

D I C T A M E N 6 1 2 / 2 0 2 4

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 28 de octubre de 2024.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Firgas en relación con la *Propuesta de Resolución de declaración de nulidad, de la contratación verbal de suministro de combustible, prestado por (...), por importe de 4.770,41 € (EXP. 630/2024 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Solicitud y carácter preceptivo del dictamen.

La legitimación del Sr. Alcalde de Firgas para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 41 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 contrato que se pretende declarar nulo fue iniciado con posterioridad a su entrada en vigor.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1 de la LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor.

2. Audiencia a la entidad prestadora del servicio.

En este caso, se ha otorgado el trámite de vista y audiencia a la empresa prestadora del servicio, (...), ya que con fecha 20 de abril 2024 se notificó el inicio del procedimiento a la citada entidad. Y el 22 de abril de 2024, (...) presenta escrito

* Ponente: Sr. de Millán Hernández.

en el que muestra la conformidad a la propuesta indicada, según certifica el Secretario General del Ayuntamiento de la Villa de Firgas que obra en el expediente.

Este Consejo Consultivo en su Dictamen 72/2023, de 1 de marzo, seguido, entre otros, por los Dictámenes 170/2023, de 20 de abril, 318/2023, de 20 de julio, 386/2023, de 5 de octubre, 412/2023, de 19 de octubre, 452/2023, de 7 de noviembre y 533/2023, de 21 de diciembre, ha considerado que el dictamen debe ser preceptivo haya o no oposición del contratista, en los casos de ausencia de actos administrativos preparatorios o de adjudicación del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 106.1 LPACAP, por remisión del art. 41 LCSP.

Así mismo, de conformidad con lo previsto en el art. 106.1 LPACAP, es preciso que el dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si el dictamen no lo considera así.

3. Marco legal aplicable.

La regulación del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP, puesto que el art. 41.1 LCSP, en relación con la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas viciados de nulidad, remite a la regulación que del procedimiento de revisión de oficio que se contiene en la LPACAP. Esta remisión normativa efectuada por el art. 41.1 LCSP a la legislación estatal en materia de procedimiento administrativo común, nos conduce a la aplicación de los arts. 106 a 111 LPACAP.

El art. 106.1 LPACAP contempla la revisión de oficio de los actos administrativos nulos; permitiendo a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo dictamen favorable del órgano consultivo autonómico, declarar 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 art. 47.1 LPACAP.

Este artículo no contempla un procedimiento específico para la tramitación de los expedientes de declaración de nulidad, por lo que se entienden aplicables las normas recogidas en el título IV de la LPACAP (*«De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común»*), con la especialidad exigida por el art. 106, que establece como preceptivo el previo dictamen favorable del órgano consultivo que corresponda.

4. Competencia del órgano de contratación.

La competencia para resolver el presente procedimiento le corresponde al órgano de contratación, en virtud de lo previsto en el art. 41.3 LCSP. En el caso concreto analizado, es la Alcaldía, de conformidad con lo establecido en la DA 2.^a.1 LCSP.

5. Contenido de la propuesta de resolución.

La Propuesta de Resolución pretende la nulidad de pleno derecho de la contratación por la causa del art. 47.1.e) LPACAP. Igualmente se aduce que se ha prescindido del procedimiento de licitación correspondiente conforme al contenido del art. 116 LCSP y debiendo haberse seguido alguno de los procedimientos recogidos en los artículos 156 y ss. LCSP.

Así, señala la propuesta de resolución:

«Es de aplicación el artículo 37 y 39 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en relación con el artículo 47.1 e de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Así, se entiende que se ha prescindido del procedimiento de licitación correspondiente, conforme al contenido del artículo 116 LCSP y debiendo haberse seguido alguno de los procedimientos recogidos en los artículos 156 y ss de la LCSP, y no el 118 LCSP del contrato menor por superar los 15.000 euros anuales que la Ley establece como límite para acudir a la vía del contrato menor en el caso de contratos de servicios. Por ello, se ha omitido totalmente del procedimiento, al contar únicamente el expediente con una factura, no habiéndose seguido por lo tanto el procedimiento de contratación ni contar con lo indicado en el artículo 116 LCSP».

6. Plazo de resolución.

En lo que se refiere al plazo máximo para resolver, el art. 41.1 LCSP, en relación con la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas viciados de nulidad, remite a la regulación que del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP, especialmente en su art. 106.5 LPACAP, que dispone que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso (se inició por Decreto de la Alcaldía de 18 de abril de 2024), el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, plazo que se cumplió, por lo que se ha incurrido en caducidad al haber transcurrido el citado plazo, cuestión que será desarrollada posteriormente.

II

Antecedentes de la revisión de oficio

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de revisión de oficio son los siguientes:

- El 24 de marzo de 2024 la Intervención emite informe de omisión de fiscalización, respecto a las facturas presentadas por suministro de combustible, restado por (...), indicando lo siguiente:

«Esta intervención comunica al Área de Administración General con fecha 6 de marzo (Exped. Gestiona 733/2020) 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 suministro continúa en el mismo estado.

Tras el examen y visto el informe del Alcalde responsable del Área de Administración General de 16 de marzo, se comprueba que las facturas corresponden a un suministro de combustible, sin que se haya remitido a esta intervención para el trámite de fiscalización e intervención previa, siendo el citado informe de Intervención preceptivo y previa.

“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 RDCI y Base 23.5, se comprueban los siguientes extremos:

1. -Descripción del gasto: Órgano gestor Administración general. Objeto del gasto Combustible vehículos municipales. Importe 4.770,41 €. Naturaleza jurídica Contrato administrativo de suministro regulado en el art. 16 de la LCSP. Fecha de realización Meses de Concepto presupuestario 09.9203.221.03 Combustible. Ejercicio económico al que se imputa 2024.

“Atendiendo al objeto de las facturas referidas y teniendo en cuenta que además es un suministro 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 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. 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 suministro son las siguientes: FECHA REGISTRO PROVEEDOR N.º REGISTRO OBJETO IMPORTE 14/11/23 (...) 2023/735 Combustible 1.019,52 € 20/01/24 (...) 2024/69 Combustible 47,00 € 20/01/24 (...) 2024/70 Combustible 1.480,21 € 22/01/24 (...) 2024/72 Combustible 91,65 € 22/01/24 (...) 2024/73 Combustible 831,46 € 07/02/24 (...) 2024/101 Combustible 91,01 € 07/02/24 (...) 2024/103 Combustible 1.209,56 € 4,770,41 €.

De acuerdo con los informes que constan en el expediente y atendiendo a la rúbrica de las propias facturas se acredita:

Que el suministro se ha realizado a satisfacción de la Administración.

Que la prestación se produjo bajo el principio de buena fe y confianza legítima existe.

En cuanto al precio es muy similar, 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 en el momento en que se detecta la omisión.

5. -Revisión de actos

En aplicación de los art. 39 de la LCSP, en relación con el art. 47 de la LPAC, constituyen actos nulos de pleno derecho, respecto de los cuales, no cabe convalidación alguna y que se aprecian en el presente expediente: Actos dictados prescindiendo del procedimiento. Ausencia de contrato licitado cuando se produjo el gasto, siempre que el contrato fuera preceptivo. A la vista de lo expresado, 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, vulnerando lo dispuesto en el art. 37.1 LCSP. De acuerdo 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 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. Es decir, la declaración de nulidad no exime de la obligación de abonar las prestaciones efectuadas, en aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento

injusto. 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, siendo competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos el órgano de contratación en base al art. 41 LCSP, facultad que se entenderá delegada con la competencia para contratar. No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios en caso de nulidad no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante.

Concluyendo que: Se detectan infracciones del ordenamiento jurídico, además de la propia omisión del trámite preceptivo de función interventora que, de acuerdo con el artículo 47 de la LPAC pueden calificar el acto como nulo. Por lo tanto, no cabe apreciar la convalidación prevista en el art. 28.2.e) RDCI de los actos, dado que las irregularidades cometidas en el procedimiento son determinantes de un vicio de nulidad absoluta regulada en el art. 39 del LCSP».

III

Tramitación del procedimiento de revisión de oficio

En lo que a la tramitación del procedimiento de revisión de oficio se refiere, partiendo del expediente remitido a este Consejo, constan los siguientes trámites:

Se inicia el expediente con fecha 23/04/2024 en el que se incorpora las documentación pertinente para su tramitación: -RC 220240000281 de fecha 23/02/2024.

- Informe de omisión de la Interventora 2024/0018 de fecha 24/03/2024.
- Propuesta del Concejal PR/2024/523 de fecha 18/04/2024.
- Decreto de inicio 2024-0356 de fecha 18/04/2024.
- Notificación al interesado (...) -1239 de fecha 20/04/2024.
- Justificante recepción 20/04/2024.
- Instancia de alegaciones del interesado (...) -827 de fecha 22/04/2024.
- Certificado de alegaciones de fecha 23/04/2024.
- Providencia Alcaldía (informe de valoración) 08/05/2024.
- Informe de valoración de indemnización de fecha 08/05/2024.
- Providencia de Alcaldía (informe de Secretaría) de fecha 08/05/2024.

Tras la citada tramitación se pretende:

Declarar la nulidad del contrato verbal adjudicado directamente a la empresa (...), con C.I.F.: (...), por los servicios prestados y facturados, por un importe total de 4.770,41 €, por incurrir en el supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.e) LPACAP, al haberse prescindido completamente del procedimiento establecido en los arts. 116 y 156 y ss. LCSP.

Aprobando el importe de 4.770,41 € a favor de la empresa (...), en compensación por los daños y perjuicios ocasionados por la propuesta de declaración de nulidad de los citados actos.

IV

Caducidad del procedimiento.

En el presente asunto, como ya se manifestó en el primer Fundamento del presente Dictamen, teniendo en cuenta la fecha de la Resolución de inicio del presente procedimiento (18 de abril de 2024), se ha producido la caducidad el día 18 de octubre de 2024, de acuerdo con lo establecido en el art. 106.5 LPACAP.

De este modo, el art. 106.5 LPACAP dispone que *«Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo (...)»*.

El art. 95 LPACAP a su vez previene, en su apartado tercero, que *«la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.*

En los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado».

Una vez transcurrido el plazo de seis meses, el pronunciamiento del Consejo Consultivo sólo puede ser el de apreciar la caducidad del procedimiento de revisión de oficio, de acuerdo con lo previsto en el art. 106.5 LPACAP; todo ello sin perjuicio de que la Administración pueda, en su caso, acordar nuevamente la incoación del procedimiento, al considerar que no existe limitación temporal para declarar la nulidad de pleno derecho, pudiendo también acordar, a estos efectos, la conservación de los actos y trámites practicados en el procedimiento en lo que resulte procedente.

En consecuencia, procede que por la Administración que haya incoado el procedimiento se declare la caducidad como modo de terminación del mismo, previsto en el art. 84.1 LPACAP, acordando el archivo de las actuaciones, sin perjuicio de que se pueda iniciar uno nuevo, de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 106.1 LPACAP, en cuyo caso se incorporarán los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad, pero debiendo cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba, audiencia al interesado y cuya Propuesta de Resolución deberá someterse al dictamen preceptivo de este Consejo.

En cualquier caso, el uso reiterado de la revisión de oficio para abonar facturas supone, como insiste este Consejo Consultivo, la desnaturalización de la revisión de oficio como medio extraordinario y restrictivo, por lo que la regularización reiterada y general de facturas se debería canalizar a través de otras vías que contempla la normativa administrativa y de contratación para cuestiones de legalidad ordinaria que puede hallar solución con el mero reconocimiento de deuda, a través del procedimiento del enriquecimiento injusto.

Así, entre otras, la sentencia de 17 de octubre de 2023 (TS:2023:4480), alude a la vía de acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa para el pago de facturas por servicios en los casos de contratación irregular o no permitida, como la contratación verbal, siempre que concurran determinados requisitos, como la ganancia de uno y el correlativo empobrecimiento de otro, nexo de causalidad y la ausencia de causa justificativa, exigencias a las que se suma el requisito de la ausencia de mala fe.

Todo ello, sin detrimento de las eventuales responsabilidades en que pueden incurrir los funcionarios y autoridades que contraten irregularmente inobservando las prescripciones de la normativa de contratación pública, responsabilidad aplicable tanto a los funcionarios como a los cargos del Sector Público, incluido el local.

C O N C L U S I Ó N

Por las razones que se expresan en la fundamentación (I y IV) del presente Dictamen, no procede entrar en el fondo del asunto, por cuanto el procedimiento ha caducado, al haber transcurrido el plazo previsto en el art. 106.5 LPACAP.