



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº 84/2011

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 19 de abril de 2011, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Totana, mediante oficios registrados los días 16 de febrero y 17 de marzo de 2011, sobre revisión de oficio para declarar la nulidad del contrato "Servicio Estancias Diurnas-SED (año 2005)" (expte. **35/11**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 14 de junio de 2005, el Ayuntamiento de Totana y la mercantil -- formalizan contrato de ejecución de servicios denominado "Servicio Estancias Diurnas-SED", que consta de los servicios de Enfermería, Fisioterapia, Coordinador-Terapeuta ocasional y Gerocultor-Auxiliares de Enfermería. El importe de adjudicación es de 65.093,21 euros anuales.

La duración del contrato se fija en dos años, a contar desde la fecha del contrato, pudiendo prorrogarse por períodos anuales hasta un máximo de dos prórrogas, de común acuerdo entre las partes.

SEGUNDO.- Apenas un mes después de la formalización del contrato, el 15 de julio, se procede a modificarlo, ampliando los servicios a prestar por el contratista, lo que determina un incremento del precio del contrato, que alcanza un total de 70.516,65 euros anuales, equivalentes a 5.876,39 euros al mes.

TERCERO.- El 8 de noviembre de 2010, el contratista dirige escrito al Ayuntamiento en requerimiento de abono de cantidades adeudadas, en relación con diversos contratos de servicios ("Servicios varios en Residencia La Purísima", "Servicio de Ayuda a Domicilio" y

"Servicio de Estancias Diurnas"). Manifiesta el contratista que, aunque ha venido prestando los servicios acordados y emitiendo las correspondientes facturas durante toda la vigencia del contrato, la Corporación Local no le ha abonado su importe, adeudándole, a fecha 5 de noviembre de 2010, las siguientes cantidades: 147.707,99 euros, como suma del importe de las facturas pendientes de cobro, y 11.615,18 euros en concepto de intereses moratorios.

De conformidad con la relación de pagos pendientes, se reclaman las cantidades correspondientes a la prestación de servicios realizada entre los meses de octubre de 2008 y octubre de 2010.

CUARTO.- El 11 de noviembre el contratista insta la resolución del contrato "Servicio de Estancias Diurnas", único que sigue prestando a dicha fecha, con fundamento en el artículo 200.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la falta de pago de la Administración. Comunica asimismo al Ayuntamiento que el 1 de diciembre de 2010 dejará de prestar el servicio contratado.

Reclama de la Administración contratante que proceda a indemnizarle por los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento, cuya determinación anuncia para un momento posterior, que se le abonen las cantidades adeudadas y que se subrogue en la posición de empleador en las relaciones laborales del personal que venía prestando los servicios contratados.

QUINTO.- El 27 de enero de 2011, la Junta de Gobierno Local acuerda iniciar procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad del contrato.

El referido Acuerdo se fundamenta en informe de la Secretaría General del Ayuntamiento, que, tras considerar que la normativa aplicable es la contenida en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), y su Reglamento General, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), rechaza la posibilidad de resolver el contrato, por encontrarse éste ya extinguido, toda vez que la duración del contrato era de sólo dos años, venciendo dicho plazo el 14 de junio de 2007. Aun en el supuesto de que se hubiese prorrogado el contrato, tales prórrogas sólo podían ser dos anuales, por lo que no podrían haber superado el 14 de junio de 2009. Comoquiera que la prestación de servicios continuó tras esa fecha y que no existe constancia de acuerdo expreso de prórroga del contrato, éstas sólo podrían haber operado de forma tácita, lo que, tras la modificación habida en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 1995 por la Ley 53/1999, estaría proscrito.

En consecuencia, considera que se trata de un contrato cuyo plazo, aun entendiendo que se hubiera prorrogado, se encuentra en la actualidad vencido, por lo que no procede declarar la resolución solicitada.

Antes al contrario, considera que procede declarar la nulidad del contrato, al amparo de la causa contemplada en el artículo 62.1, letra e), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y el abono de las cantidades adeudadas al contratista para evitar el enriquecimiento injusto de la Corporación.

Se informa, asimismo, que se está tramitando un nuevo procedimiento de licitación, requiriendo al contratista para que, en virtud del artículo 65.3 TRLCAP, siga prestando los servicios hasta que se adjudique el nuevo contrato.

SEXTO.- Solicitado Dictamen al Consejo Jurídico, por Acuerdo 2/2011, de 21 de febrero, se insta al Ayuntamiento consultante a completar el expediente, pues únicamente se ha remitido el acuerdo de iniciación del procedimiento revisor, advirtiéndose la omisión de trámites esenciales como la audiencia al contratista y la propuesta de resolución. También se recaba el expediente de ejecución del contrato.

SÉPTIMO.- Con fecha 17 de marzo de 2011, se recibe en el Consejo Jurídico escrito del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Totana por el que se remite certificación de acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, el 10 de marzo, en la que se informa que el contratista, tras ser notificado del acuerdo de iniciación del procedimiento de revisión de oficio, no ha presentado alegación alguna, por lo que se acuerda remitir el expediente al Consejo Jurídico para Dictamen preceptivo. Se reitera al contratista su obligación de continuar la prestación hasta la adjudicación del nuevo contrato.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Ni en el escrito de solicitud de Dictamen ni en la propuesta de resolución que constituye el objeto de la consulta se especifica el título competencial que determina la intervención preceptiva de este Consejo Jurídico, carácter con el que se recaba el Dictamen por la Corporación Local. Plantease así la primera cuestión: dilucidar cuál es el título competencial que posibilita la actuación del Consejo Jurídico, pues existen dos que podrían ser invocados.

De un lado el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), dispone que este Órgano habrá de ser consultado en supuestos de revisión de oficio de los actos administrativos en los casos previstos por las leyes; de otro, el artículo 12.7 establece el carácter preceptivo para las consultas que versen sobre la nulidad de los contratos en los que se formule oposición por parte del contratista.

Siendo acto y contrato administrativo categorías conceptual y legalmente distintas, habrá que atender en primer lugar a la consulta para determinar qué es lo que se quiere anular, si un acto, lo que determinaría acudir a la regla competencial del 12.6 LCJ, o un contrato, lo que haría aplicable el artículo 12.7 de la misma Ley.

Atendido el escrito por el que el Ayuntamiento consultante solicita el Dictamen, así como los términos en que se expresan los acuerdos de la Junta de Gobierno Local que resuelven iniciar el procedimiento revisor y remitir el expediente a este Consejo Jurídico, se desprende que la voluntad de la Corporación es declarar la nulidad de un contrato administrativo, por lo que habría de estarse a lo establecido en el artículo 12.7 LCJ, como título específico de intervención. Ahora bien, en este caso, la actuación preceptiva del Consejo Jurídico se condiciona a la existencia de un requisito previo, la oposición del contratista (en el mismo sentido, el artículo 59.3, letra a, TRLCAP). Y es lo cierto que la misma no se ha producido, pues no consta que presentara alegaciones con ocasión del trámite de audiencia que, según afirma la Junta de Gobierno Local, se le concedió. En consecuencia, el Dictamen habría de calificarse como facultativo.

No obstante, según se razonará mas adelante, la nulidad ha de referirse no tanto al contrato originario cuanto a la adjudicación de un nuevo contrato que, con el mismo objeto y con omisión de las formalidades y trámites exigibles, uniría a Ayuntamiento y contratista. Tal adjudicación es un acto administrativo, cuya revisión de oficio exige el pronunciamiento preceptivo y favorable de este Consejo Jurídico por mandato del artículo 12.6 LCJ, sin perjuicio de que los artículos 61 y 65.1 TRLCAP declaren inválidos los contratos administrativos cuando lo sea alguno de los actos preparatorios o el de adjudicación.

SEGUNDA.- Derecho aplicable y tramitación.

1. De conformidad con la Disposición transitoria primera de la LCSP, los expedientes de contratación iniciados con anterioridad a su entrada en vigor (1 de mayo de 2008) se registrarán por la normativa anterior, que también será la aplicable a los contratos adjudicados antes de ese momento, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas.

Formalizado el contrato objeto del procedimiento de revisión el 14 de junio de 2005 y finalizada su vigencia dos años después, antes de la entrada en vigor de la LCSP, la normativa a aplicar es la contenida en el TRLCAP y RCAP.

2. De conformidad con el artículo 64.1 TRLCAP, la declaración de nulidad del contrato podrá ser acordada por el órgano de contratación de conformidad con los requisitos y plazos establecidos por el artículo 102 LPAC.

Esta remisión a las normas del procedimiento administrativo común determina que la declaración de nulidad sólo pueda acordarse en el plazo de tres meses desde el acuerdo de iniciación del procedimiento, so pena de caducidad, y con el Dictamen favorable de este Consejo Jurídico. Además, conforme a una pacífica y reiterada doctrina jurisprudencial, tal resolución únicamente podrá producirse previa audiencia del contratista.

En relación con este último trámite, no consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico la documentación acreditativa de su efectivo otorgamiento, sino tan sólo la declaración que en tal sentido se contiene en la propuesta de resolución formulada por el Concejal de Hacienda y Contratación del Ayuntamiento, debiendo recordar al órgano consultante la necesidad de que el expediente que se acompañe a la consulta esté completo, lo que sólo ocurrirá cuando conste el cumplimiento de los trámites preceptivos (art. 46.2, letra c, del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril). Tal cumplimiento, tratándose de la Administración Local, debería acreditarse bien mediante la aportación de la documentación correspondiente (acuse de recibo de la notificación efectuada al contratista), bien mediante certificación de la Secretaría General del Ayuntamiento, depositaria de la fe pública local.

TERCERA.- Concurrencia de causa de nulidad.

1. Determinación de la causa de nulidad y su concurrencia.

La propuesta de resolución no es expresiva de la causa de nulidad en la que pretende fundamentarse la revisión de oficio; no obstante, del expediente remitido, singularmente del acuerdo de iniciación del procedimiento de revisión de oficio, se desprende que la invocada es la establecida en el artículo 62, letra a) TRLCAP, en relación con el 62.1, letra e) LPAC.

La advertida omisión acerca de la causa de nulidad invocada se hace extensiva, asimismo, al razonamiento que permite alcanzar la pretendida invalidez del contrato. En efecto, todo el razonamiento desplegado por el acuerdo de invocación del procedimiento revisor se fundamenta en la existencia de prórrogas tácitas del contrato y en la proscripción que de las mismas efectúa el régimen aplicable a la duración de los contratos, establecido en el TRLCAP.

El artículo 67.1 TRLCAP establece que en los pliegos contractuales habrá de precisarse la duración del contrato y, cuando estuviere prevista, de su posible prórroga "*que, en todo caso, habrá de ser expresa, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes*". También el artículo 67.2, letra e) RCAP, precisa que en los pliegos se ha de recoger el plazo de ejecución o de duración del contrato, con determinación, en su caso, de las prórrogas de duración, que serán acordadas de forma expresa. En presencia de un contrato de servicios, el artículo 198.1 TRLCAP establece una duración máxima de dos años, prorrogables si así se prevé en el contrato, por mutuo acuerdo de las partes. La duración total, prórrogas incluidas, no puede superar los cuatro años. Tales limitaciones normativas al acuerdo de las partes de ampliar el periodo de prestación de los servicios, consistentes en la existencia de una duración máxima de los contratos -incluidas sus prórrogas- y en la necesidad de indicar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares tanto la duración del contrato como la de las posibles prórrogas, "*tienen como fundamento asegurar la concurrencia y el dinamismo del mercado o del sector de la actividad económica, garantía de comportamiento de eficiencia de un sector empresarial*" (Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, informe 7/2005).

El contrato a que se refiere la consulta es acorde con estas previsiones al fijar un plazo de ejecución de dos años, pudiendo prorrogarse por periodos anuales hasta un máximo de dos prórrogas, de común acuerdo entre las partes (Cláusula Cuarta del contrato). Formalizado el contrato el 14 de junio de 2005, su vigencia finalizó en junio de 2007, sin que conste en el expediente acuerdo municipal expreso de concesión de prórroga ni actuación alguna de la Corporación Local posterior a dicha fecha, hasta el acuerdo de incoación del procedimiento de revisión de oficio.

En consecuencia, la adecuación del contrato a la normativa reguladora en cuanto a su duración y régimen de las posibles prórrogas y la ausencia de alegación relativa a la existencia de irregularidades en la adjudicación del contrato original, impiden considerarlo incurso en nulidad, conforme a lo establecido en el artículo 61 TRLCAP.

No obstante, la continuación de la prestación del servicio objeto del contrato una vez que éste se extinguió por el transcurso del plazo de vigencia en él establecido, y dado que desde la reforma operada en el artículo 67.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, las prórrogas tácitas, admisibles conforme a la legislación anterior, ya no son posibles, permite considerar que la situación fáctica traduce la extinción por expiración del tiempo convenido del contrato originario y la existencia de un nuevo contrato que, con el mismo objeto que el ya extinguido, uniría a Ayuntamiento y contratista. En idéntico sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en informe 58/2004.

Y es que la decisión de prorrogar un contrato equivale, en términos económicos, a adjudicarlo durante el tiempo de la prórroga a quien ya era el contratista, lo que incide directamente sobre la necesaria garantía de los principios de publicidad y concurrencia. De ahí que tanto la posibilidad de la prórroga como la duración total máxima del contrato hayan de quedar claramente establecidas ya en el momento de la licitación, de manera que la posible duración del contrato y su proyección económica pueda ser valorada al efecto de presentar las proposiciones correspondientes, de acuerdo con los principios de igualdad y concurrencia. En el supuesto sometido a consulta, el contrato formalizado entre el Ayuntamiento y el contratista el 14 de junio de 2005 no preveía una duración superior, prórrogas incluidas, a cuatro años.

En definitiva, dada la prestación de servicios con posterioridad a la finalización del período de vigencia del contrato original, cuando éste ya se había extinguido, y ante la prohibición de acordar prórrogas tácitas, cabe considerar que nos encontramos ante un nuevo contrato, nacido con omisión de los trámites exigidos por el ordenamiento, sin realizar acto preparatorio alguno, adjudicado con clara vulneración de los principios de igualdad en la contratación, publicidad y libre concurrencia, y sin formalizar, al modo de los proscritos contratos verbales (art. 55 TRLCAP), lo que, según ya señaló este Consejo Jurídico en Dictamen 86/2007 *"constituiría, por sí misma, una causa de nulidad radical de los actos objeto de revisión, por haberse omitido el nuevo procedimiento de adjudicación, con los esenciales trámites que garantizan la publicidad y concurrencia de otros posibles interesados"* (Dictamen 86/2007). En similares términos se expresa el Dictamen 130/2009.

En el mismo sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, en el informe antes citado, indica que *"las prescripciones legales no prevén, pues, la posibilidad de prorrogar tácitamente ningún contrato administrativo y, en consecuencia, una vez finalizado el plazo contractual, el contrato debe considerarse extinguido. Por tanto, una eventual prórroga adoptada tácitamente entre las partes resultaría una actuación contraria a las prescripciones de la Ley y, en consecuencia, nula de pleno derecho, de acuerdo con el artículo 62,a del mismo TRLCAP, tal y como sucedería con una contratación verbal"*.

Y es que la incardinación del supuesto planteado en la causa de nulidad del artículo 62.1, letra e) LPAC no ofrece dificultades, una vez advertido que se trata de una situación meramente fáctica en la que se presta un servicio a cambio de una remuneración, que, careciendo de soporte formal alguno, nace con omisión de todos los trámites prescritos por la normativa aplicable (expediente de contratación exigido por los arts. 67 y ss TRLCAP, publicidad de la licitación, contemplada en el artículo 78 TRLCAP, vulneración de las normas sobre adjudicación del contrato, etc.) y con vulneración de los más elementales principios de la contratación pública, lo que permite apreciar que se ha omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido.

2. Improcedencia de la resolución contractual instada por el contratista.

Con anterioridad al acuerdo de iniciación de oficio del procedimiento revisorio, el contratista insta al Ayuntamiento a declarar la resolución del contrato por incumplimiento de su obligación de pago.

No procede dicha resolución, y ello en atención al momento en que la empresa la solicita, cuando el contrato se encontraba ya extinguido por expiración del tiempo convenido. La resolución contractual que puede instar el contratista es una forma de terminación anticipada de una relación contractual en vigor y que, en consecuencia, carece de sentido cuando ésta ya ha finalizado, como apunta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias en informe 6/2006, y la STSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, número 654/2003, de 20 octubre, que de forma expresiva indica que "*no se puede resolver lo que se había extinguido*".

Tampoco procedería dicha resolución aunque se entendiera que venía referida al nuevo contrato que, tras la expiración del tiempo convenido en el original, habría justificado la continuidad en la prestación del servicio. Y es que la declaración de su nulidad conlleva una invalidez *ex tunc*, lo que determina que sus efectos se retrotraigan al momento mismo de su nacimiento. En consecuencia, el contrato de referencia es nulo *ab initio*, siendo improcedente intentar privar de efectos mediante la resolución a un contrato que no los produce.

CUARTA.- Efectos de la nulidad del contrato.

1. De conformidad con el artículo 65.1 TRLCAP, la declaración de nulidad de los actos preparatorios o de la adjudicación, llevará consigo la del propio 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 restituirá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

Atendidas las circunstancias presentes en el supuesto sometido a consulta, con una prestación de servicios a plena satisfacción del Ayuntamiento (no otra cosa se deduce del expediente) y el incumplimiento por éste de su obligación de pago del precio de los servicios recibidos, debe practicarse la liquidación del contrato, en la que es conforme a la equidad, según criterio jurisprudencial constante, satisfacer al contratista todas las prestaciones debidas resultantes de la parte contractual cumplida y recibida de conformidad por el responsable de su seguimiento, incluidos los intereses moratorios, devolviéndole, también, la garantía definitiva (Dictamen 38/1999, de este Consejo Jurídico).

2. Sobre la aplicabilidad en el supuesto sometido a consulta de la norma contenida en el artículo 65.3 TRLCAP, en cuya virtud el Ayuntamiento impone al contratista continuar con la prestación del servicio hasta la adjudicación del nuevo contrato, ha de advertirse a la Corporación acerca de la necesidad de motivar con un grado de detalle suficiente el grave trastorno al servicio público que la no prestación del objeto del contrato determinaría, máxime cuando el contratista había comunicado a la Administración su intención de dejar de prestar los servicios a fecha 1 de diciembre de 2010.

En cualquier caso, la ausencia de alegaciones frente al acuerdo de iniciación del procedimiento en el que se le impone dicha medida, parece mostrar el acatamiento del contratista, si bien el expediente no es expresivo de si efectivamente ha continuado la prestación.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la revisión de oficio a que se refiere la consulta, en los términos indicados en la Consideración Tercera de este Dictamen, al considerar que concurre la causa de nulidad establecida en el artículo 62, letra a) TRLCAP en relación con el artículo 62.1, letra e) LPAC.

SEGUNDA.- Los efectos derivados de la declaración de nulidad del contrato son los señalados en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.S. resolverá.

