios de actividades acuáticas y socorrismo de la Fundación Deportiva Municipal del Ayuntamiento de Avilés durante el periodo comprendido entre el 21 de abril y el 7 de julio 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.