



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 96/2021

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 18 de mayo de 2021, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Murcia, mediante oficio registrado el día 5 de marzo de 2021 (202100075739), sobre revisión de oficio del Contrato del Servicio de Limpieza en Colegios Públicos dependientes del Ayuntamiento de Murcia (exp. 2021_059), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- La Junta de Gobierno Municipal del Excmo. Ayuntamiento de Murcia, en su sesión celebrada el día 24 de julio de 2020 aprobó un informe-propuesta presentado por la Concejal Delegada de Educación y Escuelas Infantiles. Se daba cuenta de la cercana finalización del contrato de servicio de limpieza de centros escolares (lotes 1, 2 y 5), contrato sujeto a regulación armonizada (SARA) adjudicado por procedimiento abierto el 29 de julio de 2016 y formalizado con la empresa “Técnicas y Servicios Integrales de Levante, S.L.” el 1 de agosto del mismo año.

El contrato tenía una duración inicial de dos años finalizando el 31 de julio de 2018, y había sido prorrogado en dos ocasiones, siendo su nueva fecha final el 31 de julio de 2020. Por las razones que en el informe-propuesta se hacía constar, a la fecha de su emisión no había concluido la licitación del nuevo contrato que lo sustituiría. Los Pliegos de Prescripciones Técnicas (PPT) y de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) de ese nuevo contrato habían sido aprobados el 8 de abril de 2020 por la Junta de Gobierno Municipal, pero la publicación de la licitación en el perfil del contratante no se produjo hasta el 12 de mayo siguiente al haber sido suspendido el procedimiento por aplicación de lo establecido en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (RD 463/2020, en lo sucesivo). En el momento en que se elevaba el informe-propuesta a la Junta de Gobierno Municipal el procedimiento estaba pendiente de la contestación por los licitadores al requerimiento para que presentaran la justificación de las ofertas presuntamente incursas en temeridad, lo que permitía deducir la imposibilidad de llegar a tiempo de adjudicar el nuevo contrato antes de la fecha máxima de vigencia del anterior.

La Concejalía había propuesto el 13 de julio de 2020 hacer frente al problema solicitando bien el impulso de la tramitación de la nueva licitación, bien una nueva prórroga entre el 1 de agosto y el 15 de septiembre de 2020, o hasta que se formalizase el nuevo contrato, en aplicación del artículo 29.4 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 (LCSP, en adelante). El Director de los Servicios Jurídicos emitió un informe el 21 de julio de 2020 según el cual, al haber finalizado el estado de alarma el 21 de junio anterior, no eran de aplicación las medidas excepcionales previstas para ese período por el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al

impacto económico y social del COVID-19 (RDL 8/2020), incluida la norma específica referida al citado artículo 29.4 LCSP. Y ello porque el contrato pronto a finalizar se regía por el Real Decreto legislativo 3/2011, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que no preveía la posibilidad de prórroga extraordinaria que sí contemplaba el artículo 29.4 de la LCSP. Según el artículo 34 del RDL 8/2020 los contratos de servicios de prestación sucesiva vigentes en el momento de su entrada en vigor cuya ejecución deviniera imposible como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración local para combatirlo quedaban suspendidos automáticamente desde que se produjera la situación de hecho que impidiera su prestación y hasta que dicha prestación pudiera reanudarse, siéndoles de aplicación la previsión del párrafo cuatro de su número 4 según el cual “Además, en aquellos contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación como consecuencia de la paralización de los procedimientos de contratación derivada de lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y no pudiera formalizarse el correspondiente nuevo contrato, podrá aplicarse lo previsto en el último párrafo del artículo 29.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con independencia de la fecha de publicación de la licitación de dicho nuevo expediente”.

Ante ello decía el informe-propuesta “Considerando la situación actual de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19; con fecha 21 de julio de 2020, se ha solicitado al Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial que, si por cualquier circunstancia técnica o jurídica no fuese posible la formalización de los nuevos contratos o la prórroga del vigente actualmente, que formulara a la Junta de Gobierno Local en la sesión que se celebrará el 24 de julio de 2020, propuesta de adjudicación de un contrato de emergencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 120 de la LCSP; no habiendo emitido informe o propuesta a fecha de emisión del presente” y que “[...] Existiendo crédito suficiente [...] con fecha 22 de julio se ha solicitado con carácter urgente, informe previo de fiscalización a la Intervención General Municipal comunicando su sometimiento a la próxima Junta de Gobierno del 24 de julio”. A la vista del informe-propuesta, la Junta de Gobierno Municipal adoptó los siguientes acuerdos:

“Primero.- Por la Junta de Gobierno Local se ordena continuar con la prestación del servicio de limpieza en colegios dependientes del Ayuntamiento de Murcia, lotes 1, 2 y 5, por la empresa TÉCNICAS Y SERVICIOS INTEGRALES DE LEVANTE, SL (CIF: B305634 I 5), por el grave peligro de contagio y expansión del COVID-19, en los colegios públicos afectados, que supone dejar de prestar el servicio de limpieza y desinfección en las actuales circunstancias, al disponer la citada mercantil con el personal de subrogación obligatoria contrato (sic) así como de los medios materiales necesarios para la prestación del servicio y conocer todos los centros educativos afectados por los tres lotes; por el periodo comprendido entre el 1 de agosto y el 15 de septiembre de 2020, o en todo caso, hasta la fecha en que se formalicen las nuevas contrataciones para la ejecución de los trabajos.

A continuación se relacionan los setenta y tres colegios afectados por el servicio [...].

Segundo.- El importe de los trabajos se estima en la cantidad de 281.046, 13 €, más 59.019,69 €, correspondientes al 21% de IVA, con un total de 340.065,82 €, resultante de los precios en los que se adjudicó el contrato inicial por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 29 de julio de 2016, con el siguiente desglose por lotes [...].”

SEGUNDO.- El día 9 de septiembre de 2020, la Concejal Delegada de Educación y Escuelas Infantiles, sometió a la consideración de la Junta de Gobierno Municipal para su estudio y aprobación si procedía un nuevo informe-propuesta en el que, partiendo del anterior acuerdo de 24 de julio de 2020, exponía la situación existente en ese momento.

Indicaba en primer lugar que tras la no emisión del informe de la Intervención General Municipal con carácter previo sobre la propuesta aprobada el 24 de julio de 2020, dicho órgano había formulado posteriormente un reparo, el número 5/2020, por omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales, en aplicación de lo establecido en el artículo 215 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL) y a la vista de la normativa de desarrollo contenida en el

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 (RCIL) suspendiéndose la tramitación del expediente en virtud del art. 216.2.c) TRLHL a cuyo tenor procedía la misma en los casos de omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales. El reparo había sido levantado por el Sr. Alcalde mediante decreto de 28 de julio, “[...] al objeto de evitar la teoría del enriquecimiento injusto [...]”.

El día 31 de julio de 2020 se había adjudicado el lote V del nuevo contrato de servicio de limpieza a la mercantil “Limcamar, S.L.” (contrato formalizado el 1 de septiembre), y el 7 de agosto se adjudicaron el lote I a la misma mercantil y el lote II a “Ferrovia, Servicios, S.A.”, empresas propuestas por la Mesa de contratación que también había acordado por unanimidad proponer la exclusión de “Técnicas y Servicios Integrales de Levante S.L.” (en adelante “Técnicas S.L.”) que no había justificado suficientemente el carácter anormal de su oferta a ambos lotes. Contra la exclusión, Técnicas SL interpuso recurso especial ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, paralizando en el momento de formulación del informe-propuesta la tramitación del procedimiento para tales lotes. Así se exponía en el acuerdo de la Junta de Gobierno de 31 de julio de 2020 que *“Por lo expuesto, y dado que la Junta de Gobierno ordenó “continuar con la prestación del servicio de limpieza en colegios dependientes del Ayuntamiento de Murcia, lotes 1, 2” por el periodo comprendido entre el 1 de agosto y el 15 de septiembre de 2020, teniendo en cuenta el retraso en la formalización de los contratos a consecuencia de la interposición del citado recurso y el carácter esencial e imprescindible del referido servicio como consta en el acuerdo antes citado SE ACUERDA:*

PRIMERO.- Ampliar el mandato contenido en el Acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 24 de Julio y continuar la prestación del servicio de limpieza en colegios dependientes del Ayuntamiento de Murcia, lotes 1 y 2 a favor de la empresa TÉCNICAS Y SERVICIOS INTEGRALES DE LEVANTE, SL (CIF: 830563415) hasta la fecha de formalización de los nuevos contratos por el grave riesgo de contagio y expansión del COVID-19 que supondría dejar de prestar el citado servicio en los colegios afectados.

SEGUNDO.- Ampliar en un máximo de 2 horas diarias por centro educativo el servicio de limpieza y desinfección debido a la situación generada por la pandemia en las actuales circunstancias y coincidiendo con el inicio del curso escolar”.

La Junta de Gobierno Municipal, en su sesión ordinaria del día 11 de septiembre de 2020, adoptó por unanimidad los acuerdos que se le proponían.

TERCERO.- La titular de la Concejalía de Educación y Escuelas Infantiles elaboró un borrador para someter a la consideración de la Junta de Gobierno Municipal el informe-propuesta que el 3 de diciembre de 2020 le había elevado el jefe de Servicio de Educación, en el que exponía que, con base en el acuerdo de la Junta de Gobierno Municipal de 11 de septiembre de 2020, Técnicas S.L. había realizado satisfactoriamente los trabajos que se le habían requerido, para cuyo cobro había presentado las 12 facturas que se adjuntaban, cuya suma ascendía a 436.614,13 euros. Entre ellas se incluían 6 que sumaban un total de 63.672,94 euros, relativas al período comprendido entre el 14 de septiembre y el 30 de noviembre de 2020 correspondientes al refuerzo del servicio de limpieza de 2 horas diarias durante dicho período que se había incluido en el citado acuerdo de la Junta de Gobierno Municipal. Dado que existía suficiente consignación presupuestaria, para cuya acreditación se acompañaba el documento de retención de crédito con número de operación 920200040608, el jefe del Servicio de Educación proponía el inicio de los trámites para la aprobación y pago de las citadas facturas y remitir el expediente a Intervención General.

El borrador venía a reproducir el texto del informe-propuesta y *“CONSIDERANDO que se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración en caso de que no se proceda al pago de las facturas”*, terminaba proponiendo la adopción de los siguientes acuerdos: *“PRIMERO.- Autorizar, disponer y reconocer la obligación de pago de las facturas que se detallan, derivada de la continuidad en la prestación del servicio de limpieza en colegios públicos dependientes del Ayuntamiento de Murcia lotes 1 y 2 por el periodo comprendido entre el 14 Septiembre y el 30 de Noviembre a favor de la empresa TÉCNICAS Y SERVICIOS INTEGRALES DE LEVANTE, SL (CIF: B30563415) en virtud del Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local en su sesión ordinaria celebrada el 11 Septiembre de 2020 (sigue la relación de facturas)*

SEGUNDO. Notificar el presente acuerdo al interesado, a la Intervención y a la Contabilidad Municipales para su conocimiento y efectos”.

CUARTO.- Recibido en la Intervención General Municipal la solicitud de informe de fiscalización del expediente relativo a la aprobación de facturas de limpieza en colegios dependientes del Ayuntamiento de Murcia por el periodo comprendido entre el 14 septiembre al 30 noviembre de 2020, por importe total de 436.614,13 euros, procedió a su devolución mediante diligencia de 21 de diciembre de 2020. La devolución se producía porque el órgano de control constató la existencia del acuerdo de 11 de septiembre de 2020 ordenando la continuación en la prestación del servicio y ampliación del objeto del mismo sin que se hubiera solicitado ni por lo tanto emitido el informe preceptivo de fiscalización previa de Intervención, anunciando y que, en caso de haberlo requerido, hubiera interpuesto un nuevo reparo. Por tal causa “[...] deberá emitir informe de acuerdo con lo establecido en el art.28 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, y Modelo de Control Interno del Ayuntamiento de Murcia, aprobado mediante acuerdo de Pleno de fecha 31 de enero de 2019 (se adjunta modelo que deberá ser desarrollado y completado por el Servicio, con mención expresa a los distintos conceptos que se incluyen en la facturación conforme el apartado quinto de la presente diligencia). Y remitir nuevamente el expediente con el citado informe a Intervención, teniendo en cuenta que el Órgano competente es la Junta de Gobierno Local para su subsanación, en su caso, de acuerdo con la normativa vigente”. En el informe anunciaba que, a la vista del que se recibiera, la Intervención se manifestaría sobre la posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento en función de si se habían realizado o no las prestaciones, el carácter de éstas y su valoración, así como de los incumplimientos legales que se hubieran producido, a cuyos efectos se debería tener en cuenta que el resultado de la revisión se materializaría acudiendo a la indemnización de daños y perjuicios por lo que “[...] sólo sería pertinente instar dicha revisión cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone”. Tras ello se hacían diversas consideraciones sobre la doctrina mantenida por el Consejo de Estado, este Consejo Jurídico y otros órganos consultivos de las Comunidades Autónomas según la cual, en el caso de nulidad del contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 LCSP, su declaración supondría la liquidación del mismo debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido y, si no fuese posible, su valor, debiendo entenderse que ello suponía el abono del coste efectivo de la prestación del contratista, excluyendo cualquier otro concepto no subsumible en dicha categoría.

QUINTO.- El jefe del Servicio de Educación evacuó el informe demandado el día 22 de diciembre de 2020. En él se califica la propuesta como referente a la autorización, compromiso, reconocimiento de la obligación y pago de las facturas expedidas por la empresa Técnicas S.L. por la prestación del servicio de limpieza de los centros escolares que relacionaba, entre los días 14 de septiembre a 30 de noviembre de 2020, y constataba que las prestaciones se habían llevado a cabo efectivamente. A la prestación del servicio se habían aplicado los precios ofertados por la citada mercantil al contrato adjudicado por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 29 de julio de 2016, explicitando el criterio seguido en el momento de su licitación para su cuantificación. Según éste, *“Si bien para la determinación del valor estimado de los contratos se tuvo en cuenta un porcentaje del 15% de beneficio industrial, este servicio considera compensado dicho beneficio con el precio aplicado a las facturas objeto del presente informe teniendo en cuenta:*

- la baja ofertada por la empresa respecto del precio por m2 del 14,95% y del 12, 68% respectivamente para los lotes 1 y 2

- La variación del Índice General Nacional según el sistema IPC base 2016, desde agosto de 2016 hasta Agosto de 2020 del 3,6% (según página Instituto Nacional de Estadística) no actualizado en los precios por m2 aplicados en las facturas.

- Las tablas salariales incluidas en el Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la Región de Murcia, años 2019-2022 publicado en el BORM nº 250, de 29 de octubre de 2019, que en comparativa con el Convenio vigente para el año 2016 supondría, tomando como referencia el total salario bruto anual de una limpiadora para los lotes de referencia, un incremento (sic) del 8,9% (lote 1) y del 10,62% (lote 11).

Concluía el informe indicando que *“Las facturas objeto del presente informe reflejan el precio aplicado por m2, así como el porcentaje correspondiente de IVA considerando, según lo manifestado anteriormente que ES ACORDE Y SE AJUSTA A PRECIOS DE MERCADO, habiendo aplicado a la prestación del servicio los precios ofertados*

por la mercantil **TECNICAS Y SERVICIOS INTEGRALES DEL SURESTE S.L** (CIF: 830563415) al contrato para la prestación del servicio de limpieza en sus lotes 1,2 y 5 adjudicado por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 29 de julio de 2016 y formalizado el 1 Agosto de 2016”.

SEXTO.- El 30 de diciembre de 2020, la Interventora General Municipal evacuó el informe anunciado sobre la omisión de la fiscalización previa del expediente de gasto tramitado para la aprobación de facturas sin cobertura contractual de limpieza en colegios del periodo comprendido entre el 14 septiembre y el 30 noviembre de 2020 por importe total de 436.614,13 €. El acto que infringía el ordenamiento jurídico y que motivaba la emisión del informe era el acuerdo de Junta de Gobierno Municipal de 11 de septiembre de 2020 que ordenaba la continuación en la prestación del servicio y la ampliación de su objeto sin que, según el órgano de control, se hubiera solicitado ni por lo tanto emitido el informe preceptivo de fiscalización previa de Intervención, y que, de haberlo hecho hubiera motivado la emisión de un reparo.

Tal como ya había señalado en la diligencia de devolución del expediente del 21 de diciembre de 2020, considerando la previa emisión del reparo suspensivo número 5/2020 en el que se apuntaba la posible nulidad de pleno derecho que allí se detectaba al apreciar la infracción del artículo 47.1.e) LPACAP, por remisión del artículo 39.1 LCSP, invocaba la aplicación del artículo 42 de esta última para anunciar que la indemnización a reconocer, en su caso, a favor del contratista, no podría superar el valor de la prestación, excluyendo así otros componentes retributivos incluidos en el precio, como el beneficio industrial. En apoyo de tal afirmación repetía la cita de diversos dictámenes de órganos consultivos como el Consejo de Estado, el Consejo Consultivo de Andalucía, Islas Baleares, Madrid, y de este mismo Consejo Jurídico (Dictamen 257/2014). Para fundamentar esa minoración en los importes a abonar hacía especial mención de los dictámenes en los que, como el número 471/2014, del Consejo Consultivo de Andalucía, reconocen que el reproche por las irregularidades advertidas en los casos examinados debía hacerse tanto a la Administración como al contratista, reproduciendo el siguiente párrafo de este último dictamen: *“no solo la Administración debe recibir el reproche por su irregular proceder sino que también cabe reputar a los contratistas como cocausantes de la nulidad (...)» y que «(...) el contratista que consiente una irregular actuación administrativa, prestando por su parte unos servicios sin la necesaria cobertura jurídica sin oposición alguna, se constituye en copartícipe de los vicios de que el contrato pueda adolecer, dando lugar a que recaigan sobre él mismo las consecuencias negativas de tales vicios. La consistencia jurídica de una solución de estas características está anclada en las sólidas razones que justifican la existencia misma de un régimen jurídico propio para la contratación administrativa, y es congruente no solo con lo expresamente establecido por el legislador, sino también con la necesidad de defender el interés público, evitando quebrantos para la Hacienda Pública a la par que se desincentivan conductas antijurídicas que socavan los principios de la contratación administrativa de las Administraciones Públicas».*

Tras analizar las explicaciones dadas en el informe del jefe del Servicio de Educación admitiendo que éste sí se había pronunciado sobre el beneficio industrial, echaba en falta ese mismo pronunciamiento sobre otros conceptos integrados en las facturas de los que también había requerido una explicación (valor de la prestación, gastos generales e IVA). Observaba cómo el informe *“[...] concluye de manera genérica que el beneficio industrial se considera compensado con la baja económica ofrecida por la mercantil en la licitación efectuada en año 2016, IPC, y tablas salariales incluidas en el Convenio colectivo en vigor. El resultado de dicha consideración es que el contratista no ve alterada su posición económica, pese a no disponer de cobertura contractual, y pese a ser conocedor de la irregularidad que dicha situación supone al encontrarse vencido el plazo previsto en el contrato formalizado con el Ayuntamiento desde el 31 de julio de 2020, y sin perjuicio de la confianza legítima generada por la notificación de los acuerdos de Junta de Gobierno adoptados para la continuidad de la prestación.*

En este sentido, en la diligencia remitida al Servicio el 21 de diciembre, ya se ponía de manifiesto que debía de considerarse que abonar al contratista el importe íntegro de la facturación presentada, más allá por tanto del coste efectivo, e incluyendo entre otros el beneficio industrial, fomenta la práctica irregular ya que obtendría el mismo resultado que si la contratación no estuviera viciada con alguna infracción de la normativa”.

A la vista de lo expuesto y ante la situación de continuación de la prestación del servicio en fechas posteriores a 30 de noviembre de 2020, límite a que alcanzaba la propuesta analizada, y situación que se mantendría hasta el inicio de la prestación del nuevo contrato cuya propuesta de adjudicación ya había fiscalizado el 23 de diciembre

de 2020, la Interventora consideraba que “[...] no resulta posible informar favorablemente la convalidación del acuerdo de continuación del servicio mediante la prórroga del contrato extinto y por ende de aprobación de las facturas por importe de 436.614,13 €, al estar incurrida dicha actuación en supuesto de nulidad de pleno derecho, procediendo la revisión del acto en los términos previstos en el artículo 106 de la Ley 39/2015, por la causa prevista en art. 47.1.e) ...]”. Terminaba su informe invocando el régimen de responsabilidades contenido en los preceptos de la LCSP, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

SÉPTIMO.- La Concejal de Educación y Escuelas Infantiles solicitó el 12 de enero de 2021 a los Servicios Jurídicos la emisión de un informe con carácter urgente a la vista de lo informado por la Intervención General Municipal adjuntando copia de los acuerdos de la Junta de Gobierno Municipal de 24 de julio y 11 de septiembre de 2020 y el informe de la Intervención de 30 de diciembre del mismo año. El 21 de enero de 2021 le remitió copia completa del expediente número 2020/014/000183, de “Aprobación de facturas correspondientes a la prestación del servicio de limpieza de los colegios públicos dependientes del Ayuntamiento de Murcia (zonas geográficas lotes 1 y 2), durante el período comprendido desde el 14 de Septiembre de 2020 a 30 de Noviembre de 2020”, en el que se incluía la propuesta de resolución a presentar a la Junta de Gobierno Municipal para que acordase el inicio del expediente de revisión de oficio.

El informe fue emitido por el Director de los Servicios Jurídicos el 5 de febrero de 2021. Tras advertir de la existencia de criterios jurisprudenciales y de los órganos consultivos a favor y en contra de la revisión en casos similares, y a la vista de que el artículo 28 del RCIL atribuía a la Intervención la facultad de pronunciarse sobre la posibilidad y conveniencia de su tramitación, siendo ésta una de las dos opciones posibles, decía “[...] en opinión del informante, es a tal criterio de tramitar la revisión de oficio al que habrá de estarse, pues dicho criterio se ajusta a la legalidad”. A lo que añadía “Por lo tanto, y siguiendo el criterio mantenido por la Intervención Municipal, en dicho procedimiento de revisión de oficio deberá también proponerse (en el Acuerdo de inicio, para que pueda hacer alegaciones el interesado) y acordarse (en su resolución, previo informe del Consejo Jurídico de la Región de Murcia), además de la declaración de nulidad, el importe que, en concepto de indemnización, proceda reconocer, en su caso, a la empresa que ha venido prestando el Servicio”.

Como quiera que el servicio seguía prestándose después del 30 de noviembre de 2020 hasta el inicio de la ejecución del nuevo contrato ya adjudicado en esa fecha, y la conveniencia de mantenerse en tal situación era uno de los asuntos planteados en su consulta por la Concejal de Educación y Escuelas Infantiles, previa declaración de no ser el órgano competente para decidir sobre el asunto sí señalaba que “Ya se ha indicado que, en opinión de quien suscribe, los trabajos que se hayan seguido prestando por la empresa con posterioridad al 30 de noviembre se encontrarían en la misma situación que los que son objeto de este informe, pues se habrían prestado al amparo del Acuerdo de Junta de Gobierno de 11-9-2020, en el que se omitió la fiscalización previa”, y recordaba que “También hemos indicado que, en el supuesto de seguirse el procedimiento de revisión de oficio, la LCSP (art. 42.3) ofrece la posibilidad, que en algún caso se ha considerado o aplicable a supuestos como el que nos ocupa, de que en dicho procedimiento se disponga la continuación de los efectos del contrato bajo sus mismas cláusulas hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio (en este caso sería hasta la -esperemos que inminente- formalización del nuevo contrato), si tal declaración de nulidad produce un grave trastorno al servicio público”.

OCTAVO.- El día 10 de febrero de 2021 el representante de Técnicas, S.L. presentó un escrito en el Ayuntamiento acompañando una copia de la escritura pública otorgada ese mismo día ante el Notario D. X, bajo el número 333 de su protocolo, por su representante legal y los de las empresas Lincamar, S.L. y Ferrovial Servicios, SAU. De acuerdo con ella, las dos últimas asumían el pago de las nóminas de los salarios devengados y no satisfechos por los trabajadores de la primera entre el 1 de enero y el 9 de febrero de 2021. En contraprestación, Técnicas, S.L. les cedía los derechos de crédito derivados de las facturas pendientes de reconocimiento y abono por el Ayuntamiento por importe de 113.104,64 euros en el primer caso y de 107.764,99 € en el segundo, comprometiéndose a realizar las gestiones necesarias para dicho reconocimiento y, una vez producido, presentarlas para su toma de razón en contabilidad. En el caso de que el Ayuntamiento sustituyera el pago de las facturas por otro concepto de pago, la cedente consentía que los cesionarios se subrogaran en el nuevo concepto, limitado exclusivamente al importe de la cuantía del crédito que era objeto de cesión.

NOVENO.- La Concejal Delegada de Educación y Escuelas Infantiles presentó el 11 de febrero de 2021 a la Junta de Gobierno Municipal, un informe propuesta explicativo de la situación existente en relación con las facturas pendientes de pago por los servicios de limpieza en el que proponía que se aprobara la Memoria que habría de ser remitida al Tribunal de Cuentas según lo establecido en la resolución de 15 de enero de 2020 de su Presidente, que se incorporaba como anexo al citado informe. Igualmente se proponía el inicio del procedimiento de revisión de oficio del acuerdo de la Junta de Gobierno Municipal de 11 de septiembre de 2020, se nombraba instructor del procedimiento al jefe del Servicio de Educación y se formulaba *“[...] propuesta de indemnización a favor de la mercantil que ha prestado el servicio por el importe de las facturas presentadas que asciende a un total de 823.802,95€, resultando los importes indemnizatorios conforme a los términos de la cesión de crédito celebrada ante Notario con fecha 10 febrero, y una vez tramitado expediente de revisión de oficio, en los términos que se indican [...]”*, debiendo dar trámite de audiencia a las entidades jurídicas interesadas para que formularan las alegaciones y presentaran cuantos documentos justificantes estimasen oportuno y, por último, solicitar el dictamen previo y favorable de este Consejo Jurídico.

DÉCIMO.- La Memoria redactada por el jefe del Servicio de Educación daba cuenta de las actuaciones realizadas para la aprobación y abono de las facturas presentadas por el servicio de limpieza de los colegios entre el 14 de septiembre y el 30 de noviembre de 2020, tanto por los servicios inicialmente pactados como por las debidas a la ampliación de tales servicios acordada por la Junta de Gobierno Municipal el día 11 de septiembre de 2020. Invocaba como causa justificativa la situación creada por el retraso en la formalización de los nuevos contratos no formalizados a consecuencia de la interposición de un recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Central de Recursos Contractuales por Técnicas S.L. Citaba el hecho de que dicho acuerdo tenía un doble efecto: de un lado ordenar la continuidad de la prestación del servicio hasta la fecha de formalización de los nuevos contratos, y de otro, ampliar en un máximo de 2 horas diarias por centro educativo dicho servicio.

Se argumentaba en la Memoria que el primero de dichos efectos ya había sido incluido en el acuerdo de julio de 2020 dado su tenor literal al referirse a la continuidad del servicio *“[...] por el periodo comprendido entre el 1 de agosto y el 15 de septiembre de 2020, o en todo caso, hasta la fecha en que se formalicen las nuevas contrataciones para la ejecución de los trabajos”*. Dicho acuerdo sí fue fiscalizado por la Intervención que interpuso el reparo suspensivo número 5/2020, pero tal reparo fue levantado por el Alcalde mediante resolución de 28 de julio de ese año.

En respuesta a la denuncia de la omisión de la fiscalización previa se exponía que:

1º. El servicio de limpieza de los centros escolares, competencia del Ayuntamiento según el artículo 25.2 LBRL había sido calificado como necesario en el informe de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de 23 de marzo de 2009 y ante la situación de pandemia del COVID-19, se había elevado a la Junta de Gobierno Municipal la adopción de los dos acuerdos de 24 de julio y 11 de septiembre de 2020 para salvar la situación generada por el retraso en la adjudicación de las nuevas contrataciones, cuya tramitación había consumido en ese momento ya 14 meses.

2º. A continuación se refería al *“[...] grave perjuicio para el interés público que ocasionaría la suspensión del servicio de limpieza toda vez que convertiría a los centros educativos en “un posible foco de contagio y expansión del COVID-19 en unas circunstancias de incertidumbre y desasosiego por parte de la comunidad educativa, coincidiendo con el inicio del curso escolar el 14 de Septiembre tras el periodo de inactividad ocasionado por la pandemia”*.

3º. La falta de disponibilidad presupuestaria en el momento de la adopción del acuerdo de 11 de septiembre de 2020. Ese era el efecto de: a) tener retenidos los créditos por la licitación de los nuevos contratos; b) que, a causa de la pandemia, se había efectuado un reajuste en el Proyecto de presupuesto para 2020 que no consignó en el capítulo 2 nada más que los precisos para hacer frente a los gastos plurianuales; c) que hubo de tramitarse una transferencia de crédito por importe de 288.249 euros para el pago de las facturas por los servicios entre el 1 de agosto y 14 de septiembre. Por todo ello, para poder hacer frente al pago de las facturas por los servicios posteriores hubo que *“[...] proceder a la liberación de la cantidad de 422.295, 76€ lote V también en licitación formalizado el 1 de Septiembre y solicitar el reajuste y liberación de los lotes 1 y 2 por importes de 400.009,27€ y*

123.595,27€ aún sin formalizar”.

4º. *“El conocimiento por parte de la Intervención General del Acuerdo adoptado por parte de la Junta de Gobierno el 24 de Julio, que ya disponía la continuación del Servicio de limpieza hasta la formalización en su caso de los nuevos contratos y que fue objeto de fiscalización previa”.*

Además de lo dicho se hacían distintas observaciones:

1º. Unas relativas a la “falta de cobertura contractual” en la que se daba cuenta de las peticiones formuladas desde el Servicio de Educación en previsión de que la formalización de los nuevos contratos no fuese una realidad antes de la expiración del anterior (el 13 de julio de 2020 formuló propuesta de prórroga extraordinaria; el 21 de julio, de celebración de un contrato de emergencia).

2º. También se contestaba a la Intervención General Municipal señalando que en el informe del jefe del Servicio de Educación sí se hacía referencia a los distintos conceptos determinantes de que los precios de las prestaciones realizadas se ajustaban a los de mercado, considerando haberse ajustado a los criterios expuestos en el Dictamen de este Consejo Jurídico número 257/14.

3º. En cuanto a la revisión de oficio que según el informe de Intervención sólo sería pertinente instar cuando se presumiera que el importe de las indemnizaciones fuera inferior al pago de las facturas, se indicaba en la Memoria que el cálculo de la misma partiendo de los precios a aplicar según las ofertas seleccionadas y pendientes de formalización ascendería a 593.997,22 euros, *“[...] lo que supone un incremento de 157.383,09€ respecto del importe total de las facturas presentadas”*. Terminaba esta consideración con cita expresa del Dictamen número 58/00 de este Consejo Jurídico sobre que *“una cosa es la posibilidad y otra la conveniencia de revisar los actos”*, y del artículo 106 de la LPACAP sobre las limitaciones a la potestad de revisión.

4º. Respecto a la conclusión final del informe de la Intervención se decía que *“De lo dispuesto cabría entender que la Intervención motiva la no convalidación del acto y la procedencia de la revisión en base a que en la fecha de emisión del referido informe el 30 de Diciembre no se haya producido el cese de la prestación y no en el hecho de que el importe de las prestaciones fuera inferior al propuesto como dispone el art. 28 del Real Decreto 424/2017 antes citado”*. Junto con ello, que la no convalidación ocasionaría un grave perjuicio: a) al interés público, al suponer su aplicación la inmediata suspensión de la prestación de los servicios de limpieza con incumplimiento de la obligación municipal prevista en el artículo 25 LRBRL y del Decreto de la Alcaldía de 15 de enero de 2021 que ordenaba mantener el dispositivo de limpieza intensiva en los 116 colegios del municipio; b) a la mercantil prestataria, que al amparo del principio de confianza legítima continuó la actividad sin que ello cupiera calificarlo como participación en la irregularidad y que le provocaría el retraso en el cobro de las facturas presentadas; c) a las arcas municipales, que a la fecha de emisión de la Memoria no disponían de la consignación presupuestaria suficiente para el pago de las cantidades pendientes por lo que se había solicitado a la Dirección Económica Presupuestaria la financiación para asumir los compromisos derivados de la prestación del servicio de limpieza en colegios por importe de 1.658.045,76 euros.

5º. El criterio expuesto en el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos Municipales considerando viable tanto la posición de la Intervención favorable a la revisión de oficio como la de la Concejalía que optaba por la convalidación del gasto.

Termina la Memoria haciendo alusión a la necesidad de actuar en el mismo sentido que para los gastos generados antes del 30 de noviembre de 2020 para los posteriores, desde ese momento y hasta la fecha de inicio de la prestación por los nuevos contratistas, gastos que se encontrarían en la misma situación que ellos. Los evaluaba en 387.188,82 euros en atención a la fecha de formalización de los nuevos contratos efectuada para el lote 1 y 2, con Lincamar, S.L., el primero, y con Ferrovial Servicios S.A.U, el segundo, el 10 de febrero de 2021.

UNDÉCIMO. - Según consta en el expediente por certificación de la Concejala Secretaria de la Junta de Gobierno (folio número 239), en su reunión del día 12 de febrero de 2021, en aplicación del artículo 6.4 del Reglamento Orgánico del Gobierno y Administración del Ayuntamiento de Murcia, de 27 de mayo de 2004, acordó, por

unanimidad, declarar de urgencia la propuesta presentada fuera del orden del día por la Concejalía Delegada de Educación y Escuelas Infantiles y la Memoria que se unía como anexo, aprobándolas por unanimidad.

DECIMOSEGUNDO.- Con escrito de 14 de febrero de 2021, Ferrovial Servicios, S.A.U. comunicó al Ayuntamiento el acuerdo adoptado con Técnicas S.L. por el que asumía la posición acreedora del crédito de 107.764,99 euros en virtud de la escritura pública de asunción de deuda y cesión de crédito otorgada el día 10 anterior.

DECIMOTERCERO.- Copia del acuerdo de la Junta de Gobierno ordenando el inicio del procedimiento de revisión de oficio fue remitido por el jefe del Servicio de Educación el 15 de febrero de 2021 a la Intervención General Municipal. En la misma fecha comunicó dicho acuerdo a Técnicas S.L., para que formulase las alegaciones que estimase oportunas o, en su caso, presentase recurso potestativo de reposición o contencioso administrativo si estaba en desacuerdo con lo decidido. De igual modo y en la misma fecha procedió en relación con Ferrovial Servicios S.A.U. y a Lincamar, S.L.

DECIMOCUARTO.- El día 17 de febrero de 2021 el representante legal de Técnicas S.L. presentó en el registro un escrito mostrando su conformidad con la acuerdo que se le había notificado. Del mismo modo actuó Lincamar, S.L. mediante escrito presentado el 18 de febrero de 2021 en el que mostraba su conformidad con el acuerdo notificado, sin perjuicio de lo cual solicitaba que se le tuviera como beneficiaria de los créditos cedidos, con independencia del procedimiento por el que finalmente se llevara a cabo su reconocimiento definitivo.

En idénticos términos se pronunció el representante legal de Ferrovial Servicios S.L. mediante su escrito de 19 de febrero de 2021.

DECIMOQUINTO.- Figura en el expediente (folios número 300 a 305) el borrador de propuesta que eleva a la Junta de Gobierno Municipal la Concejal de Educación y Escuelas Infantiles con los siguientes acuerdos a adoptar:

“PRIMERO.- Declarar, previo Dictamen favorable del Consejo jurídico de la Región de Murcia, la nulidad del Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno en su sesión ordinaria del 11 de Septiembre 2020, al estar incurso en causa de nulidad prevista en el art. 47.1.e L.39/2015 de 1 Octubre de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

SEGUNDO.- Señalar como importe indemnizatorio la cantidad de 823.802,95€, una vez tramitado expediente de revisión de oficio y previo dictamen favorable del Consejo jurídico de la Región de Murcia, de conformidad con los términos previstos en el Acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 12 de febrero 2021 resultante de la cesión de crédito celebrada ante Notario con fecha 10 febrero según detalle:

-A favor de TÉCNICAS Y SERVICIOS INTEGRALES DE LEVANTE, SL (CIF: 830563415) un total de 602.933,32€

-A favor de LIMCAMAR S.L (CIF: B-30132724) la cantidad de 113.104,64€

-A favor de FERROVIAL SERVICIOS S.A.U (CIF: A-80241789) la cantidad de 107.764,99€

TERCERO. - Autorizar y disponer el gasto a favor de las entidades jurídicas señaladas en el apartado anterior y por los importes dispuestos en el mismo existiendo consignación presupuestaria adecuada y suficiente en la aplicación presupuestaria 20211014/3230/22700 y reconocer una obligación a su favor que no tendrá carácter de obligación de ejercicios cerrados.

CUARTO.- Proceder una vez firme la declaración de nulidad, a la liquidación de las prestaciones por el importe de las facturas presentadas que asciende a 823.802,95€ en los términos previstos en el apartado segundo de la

presente propuesta.

QUINTO.- *Dar traslado del presente acuerdo a las partes interesadas, a fin de que puedan interponer, si así lo consideran oportuno, los recursos correspondientes”.*

DECIMOSEXTO.- En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Corresponde al Consejo Jurídico la emisión de Dictamen preceptivo en la revisión de oficio de los actos de la Administración en supuestos de nulidad de pleno derecho, vicios que se alegan en el presente expediente, según establece el artículo 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), en relación con el 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ). Igualmente, la competencia para emitir Dictamen preceptivo resulta de lo que dispone el artículo 12.7 LCJ en concordancia con el 41.1 de la LCSP, norma vigente en el momento de adoptarse el acuerdo de inicio de la revisión de oficio.

El Dictamen preceptivo no puede limitarse a la declaración de nulidad pretendida en primer lugar, relativa al acuerdo de la Junta de Gobierno Municipal de 11 de septiembre de 2020 por el que se dispuso la continuación y ampliación del servicio de limpieza de determinados colegios públicos del Ayuntamiento de Murcia por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, como señala el artículo 47.1 LPACAP al que se remite el artículo 39.1 LCSP. Ese es el primer pronunciamiento que contiene la propuesta formulada. Ahora bien, los siguientes demuestran que la intención subyacente desborda tal marco extendiéndose al reconocimiento del derecho a la indemnización a favor de la empresa prestataria y su abono a ella y sus cesionarias y, además, lo hace por un importe que se concreta en sus apartados segundo y cuarto. Por tal motivo el presente Dictamen debe extenderse también a ese efecto y al procedimiento para reconocer la obligación que implica y hacerla efectiva, pues supone el reconocimiento del derecho de la empresa a ser indemnizada en la cuantía que se propone, cuantía que habrá de hacerse efectiva teniendo en cuenta las cesiones de crédito realizadas. Todo ello exige la constatación de que el expediente tramitado permite dictaminar sobre la declaración de nulidad pretendida y asimismo sobre el derecho a la indemnización y la cuantía a reconocer en favor de la empresa. Es decir, el acto que le ponga fin tendrá una doble naturaleza, sustantiva, de acto administrativo propiamente dicho, y económica, al ser generador de un gasto a atender por la Administración con cargo a su presupuesto.

SEGUNDA.- Sobre la unidad de expediente y la dualidad de procedimientos.

El artículo 106.1 LPACAP al que reenvía el artículo 41.1 LCSP establece que las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo Dictamen favorable del Consejo de Estado u Órgano Consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, 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 LPACAP.

En el caso examinado, como hemos dicho, la doble naturaleza del acto a dictar exige comprobar que en el único expediente tramitado ha quedado reflejada la rigurosa observancia de los dos procedimientos que sirven de cauce a la Administración por tal eventualidad, el procedimiento administrativo común, en cuanto acto de esa naturaleza, y el procedimiento de ejecución del gasto público, a virtud de su carácter económico.

La posibilidad de que así se haga está contemplada expresamente en el artículo 106.4 LPACAP según el cual *“Las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma*

resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma". Pero, claro está, ello será siempre que se respete íntegramente el ordenamiento jurídico imbricando en un único expediente todos los procedimientos en él diseñados puesto que, como también señala el artículo 34 LPACAP, "1. Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose a los requisitos y al procedimiento establecido. 2. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos".

Dicho esto, procede ya anunciar que no se entiende correctamente preparada la decisión final pretendida al no haberse acreditado el cumplimiento de los requisitos legalmente exigibles para poder reconocer la obligación económica que conllevará la declaración de nulidad del acto al aceptar el deber de indemnizar en la cuantía propuesta. Y así se entiende por las siguientes razones:

1.- Requisito imprescindible para contraer compromisos de gasto con cargo al presupuesto público es que se acredite la existencia de crédito adecuado y suficiente. Así lo exige el artículo 173.5 TRLHL al disponer que "No podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar".

En el expediente figuran cuatro documentos contables "ADO" número de operación consecutiva, de 920200041279 a 920200041281, cuya suma es de 436.614,13 euros, contabilizados el 9 de diciembre de 2020. Su cuantía, no es suficiente para cubrir el total de la indemnización propuesta que asciende a 823.802,95 euros.

Pero, es más, en la Memoria explicativa que acompaña a la propuesta formulada por la Concejal de Educación y Escuelas Infantiles aprobada por la Junta de Gobierno Municipal el 12 de febrero de 2021 se indican expresamente las razones de la "carencia de cobertura presupuestaria" en la fecha de adopción del acuerdo del que se pretende la declaración de nulidad (número 4º de su apartado referente a la explicación de la omisión de fiscalización previa). A lo dicho añade: "Que para disponer de financiación suficiente para el pago de las facturas emitidas con posterioridad a esa fecha como consecuencia del retraso en la formalización de las nuevas adjudicaciones, hubo que proceder a la liberación de la cantidad de 422.295, 76€ lote V también en licitación formalizado el 1 de septiembre y solicitar el reajuste y liberación de los lotes 1 y 2 por importes de 400.009,27€ y 123.595,27€ aún sin formalizar".

No resta transcendencia a este defecto el que en la propuesta que se somete a Dictamen exista una afirmación como la siguiente "TERCERO.- Autorizar y disponer el gasto a favor de las entidades jurídicas señaladas en el apartado anterior y por los importes dispuestos en el mismo existiendo consignación presupuestaria adecuada y suficiente en la aplicación presupuestaria 20211014/3230/22700 y reconocer una obligación a su favor que no tendrá carácter de obligación de ejercicios cerrados".

La existencia de crédito preciso para autorizar, disponer el gasto y reconocer la obligación que se propone no puede entenderse cumplida con tal aseveración por carecer de registro directo y definitivo en el sistema de información contable. A tenor de lo establecido en la regla 12.1 de la Instrucción del modelo normal de contabilidad local, aprobada por la Orden HAP/1781/2013, de 20 de septiembre, es en él donde deben quedar registradas todas las operaciones de naturaleza presupuestaria, concretando en la letra b) del apartado 3 de la misma Regla que el sistema contable debe estar organizado de tal manera que permita registrar en él la situación de los créditos.

2. Una vez que el Ayuntamiento, entre las dos opciones posibles – procedimiento de convalidación de las obligaciones o de revisión de oficio del acto incurso en causa de nulidad de pleno derecho – ha elegido la segunda, se ha producido un giro en su actuación que conlleva, de un lado, la terminación del procedimiento incidental iniciado tras la denuncia de la omisión de la fiscalización previa y, de otro, el inicio de uno nuevo y de distinta naturaleza. Éste que ahora se tramita tiene también contenido económico porque, de concluir con la propuesta remitida, implicaría un gasto, sí, pero de naturaleza diferente al que pretendía el pago de las facturas presentadas por la empresa contratista. Ahora, el gasto generado no es consecuencia de la ejecución de un contrato del que se pretende su declaración de nulidad que, como tal, no puede producir sus efectos propios, sino que el título que legitimará el consumo de los créditos será el indemnizatorio. Tiene esto trascendencia en cuanto que cualquier gasto debe ser objeto de control en ejercicio de la función interventora (el artículo 214 TRLHL

dispone que “ La función interventora tendrá por objeto fiscalizar todos los actos de las entidades locales y de sus organismos autónomos que den lugar al reconocimiento y liquidación de derechos y obligaciones o gastos de contenido económico, los ingresos y pagos que de aquéllos se deriven, y la recaudación, inversión y aplicación, en general, de los caudales públicos administrados, con el fin de que la gestión se ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso”). Por tanto, si no se sometiera a la fiscalización de la Intervención General Municipal la propuesta ahora dictaminada propiciaría que el acuerdo que pusiera fin a este nuevo procedimiento incurriera en el mismo defecto que vició el de inicio del tramitado para el abono de las facturas del que deriva.

3. Un aspecto a tener en cuenta es que la instrucción del expediente para abono de las facturas experimentó un cambio notable respecto de las condiciones que presentaba cuando fue remitido a la Intervención General Municipal para su fiscalización previa. Nos referimos al hecho de que fue después de la emisión de su informe el 30 de diciembre de 2020 cuando se decidió incluir el importe reclamado por la empresa hasta la formalización de los nuevos contratos. El enviado a ella sólo alcanzaba a las facturas correspondientes a servicios comprendidas entre el 14 de septiembre y hasta el 30 de noviembre de 2020, si bien en su informe el órgano de control ya tenía en cuenta que los gastos seguían generándose tras ese momento porque expresamente en su informe señalaba que “[...] sin que a día de la fecha se haya procedido al cese del mismo, continuando por tanto la prestación sin cobertura contractual hasta el inicio del nuevo contrato tramitado mediante procedimiento abierto sujeto a regularización armonizada previsto en febrero de 2021 conforme propuesta de acuerdo de adjudicación informado por Intervención el 23 de diciembre de 2020, no resulta posible informar favorablemente la convalidación del acuerdo de continuación del servicio y por ende de aprobación de las facturas por importe de 436.614,13€ procediendo la revisión del acto en los términos previstos en el art. 106 de la Ley 39/2015 ... ”.

Sobre este extremo conviene señalar que la existencia del vicio de omisión de la fiscalización previa ha sido discutida por la Concejalía de Educación y Escuelas Infantiles dada la redacción que se dio al acuerdo de la Junta de Gobierno Municipal de 24 de julio de 2020, al que la Intervención General interpuso el reparo suspensivo número 5/2020 - no remitido -, siendo levantado por el Sr. Alcalde mediante decreto de 28 de julio siguiente. En tal acuerdo se aprobaba la continuación de la prestación de los servicios “[...] por el periodo comprendido entre el 1 de agosto y el 15 de septiembre de 2020, o en todo caso, hasta la fecha en que se formalicen las nuevas contrataciones para la ejecución de los trabajos”. Comprobada tal redacción se aprecia razón en el argumento empleado por la Concejalía en el sentido de entender que esa irregularidad ya no podía surtir efecto, puesto que el reparo interpuesto al mismo fue levantado como decimos por el Sr. Alcalde el 28 de julio de 2020. Pero el acierto es predicable únicamente respecto a los servicios de limpieza incluidos en el contrato inicial. No así en cuanto a la ampliación de “2 horas diarias por centro educativo el servicio de limpieza y desinfección debido a la situación generada por la pandemia en las actuales circunstancias y coincidiendo con el inicio del curso escolar” que se incluyó en el acuerdo de 11 de septiembre de 2020, que supusieron una modificación del contrato acordada al margen del procedimiento establecido. Pero lo dicho, realmente poco afecta al procedimiento ahora instruido porque en él lo que se propone no es el pago de una obligación contractual sino el abono de una indemnización por el enriquecimiento injusto que puede haber experimentado la Administración.

TERCERA.- Sobre la posibilidad y conveniencia de revisar de oficio el acuerdo de la Junta de Gobierno Municipal de 11 de septiembre de 2020.

Una última reflexión conviene hacer sobre la vía a seguir para depurar las irregularidades denunciadas en el expediente instruido para el pago de las facturas por la prestación del servicio de limpieza en colegios públicos que originó la apertura del procedimiento incidental por omisión de la fiscalización previa. El Ayuntamiento, a la vista del criterio sostenido por la Intervención General Municipal, ha optado por iniciar el de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho siguiendo el de dicho órgano de control que no la considera conveniente a la vista de que las indemnizaciones a que hubiera que hacer frente excederían del importe de las facturas a pagar, pero lo hace amparándose en un informe del jefe de Servicio de Educación y una Memoria que, sin embargo, cuestionan tal afirmación. Más aún, la niegan. Así se puede leer en esta última que “De conformidad con lo anterior el importe de los servicios prestados cuyo pago se reclama ascendería a la cantidad de 593.997,22€ lo que supone un incremento de 157.383,09€ respecto del importe total de las facturas presentadas”. A esa conclusión llega valorando el coste de los servicios al precio final aplicable tras la adjudicación de los nuevos contratos en los lotes 1 y 2. Dos aspectos conviene estudiar sobre este extremo: uno, la implicación del contratista en la adopción del acuerdo y, dos, el ánimo subyacente al modo de proceder de la Administración.

I. Es claro que, si ha de seguirse el criterio de la Intervención Municipal, para el cálculo de la indemnización a satisfacer -que en ningún caso se cuestiona por ella- la comparación debería hacerse no entre el precio del

contrato primitivo y el del nuevo, sino entre dicho precio y el coste del servicio en que se basaría el contrato extinguido. Pero la afirmación hecha por la Intervención para recomendar el inicio del procedimiento de revisión de oficio no se ampara en cálculo alguno, sino que lo deduce automáticamente de la aplicación en abstracto del criterio utilizado en supuestos parecidos por el Consejo de Estado, por este mismo Consejo Jurídico y por otros órganos consultivos. Ahora bien, esa opinión no es uniforme ni indiscutible pues depende de las circunstancias concurrentes en cada caso, determinantes, en última instancia, de la concurrencia en el contratista de la condición de “cocausante de la nulidad” en términos del Consejo Consultivo de Andalucía (Dictamen número 471/2014, entre otros).

La situación en el momento de adopción del acuerdo del que se pretende su declaración de nulidad no era la de contratar *ex novo* la prestación de un servicio a un empresario con el que no se mantiene relación burlando la normativa aplicable, sino la continuidad de uno cuya contratación inicial se hizo con respeto de las bases que la determinaron y en la que, por las circunstancias concurrentes, la Administración dispuso la prolongación de sus servicios más allá del tiempo legalmente posible. Junto con ello, la coyuntura que está en la base de tal decisión no puede considerarse normal u ordinaria. El mantenimiento del servicio se ha producido durante los dos estados de alarma declarados: a) El primero por el RD 463/2020, prorrogado en 5 ocasiones (Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo y, la última, por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio). Su declaración - disposición adicional tercera del RD 463/2020, de 14 de marzo – trajo consigo la suspensión de la tramitación del procedimiento de licitación del nuevo contrato en la que Técnicas S.L. tomó parte mostrando su voluntad de continuar con la prestación de sus servicios al presentar una oferta – no adjuntada al expediente –; b) El segundo por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (RD 926/2020). Conviene llamar la atención sobre el hecho de que la coyuntura determinante de los dos estados de alarma era la misma pues, como es sabido, el cambio en la denominación utilizada en las normas no responde a alteración de la causa sino a que la mención a la enfermedad es la utilizada en el primer caso, mientras que en el segundo se prefirió la denominación del virus causante. Pues bien, al momento de entrada en vigor del RD 926/2020, el procedimiento de nueva licitación estaba suspendido por la tramitación del recurso especial en materia de contratación que Técnicas S.L. había interpuesto el 28 de agosto anterior contra su exclusión de los lotes 1 y 2 de la nueva contratación y su adjudicación a las empresas a las que finalmente cedió su crédito, en contraprestación a la asunción de deuda por ellas para hacer efectivo el pago de los salarios a los trabajadores en cuyos contratos se subrogaban.

Durante la vigencia del primer estado de alarma se publicó el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (RDL 8/2020). En su artículo 34 se incluyó un párrafo según el cual *“Además, en aquellos contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación como consecuencia de la paralización de los procedimientos de contratación derivada de lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo [...], y no pudiera formalizarse el correspondiente nuevo contrato, podrá aplicarse lo previsto en el último párrafo del artículo 29.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con independencia de la fecha de publicación de la licitación de dicho nuevo expediente”*. Este último admite la prórroga forzosa del contrato por un máximo de nueve meses cuando se dé tal circunstancia si bien, su aplicación en los supuestos regulados por el artículo 34 del RDL 8/2020, ha sido interpretada por el informe número 36/20, de 12 de febrero de 2021, de la Junta Consultiva de Contratación del Sector Público (JCCSP) como de *“[...] supuesto de rehabilitación o mantenimiento ex lege de los efectos del contrato ya extinguido hasta que finalice la nueva licitación, de modo que no se cause perjuicio para el interés público”*. El informe responde a la consulta formulada por el propio Ayuntamiento de Murcia para casos referentes a servicios de mantenimiento, recaudación, control de accesos y limpieza en distintos pabellones, polideportivos y campos de fútbol municipales, en situación análoga al ahora examinado.

El informe del Director de los Servicios Jurídicos de 21 de julio de 2020 negó acertadamente la aplicabilidad de esta disposición porque *“El estado de alarma y sus sucesivas prórrogas finalizaron el 21 de junio de 2020, con lo que las medidas previstas en el Real Decreto 8/2020, incluido su artículo 34, finaliza el 21 de julio de 2020. Dado que el vencimiento del contrato que se pretende prorrogar se produce el 31 de julio de 2020, se encontraría fuera del ámbito temporal de vigencia en el que resulta de aplicación lo previsto en el art. 34.1 de dicho Real Decreto y, por autorización expresa del mismo, el art 29.4 de la Ley 9/2017 ...”*. Su criterio se vio confirmado posteriormente por el informe ya citado de la JCCSP.

Ahora bien, dada la situación de grave riesgo subsistente por la persistencia de la pandemia y tratándose de un servicio de competencia municipal, el órgano de contratación podría haber hecho uso de otras soluciones. Una de ellas, propuesta por el Servicio de Educación (contrato de emergencia del artículo 120 de la LCSP), había sido regulada como solución general para hacer frente a sus efectos por la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de Derecho público, por el artículo 16.2 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, posteriormente extendida a todo el sector público a virtud de la modificación de dicho artículo operada por el Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19. Realmente no hay razón objetiva que impidiera interpretar como acorde a la ley una declaración de emergencia por el órgano de contratación en este caso si llegado el momento de finalización del contrato debía mantenerse el servicio de limpieza de los colegios. Concurría idéntica situación tanto en el primer como en el segundo estado de alarma. Pero lo cierto es que por una descoordinación interna del propio Ayuntamiento esa solución no se abordó.

Otra solución, más problemática por el tiempo de tramitación que exige pero que al menos habría podido reducir el de mantenimiento irregular del servicio, era el uso del procedimiento negociado autorizado por el artículo 168. b.1º LCSP que lo admite en los contratos de obras, suministros y servicios, en los casos en que *“Una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119”*.

El análisis de estas soluciones y sus presupuestos habilitantes es competencia exclusiva de la Administración, en un proceso estrictamente interno de formación de su voluntad. Obviamente, hecho tal análisis la Administración tendría presente la disposición o no del futuro contratista, ya fuera el mismo que viniera prestando sus servicios, ya otro elegido por ella. El Ayuntamiento podía haber concertado por tales procedimientos la prestación del servicio con cualquier otra empresa que estuviera dispuesta a subrogarse en las relaciones laborales con los trabajadores del anterior contratista. Y bien pudo hacerlo con alguna o con las dos que estaban inicialmente seleccionadas para serlo en el nuevo contrato. De ellas se podía presumir esa aceptación pues habían manifestado su predisposición al presentar las ofertas. Pero no lo hizo así, sino que optó por “ordenar” la continuidad y ampliación de la prestación de los servicios al mismo contratista que lo venía haciendo, cometiendo además una infracción del ordenamiento que solo a ella le era imputable: comprometer un gasto sin crédito presupuestario suficiente. Téngase en cuenta que tal decisión, de la que no puede responsabilizarse a la empresa, y su consecuencia sobre la tramitación de los pagos, han incidido en la falta de liquidez impositiva del abono regular de los salarios a sus trabajadores, crisis salvada al ceder sus créditos contra la Administración a las adjudicatarias del nuevo contrato que harían efectivos tales pagos.

De otro lado, no debe ignorarse el esfuerzo argumentativo hecho por la propia Administración en la Memoria que redactó puesto que, paradójicamente, en ella se explicitan las causas que inclinan a considerar más conveniente la convalidación que la revisión de oficio y, sin embargo, esa es la decisión adoptada. En ninguno de tales argumentos se cita el ofrecimiento del contratista como causa de las decisiones tomadas, lo que permitiría entrever esa condición de “coausante” necesaria para exigirle responsabilidad por las irregularidades.

II. Se aprecia una contradicción en el proceso de formación de la voluntad de la Junta de Gobierno Municipal reflejada en el acuerdo de 12 de febrero de 2021 que le lleva a disponer en su punto primero *“Aprobar la Memoria [...] que se incorpora como Anexo a la presente propuesta formando a todos los efectos parte de la misma”* - Memoria que como decimos viene a sugerir la conveniencia de no revisar su acuerdo de 11 de septiembre de 2020 - y en el punto segundo ordena el inicio del procedimiento de revisión de oficio. Tramitada la revisión de oficio con los defectos que motivan la necesidad de devolución del expediente por las causas expresadas en la Consideración Segunda, nos encontramos con que, finalmente, en el borrador de acuerdo sometido a Dictamen, después de acordar la declaración de nulidad del pleno derecho del acuerdo de 11 de septiembre de 2020, en su apartado primero, en el segundo se acuerda una indemnización por el mismo importe que suman las facturas pendientes de cobro y, por si no queda claro, en el apartado cuarto lo confirma pues su tenor es el siguiente: *“Proceder una vez firme la declaración de nulidad, a la liquidación de las prestaciones por el importe de las facturas presentadas que asciende a 823.802,95€ en los términos previstos en el apartado segundo de la presente propuesta”*.

Como bien señala el informe del Director de los Servicios Jurídicos ambas soluciones, la convalidación de los gastos y la revisión de oficio, cuentan con suficiente respaldo legal, doctrinal y jurisprudencial, a cuyo efecto cita

varios dictámenes de diversos Consejos Consultivos y sentencias del Tribunal Supremo. Entre las dos posibles se ha optado por la revisión de oficio porque así lo entendió la Intervención General Municipal en su informe de omisión de fiscalización previa. Pero debe tenerse en cuenta que la Intervención en el ejercicio de su función de control interno está sometida a distintos principios entre los que se encuentra el de procedimiento contradictorio según el artículo 4.1 del RCIL. Una de las modalidades de la función de control interno es la función interventora que cuenta con la posibilidad de suspender la tramitación de los procedimientos mediante la interposición de un reparo en caso de que el órgano de control no se muestre conforme con la propuesta que se someta a su consideración, juicio que vincula al órgano gestor que debe obrar según le indica la Intervención, salvo que discrepe y someta el asunto a la decisión del órgano que pueda levantarlo según los casos. Ahora bien, el informe a evacuar en el caso de que se detecte la omisión de tal función no tiene naturaleza de fiscalización (artículo 28.2 del RCIL) y, por tanto, no surte efectos distintos a los de cualquier otro informe preceptivo. Pero dicho informe, al contrario de lo que ocurre con el de fiscalización, no es vinculante. Y esto es lo que ha debido suceder a la vista de la propuesta final a elevar a la Junta de Gobierno Municipal.

Una ponderación adecuada de todas las circunstancias concurrentes permitiría llegar a conclusiones diferentes de las inicialmente invocadas para la tramitación del procedimiento de revisión de oficio. Aún se está a tiempo de replantearse la cuestión una vez que el expediente debe volver al Ayuntamiento para completar su tramitación debiendo en ese caso incorporarse determinados documentos que se consideran necesarios para emisión de un nuevo Dictamen si volviera a requerirse la intervención de este Consejo Jurídico. Esos documentos son los siguientes:

- Reparo suspensivo número 5/2020 de la Intervención General Municipal
- Propuesta de resolución de la discrepancia formulada para el dictado del Decreto de la Alcaldía de 28 de julio de 2020 levantando el reparo.
- Oferta presentada por la empresa "Técnicas S.L" a la licitación del nuevo contrato.
- Ofertas de las empresas que resultaron adjudicatarias de los lotes 1, 2 y 5 de los nuevos contratos.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- En caso de que el Ayuntamiento mantuviera su intención de revisar de oficio el acuerdo de 11 de septiembre, debe completarse el expediente remitido con los documentos acreditativos del cumplimiento de los trámites a que se hace referencia en la Consideración Segunda. En tal supuesto, la petición de nuevo Dictamen se acompañará, además, de los documentos referidos en la Consideración Tercera.

No obstante, V.E. resolverá.