



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 2 8 3 / 2 0 1 0

(Sección 1ª)

La Laguna, a 6 de mayo de 2010.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puerto de La Cruz en relación con la *Propuesta de Acuerdo por la que se acuerda la culminación del procedimiento de revisión de oficio tramitado para la declaración de nulidad del contrato de limpieza del Complejo Turístico Municipal Costa Martiánez (EXP. 288/2010 CA)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de Puerto de la Cruz, es la Propuesta de Acuerdo que pone fin al procedimiento de revisión de oficio tramitado para la declaración de nulidad del contrato de limpieza del Complejo Turístico Municipal Costa Martiánez.

La legitimación del Alcalde para solicitar el Dictamen, el carácter preceptivo de la solicitud y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo en relación con el art. 34 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP) y 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Además, de conformidad con lo previsto en el citado art. 102.1 LRJAP-PAC, es preciso que tal Dictamen sea favorable a la declaración pretendida, pues, de lo contrario, obstará a su producción.

La solicitud ha sido cursada por el procedimiento de urgencia.

2. La revisión se fundamenta en el apartado e) del art. 62.1 LRJAP-PAC, al considerar la Administración actuante que la adjudicación del contrato

---

\* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

administrativo fue acordada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

3. El servicio objeto del contrato cuya revisión de oficio se tramita, se ha venido prestando desde el ejercicio 2006, bajo la vigencia, pues, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 12 de octubre (TRLCAP), a cuya normativa debe atenderse a los efectos de examinar los requisitos que debieron observarse en la contratación.

En cambio y como se apuntó antes, el procedimiento revisor, iniciado el 29 de marzo de 2010, se rige por las normas adjetivas tanto de la LCSP, como de la LRJAP-PAC.

## II

1. El presente procedimiento se inicia mediante Acuerdo del Pleno de la Corporación adoptado en sesión celebrada el 29 de marzo de 2010, previa la emisión de informe jurídico en el que se propone su incoación por la causa fundada en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC.

Consta en el expediente que se otorgó el preceptivo trámite de audiencia a la entidad interesada, que no presentó alegaciones en el plazo concedido al efecto, y la posterior elaboración de la Propuesta de Resolución, en la que se sostiene la nulidad de la contratación por la causa ya señalada. Se ha solicitado seguidamente el Dictamen de este Consejo.

El procedimiento tramitado se ha ajustado, pues, a las exigencias legales de aplicación. Procede, no obstante, realizar las observaciones siguientes:

En la notificación del Acuerdo de inicio del procedimiento a la entidad interesada se indicó la posibilidad de interponer recurso de reposición o contencioso-administrativo, al considerar que este acto pone fin a la vía administrativa. Sin embargo, es claro que el acto por el que se inicia un procedimiento no tiene este carácter (art. 109 LRJAP-PAC), pues es un acto efectivamente de trámite que, además, no tiene naturaleza de acto cualificado que permita que sea recurrido en los términos previstos en el art. 107.1 LRJAP-PAC.

La Propuesta de Acuerdo se limita a señalar la procedencia de la Resolución y su causa legal, sin establecer los necesarios antecedentes de hecho que la motivan ni la justificación jurídica que permita considerar que el contrato se encuentra incurso en la señalada causa de nulidad. No se ha dado cumplimiento, pues, a lo previsto en el

art. 89.3 LRJAP-PAC, seguramente dados los antecedentes en este asunto, previos al inicio de la revisión y que figuran en el correspondiente expediente, constando asimismo en él informes, y aun Propuesta resolutoria, relativos a dichos antecedentes y las razones de la incidencia de la causa de nulidad aducida, conociéndolo la interesada.

Así, interesa señalar que el presente procedimiento trae causa de un inicial procedimiento de resolución de este mismo contrato, en el que recayó nuestro Dictamen 128/2010, de 11 de marzo, en el que se consideró que, si la Administración advertía la presencia de causa de nulidad de pleno derecho del contrato, lo procedente era la tramitación del procedimiento de revisión de oficio; lo que ahora se lleva a efecto, una vez dado por concluido en el mismo Acuerdo plenario de 29 de marzo de 2010 el procedimiento de resolución.

2. En este sentido, consta que el Ayuntamiento había adjudicado a S.C.L.T. un contrato administrativo de servicios para la limpieza de los colegios públicos. Posteriormente, en julio de 2005 comenzó a prestar servicios de limpieza del Complejo Turístico Municipal Costa Martiánez sin que, para la adjudicación de este contrato, se llevara a cabo tramitación procedimental alguna, ni formalización del correspondiente contrato administrativo.

El 5 de enero de 2010 se emitió informe por la Intervención municipal en el que se sostiene que se trata de un contrato de servicios de los previstos en el art. 196 TRLCAP, tal y como se ha venido considerando por el Jefe de Servicio del Área gestora correspondiente y por la propia Intervención con ocasión de la aprobación de las distintas facturas y correspondientes reconocimientos de obligaciones.

Además señala que no existe relación contractual alguna, como queda meridianamente acreditado por lo informado tanto por el Jefe del Servicio del Área de Economía, Hacienda y Nuevas Tecnologías, como por el Jefe de Servicio del Área Gestora competente desde el inicio de la prestación de los servicios. En consecuencia, se trata de un supuesto de nulidad de pleno derecho *ex tunc*, pues, conforme al art. 55 del TRLCAP, la Administración no podrá contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga carácter de emergencia; esto es, se ha incidido en la causa de nulidad prevista en los arts. 62.1.a) TRLCAP y 62.1.e) LRJAP-PAC, actuándose prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, sin posible convalidación al efecto (art. 67 LRJPA-PAC).

Este informe indica también que se han aprobado diversas facturas y reconocidos las correspondientes obligaciones, con subsiguiente pago a favor de la S.C.L.T.; pero, como reiteradamente se ha manifestado en cada uno de los expedientes tramitados a tal fin, sólo con carácter indemnizatorio y para evitar el enriquecimiento injusto del Ayuntamiento, al estar acreditadas en los respectivos expedientes las prestaciones de los servicios de limpieza y mantenimiento de las citadas instalaciones municipales.

3. Con fecha 15 de enero de 2010 se emite informe jurídico al respecto en el que se expresan las siguientes consideraciones:

En relación con el informe de Intervención, en el que se sostiene la innecesariedad del procedimiento de resolución partiendo de la inexistencia de relación contractual, se precisa que por aplicación del art. 1278 del Código Civil, tal contrato sí existe y resulta obligatorio para las partes, siendo indiscutible que el interesado ha venido prestando servicios de manera ininterrumpida y retribuida durante años.

No obstante, admite que la ausencia de procedimiento de adjudicación equivale a un supuesto de nulidad absoluta, si bien ésta no puede declararse sin más por la Administración, sino que previamente habrá de tramitarse el procedimiento de revisión de oficio.

La inviabilidad de la contratación verbal por parte de las Administraciones públicas no quiere decir que el contrato verbal no origine una relación jurídico-obligacional entre las partes; razón por la que, en una interpretación garantista de los derechos e intereses del contratista, se estima jurídicamente existente, con cita de diversas Sentencias, dicha relación contractual, al derivarse la misma de la prestación de servicios de limpieza en el citado complejo por parte de la Cooperativa durante los últimos años en función de los cuales aquélla ha sido retribuida mediante la presentación de las correspondientes facturas. Por tanto, es procedente el procedimiento de resolución, concluye.

4. Acogida por la Administración la tesis sostenida por el informe jurídico antedicho, se recabó Dictamen de este Organismo sobre la correspondiente Propuesta de Resolución contractual. En el Dictamen 128/2010 emitido se expuso lo siguiente:

*“Con carácter previo al análisis de la causa de resolución invocada por la Administración, procede analizar la procedencia en el presente caso de acudir al procedimiento de resolución y declarar, en consecuencia, la resolución del contrato*

*administrativo de servicios de referencia. Se trata ésta de una cuestión que igualmente se ha planteado en los informes emitidos con ocasión de la tramitación del procedimiento, singularmente en el informe de la Intervención, dadas las especiales vicisitudes que han acontecido.*

*Se trata de un contrato, como resulta de los antecedentes, que fue adjudicado a S.C.L.T. de forma verbal, en contravención de la prohibición legalmente establecida en el art. 55 TRLCAP y sin seguir por consiguiente el procedimiento legalmente establecido para proceder a la contratación del servicio, ya fuese mediante la convocatoria del correspondiente concurso o, en caso de resultar legalmente posible, mediante la modificación del contrato que se había suscrito con la entidad para la limpieza de los colegios públicos.*

*Los informes obrantes en el expediente son concordes en afirmar que la contratación verbal realizada incurre en causa de nulidad de pleno derecho por aplicación de lo previsto en el art. 62.1 TRLCAP en relación con el art. 62.1.e) LRJAP-PAC, si bien se discrepa sobre la procedencia de iniciar el procedimiento de revisión, concluyendo el informe jurídico que dado que es innegable que el contrato existe y se ha ejecutado, lo que procede es su resolución, con independencia de que se haya incurrido en causa de nulidad.*

*Esta opinión sin embargo estimamos que no puede ser compartida. Las circunstancias de que la prestación objeto de este contrato se haya efectivamente ejecutado y que la Administración haya procedido a su abono, no enervan ni convalidan, por el régimen propio de la nulidad de pleno derecho, las causas de nulidad en que hubiera incurrido la contratación. Por ello, si la Administración advierte la presencia de una causa de nulidad de pleno derecho, lo procedente, como señala el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 40/1998, es la tramitación del procedimiento de revisión de oficio contemplado en el art. 102 LRJAP-PAC y no el de resolución contractual, que presupone, por lo demás, la existencia de un contrato válido.*

*Frente a la argumentación vertida en la Propuesta de Resolución acerca de la existencia del contrato y en consecuencia su posibilidad de resolución, la jurisprudencia lo único que ha reconocido en los casos de nulidad contractual es el derecho del contratista a percibir el valor de la prestación realizada al amparo de la doctrina del enriquecimiento sin causa: si a pesar de la nulidad del contrato el contratista ha realizado su prestación, se ha producido para la Administración un*

*enriquecimiento sin causa o injustificado en la medida en que el contrato es nulo y ello determina la necesidad de restituir al contratista el valor de su prestación. Pero, resultando el contrato nulo, su mera existencia en los términos que parecen deducirse de la Propuesta de Resolución no habilita para iniciar y culminar un procedimiento de resolución. En definitiva, la apreciación de causa de nulidad de pleno derecho del contrato adjudicado por el Ayuntamiento determina que no sea procedente la resolución del contrato, sino la tramitación del procedimiento de revisión de oficio.*

### III

1. Procede ahora abordar el fondo del asunto, a fin de determinar la conformidad a Derecho de la declaración de nulidad postulada por la Administración, basada en la causa ya explicitada.

Todo contrato administrativo requiere, como actuación preparatoria, la tramitación del expediente de contratación y la aprobación del mismo, incluyendo la del gasto y la del pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, la certificación de la existencia de crédito adecuado y suficiente, si del contrato se derivan obligaciones de contenido económico para la Administración, y la fiscalización de la Intervención [arts. 11.1, apartados e), f), g), h); 49, 51, 67, 69 TRLCAP]. En el caso de los contratos de servicios se exige, además, de conformidad con el art. 202.1 TRLCAP, un informe del Servicio interesado en la celebración del contrato en el que se justifique debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato.

Realizadas las citadas actuaciones preparatorias, deberá procederse a la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato atendiendo a los principios de publicidad y concurrencia, en los términos previstos en los arts. 73 y siguientes TRLCAP, con la excepción de los casos en que pueda acudir al procedimiento negociado. Se requiere además, una vez producida la adjudicación, la prestación de la garantía por la empresa adjudicataria (art. 36 TRLCAP) y posterior formalización del contrato en documento administrativo o, en su caso, en escritura pública, si bien la forma escrita no resulta constitutiva al ser la adjudicación el acto que perfecciona el contrato (art. 54 TRLCAP).

2. En el caso que nos ocupa resulta evidente que la Administración adjudicó a la S.C.L.T. el contrato de limpieza del Complejo Turístico Municipal Costa Martiánez sin llevar a cabo la tramitación procedimental legalmente prevista, ni siquiera en su mínima apariencia, tal como se deduce de los informes municipales a los que anteriormente se ha hecho referencia.

A estos efectos procede resaltar que las normas de procedimiento, a través de las cuales el Ordenamiento determina el cauce al que ha de someter su actuación la Administración en cada momento, son de derecho necesario y de estricta observancia, sin que la Administración pueda disponer libremente de las mismas. En el sector de la contratación, la legislación es además especialmente rigurosa al exigir el cumplimiento de los trámites relativos a la preparación y adjudicación de los contratos, en orden a asegurar no sólo el interés público a procurar en cada momento y el adecuado control de la existencia del presupuesto necesario, sino también el respeto a principios tan esenciales en este ámbito de actuación administrativa como son los de publicidad y concurrencia (salvo las excepciones que establece la propia Ley), o bien, los de igualdad y no discriminación (art. 11.1 TRLCAP).

El carácter formalista de la contratación administrativa, a la que resulta consustancial la existencia de un expediente de contratación (SSTS de 28 de mayo de 1996 y 18 de diciembre de 2001), explica que el art. 55 TRLCAP expresamente prohíba en concreto la contratación verbal, con la única salvedad de que el contrato tenga carácter de emergencia; lo que no acontece en el presente caso.

Debe, por tanto, concluirse que se produce la concurrencia de la causa de nulidad del contrato prevista en el art. 62.a) TRLCAP en relación con el art. 62.1.e) LRJAP-PAC, al no haberse tramitado por la Administración el procedimiento legalmente previsto para la adjudicación de los contratos administrativos.

3. Finalmente, ha de observarse que, improcedentemente, la Propuesta de Acuerdo no se pronuncia sobre los efectos de la declaración de nulidad. A este respecto, es preciso indicar que el art. 102.4 LRJAP-PAC habilita a la Administración para establecer la indemnización que en su caso proceda reconocer a los interesados.

En todo caso y en relación con la nulidad de los contratos administrativos, las consecuencias jurídicas que derivan de la misma están basadas, de conformidad con lo previsto en el art. 65.1 TRLCAP, en el deber de restitución recíproca de las prestaciones realizadas por las partes. Sin embargo, al no ser posible restituir *in*

*natura* las prestaciones realizadas, procede que la Administración liquide y abone el valor de los servicios prestado, en aras a evitar el enriquecimiento injustificado de la Administración, como reiteradamente ha puesto de relieve la jurisprudencia y reconoce el propio art. 65 citado.

Lo que se advierte para el supuesto, previsible, de que queden cantidades pendientes de abonar, pues, a tenor del informe de la Intervención, se han aprobado diversas facturas y reconocido las obligaciones a favor de la S.C.L.T. La indemnización por consiguiente alcanzará únicamente al valor de los servicios prestados cuyo pago se encuentre pendiente una vez producida la declaración de nulidad.

## C O N C L U S I Ó N

Este Consejo Consultivo manifiesta su parecer favorable a la declaración de nulidad del contrato de limpieza del Complejo Turístico Municipal Costa Martiánez, adoptada en la Propuesta de Acuerdo de fecha 21 de abril de 2010, con los efectos que se señalan en el Fundamento III.5.