

Expediente Núm. 271/2019
Dictamen Núm. 304/2019

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 27 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 29 de octubre de 2019 -registrada de entrada el día 5 de noviembre de ese año-, examina el expediente relativo al procedimiento de revisión de oficio de los actos de adjudicación del contrato de mantenimiento y asistencia técnica de espectáculos e instalaciones de la Fundación Municipal de Cultura.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Presidenta de la Fundación Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Avilés de 29 de agosto de 2019, se dispone “iniciar el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos con relación a las actuaciones de mantenimiento y asistencia técnica de espectáculos e instalaciones de la Fundación Municipal de Cultura” ejecutadas por entre el 1 de enero y el 5 de agosto de 2019, con cargo a las facturas que obran en

el expediente, y designar instructora del procedimiento, lo que se notifica a la mercantil interesada el 19 de septiembre de 2019.

En esta resolución se señala que “atendiendo a las indicaciones de la Intervención Municipal procede tramitar procedimiento de revisión de oficio de actos nulos relativos a las citadas actuaciones con carácter previo al reconocimiento de la deuda con la mercantil interesada”. Asimismo, se indica 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.

2. Obra en el expediente la documentación relativa a la adjudicación de los contratos para el mantenimiento y asistencia técnica de espectáculos de las instalaciones de la Fundación Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Avilés y las facturas por los servicios de mantenimiento de sus instalaciones entre el 1 de enero y el 5 de agosto de 2019, así como los respectivos informes de conformidad del Jefe de Mantenimiento por los servicios facturados, en cumplimiento de lo establecido en las Bases de ejecución del presupuesto.

3. Previa petición formulada por la Instructora del procedimiento, el 26 de septiembre de 2019 emite informe el Jefe de Mantenimiento de la Fundación Municipal de Cultura. En el señala que “con fechas 30 de enero de 2019, 5 y 21 de febrero de 2019, 12 y 14 de marzo de 2019, 8 y 9 de abril de 2019, 10 y 21 de mayo de 2019, 5 y 7 de junio de 2019, 17 de julio de 2019, 13 y 26 de agosto de 2019 y 4 de septiembre de 2019 se emiten informes de conformidad” en relación con las facturas que se especifican por “las actuaciones de mantenimiento y asistencia técnica de espectáculos en las instalaciones de la citada Fundación entre el 1 de enero y el 5 de agosto de 2019”.

Expone que para la atención de las citadas actuaciones se tramitó un procedimiento abierto de contratación, y que por Resolución de la Presidencia

de la Fundación Municipal de Cultura de 17 de mayo de 2013 se adjudicó la licitación convocada para contratar el servicio de mantenimiento y asistencia técnica de espectáculos en las instalaciones a la entidad que se indica. Precisa que el contrato se formalizó el 12 de agosto de 2013, estableciéndose la duración del mismo por un periodo de dos años, con dos prórrogas anuales (máximo 4 años incluidas las prórrogas). Reseña que por Resolución de la Presidencia de 9 de julio de 2015 "se prorrogó este contrato desde el día 12 de agosto de 2015 al 12 de agosto de 2016, en las condiciones iniciales", y que por Resolución de 15 de mayo de 2016 "se acordó la segunda y última prórroga del contrato, desde el 13 de agosto de 2016 al día 12 de agosto de 2017".

Manifiesta que para continuar con la prestación del servicio se tramitó un procedimiento negociado sin publicidad que se adjudicó a la misma empresa que hasta entonces la venía ejecutando, formalizándose el contrato el 16 de agosto de 2017 y estableciéndose su duración hasta el 31 de diciembre de 2017, sin posibilidad de prórroga. Añade que para llevar a cabo los servicios de "mantenimiento básico y asistencia técnica de espectáculos en las instalaciones de la Fundación Municipal de Cultura de Avilés" incorporando criterios sociales de igualdad y conciliación familiar se tramitó un procedimiento abierto, tramitación anticipada, de contratación, y que consta en este expediente un informe del Jefe de Servicio "motivando (su) archivo".

Indica que con posterioridad se tramitó otro procedimiento negociado sin publicidad, tramitación anticipada, resultando adjudicataria nuevamente la misma entidad, y que este contrato se formalizó el 12 de febrero de 2018, estableciéndose su duración "hasta la formalización del nuevo contrato", con un máximo de cuatro meses y sin posibilidad de prórroga, y especifica que por Resolución de la Presidenta de la Fundación Municipal de Cultura de 17 de octubre de 2018 se declaró desierto el procedimiento abierto de contratación. Aclara que por Resolución de la Presidenta de la Fundación Municipal de Cultura de 4 de julio de 2019 se adjudicó la licitación convocada para contratar el servicio a la entidad que lo venía prestando hasta ese momento, formalizándose el contrato el 5 de agosto de 2019 por un periodo de dos años,

con dos prórrogas anuales, sin que la duración total del mismo, incluidas las prórrogas, pueda exceder de 4 años.

A la vista de ello, pone de relieve que “las actuaciones ejecutadas con cargo a las facturas que nos ocupan son aquellas que se desarrollaron durante el año 2019 en el periodo en el que no existía un contrato vigente para ellas” y que se encargaron a la sociedad que indica, por entender desde la Fundación Municipal de Cultura “que la prestación de estas actuaciones eran un servicio esencial y la necesidad de su prestación era inaplazable”.

Asimismo, informa que “en el momento de la ejecución de los trabajos existía crédito suficiente en el ejercicio 2019 para la tramitación de las facturas (...). Se han efectuado por parte de esta Fundación las comprobaciones oportunas para la verificación de que los conceptos (precio y condiciones) de las facturas son correctos, procediendo a conformar las mismas y entendiendo que corresponde su pago previa aprobación por el órgano correspondiente”.

4. El día 30 de septiembre de 2019, la Instructora del procedimiento emite informe en el que entiende que “nos encontramos ante un supuesto de actuaciones nulas de pleno derecho por prescindirse del procedimiento legalmente establecido por lo que, previa audiencia del interesado e informe de la Secretaría General, procedería continuar con la tramitación del expediente de revisión de oficio en relación con las actuaciones (...) para mantenimiento y asistencia técnica de espectáculos de las instalaciones gestionadas por la Fundación Municipal de Cultura entre el 1 de enero (...) y el 5 de agosto de 2019”.

5. Con idéntica fecha, se comunica a la interesada el inicio del procedimiento de revisión de oficio, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como que el transcurso del mismo producirá su caducidad, al haberse iniciado de oficio.

Igualmente se pone en su conocimiento la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez 10 días hábiles.

Transcurrido el plazo concedido al efecto, no consta en el expediente que se haya presentado alegación alguna.

6. El día 17 de octubre de 2019, se emite un informe-propuesta por la Instructora del procedimiento, visado por la Secretaria General, en el que se alude al supuesto de nulidad radical previsto en el apartado 1 del artículo 47 de la LPAC. En él, a la vista de lo actuado, “se constata que las actuaciones objeto de revisión se realizaron tras la finalización del contrato de cuatro meses formalizado el 12 de febrero de 2018 y hasta la formalización, con fecha 5 de agosto de 2019, del contrato por el procedimiento abierto tramitado (...) -las actuaciones ejecutadas hasta el 31 de diciembre de 2018 ya fueron dictaminadas por ese Consejo Consultivo con fecha 27 de junio de 2019 (...)-, y por lo tanto no se amparaban en un expediente de contratación, si bien se ordenaron ya que la prestación del servicio de mantenimiento y asistencia técnica de espectáculos e instalaciones de la Fundación Municipal de Cultura se considera esencial e inaplazable. Además, efectuadas las comprobaciones oportunas, se verifica (...) que los conceptos (precio y condiciones) de las facturas, por un importe total de 113.243,99 euros son correctos”.

Añade “que las actuaciones revisadas fueron realizadas prescindiendo del procedimiento de contratación legalmente establecido, si bien la actuación del servicio gestor, así como del empresario que acude al encargo, se producen bajo el principio de buena fe y confianza legítima, sin la pretensión de obviar el procedimiento de publicidad, igualdad y libre concurrencia”, por lo que propone “declarar la nulidad del acto revisado previo dictamen favorable del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

7. Con fecha 20 de octubre de 2019, la Presidenta de la Fundación Municipal de Cultura dicta -por delegación de la Alcaldía- 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 LPAC, “por el

tiempo que medie entre la emisión de la presente resolución y la recepción del antedicho dictamen”.

Existe constancia de la notificación de esta resolución a la interesada con fecha 22 de octubre de 2019.

8. Mediante Decreto de 25 de octubre de 2019, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés dispone “autorizar la solicitud de dictamen al Consejo Consultivo del Principado de Asturias en los términos previstos en la Resolución de la Presidencia de la Fundación Municipal de Cultura (...) de 20 de octubre”.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 29 de octubre 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 los actos de adjudicación del contrato de mantenimiento y asistencia técnica de espectáculos e instalaciones de la Fundación Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Avilés, adjuntando a tal fin copia íntegra del expediente 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 Municipal de Cultura 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 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.

De otro lado, conforme a lo previsto en el artículo 3.3.d) 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 por la Secretaría General en expedientes de revisión de oficio de actos nulos de la entidad local a excepción

de los actos de naturaleza tributaria. Dado que la propuesta de resolución cuenta con el visado de la Secretaria General para declarar la nulidad del acto revisado, hemos de entender que se ha cumplido la exigencia de su emisión. Consta asimismo, por referencia, propuesta favorable de la Intervención municipal a la revisión de oficio en aplicación de lo dispuesto en 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.

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 en su caso desconociendo tal competencia. En el supuesto que nos ocupa, siendo la Fundación Municipal de Cultura 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 mediante Decreto de la

Presidenta de la Fundación Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Avilés de 29 de agosto 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 presente dictamen; 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 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 este caso se somete a dictamen un procedimiento de revisión de oficio de la contratación verbal del servicio de mantenimiento y asistencia técnica de espectáculos e instalaciones de la Fundación Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Avilés por el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 5 de agosto de 2019; expediente que se inicia siguiendo las indicaciones de la Intervención municipal, para la cual -según se afirma en la Resolución de la Presidencia de la Fundación Municipal de Cultura de 29 de agosto de 2019- resulta procedente “tramitar procedimiento de revisión de oficio de actos nulos relativos a las citadas actuaciones, 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), 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 se contiene actualmente en el artículo 42 de la LCSP, que resulta aplicable aquí

ratione temporis atendida la fecha en la que se realiza la contratación), 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; 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 el asunto ahora examinado, la propuesta que se eleva a la Presidencia de la Fundación Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Avilés, y que esta asume, considera que las actuaciones objeto de revisión -los servicios prestados por la empresa interesada entre el 1 de enero y el 5 de agosto de 2019, y que ya venía prestando con anterioridad atendiendo de esta forma a las órdenes verbales que le eran dadas desde la Fundación Municipal de Cultura-, al no estar amparadas en 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 Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Avilés procedió, a la finalización del contrato que con carácter transitorio -en tanto se resolvía el procedimiento abierto- había suscrito el 12 de febrero de 2018 para garantizar la continuidad de los servicios de mantenimiento y asistencia técnica de espectáculos e instalaciones, a efectuar una nueva 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, el 12 de junio de 2018; situación que se mantuvo hasta el 5 de agosto de 2019 -fecha en la que se formalizó el nuevo contrato-. Los actos de contratación -uno por cada factura presentada al cobro por el empresario- se llevaron a cabo, en definitiva, sin seguir 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 Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Avilés de la prohibición de contratar verbalmente impuesta por el artículo 37 de la LCSP.

Ahora bien, lo anterior no impide reiterar, como ya hemos advertido en situaciones similares (por todos, Dictamen Núm. 29/2018), la necesidad de evitar la repetición de prácticas irregulares como las que suscita la actual revisión de oficio; máxime teniendo en cuenta que este Consejo ya ha dictaminado sobre idéntica contratación irregular, referida al mismo objeto contractual y a la misma Fundación contratante, en los Dictámenes Núm. 52/2019 y 162/2019. 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. Unido a lo anterior, procede advertir además a la Administración consultante sobre la necesidad de dar un adecuado cumplimiento a la exigencia legal de programar la actividad de contratación pública exigida en el artículo 28.4 de la LCSP con el fin de evitar la reiteración de contrataciones irregulares, pero previsibles, por falta de una adecuada ordenación de los plazos y procedimientos. 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 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.

Finalmente, 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".

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 una prestación que se prorroga por circunstancias atendibles -al

haber quedado desierta la licitación convocada-, 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 los actos de adjudicación del contrato de mantenimiento y asistencia técnica de espectáculos e instalaciones de la Fundación Municipal de Cultura, durante el periodo comprendido entre el 1 de junio y el 5 de agosto 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.