



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

La Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de (...), en escrito de 21 de julio de 2009, registrado de entrada en la Diputación el día 27, solicita de este Departamento que se emita un informe jurídico sobre el procedimiento a seguir para sacar a licitación la Concesión del Servicio Público del Hogar del Pensionista, previa extinción de la relación existente actualmente y que no se formalizó por escrito.

Se transcribe textualmente la solicitud de informe: “(...) *En este Municipio, desde el año 1997, el Hogar del Jubilado viene explotándose en régimen de concesión por una persona, sin mediar contrato escrito, desconociendo si en su momento existió contrato verbal. Existen facturas presentadas por el concesionario en el Libro de Actas de la Junta de Gobierno Local, las cuales prueban la existencia de una concesión administrativa, así como el hecho de que se quedan la recaudación del Bar del Hogar.*

Dado el tiempo transcurrido y la aquiescencia del Ayuntamiento, que en 12 años no ha manifestado oposición a dicha situación, teniendo en cuenta que el Ayuntamiento pretende regularizar la misma, licitando conforme al procedimiento legalmente establecido la concesión del Hogar, se plantean dudas sobre el procedimiento a seguir para reconducir esa situación.

Por una parte han pasado los 4 años para aplicar el 103 de la 30/92, de 26 de noviembre LRJPAC y por otra parte se desconoce el acto administrativo que aplicar al 102 de la 30/92 LRJPAC

No parece aplicable el desahucio administrativo, pues por el tiempo transcurrido parece una solución lesiva para lo que pudieran parecer “derechos adquiridos”, si bien tampoco puede, a nuestro juicio defenderse el carácter vitalicio de la concesión, por lo que en algún momento tendrá que tener su finalización(...).”

Dada la complejidad del asunto planteado es necesario determinar cuáles son los hechos relevantes en este caso, según lo que se deduce de la solicitud y de las presunciones de este informante sobre la base de los datos facilitados, también se hará mención a circunstancias o hechos que el que suscribe desconoce pero que pueden ser relevantes para la resolución de este problema:

1.- Parece evidente que existe algún tipo de relación entre el Ayuntamiento y un tercero (a partir de ahora, el tercero)

2.- Dicha relación no se formalizó por escrito y, de lo que se deduce del escrito de petición de Informe, tampoco se tramitó expediente administrativo alguno.

3.- La mencionada relación se trabó, al parecer, de forma verbal (algo que presupone el Ayuntamiento, aunque tampoco muestra certeza sobre dicho punto), lo cual dificulta saber que tipo de relación es la que mantienen ambas partes (laboral, administrativa, de bienes, contractual por gestión de un servicio público, contrato administrativo especial u



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

otras). El Ayuntamiento califica dicha relación de “*Contractual*” consistente en una “*Concesión Administrativa*”, por lo tanto, y de lo que se deduce de los datos facilitados parece que estamos ante un supuesto de Gestión de Servicio Público en su modalidad de Concesión prevista por la Legislación Contractual, aunque tampoco se puede descartar de inicio una Concesión Demanial u otras figuras.

4.- La modalidad de contratación verbal también dificulta conocer cuáles son las contraprestaciones de cada una de las partes de la relación. En este punto, tienen bastante relevancia las facturas emitidas en su día por el contratista, ya que en ellas se estarían facturando las prestaciones realizadas por éste. Dado que inicialmente, en base a los datos aportados por el Ayuntamiento, presuponemos que el tercero en cuestión es un Concesionario de la Gestión Integral del Hogar del Jubilado que incluye la explotación del bar, gestionando este servicio a su riesgo y ventura, las contraprestaciones de este contrato serán las siguientes:

- Limpieza de las instalaciones
- Mantenimiento de las instalaciones
- Gestión del servicio de Hogar del Jubilado
- Explotación del Bar del Hogar del Jubilado

Por lo que respecta a las respectivas contraprestaciones, el tercero cobraría por sus servicios las cantidades que ingresa por la explotación del bar y el importe de las facturas que en su día presentó por los conceptos que en ellos se exprese. Mientras que el Ayuntamiento, cedería a aquél las instalaciones y la Gestión del Servicio, abonándole las facturas mencionadas y autorizándole al cobro de las cantidades obtenidas por la explotación del bar.

Se desconoce si el contratista tenía que realizar algún tipo de inversión y el plazo por el que se le concedió la Gestión de dicho Servicio Público. Estos extremos tienen gran relevancia a los efectos de una posible indemnización si el servicio concluye antes del plazo originariamente concedido.

En cualquier caso, el contratista tendrá que devolver las instalaciones en perfecto estado de conservación, con las mejoras e inversiones que, en su caso, haya realizado.

5.- No consta la existencia de un Reglamento del Servicio de Gestión del Hogar del Jubilado, en el que se recojan los derechos y obligaciones de los usuarios del servicio y del propio precarista.

6.- Presuponemos que el edificio o instalación en la que se está prestando el servicio está afectado al mismo y por lo tanto es un bien de dominio público, aplicándosele el régimen específico de este tipo de bienes y no el de los bienes patrimoniales.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



Así pues, a la vista de cuanto ha quedado expuesto, se procede a emitir el siguiente,

INFORME

PRIMERO.- Relación entre las partes

En primer lugar analizaremos el tipo de relación que se ha establecido entre el Ayuntamiento y el contratista, empezando por examinar si existe una relación laboral o si es una relación administrativa, y de que tipo de relación se trata (las cosas no son lo que dicen las partes que son, sino lo que la naturaleza jurídica de las cosas dice que son):

Relación Laboral: Existe un contrato de trabajo cuando un trabajador voluntariamente presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario (artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores). De los datos aportados parece deducirse que el contratista percibe una contraprestación compuesta por las facturas a que hace referencia el escrito de solicitud de informe y los beneficios que obtenga de la explotación del bar. Por lo que parece evidente que no existe una relación laboral como tal. A mayores, el contratista presta el servicio a su riesgo y ventura, de tal forma que si la explotación del bar da pérdidas esto en nada afecta al Ayuntamiento.

Otro de los requisitos para que pudiera hablarse de la existencia de una relación laboral es que el contratista se encuentre bajo la organización y dirección del Ayuntamiento, algo que en este caso parece que no ocurre ya que la organización y explotación del bar y del servicio corre de cuenta exclusiva del contratista, sin que se conozca por este informante ninguna actuación que incida sobre la misma, salvo aquellas que pudieran haberse establecido en el Reglamento del Servicio (si es que existe).

Por todo lo anterior, el que informa considera que no existe una relación laboral entre el tercero y el Ayuntamiento, en tanto no se percibe una nómina como tal y no se encuentra bajo la dirección del Ayuntamiento en el sentido que establece la legislación laboral, sin perjuicio de lo que, en su caso, pudiera determinar la jurisdicción social sobre este punto.

Relación administrativa: Concesión Demanial o Concesión de Gestión de un Servicio Público.

La Concesión Demanial es una concesión administrativa que se otorga con la finalidad de autorizar un uso privativo o el aprovechamiento especial de un bien de dominio público e implica el uso público del citado bien. Sin embargo, dada las características



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

especiales de la relación que estamos estudiando, se puede apreciar que estamos ante la ocupación de un bien de dominio público para prestar un servicio público, lo cual se escapa de la concesión administrativa en los términos expresados tanto en la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP) y del RD 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (en adelante RBEL)

En concreto el artículo 87 de la LPAP y el 74 del RBEL indican que la utilización de bienes y derechos destinados a la prestación de un servicio público se supeditarán a lo dispuesto por el Reglamento de Servicios de las Entidades Locales, y, subsidiariamente, por el propio RBEL y la LPAP. Además se indica que las normas del Reglamento de Servicios serán asimismo de preferente aplicación cuando la utilización de bienes de uso público fuere solo la base necesaria para la prestación de un servicio público.

En nuestro caso, estamos ante la utilización de unas instalaciones públicas destinadas a prestar un servicio público consistente en el Hogar del Jubilado con las prestaciones que en su caso correspondan, por lo que no estamos ante una concesión demanial, sino ante otra figura jurídica similar pero distinta.

La legislación patrimonial nos remite al Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (en adelante RSCL), y, concretamente, al Cap. V del Título III, dedicado a la gestión indirecta de los servicios. Destacar que esta regulación es preconstitucional y aunque no está formalmente derogada, sus preceptos hay que entenderlos a la luz de la legislación de contratos de las administraciones públicas que es la que actualmente regula el contrato de gestión de servicios públicos y aplicable en este caso, sin perjuicio de que se pueda aplicar aquélla para completar lo que no esté previsto en ésta.

El contrato de gestión de servicios públicos se define, según el artículo 8 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), como *“aque/ en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendada.”*

A su vez, el artículo 253 de la LCSP indica las modalidades del contrato de gestión de servicio público, de entre las que destaca la Concesión por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

Dadas las características atribuidas al servicio prestado por el tercero, parece que la modalidad contractual más adecuada sería la de un contrato de gestión de servicio público, pero tampoco se debería descartar la posibilidad de que se trate de otra modalidad contractual, como puede ser un contrato administrativo especial, según que la prestación



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

esencial o única del contrato sea la explotación del bar, o un contrato mixto, cuando la prestaciones del contrato abarcan varios contratos administrativos, por lo que habrá que determinar cuál es el que tiene más importancia desde el punto de vista económico. Será el Secretario de la propia Corporación, en base a las prestaciones que se vayan a incluir, el que deberá calificar jurídicamente el nuevo contrato que se pretende sacar a licitación.

En cualquiera de estos casos, la legislación a aplicar es la legislación contractual, es decir, la LCSP para la nueva licitación que se pretende llevar a cabo. Sin embargo, para la relación existente entre el Ayuntamiento y el tercero, hay que aplicar la legislación contractual vigente en el momento de la contratación que será la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas que es la norma vigente en el año 1997.

SEGUNDO.- Desahucio Administrativo y Revisión de Oficio

Entre las opciones que propone el Ayuntamiento se encuentran el desahucio administrativo y la revisión de oficio que van a ser examinadas detalladamente.

Desahucio Administrativo¹: Es una prerrogativa que otorga el legislador a la Administración para la recuperación de la posesión de sus bienes inmuebles en determinadas circunstancias

El rasgo definidor de esta prerrogativa para la recuperación posesoria radica, pues, en la existencia de un título previo que haya legitimado la posesión particular a la que se pone fin, aunque sea a título de precario; y ello es precisamente lo que la distingue de la recuperación de oficio o *interdictum proprium*, que se dirige a poner fin a usurpaciones ilegítimas o no sustentadas en título alguno. El “desahucio”, a diferencia de la “recuperación de oficio”, presupone la extinción de un derecho previo a ocupar el bien, extinción que da lugar a la obligación del desalojo; en cambio la recuperación es una actuación frente a quien perturba o usurpa la posesión de un bien sin ningún derecho inmediatamente anterior a la ocupación de dicho bien.

La potestad de desahucio administrativo no es un instrumento que pueda ser aplicado con carácter general por la Administración Local, sino que se ha de ajustar a los casos establecidos específicamente en las disposiciones normativas y, especialmente, en el RBEL. De entre las que tenemos que destacar, por su aplicación a este caso, la extinción de los derechos constituidos sobre bienes de dominio público en virtud de autorización, concesión o cualquier otro título y de las situaciones posesorias a que tales títulos hayan dado lugar.

¹ Artículo 41 y 58 a 60 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, de 3 de noviembre), del art. 4 LBRL, 44 y 120 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RD 1372/1986)



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

Por tanto, la aplicación del desahucio administrativo en este caso sería posible, siempre y cuando el título que legitimaba la ocupación se haya extinguido. El problema radica en que como no consta por escrito dicho título difícilmente se puede asegurar que éste haya concluido. Por tanto, antes de aplicar este instrumento, sería necesario dar audiencia previa al interesado para que aportase el título en virtud del cual ocupa el bien o probase que título ostenta y las condiciones en que fue otorgado para verificar si ha transcurrido el plazo por el que fue otorgado inicialmente o si este título fue otorgado en calidad de precarista. Este es el principal motivo por el que el que suscribe no considera pertinente que se utilice el DESAHUCIO ADMINISTRATIVO, al menos, de forma inmediata, para recuperar la posesión del bien, en tanto en cuanto se desconoce si existe título habilitante, si éste fue otorgado en calidad de precarista o si está extinguido.

Revisión de Oficio²: Es la facultad que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración de corregir sus propios actos cuando éstos no se ajusten a aquél.

Como bien dice el escrito de solicitud, el artículo 103 de la LRJPAC que prevé la posibilidad de declarar lesivos para el interés público los actos favorable para los interesados que sean anulables conforme al artículo 63 de la misma ley, para proceder a su posterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo tiene un plazo preclusivo de cuatro años, transcurridos los cuales ya no se podrá ejercitar.

Por su parte el artículo 102 de la LRJPAC, establece la facultad de revisión de oficio de los actos nulos: “1. 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, si lo hubiere, 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 62.1](#).(...)”

4. 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 139.2](#) y [141.1 de esta Ley](#); sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

5. Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo.”

Según el Ayuntamiento la principal problemática que presenta la vía de la revisión de oficio es la de determinar el acto administrativo que procede declarar nulo, dado que la relación entre el Ayuntamiento y el tercero no consta que se haya formalizado por escrito.

² Capítulo I del Título VII habla de la revisión de oficio, regulado por los artículos 102 al 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

Esta interpretación nos llevaría a la situación de que ningún acto presunto derivado de la figura del silencio administrativo se podría declarar nulo, lo cual no parece que inspire la redacción del artículo 62.1 que señala:

“1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a. Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*
- b. Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*
- c. Los que tengan un contenido imposible.*
- d. Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.*
- e. Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.*
- f. Los actos expesos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*
- g. Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.”*

En este caso se podrían dar tres supuestos de nulidad de pleno derecho, concretamente los de las letras e), f) y g) por lo que analizaremos cada uno de ellos. El apartado e) hace mención a aquellos actos que se hayan dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento, lo cual es evidente si atendemos a los hechos relatados por el propio Ayuntamiento. El problema radica aquí en que el propio precepto utiliza el término actos “dictados”, por lo que si atendemos a la acepción que el Diccionario de la Real Academia da a esta expresión: *“Texto escrito al dictado”*, parece razonable pensar que sólo se podrían impugnar aquellos actos administrativos escritos dictados prescindiendo totalmente del procedimiento. Esta interpretación choca con el hecho de que la Administración puede dictar actos expesos o presuntos, es decir, la figura del silencio administrativo opera en el Derecho Administrativo como un instrumento por el que los particulares pueden entender que se les ha dictado un acto estimando o desestimando sus pretensiones. Si el apartado e) lo que pretende es que se anulen aquellos actos dictados prescindiendo totalmente del procedimiento, con más razón se deberían anular aquellos actos en los que la ausencia de procedimiento es tal que se dictan de facto, como es este caso, en que se produce una relación entre Ayuntamiento y el tercero de facto sin que medie ningún expediente ni acto administrativo alguno de forma expresa. Por tanto este motivo de nulidad hay que interpretarlo en conjunción con el del apartado siguiente.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

El apartado f) señala que serán nulos los actos expresos o “presuntos” contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Según este apartado, sí se podrían impugnar aquellos actos presuntos que no figuren por escrito pero que nazcan de la inactividad administrativa. Aunque este apartado está pensado más bien para los actos nacidos del silencio administrativo positivo, nada obsta que se pueda aplicar a la relación nacida sin seguir ningún procedimiento, ni haber sido formalizada por escrito. A mayores, es necesario que el acto sea contrario al ordenamiento jurídico, algo que parece evidente ya que no se ha seguido procedimiento para su adjudicación, se han vulnerado los principios de libertad de concurrencia y transparencia de la Administración Pública en la adjudicación de sus contratos y se le ha atribuido al contratista una serie de facultades o derechos cuando carece del título legítimo para ejercerlos.

El apartado g) señala que serán nulos de pleno derecho los actos que expresamente señale una disposición de rango legal por lo que hay que acudir al artículo 32 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público³, el cual remite, a su vez, al artículo 62.1 de la LRJPAC y contiene otros supuestos de nulidad como son:

“ La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el [artículo 49](#).

La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la [Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria](#), o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia”.

Dado que no se ha seguido procedimiento alguno, no se ha podido comprobar, en el momento inicial de establecimiento de la relación, si el tercero reunía los requisitos de capacidad, solvencia o estar incurso en alguna de las prohibiciones de contratar por lo que si se incurriese en cualquiera de estas circunstancias concurriría otro supuesto de nulidad de pleno derecho.

Por tanto, si el Ayuntamiento quiere utilizar la vía de la revisión de oficio del artículo 62.1 de la LRJPAC debe tener en cuenta que el acto viciado de nulidad es el propio contrato verbal, que a su vez también aparece proscrito en el artículo 28⁴ de la LCSP que prohíbe a la Administración contratar verbalmente, salvo cuando se trate de un contrato de emergencia, y

³ Artículo 63 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas que sería la norma aplicable en el año 1997 y que dice lo mismo que el artículo 32 de la LCSP

⁴ Artículo 56 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas que sería la norma aplicable en el año 1997 y que dice lo mismo que el artículo 28 de la LCSP



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

que el hecho de que no exista un acto administrativo escrito no es impedimento para que declare la nulidad de lo indebidamente actuado o consentido.

A este respecto, no debemos olvidar que la declaración de nulidad requerirá dictamen favorable del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, cuyo contenido tiene carácter vinculante y podrá conllevar las indemnizaciones que procedan a favor de los interesados, siempre que se cumplan los requisitos del régimen de Responsabilidad Patrimonial.

TERCERO.- Régimen Contractual.

En base a los datos aportados por el Ayuntamiento presuponemos que existe una relación contractual entre el Ayuntamiento y el tercero de carácter verbal. En este sentido, la normativa actual de contratos administrativos está encabezada por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que, en su DT1ª señala: *“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.”*

Por tanto, la legislación contractual aplicable sería la vigente en el momento de celebrarse el contrato (1997), es decir, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), por lo que examinaremos el presente contrato a la luz de la misma.

Causas de Extinción del Contrato: El artículo 110 de la LCAP señala que el contrato se extinguirá por cumplimiento o por resolución. Este artículo se completa con lo dispuesto en los artículos 112 a 114 y 165 a 170 LCAP.

Se entiende cumplido el contrato cuando el contratista haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo, y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto. Finalizado el plazo contractual el servicio revertirá a la Administración debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado conforme al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

La problemática sigue radicando en que no existe un contrato formalizado y por tanto es imposible saber si se ha cumplido ya el contrato o no. Por lo tanto es imprescindible que se dé audiencia al contratista requiriéndole para que aporte el título en base al cual se presta dicho servicio, para lo cual se deben utilizar todos los medios de prueba admitidos en derecho que le permitan al Ayuntamiento conocer las características de dicho contrato.

La otra causa de extinción de los contratos es la resolución de los mismos, que puede ser debida a múltiples motivos:

- Mutuo acuerdo entre la Administración y el Contratista: Nada impide que el Ayuntamiento llegue a un acuerdo con el contratista para entender extinguido el mismo y



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

proceder a sacar a licitación de nuevo el contrato (al que podrá concurrir el contratista anterior). Dicho acuerdo necesariamente deberá formalizarse por escrito.

- El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales.
- Aquellas que establezca el contrato expresamente.

- El rescate del servicio por la Administración: En este caso es necesario que existan razones de interés público para que la Administración decida acordar el rescate y pasar a gestionarlo **DIRECTAMENTE**. En este caso se exige que se tramite el oportuno expediente de municipalización y se indemnice al contratista por los daños y perjuicios ocasionados.

- La supresión del servicio por razones de interés público: Esta causa de extinción tiene su motivación en que se va a dejar de prestar dicho servicio y exige previa indemnización del contratista por los daños y perjuicios que se le ocasionen.

En cualquiera de estos casos la Administración deberá abonar al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de la Administración, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión.

En los casos de rescate o supresión del servicio, además, la Corporación Local tiene la obligación de indemnizar al contratista de los daños y perjuicios que se irroguen, incluidos los beneficios futuros que se dejen de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida de valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquella, teniendo en cuenta su grado de amortización.

CUARTO.- Procedimiento a seguir

Tal como se viene exponiendo a lo largo de todo el informe el problema principal radica en conocer las circunstancias de hecho que motivaron que el tercero pasase a prestar el servicio del Hogar del Pensionista, de tal forma que, cualquiera que sea el procedimiento que pretenda seguir el Ayuntamiento, es imprescindible que se lleven a cabo una serie de actuaciones previas. A saber:

Fase de Prueba: El artículo 80 de la LRJPAC señala que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho. En este caso en concreto es importante que en la fase del período de prueba se intenten aclarar los siguientes hechos:



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

- Si existe una relación contractual entre el Ayuntamiento y el contratista.
 - Si dicha relación contractual se realizó verbalmente o se formalizó por escrito: para lo cual sería conveniente requerir al contratista que muestre su legítimo título para prestar dicho servicio.
 - Concretar los derechos y obligaciones del contratista: Especialmente el plazo de tiempo de duración del contrato y las prestaciones que cada parte se comprometió entregar a la otra.
 - Si el contratista ha realizado inversiones que puedan dar derecho a una indemnización por la extinción de la relación.
 - Cualquier otro hecho que pueda resultar relevante o que aleguen las partes para acreditar su veracidad.
- Fase de Trámite de Audiencia: Se debe dar audiencia al contratista, salvo que en la resolución del procedimiento no vayan a ser tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.
- Fase de determinación de indemnización: Cualquiera que sea el procedimiento que el Ayuntamiento decida utilizar debería tramitar una pieza separada para determinar si al contratista le corresponde percibir alguna cuantía en concepto de indemnización. Este derecho a percibir una indemnización dependerá de las circunstancias concretas en las que se encuentre el mismo y de los hechos que se prueben en el propio procedimiento. Así tendrá derecho a indemnización por el tiempo restante para la conclusión del contrato (una vez se pruebe cuando debe finalizar) y por las inversiones realizadas que sean necesarias para la prestación del servicio y que no se hayan amortizado.

Para determinar la indemnización que procede se puede atender a los criterios que marca el artículo 170 de la LCAP, el artículo 137 del RSCL, los artículos 139 a 146 de la LRJPAC y supletoriamente las normas de Derecho Civil.

CONCLUSIÓN

El Ayuntamiento tiene la obligación de corregir la situación indebidamente creada, para lo cual es imprescindible que se adopten actuaciones tendentes a conocer los hechos concretos que concurren en el presente caso mediante la apertura de una fase probatoria que nos indique qué tipo de relación existe entre el Ayuntamiento y el tercero precarista, si se ha formalizado por escrito o verbalmente, el plazo de duración de dicha relación y las contraprestaciones de las partes.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

En base a los hechos resultantes la Administración puede actuar de la siguiente forma:

a) **Desahucio Administrativo:** Se podrá acudir a este procedimiento cuando se haya producido la extinción de los derechos constituidos sobre bienes de dominio público en virtud de autorización, concesión o cualquier otro título, es decir, cuando el contratista no tenga contrato o éste se haya extinguido o simplemente haya una tolerancia o aquiescencia por parte del Ayuntamiento en la continuidad de dicho servicio. No existen derechos adquiridos que impidan el ejercicio del desahucio administrativo, sin perjuicio de que pueda concurrir la obligación de indemnizar si se le causa algún daño real, efectivo y evaluable económicamente, no bastando la simple alegación de lo que va a dejar de percibir ya que, por el contrario, durante el tiempo que permaneció en esta situación de precario se ha visto favorecido obteniendo unos ingresos que si se hubiesen hecho las cosas conforme al procedimiento legal no habría percibido.

b) **Revisión de Oficio:** Nada obsta a que, si se comprueba que se celebró un contrato verbal y éste está todavía vigente, se declare la nulidad del mismo conforme al procedimiento del artículo 102 de la LRJPAC. El hecho de que no existe un acto escrito no es motivo para que no se pueda declarar la nulidad del mismo, ya que los actos presuntos también se pueden declarar nulos. Por ello tiene gran importancia la fase previa para tratar de identificar el acto expreso (contrato formalizado) o presunto (contrato verbal) que tiene que ser objeto de nulidad.

c) **Extinción Contractual de la Relación:** Dado que el Ayuntamiento presupone la existencia de la relación contractual entre éste y el contratista es por lo que se indica que ésta puede finalizar por alguna de las causas de extinción que establece la LCAP: finalización del plazo, mutuo acuerdo de las partes, rescate del servicio, supresión del servicio, etc. Destacar que tanto el rescate del servicio como la supresión del servicio llevan aparejada indemnización por los daños y perjuicios que se le ocasionen al contratista, y, la primera, exige la tramitación de un expediente de municipalización y la gestión directa del servicio, y, la segunda, supone la desaparición de la prestación de dicho servicio.

Se debe garantizar, en todo caso, los derechos del contratista para lo cual se le debe dar trámite de audiencia, en los términos establecidos en el artículo 84 de la LRJPAC, y permitirle formular alegaciones en cualquier fase del procedimiento.

Por último, destacar que la tramitación de cualquiera de los expedientes anteriores puede dar lugar a la obligación del Ayuntamiento de indemnizar al contratista, para lo cual no basta una mera alegación genérica de que se van a dejar de percibir una serie de ingresos, sino que es imprescindible que se cause un daño real, efectivo y evaluable económicamente (Ej.: inversiones no amortizadas, reducción del plazo de concesión inicialmente otorgado,



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

etc) en los términos y con las condiciones que señalan los artículos 170 de la LCAP, 137 del RSCL, los artículos 139 a 146 de la LRJPAC y supletoriamente las normas de Derecho Civil.

Es cuanto tengo el deber de informar, advirtiendo que la opinión jurídica recogida en el presente Informe se somete a cualquier otra mejor fundada en Derecho, y no sufre en modo alguno a otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo a 13 de agosto de 2009.