



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 6 9 / 2 0 2 1

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 2 de diciembre de 2021.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Firgas en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de nulidad de los contratos verbales adjudicados a la entidad (...) por los servicios prestados y facturados por un importe total de 3.210,00 euros (EXP. 531/2021 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Firgas, es la Propuesta de Resolución por la que se pretende la revisión de oficio de los actos preparatorios del contrato de telefonía adjudicado verbalmente a la empresa (...), por un importe de 3.210,00 euros (IGIC incluido).

2. La legitimidad para solicitar el dictamen y la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlo, se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D).c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el art. 191.3.a) 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 2017 (LCSP), norma básica aplicable al presente supuesto porque el procedimiento fue iniciado con posterioridad a su entrada en vigor.

También es de aplicación, de acuerdo con lo establecido en el art. 41 de la LCSP, la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y el art. 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

* Ponente: Sra. de León Marrero.

Por ello, de conformidad con lo previsto en el art. 106.1 LPACAP, el dictamen ha de ser favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad si el dictamen no lo considera así.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria de la LCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, también de carácter básico.

3. La competencia para resolver el presente expediente de revisión de oficio le corresponde al órgano de contratación (arts. 190 y 212.1 LCSP). En el caso concreto analizado, es la Alcaldía, de conformidad con lo establecido en la DA 2.ª.1 LCSP.

4. En cuanto al procedimiento de resolución de oficio propiamente dicho, es aplicable el plazo de seis meses para resolver el expediente en virtud de lo dispuesto en el art. 106.5 LPACAP. En el presente caso, no se ha superado dicho plazo, toda vez que el procedimiento se inició el 4 de octubre de 2021.

II

Los antecedentes relevantes en este caso son los siguientes:

1.- Con fecha de 15 de septiembre de 2021, La Intervención municipal emite informe de omisión de la función interventora en el que señala:

«PRIMERO. Esta intervención comunica al servicio de Nuevas tecnologías con fecha 11 de marzo de 2019 (Exped. Gestiona 485/19 telefonía fija) la existencia de facturas en las que podía haberse omitido la fiscalización previa, solicitando información al objeto de comprobar los hechos acaecidos y comprobando que el servicio continua en el mismo estado. Tras el examen y visto el informe de la Alcaldesa-Presidenta responsable del Área de Nuevas Tecnologías (telefonía fija), se comprueba que las facturas corresponden a un servicio de telecomunicaciones, sin que se haya remitido a esta intervención para el trámite de fiscalización e intervención previa, siendo el citado informe de Intervención preceptivo y previo.

SEGUNDO.- A la vista de la omisión de la función interventora referida, una vez revisado el expediente y tras haber tenido conocimiento del mismo, en cumplimiento del art. 28 del RCISP, se comprobaron los siguientes extremos:

1-Descripción del gasto:

El objeto de las facturas corresponde a un contrato administrativo de servicio de telecomunicaciones regulado en el art. 16 de la LCSP.

2- Exposición de los incumplimientos normativos.

Atendiendo al objeto de las facturas referidas y teniendo en cuenta el volumen facturado en el ejercicio anterior, el importe supera el límite la contratación menor (15.000€) y teniendo en cuenta que además es un servicio de tracto sucesivo, necesario para el cumplimiento y realización de los fines institucionales y nuestro ordenamiento prohíbe la contratación verbal, corresponde la tramitación de un procedimiento abierto, con sujeción a las normas 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); el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Artículos vigentes tras la entrada en vigor del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo).

El incumplimiento abarca al conjunto del articulado dirigido a regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de adquisición de bienes mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

3- Prestaciones de las que se deriva la obligación de pago.

Actualmente las facturas por la prestación del mismo servicio son las siguientes:

FECHA PROVEEDOR OBJETO IMPORTE

20/07/21 (...) Telefonía fija 1.605,00

20/07/21 (...) Telefonía fija 1.605,00

3.210,00

De acuerdo con el informe que consta en el expediente y atendiendo a la rúbrica de las propias facturas se acredita que los servicios se han realizado a satisfacción de la Administración y las prestaciones se produjeron bajo el principio de buena fe y existe confianza legítima. En cuanto los precios son muy similares, considerándose de mercado.

4- Existencia de crédito presupuestario adecuado y suficiente.

Examinada la contabilidad a mi cargo se acredita que existe crédito suficiente y adecuado para afrontar el valor de las facturas o, en caso de revisión, para la indemnización por los daños producidos.

5- Revisión de actos.

A la vista de lo expresado, se aprecia una pluralidad de actos administrativos análogos, que comparten el mismo objeto y sujeto, si bien son actos que generan relaciones jurídicas distintas. Se acredita que se ha prescindido totalmente de procedimiento alguno, tanto en la selección como en la adjudicación del contratista, vulnerándose los principios de publicidad, concurrencia y objetividad previstos en la norma, de una manera clara y ostensible. En definitiva acontece una contratación de facto no amparada en precepto legal. En aplicación de los art. 39 de la LCSP, en correspondencia con el art. 47 de la LPAC, constituyen actos nulos de pleno derecho, respecto de los cuales, no cabe convalidación alguna.

De acuerdo con el art. 42 de la LCSP, 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 de este y si esto no fuese posible se devolverá su valor.

A la vista de todo ello, es necesario iniciar la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio que declare la nulidad para poder reconocer la deuda fuera de la vía judicial (...)».

2.- Por Resolución de la Alcaldía, n.º 2021-0986 de 4 de octubre de 2021, se inició procedimiento de revisión de oficio de los actos preparatorios de contrato de telefonía, «por considerar que se encuentran incursos en la siguiente causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas por ser dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados». Dicho acto fue notificado con fecha 7 de octubre de 2021 al interesado, (...), para que en el plazo de diez días, presentara las alegaciones y sugerencias que considerara necesarias.

3.- Consta Informe del Ingeniero Técnico Informático de 27 de octubre de 2021, en el que se fija la cantidad a indemnizar a la contratista prestadora del servicio en 3.000 euros (IGIC no incluido).

4.- Igualmente, consta que por parte de la empresa (...), se presentaron alegaciones en las que manifiesta que la indemnización que se acuerde debe incluir el importe total de las facturas afectadas, en particular, la parte relativa al IGIC repercutido, pues de otro modo se generaría un perjuicio injusto, puesto que deja sin pagar parte de los servicios efectivamente prestados. En particular, cabe señalar que

en el caso del IGIC, el perjuicio es manifiesto, dado que el importe de dicho impuesto es declarado y liquidado ante la Administración Tributaria.

5.- Por último, la Propuesta de Resolución declara la nulidad de los contratos verbales adjudicados directamente a la entidad (...), por los servicios prestados y facturados en la relación de facturas que se detallan, por un importe total de 3.210,00 euros, por encontrarse ante un supuesto de nulidad de pleno derecho del art. 47.1.e) LPACAP, en relación con el art. 41.4 LCSP, así como aprobar las indemnizaciones a favor de dicha entidad por importe de 3.000 euros (excluyendo el IGIC), en compensación por los daños y perjuicios ocasionados por la declaración de nulidad de los referidos actos.

III

1. A la vista de lo anterior, se aprecia que las alegaciones del contratista no se oponen a la nulidad de lo actuado, sino a la cuantía de la indemnización que le corresponde, puesto que, si bien la prestación asciende a 3.000 euros, cantidad reconocida por la Administración, la empresa de telecomunicación entiende que se le ha de añadir el IGIC repercutido, *«pues de otro modo se generaría un perjuicio injusto, puesto que deja sin pagar parte de los servicios efectivamente prestados. En particular, cabe señalar que en el caso del IGIC, el perjuicio es manifiesto, dado que el importe de dicho impuesto es declarado y liquidado ante la Administración Tributaria»*.

2. Este Consejo viene siguiendo el criterio jurídico mayoritariamente aceptado (ver por todos el Dictamen 483/2021, de 14 de octubre) que señala que, en los supuestos en los que un contratista ha procedido efectiva y materialmente a ejecutar una obra o a prestar un servicio o suministro en favor de la Administración, pero con incumplimiento de las normas presupuestarias (contrataciones sin crédito presupuestarios) y/o de contratación aplicables (existe crédito pero no cobertura contractual, bien por haber expirado el plazo de duración y sus prórrogas, bien por haber contratado verbalmente fuera de los casos permitidos por el ordenamiento y prescindiendo de toda formalidad procedimental, esto es, sin tramitar el correspondiente expediente de licitación destinado a la preparación, adjudicación y formalización del contrato de acuerdo con la legislación en materia de contratación pública -como es el caso- o, en general, por haber sido celebrado concurriendo alguna causa de nulidad de pleno derecho), y al objeto de compensar al contratista por las prestaciones ejecutadas -a favor de la Administración- en cumplimiento de un contrato nulo de pleno derecho (evitando así, el correspondiente injusto o

enriquecimiento sin causa de la Administración Pública), en cuyo caso se ha de proceder a acudir al procedimiento de revisión de oficio establecido en el Capítulo I del Título V LPACAP (art. 106 LPACAP, al que remite íntegramente el art. 41.1 LCSP). De tal manera que, cuando existe un contrato nulo de pleno derecho, el cauce procedimental para abonar al contratista los trabajos ya ejecutados es el marcado legalmente; debiendo la Administración Pública declarar, previamente, la nulidad de la contratación a través del cauce de la revisión de oficio ex arts. 41.1 LCSP y 106 LPACAP.

Así lo ha entendido también el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre (Consideración III), en donde se sostiene que la vía adecuada en supuestos de contratación viciada de nulidad de pleno derecho es la declaración de nulidad por el órgano competente, previa tramitación del procedimiento de revisión de oficio, de conformidad con el art. 106 LPACAP. En este sentido, se expone lo siguiente:

« (...) por mucho que la práctica y doctrina anterior a la introducción del artículo 35.1 en la legislación de contratos hubiese utilizado la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración para evitar un efecto antijurídico (la apropiación por la Administración de unos bienes o servicios sin el correspondiente abono de su precio), lo cierto es que, en la actualidad, a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se ha instituido una vía precisa y adecuada para alcanzar prácticamente los mismos efectos, la del citado artículo 35.1, que claramente subsume la reclamación objeto del presente expediente en la responsabilidad contractual. Eso sí, para proceder a compensar conforme a lo específicamente regulado ahora en ese artículo 35, hay que decidir previamente si la adjudicación es o no nula de pleno derecho y para ello es necesario seguir el procedimiento específicamente previsto para ello en el ordenamiento.

Y es que la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad, por lo que deberá tramitarse el correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato.

Por tanto, con el artículo 35.1 de la Ley de Contratos lo que se produce es que las adjudicaciones realizadas prescindiendo totalmente del procedimiento de contratación son supuestos de nulidad de pleno derecho que deben dar lugar a la declaración de tal nulidad a través de los cauces que para ello tiene el ordenamiento (revisión de oficio) para poder procederse a aplicar las consecuencias -la compensación- que el mismo artículo 35 regula para cuando se produzca tal nulidad.

Ello no obstante, nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según

los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (sin necesidad de invocar en abstracto el enriquecimiento injusto como principio general del derecho subsumible en un procedimiento de responsabilidad extracontractual) para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma».

En idénticos términos se han pronunciado otros Consejos Consultivos. Así, se puede traer a colación lo señalado por el Dictamen 33/2016, de 11 de febrero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias (Consideración de Derecho cuarta):

«Como ya indicamos en nuestro anterior dictamen sobre este mismo asunto (Dictamen Núm. 8/2016), tras la entrada en vigor del artículo 35 de la LCSP, la previa declaración de nulidad constituye la vía específica y adecuada para compensar al contratista que 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».

Asimismo, el propio Consejo Consultivo de Canarias en supuestos de contratación verbal, efectuada no sólo en contra de la prohibición legal al respecto (actual art. 37 LCSP), sino, además, *« (...) prescindiendo de toda formalidad procedimental y del resto de requisitos exigidos por la normativa reguladora de la materia»*, ha venido sosteniendo el mismo criterio jurídico que el Consejo de Estado. Así, en su Dictamen 220/2013, de 19 de junio, se indica lo siguiente:

«En cuanto al cauce formal y procedimental al que corresponde tratar este asunto, también se ha manifestado este Organismo, por ejemplo, en el Dictamen 128/2010 en el que se afirma que:

“La circunstancia 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 artículo 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 (...). Por lo demás, las prestaciones efectuadas con posterioridad a la extinción del contrato que eventualmente se hubiere acordado verbalmente no pueden, como es obvio, ampararse en prórrogas, encima tácitas y, por tanto irregulares de tal contrato, imposibles al estar extinguido, siendo por consiguiente conectables a otro contrato similar al previo y que, por idéntica razón, incurre en la misma causa de nulidad, independiente de que proceda su abono para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración».

De acuerdo con lo anterior, se ajusta a Derecho la revisión de oficio por la concurrencia de la causa de nulidad contenida en el art. 47.1 e) LPACAP, por cuanto los contratos verbales se entienden dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (además de que están expresamente prohibidos por el art. 37 LPACAP).

3. En cuanto a la cuantía de la indemnización acordada, se ha de estar a lo dispuesto en el art. 42.1 LCSP, que preceptúa 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».*

Frente a la Propuesta de Resolución, que estima la indemnización en 3.000 euros, la empresa aduce que se debe añadir el IGIC repercutido, pues de otro modo se generaría un perjuicio injusto puesto que deja sin pagar parte de los servicios efectivamente prestados; perjuicio manifiesto, dado que el importe de dicho impuesto es declarado y liquidado ante la Administración Tributaria.

Sin embargo, este Consejo, en su Dictamen 479/2021 de 14 de octubre, entre otros muchos, tiene dicho que *«Los daños o perjuicios reclamados deben concretarse y comprender los “efectivamente sufridos”, entendiéndose como tales los daños efectivos o reales que hubiere sufrido el contratista, sin que proceda la compensación integral, sino de*

aquellos daños que realmente se hubieran producido. La certeza de la presencia de los requisitos señalados debe quedar probada en la reclamación, recayendo la carga de la prueba en el reclamante (art. 217.2 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)».

En este supuesto, el IGIC es un impuesto que grava servicios, en este caso, de telefonía, mientras que el concepto por el que se le indemniza es por daños patrimoniales ocasionados como consecuencia de la nulidad contractual. Es decir, la empresa no tendría que declarar ni liquidar el IGIC, puesto que esas indemnizaciones no están sujetas a ese impuesto.

En consecuencia, la Propuesta de Resolución, que fija en 3.000 euros la indemnización en favor de empresa de telefonía, en compensación por los daños y perjuicios ocasionados por la declaración de nulidad del contrato administrativo de servicio de telecomunicaciones, es conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que declara la nulidad del contrato administrativo de servicio de telecomunicaciones por la concurrencia de la causa de nulidad contenida en el art. 47.1 e) LPACAP, y fija la cuantía de la indemnización en 3.000 euros, es conforme a Derecho.