

Dictamen Núm. 52/2020

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 11 de marzo de 2020, 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 24 de enero de 2020 -registrada de entrada el día 29 del mismo mes-, examina el expediente relativo al procedimiento de revisión de oficio de la contratación del servicio de auxiliares de biblioteca, entre los días 7 de septiembre y 6 de noviembre de 2019, por la Fundación Municipal de Cultura de Avilés.

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 28 de noviembre de 2019, se dispone el inicio del procedimiento de revisión de oficio de actos nulos en relación con la contratación de los servicios de auxiliar de biblioteca prestados entre los días 7

de septiembre y 6 de noviembre de 2019, con cargo a las facturas que obran en el expediente y cuyo importe suma 22.908,90 €.

En dicha resolución se procede a la designación de instructora del procedimiento y se señala que "con las fechas que constan en los informes correspondientes de la Bibliotecaria municipal se da conformidad a tres facturas (...) por los servicios de auxiliar de biblioteca prestados entre el 7 de septiembre y el 6 de noviembre de 2019 en la biblioteca municipal gestionada por esta Fundación, facturas que son previas a la formalización del contrato actualmente en vigor". Añade 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".

2. Obra en el expediente la documentación relativa al contrato inicial firmado con (por el periodo comprendido entre el 20 de julio de 2017 y el 20 de julio de 2019), a la posterior adjudicación el 12 de julio de 2019 de un contrato menor "puente" para la continuación de la prestación (del 21 de julio de 2019 al 6 de septiembre de 2019), a las facturas de los servicios prestados con posterioridad -entre el 7 de septiembre y el 6 de noviembre de 2019- y a la comunicación dirigida a la adjudicataria el 2 de septiembre de 2019 expresiva de la extinción el día 6 de septiembre de 2019 del contrato menor adjudicado en julio, y de que la prestación objeto del mismo está contemplada entre los servicios obligatorios del artículo 26.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y "en el artículo 29.4 de la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público", por lo que se determina la continuación del servicio "hasta la formalización del nuevo contrato actualmente en proceso de licitación".

3. El día 11 de diciembre de 2019, emite informe la Bibliotecaria municipal en el que se constata que con fechas 7 de octubre y 5 y 15 de noviembre de 2019 se

prestó conformidad a las facturas por los servicios de auxiliares de biblioteca entre el 7 de septiembre y el 6 de noviembre de 2019.

En él se indica que por Acuerdo de la Junta Rectora de la Fundación Municipal de Cultura de 23 de mayo de 2019 se inició expediente de licitación para adjudicar el servicio por procedimiento abierto, y que contra dicho Acuerdo se presentó el 11 de junio de 2019 recurso especial en materia de contratación. Se añade que, ante “la demora en la tramitación del nuevo contrato y en vista de la fecha de finalización del (...) anterior, se tramitó un contrato menor”, adjudicado a la entidad que venía prestando el servicio, que “se inició el 21 de julio de 2019 y finalizó el 6 de septiembre de 2019 al agotarse el saldo previsto para tal fin”, por lo que el día 2 de septiembre de 2019 “se envió escrito (a la mercantil) en el que se determina la continuación de la prestación del servicio de auxiliares de biblioteca a partir del 7 de septiembre de 2019 y hasta la formalización del nuevo contrato en proceso de licitación”, con base en “el interés público y dado el grave perjuicio que causaría la interrupción del servicio”.

Se pone de relieve que el 13 de septiembre de 2019 se recibe la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 6 de septiembre por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto, y que por Resolución de la Presidenta de la Fundación Municipal de Cultura de 9 de octubre de 2019 se adjudica el contrato para la prestación del servicio de auxiliares de biblioteca a la misma mercantil que lo venía prestando.

Reseña “que las actuaciones ejecutadas con cargo a las facturas que nos ocupan son aquellas que se desarrollaron en el periodo en el que no existía un contrato vigente para ellas”, añadiendo que existe crédito para la tramitación de las mismas y que la Fundación ha llevado a cabo “las comprobaciones oportunas para la verificación de que los conceptos (precio y condiciones) de las facturas son correctos, procediendo a conformar las mismas”.

4. Con fecha 13 de diciembre de 2019, la Instructora del procedimiento emite informe en el que concluye que estamos 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”.

5. Con idéntica fecha, la Presidenta de la Fundación Municipal de Cultura comunica a la interesada el inicio del procedimiento de revisión de oficio, reseñándose que, “verificado que los conceptos, precio y condiciones de las facturas son correctos, se considera que constituyen uno de los supuestos que dan lugar al reconocimiento de deuda, previa su declaración de nulidad”, con referencia a la normativa de aplicación e incluyendo el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como que el transcurso del mismo producirá su caducidad.

Igualmente, se pone en su conocimiento la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días hábiles, sin que conste en el expediente que se hayan formulado alegaciones.

6. El día 14 de enero de 2020 la Instructora del procedimiento, con el visto bueno del Secretario General, emite informe-propuesta en el que propone declarar la nulidad del acto realizado previo dictamen favorable del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, al concurrir causa de nulidad radical prevista en el apartado 1 del artículo 47 de la LPAC, pues se constata que las actuaciones objeto de revisión se realizaron tras la finalización del contrato de servicios formalizado el 20 de julio de 2017 -que finalizó el 20 de julio de 2019-, y del contrato menor que le siguió -que terminó el 6 de septiembre de 2019-, resultando que los servicios prestados entre el 7 de septiembre y el 6 de noviembre de 2019 por la interesada no se amparaban en un expediente de

contratación, si bien se encargaron por considerarse la prestación del servicio de auxiliares de biblioteca esencial e inaplazable para su funcionamiento.

Concluye 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”.

7. Con fecha 14 de enero de 2020, la Presidenta de la Fundación Municipal de Cultura dicta resolución por la que se dispone solicitar dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias “para, en caso de que este sea favorable, declarar la nulidad del acto revisado” y decretar la suspensión de la tramitación del procedimiento “por el tiempo que medie entre la emisión de la presente resolución y la recepción del antedicho dictamen”, lo que se notifica a la mercantil interesada el día 20 de enero de 2020.

8. Mediante Decreto de 22 de enero de 2020, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés dispone autorizar la solicitud de dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias en los términos previstos en la Resolución de la Presidenta de la Fundación Municipal de Cultura de 14 de enero de 2020.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 24 de enero de 2020, 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 contratación en relación con el servicio de auxiliares de biblioteca prestado entre los días 7 de septiembre y 6 de noviembre de 2019, 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 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), la Fundación Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Avilés 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 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 iniciación, se ha dado audiencia a la mercantil interesada 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 por la Secretaría General en los expedientes de revisión de oficio de actos nulos de la entidad local (a excepción de los de naturaleza tributaria). Dado que la propuesta de resolución cuenta con el visto bueno de la Secretaría General para declarar la nulidad de las actuaciones objeto de revisión, debe entenderse 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.

Asimismo, advertimos que se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 21.4 de la LPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución y notificación del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

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”. En el caso que nos ocupa, siendo la Fundación Municipal de Cultura un organismo autónomo de la entidad local, la competencia para declarar la nulidad del acto objeto de análisis corresponde a su Presidenta.

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, lo que no ocurre en el supuesto analizado, incoado por Resolución de la Presidenta de la Fundación Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Avilés de 28 de noviembre de 2019. Además, consta en el expediente que se ha acordado la suspensión del procedimiento hasta la emisión de dictamen por este Consejo Consultivo, 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, o una vez transcurrido el plazo de 3 meses desde la suspensión; 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 las actuaciones contractuales relativas a los servicios de auxiliar de biblioteca prestados entre los días 7 de septiembre y 6 de noviembre de 2019 en la biblioteca municipal gestionada por la Fundación Municipal de Cultura de Avilés; actuación en la que se amparan las tres facturas previas a la regular formalización del contrato. Este expediente revisor se inicia siguiendo las indicaciones de la Intervención Municipal, para la cual -según se afirma en la Resolución de la Presidenta de la Fundación Municipal de Cultura de 28 de noviembre 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 reiterando (por todos, Dictamen Núm. 289/2019), 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.

Descendiendo al asunto que nos ocupa, se aprecia que no se trata propiamente de un contrato verbal, como ocurre generalmente en supuestos análogos sometidos a nuestra consideración, sino que la Administración notifica a la contratista la “prórroga” del contrato menor próximo a extinguirse en tanto

se culminara la licitación del servicio amparándose expresamente en lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 29 de la LCSP. Este precepto establece que “cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre 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”. Sin embargo, en el supuesto planteado el anuncio de licitación no se publica con esa antelación (consta que el expediente se inicia el 23 de mayo de 2019, cuando el contrato originario concluía el 20 de julio de ese año), por lo que ni la continuidad de la prestación acordada en julio de 2019 podía ampararse en el artículo 29.4 de la LCSP, ni la posterior “prórroga” de septiembre encuentra cobertura en el citado precepto. Además, no puede soslayarse que, ante la problemática planteada en julio con el vencimiento del contrato -y no pudiendo ampararse en la novedosa regla del artículo 29.4, dada la excesiva demora en la apertura de la nueva licitación-, la Administración acude a un contrato menor que -dadas las limitaciones cuantitativas que pesan sobre la contratación directa- se extingue el 6 de septiembre, de modo que la “continuación” ordenada entonces infringe la regla específica que proscribe la prórroga en la contratación menor (artículo 29.8 de la LCSP). En definitiva, si bien el contrato menor adjudicado en julio pudiera tener encaje en la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sobre los “contratos puente” (Informes 73/18 y 86/18), su prórroga incurre en nulidad radical en cuanto entraña la omisión -sin amparo en excepción alguna- del procedimiento legalmente establecido para la adjudicación del servicio.

Al igual que en ocasiones anteriores, en el asunto ahora examinado la propuesta que se eleva a la Presidenta de la Fundación Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Avilés, y que esta asume, considera que las actuaciones objeto de revisión no quedan amparadas por el debido expediente de contratación, por lo que estarían incursas en la causa de nulidad contemplada en el artículo 47.1.e) de la LPAC.

En efecto, los actos de contratación a que se refieren las facturas presentadas se llevaron a cabo sin seguir lo preceptuado en el artículo 131 de la LCSP, lo que evidencia la omisión del procedimiento contractual. En consecuencia, este Consejo estima que, por las razones señaladas, la práctica contractual seguida incurre en el supuesto de nulidad radical establecido en la letra e) del apartado 1 del artículo 47 de la LPAC, sin que se aprecie la concurrencia en el caso examinado de los límites a la potestad de revisión que consagra el artículo 110 de dicha norma.

Hemos puesto de manifiesto en anteriores ocasiones (así, en los Dictámenes Núm. 29/2018 y 289/2019) la necesidad de evitar la repetición de prácticas irregulares en la contratación como las que suscita la actual revisión de oficio, de las que hemos tenido conocimiento en varios expedientes dictaminados por este Consejo Consultivo dimanantes 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” (razones que estimamos concurrían en el presente caso), pero es necesario 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. De este modo, se ofrece cobertura a una prórroga ordenada de servicios de interés general ante imprevistos en el proceso de contratación. Unido a lo anterior, procede advertir además a la Administración consultante sobre la conveniencia 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; y ello al objeto de impedir que el excepcional recurso a la revisión de oficio de actos nulos pueda degradarse a cauce ordinario en la gestión de prestaciones cuya necesidad y regularidad no se cuestionan.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 42 de la LCS; 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. Dicho 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 de concepto y precio 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, 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 la contratación del servicio de auxiliares de biblioteca, por la Fundación Municipal de Cultura de Avilés, durante el periodo comprendido entre los días 7 de septiembre y 6 de noviembre 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.