

Dictamen Núm. 82/2021

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 mayo de 2021, 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 28 de abril de 2021 -registrada de entrada el día 30 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio de la resolución de adjudicación del contrato menor de servicios denominado “Programa de formación de participación infantil y adolescente” en el ejercicio 2020/2021.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 6 de noviembre de 2020, el Interventor del Ayuntamiento de Llanes suscribe un informe en el que formula reparos al abono de una factura por importe de 750 euros, emitida por la adjudicataria del contrato menor de servicios objeto del asunto que analizamos y correspondiente al mes de octubre de 2020. En él refiere que por Resolución del Concejal de Contratación de 16 de octubre de 2019 se adjudica el contrato menor para la prestación de un servicio denominado “Programa de formación de participación infantil y adolescente” a la asociación que se cita, por un plazo de un año y en la cantidad de 6.750 €, excluido IVA, y que el día 15 de octubre de 2020 se acuerda por la Alcaldía una

nueva adjudicación del contrato a la misma entidad y por idéntico objeto, plazo e importe. Explica que “al analizar la factura” objeto de reparo “se comprueba que el importe corresponde a un mes completo y que la misma incluye parte de los servicios del contrato de 2019-2020 (...) y parte del contrato 2020-2021”, y que a “consecuencia de esta circunstancia se han revisado los contratos referidos”, apreciándose “una ilegalidad en el segundo contrato por incumplimiento del artículo 29.8 de la LCSP, dado que se han formalizado dos contratos sin solución de continuidad para el mismo objeto y por una duración entre ambos superior a un año”. Concluye que “esto es considerado como un fraccionamiento (...) y una alteración de los elementos del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, en especial las de libre concurrencia”.

2. El día 1 de diciembre de 2020, atendiendo a la solicitud formulada por la Alcaldía, la Secretaria General municipal libra un informe en el que concluye que “la realización de contratos sucesivos para prestación de servicios que se requieren de manera reiterada (...), que responden a una necesidad continuada en el tiempo, más allá del límite temporal del año establecido para el contrato menor, con un mismo objeto (unidad funcional) (...), requiere una previa valoración de las necesidades administrativas a satisfacer (...), así como de la idoneidad del objeto y el contenido del contrato para satisfacerlas, ya que, vista la obligatoriedad de establecer el objeto de manera completa y no fraccionada, los contratos del sector público tienen que integrar todas las prestaciones precisas, teniendo en cuenta también la vertiente temporal (...), garantizando, asimismo, la salvaguarda de los principios de publicidad y libre concurrencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa (...). La adjudicación del contrato menor de servicio (...), dado que estaríamos en presencia de un fraccionamiento irregular del objeto de un contrato, comportaría la instrucción del oportuno procedimiento de revisión de oficio (...) de la Resolución de la Alcaldía de adjudicación (...). Finalmente, ha de señalarse que una correcta planificación previa de la contratación del sector público permite también hacer posible una contratación pública estratégica (...), debiendo acometerse esta en el Ayuntamiento de Llanes”.

3. Con fecha 18 de diciembre de 2020, el Alcalde del Ayuntamiento de Llanes dicta resolución por la que se inicia el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato “por entender que incurre en la causa de nulidad de pleno derecho señalada en el artículo 39” de la LCSP, “en relación al artículo 47.1” de la LPAC, al haber sido dictado “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Asimismo, acuerda “suspender la ejecución del acto (...), dado que la misma podría causar perjuicios de imposible o difícil reparación de conformidad con lo previsto en los artículos 41.5 de la LCSP y 108” de la LPAC, y dar audiencia a la adjudicataria, advirtiéndole que “la declaración de nulidad (...) 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”.

4. El día 5 de enero de 2021 se comunica a la adjudicataria la resolución por la que se incoa el procedimiento de revisión de oficio, y con fecha 18 de ese mismo mes presenta esta un escrito de alegaciones en el que manifiesta “que no se puede imputar a dicha asociación la causa de nulidad del acto de adjudicación, ya que en todo momento actuó conforme a lo que la propia Administración solicitó”. Por otra parte, en cuanto a la suspensión de la ejecución del contrato, afirma que “la paralización total de las actividades de manera inmediata va a perjudicar seriamente el trabajo realizado hasta la fecha, y que al ser un `trabajo´ con personas que están desarrollando procesos dinámicos, aunque pueda ser retomado en un medio plazo, no podrá partir del punto en el que se paró como si se tratara de una obra o de un servicio de suministro”.

5. El día 17 de febrero de 2021, la Secretaria General elabora un informe en el que justifica la necesidad de que se emita informe por el Interventor municipal en el que se analice cuál ha de ser el valor de restitución del contrato cuya

declaración de nulidad se pretende, habida cuenta de la controversia doctrinal y jurisprudencial existente sobre la inclusión en aquel del beneficio industrial.

6. Ese mismo día el Interventor municipal libra un informe en el que, tras indicar que “la determinación de la cuantía indemnizatoria (...) no es un tema pacífico y da lugar a numerosas interpretaciones”, concluye que “la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que únicamente cabe indemnizar por los conceptos que, efectivamente, han enriquecido a la Administración. Esto significa que no es posible indemnizar por los intereses, el IVA devengado, el beneficio industrial o los gastos generales. Únicamente deberá abonarse la cuantía correspondiente a la efectiva prestación del servicio”, lo que en el caso del contrato de que se trata considera equivalente al “importe de cada factura, sin incluir el IVA”. Seguidamente pone de relieve que el abono de tal cantidad ha de ir precedido de la “previa aceptación por parte del Concejal de Contratación de las prestaciones que reflejan las facturas a anular, de cara a dejar constancia de que estos servicios se han realizado efectivamente”, y puntualiza que dicha indemnización “es independiente de lo que, en su caso, pudiera reclamar el interesado en concepto de resarcimiento de daños y perjuicios de los que hubiera sido objeto. Esta percepción, de llevarse a efecto, se produciría a petición de parte interesada y previa justificación fehaciente de los daños y perjuicios ocasionados y su valoración correspondiente”.

7. El día 26 de febrero de 2021, el Alcalde del Ayuntamiento de Llanes dicta resolución por la que se acuerda “la tramitación conjunta del expediente sobre la nulidad del acto de adjudicación del contrato menor (...) y el relativo a la ‘compensación o indemnización’ que, en su caso, proceda, y en consecuencia otorgar nuevo trámite de audiencia” al adjudicatario, que recibe la notificación de esta resolución el 15 de marzo de 2021.

8. Con fecha 18 de marzo de 2021, la representante de la adjudicataria presenta un escrito de alegaciones en el que manifiesta su “conformidad” con la liquidación del contrato en la cuantía señalada por el Ayuntamiento, y afirma

que “no considera que haya lugar a reclamar resarcimiento por daños y perjuicios”.

9. Se incorporan al expediente, a continuación, tres facturas emitidas en ejecución del contrato de cuya revisión de oficio se trata y el informe elaborado por el Interventor municipal el día 19 de abril de 2021, en el que se afirma que las facturas “están debidamente conformadas” por la Trabajadora Social Municipal y la Concejala Delegada de Servicios Sociales, y que el importe de la compensación de los servicios efectivamente prestados asciende a 2.062,50 €.

10. El día 19 de abril de 2021, la Técnica de Administración General de Secretaría, con el visto bueno de la Secretaria General, suscribe una propuesta de resolución relativa, en primer lugar, a la declaración de nulidad de la Resolución de la Alcaldía de 15 de octubre de 2020, por la que se adjudicó el contrato menor, al “incurrir en vicio de nulidad de pleno derecho a tenor de lo establecido en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”. En segundo término se extiende a la determinación del valor de la liquidación del contrato, que -según se indica- “se corresponde con el importe señalado en las facturas emitidas para dicho periodo” (2.062,50 €) y al “inicio de los trámites para su abono íntegro, sin que proceda la detracción de beneficio industrial alguno”. En tercer lugar, afirma “la improcedencia del abono de la indemnización de daños y perjuicios, conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la LCSP 2017, por cuanto no se aprecia en las partes una voluntad culposa de realizar actos objeto de revisión con la única intención de obviar los procedimientos de publicidad y concurrencia”. Asimismo, propone “remitir el expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias para la emisión del dictamen preceptivo” y “suspender el transcurso del plazo máximo para resolver el procedimiento y notificar la resolución establecido en el artículo 106.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (...), durante el tiempo que medie entre la petición del informe preceptivo y la recepción del mismo, que deberá comunicarse a los interesados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la misma Ley”.

11. Mediante Resolución de 27 de abril de 2021, el Alcalde del Ayuntamiento de Llanes dispone “declarar nula de pleno derecho la Resolución dictada por la Alcaldía Municipal, de fecha 15 de octubre de 2020, por la que se adjudicó contrato menor de servicios (...) con destino (al) ‘Programa de formación de participación infantil y adolescente’ (...), por incurrir en vicio de nulidad (...) a tenor de lo establecido en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre”.

La resolución comprende asimismo la determinación de la liquidación del contrato, que se llevará a cabo mediante la devolución de su valor, que “se corresponde con el importe señalado en las facturas emitidas (...), sin que proceda la detracción de beneficio industrial alguno”, y la declaración de la “improcedencia del abono de la indemnización de daños y perjuicios (...), por cuanto no se aprecia en las partes una voluntad culposa de realizar actos objeto de revisión con la única intención de obviar” los principios de “publicidad y concurrencia”.

Finalmente, se dispone remitir el expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias y suspender el transcurso del plazo máximo para resolver y notificar durante el tiempo que medie entre la petición del dictamen y su recepción.

12. Con la misma fecha se cursa notificación a la adjudicataria del contrato cuya resolución se pretende, indicándose en ella que “pone fin a la vía administrativa” e informándole de los recursos que se podrán interponer frente a la misma.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 28 de abril de 2021, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio de la resolución de adjudicación del contrato menor de servicios denominado “Programa de formación de participación infantil y adolescente” en el ejercicio 2020/2021, objeto del expediente núm., y adjuntando a tal fin una copia del mismo.

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 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 Llanes, 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 Llanes se halla debidamente legitimado en cuanto autor del acto 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".

No obstante, el artículo 110 de la referida LPAC establece que la revisión de oficio no podrá ser ejercitada "cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes". En el caso que examinamos entendemos que no concurre ninguno de los límites señalados.

CUARTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que esta 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 adjudicataria, se ha adoptado un acuerdo de iniciación y se ha elaborado una propuesta de resolución que responde a la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de actos en el artículo 35.1.b) de la LPAC. Por lo demás, constan en el expediente los informes previos de la Secretaría General y de la Intervención municipal, los cuales vienen a cumplimentar lo 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, y en el 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, respectivamente.

Advertimos, no obstante, que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la asociación 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, 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 venimos señalando reiteradamente, 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”.

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 del Alcalde del Ayuntamiento de Llanes de 18 de diciembre 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 la Alcaldía, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC.

Finalmente, y sin perjuicio de lo señalado, reparamos en que a la fecha de solicitud de nuestro dictamen el procedimiento ha concluido por Resolución de la Alcaldía de 27 de abril de 2021, por lo que debemos recordar a la autoridad consultante la doctrina reiterada de este Consejo sobre el momento

procedimental en el que debe solicitarse el dictamen, contenida, entre otros, en el Dictamen Núm. 84/2018, relativo a la revisión de oficio de una serie de actos adoptados por el Ayuntamiento de Llanes.

En efecto, la consulta a este Consejo ha de realizarse en un momento específico, justo antes de la adopción del acuerdo por el órgano competente para resolver, pues una vez resuelto el asunto la decisión pone fin a la vía administrativa.

Como ha señalado el Consejo de Estado en el Dictamen 4709/1998, en doctrina que venimos compartiendo (por todos, Dictámenes Núm. 285/2011, 4/2014 y 84/2018), la misión de las consultas "no es una mera diligencia rutinaria que apostilla una resolución preconcebida sino que tiene por objeto que una instancia jurídica externa y objetiva vele por el respeto a la legalidad". Por eso, como pone de manifiesto el alto órgano consultivo del Estado en el mismo dictamen con referencia a otros anteriores, "en los casos de omisión de informes preceptivos, el acto administrativo que se haya dictado no puede ser convalidado con la emisión de aquel después de haberse producido el acto", lo que "se funda en la propia índole consultiva de la función que se ejercita, la cual se vería imposibilitada de cumplir su finalidad -ilustrar el juicio del órgano llamado a resolver- si este no pudiera tener en cuenta el parecer que se emita, por la sencilla razón de que el asunto hubiese sido ya resuelto. En estos casos, lo consultado no sería tanto el acto administrativo que exige el dictamen preceptivo como su mantenimiento, revocación o ejecución".

En el asunto que nos ocupa a la fecha de la solicitud del dictamen de este Consejo la Administración consultante ya ha dictado el acto por el que se declara la nulidad de la adjudicación del contrato al que el procedimiento se refiere, y lo ha notificado a la contratista, con lo que es plenamente eficaz; por ello, este órgano consultivo no puede evacuar la consulta realizada, solicitada con carácter preceptivo, sin infringir su Ley reguladora.

Ahora bien, sin perjuicio de lo razonado, hemos de destacar que, dado que el artículo 106 de la LPAC impone a la Administración que pretenda declarar la nulidad de sus actos en vía de revisión de oficio la solicitud del correspondiente dictamen al órgano consultivo, que en este caso no solo es preceptivo sino también habilitante, el procedimiento objeto de análisis no

puede considerarse regularmente tramitado. Por ello, y con el fin de evitar la nulidad del mismo que eventualmente pudiera declararse en vía judicial, fundada en la omisión de un trámite esencial equiparable a una omisión total de procedimiento según doctrina jurisprudencial, advertimos a la autoridad consultante que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 de la LPAC puede revocar la Resolución de la Alcaldía de 27 de abril de 2021 y, tras ponerlo en conocimiento de la asociación adjudicataria, formular nueva propuesta de resolución y solicitar de este Consejo el preceptivo dictamen acordando, si lo estima conveniente, una nueva suspensión del plazo para resolver.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, atendido el momento en que la consulta se ha formulado, no procede pronunciarse sobre la misma.”

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE LLANES.