

Dictamen Núm. 291/2020

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 17 de diciembre de 2020, por medios electrónicos, 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 la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés de 18 de noviembre de 2020 -registrada de entrada el día 24 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio de los actos de adjudicación del contrato de servicio de comedores escolares en centros educativos públicos.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Previos informes “de conformidad” suscritos los días 19 de noviembre y 16 de diciembre de 2019 por la Jefa de la Sección de Educación en relación con dos facturas por un importe de 40.126,19 y 67.589,54 €, respectivamente, emitidas por, por Decreto de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés de 5 de octubre de 2020 se acuerda “iniciar el procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos nulos por la contratación (...) sin haberse seguido el procedimiento legalmente establecido al efecto, por las actuaciones relativas al

servicio de comedores escolares en centros educativos”, y se designa instructora del mismo.

El 14 de octubre de 2020, la Concejala Responsable del Área de Promoción Social del Ayuntamiento de Avilés comunica a la mercantil interesada el inicio del presente procedimiento de revisión de oficio, y le informa de que, “conforme a lo previsto en el artículo 106.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (...), habiéndose iniciado de oficio el expediente, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo”.

2. Como antecedentes, se une al expediente la siguiente documentación: a) Decreto de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés, de 9 de agosto de 2018, por el que se acuerda “prorrogar durante el curso escolar 2018/2019 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 y en los (Institutos de Educación Secundaria) de titularidad pública del municipio de Avilés Carreño Miranda y La Magdalena, incorporando medidas de inserción laboral y calidad en el empleo”. De los antecedentes de este Decreto se desprende que se trata de una segunda prórroga del mismo contrato, adjudicado inicialmente por Resolución de la Alcaldía de 9 de septiembre de 2015 y cuya duración inicial quedó establecida para los cursos 2015/2016 y 2016/2017, habiendo sido objeto de una primera prórroga para el curso 2017/2018 por Resolución de 19 de junio de 2017. b) Escrito de 1 de noviembre de 2019 -en consecuencia, una vez agotada la segunda de las prórrogas- de quien afirma ser representante tanto de una segunda mercantil como de, en el que expone que “en el seno de un proceso de reestructuración societaria interna” esta segunda mercantil “se subrogará en todos los derechos y obligaciones que tuviere”, “como sucesora universal, y que mantendrá los mismos medios personales, técnicos, materiales y económico-financieros que justificaron su selección como contratista del contrato que nos ocupa”. Interesa por ello, de manera principal, la autorización del Ayuntamiento de Avilés, “como órgano de contratación, a los efectos de dar por cumplidas las exigencias previstas en el art. 85 del Texto

Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y que autorice el normal desenvolvimiento del contrato con la sociedad resultante de la sucesión empresarial vía fusión por absorción". c) Contrato de servicio 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, en los institutos de Educación Secundaria de titularidad pública del Municipio de Avilés y en los talleres infantiles de Avilés. Este contrato figura suscrito por una tercera mercantil el 27 de febrero de 2020 y por el Primer Teniente de Alcalde el día 29 de ese mismo mes. En sus antecedentes consta que el procedimiento de licitación se inició por Resolución de la Alcaldía de 12 de julio de 2019, adjudicándose el 5 de diciembre del mismo año por precios que se incrementan sustancialmente sobre los resultantes de la anterior licitación.

3. Previa solicitud formulada por la Instructora del procedimiento de revisión de oficio, con fecha 19 de octubre de 2020 el Responsable de Gestión de Centros y Proyectos Educativos, con el visto bueno de la Concejala Responsable del Área de Promoción -en ausencia de la Jefa de la Sección de Educación del Ayuntamiento de Avilés-, emite informe en el que señala que el presente expediente de revisión de oficio viene motivado por la existencia de dos nuevas facturas que se "obviaron" en un expediente de revisión de oficio anterior con idéntico objeto -que afectaba en aquel caso a un total de siete facturas-, y en el curso de cuya tramitación este Consejo Consultivo emitió el Dictamen Núm. 212/2020.

Como ocurría en dicho precedente, se reitera lo informado por la Jefa de la Sección de Educación en relación con el hecho de que las dos facturas objeto del presente procedimiento de revisión de oficio corresponden a servicios efectivos prestados por, a solicitud del Ayuntamiento de Avilés, "por el tiempo estrictamente indispensable hasta que se produjera la adjudicación y formalización del nuevo contrato administrativo en tramitación". Se justifica esta petición a la entonces contratista con el argumento de que "tratándose de un servicio público esencial para la conciliación de la vida laboral y familiar de la

ciudadanía de Avilés no podía interrumpirse sin causar graves perjuicios al interés público”.

4. El día 20 de octubre de 2020 la Instructora del procedimiento, teniendo en cuenta lo informado por el Servicio de Educación e invocando lo establecido en los artículos 39.1 y 41 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, informa que “nos encontramos ante un supuesto de actuaciones nulas de pleno de 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 la misma fecha, la Concejala Responsable del Área de Promoción Social del Ayuntamiento de Avilés dispone la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días hábiles.

6. El día 6 de noviembre de 2020, la Instructora del procedimiento suscribe propuesta de resolución en la que refleja que finalizado el trámite de audiencia no consta que se hayan formulado alegaciones. Constata que las actuaciones objeto de revisión no se amparaban en un expediente de contratación, y que los comedores escolares se consideran un servicio público esencial para la conciliación de la vida laboral y familiar de la ciudadanía. 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”. Tras citar los preceptos que sancionan la nulidad de los actos dictados “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”, propone declarar “la nulidad del acto revisado previo dictamen favorable del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

7. Con fecha 9 de noviembre de 2020, el Secretario General del Ayuntamiento de Avilés incorpora al expediente un informe a través del cual “conforma el informe jurídico que se une al expediente, emitido por la Técnica de Administración General del Negociado de Promoción Social de fecha 20 de octubre de 2020”.

8. Mediante Decreto de 10 de noviembre de 2020, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés acuerda solicitar el preceptivo dictamen y “la suspensión de la tramitación del procedimiento, al amparo de lo previsto en el artículo 22” de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, “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 este Decreto a la mercantil interesada, que acusa recibo el día 11 de noviembre de 2020.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 18 de noviembre de 2020, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés 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 servicio de comedores escolares en centros educativos públicos objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia autenticada 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”.

CUARTA.- Con relación a 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. Por lo demás, constando un informe con la conformidad del Secretario General del Ayuntamiento con “el informe jurídico” emitido por la Instructora del procedimiento, ha de darse por cumplimentado el informe previo exigido para este tipo de procedimientos 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.

Se observa, sin embargo -tal como acontecía en el expediente de revisión de oficio instado por esta misma autoridad consultante y que dio lugar al Dictamen Núm. 212/2020, del que el presente expediente viene a ser una segunda vuelta en el sentido que a las siete facturas entonces afectadas se unen otras dos "obviadas" en el procedimiento de revisión de oficio anterior-, que no se ha incorporado al expediente remitido el informe de la Intervención, *ex artículo 28.2.e)* 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. En estas condiciones debemos insistir en que, si bien en supuestos similares sobre actuaciones y vicios idénticos en los que se ha pronunciado este Consejo Consultivo el criterio manifestado por la Intervención ha sido favorable a la revisión de oficio, tratándose de un expediente de contratación en el que se ha omitido el procedimiento legalmente establecido y, por consiguiente, también la función interventora del correspondiente expediente de gasto, en los expedientes de revisión de oficio de contrataciones irregulares resulta especialmente relevante conocer el criterio de la Intervención a los efectos de acreditar, entre otros extremos, el ajuste a precios de mercado y la realidad de las prestaciones que subyacen en la actuación que se revisa, así como, en el caso examinado, la debida formalización de la sucesión empresarial en la prestación de estos servicios, tal y como expusimos en el referido Dictamen Núm. 212/2020. Por ello, sin perjuicio de que en el trámite de liquidación exista un pronunciamiento de la Intervención sobre estos extremos, este Consejo considera que el mismo debe figurar entre la documentación que lo integra propiamente, tal y como se prevé con carácter preceptivo en los casos de interpretación y resolución contractual *ex artículo 114* del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

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, por

la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (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”. En el caso examinado, dado que se persigue la nulidad de los actos de adjudicación de un contrato hemos de entender, tal y como ya indicamos en el Dictamen Núm. 212/2020, que el órgano competente para la aprobación de un acto ha de serlo igualmente para acordar la revisión de oficio del adoptado. En consecuencia, es claro que la revisión de oficio corresponde al órgano de contratación; en este caso, la Alcaldía, atendiendo a lo establecido en la disposición adicional segunda de la LCSP, aplicable al presente supuesto si tenemos en cuenta el momento en el que se producen los actos de adjudicación objeto de revisión, 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”.

Por último, 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 Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés de 5 de octubre de 2020, es evidente que dicho plazo no ha transcurrido aún; operando además la suspensión del

procedimiento hasta la emisión de dictamen por este Consejo acordada por Decreto de la Alcaldía de 10 de noviembre de 2020, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC.

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 el presente supuesto, se somete a dictamen un procedimiento de revisión de oficio de los actos de adjudicación de la prestación del servicio de comedores escolares en centros educativos públicos de Avilés una vez iniciado el curso escolar 2019/2020, como consecuencia de la extinción, por agotamiento del plazo, incluidas las dos posibles prórrogas, del contrato adjudicado a tal efecto por Resolución de la Alcaldía de 9 de septiembre de 2015. Esos mismos actos de adjudicación -en cuanto soporte de otras facturas distintas de la misma empresa, sucesora de la contratista inicial- ya fueron sometidos a la consideración de este Consejo (Dictamen Núm. 212/2020).

De la documentación incorporada al presente expediente, así como de la obrante en el procedimiento de revisión de oficio que dio lugar al citado Dictamen Núm. 212/2020, se desprende que, extendiéndose la duración inicial de este contrato a los cursos escolares 2015/2016 y 2016/2017, y habiéndose agotado las dos prórrogas posibles -la primera, para el curso escolar 2017/2018, por Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés de 19 de junio de 2017 y la segunda, para el curso escolar 2018/2019, mediante Resolución de 9 de agosto de 2018-, los cuestionados actos de adjudicación de la prestación de este servicio han dado lugar a un total de 9 facturas por un importe acumulado de 334.086,36 €, que corresponden al periodo comprendido entre el inicio del curso escolar 2019/2020 y el momento en que el mismo pasa a ser prestado por la nueva adjudicataria. Siete de estas facturas, por un importe total de 226.370,63 €, fueron incluidas en el procedimiento de revisión

de oficio que dio lugar al Dictamen Núm. 212/2020, y las otras dos, cuya cuantía total asciende a 107.715,73 €, conforman el expediente de revisión de oficio que nos ocupa.

Procede aclarar, además, que el hecho de que al menos a partir del 11 de noviembre de 2019, cuando ya se había extinguido el contrato inicial, la primera empresa se integrara “a través de un proceso de fusión por absorción” en la segunda explica que las facturas pendientes de abono aquí examinadas hayan sido giradas por esta última.

Ahora bien, debemos reparar en que los actos de adjudicación del referido contrato que dieron lugar a unas y otras facturas son los mismos.

No puede obviarse que la adjudicación directa, tácita o verbal, del servicio para el curso escolar 2019/2020 ya ha de quedar anulada en la resolución subsiguiente al Dictamen Núm. 212/2020, en el que se aprecia su nulidad para proceder a la liquidación conforme a la LCSP.

Predicada la nulidad de la decisión administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio -y no de unas determinadas facturas, que ni siquiera tienen naturaleza de acto administrativo-, no se aprecia ninguna decisión posterior diferenciada o distinta, expresa o tácita, con relación a las facturas de las que trae causa este expediente (meramente “obviadas” en el anterior), de modo que la nulidad carece de un objeto distinto al examinado en el referido Dictamen Núm. 212/2020, y la invalidez de las mismas no es sino consecuencia material de la nulidad que procede declarar en ese procedimiento anterior.

En efecto, aunque aparentemente la nulidad se predica de una prórroga *de facto* cuya duración coincide con la facturación que se incorpora al expediente, ha de repararse en que la decisión irregular de prorrogar el contrato se extiende por el tiempo indispensable para completar la licitación en curso del servicio y que este pase a ser prestado por el nuevo adjudicatario. Constando en este caso, al tiempo de la prórroga ilegal, que ya se había abierto el procedimiento de licitación, debe entenderse que el acto tácito de prórroga se adoptó con ese horizonte temporal -en tanto se incorporaba un nuevo adjudicatario-, sin que pueda concebirse que aquella decisión tácita de prorrogar la continuidad del servicio se limitara a los periodos correspondientes

a las facturas que se incorporaron, con exclusión de las que entonces se obviaron.

Aunque no le consta a este Consejo la resolución adoptada en el procedimiento al que se refiere el Dictamen Núm. 212/2020, se concluye que es en su seno donde debe anularse la adjudicación viciada, sin que proceda reproducir esa declaración de nulidad.

Una vez declarada esta surtirá sus efectos respecto a los periodos que ahora se tratan de liquidar. Ha de estarse pues a lo establecido en el referido artículo 42.1 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 insistir, de nuevo, en la necesidad de dar un adecuado cumplimiento a la exigencia legal de programar convenientemente 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 correcta ordenación de los plazos y procedimientos, así como en 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 presente caso, como hemos señalado en la consideración cuarta, el Ayuntamiento de Avilés propone la liquidación considerando el importe exacto de las dos facturas a las que se ha prestado conformidad; esto es, excluyendo implícitamente tanto la existencia de indemnización por daños y perjuicios como la detracción del beneficio industrial. Sin perjuicio del pleno conocimiento por parte del contratista de las irregularidades en la contratación de sus servicios, estimamos justificada la propuesta liquidatoria en la medida en que los precios aplicados en aquella facturación son los que regían en el contrato anterior del

mismo servicio -y que resultaron incrementados en la nueva licitación-, ya se había iniciado un nuevo procedimiento de licitación y no se aprecia 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 no procede declarar la nulidad de los actos tácitos de prórroga del contrato del servicio de comedores escolares en centros educativos públicos de Avilés para el curso 2019/2020, toda vez que esos actos han de anularse en el seno del anterior procedimiento revisor dirigido frente a la prestación irregular de los servicios en los términos establecidos en el Dictamen Núm. 212/2020, debiendo procederse a la liquidación del contrato -por todo el periodo de prórroga ilegal- en ejecución de esa declaración de nulidad.”

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.