Expediente Núm. 3/2016
Dictamen Núm. 8/2016

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo, Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 14 de enero de 2016, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

"El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 30 de diciembre de 2015 -registrada de entrada el día 5 de enero siguiente-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio de la contratación verbal del servicio de promoción, desarrollo, ejecución y transporte de las actividades programadas por la Concejalía de Turismo y Congresos.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo, en sesión celebrada el 23 de octubre de 2015, y a propuesta del Concejal de Gobierno de Economía y Empleo, acordó, "como trámite previo al reconocimiento de las deudas fuera de la vía judicial", iniciar el "procedimiento de revisión de oficio de los contratos suscritos verbalmente con (cinco empresas -entre ellas 'X´, interesada en este

procedimiento-), y (que) se obtenga el dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias previo a la declaración de nulidad de los contratos, que posteriormente habrán de ser objeto de liquidación y de reconocimiento extrajudicial de las deudas".

Como antecedente del acuerdo, obra incorporado al expediente un informe del Interventor General del Ayuntamiento de Oviedo en relación con los expedientes de reconocimiento extrajudicial de los créditos. En él señala que "todas las facturas corresponden a compromisos de gastos que no fueron debidamente adquiridos", y precisa que "se trata (…) de contratos prorrogados tácitamente excediendo el periodo fijado como máximo por la normativa o de contrataciones verbales sin la tramitación del correspondiente expediente de contratación". Aclara que salvo en los casos de las facturas que menciona, que entiende corresponden a contratos menores, las demás "constituyen actos nulos de pleno derecho respecto de los cuales", a tenor de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, "no cabe convalidación alguna", por lo que propone que se inicie el correspondiente procedimiento de revisión de oficio.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

2. Conferido trámite de audiencia a la empresa interesada (y a la vez recursos como si se tratara de un acto que agota la vía administrativa), un representante de la mercantil formula, mediante escrito presentado en una oficina de correos el día 12 de noviembre de 2015, alegaciones frente al acuerdo de inicio del expediente de revisión de oficio, a la par que interpone recurso de reposición frente al mismo acto.

Señala que, "estando próximo a finalizar el plazo máximo de duración (del contrato) de los cuatro años sin que por el Ayuntamiento de Oviedo se hubiese procedido a tramitar un nuevo contrato de los servicios (…), por la Directora de la Oficina Municipal de Congresos fue remitido correo electrónico (a la mercantil alegante) el 30 de octubre de 2014" solicitándole la conformidad formal como actual concesionaria del servicio para proceder a la aprobación de

un "contrato puente" hasta que se proceda a realizar una nueva contratación, a lo que esta mercantil contestó afirmativamente. Por tanto, discrepa "del informe de Intervención que se aprueba por el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 23 de octubre de 2015, al estimar que el mismo es de carácter verbal". Al contrario, sostiene que "existía un contrato firmado entre ambas partes que, estando próximo a su finalización, la responsable de su fiscalización requirió a mi mandante para que prestase su conformidad a la continuación del servicio en tanto se solventaba la tramitación del nuevo contrato (...), y sin que se excediese el plazo máximo de duración de los contratos de servicios, previsto en el art. 279.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, de aplicación al contrato" que especifica "por razón del momento en el que este fue suscrito./ En definitiva, no nos encontramos en presencia de un contrato verbal, sino en la prórroga expresa del mismo a requerimiento del órgano de contratación y consentida por el contratista como consecuencia del retraso por parte de este Ente Local (en) la tramitación del nuevo expediente de contratación". Por tanto existía un "contrato de base", y "prueba de que el contrato mantenía su vigencia radica en el hecho de que los servicios se realizaron a satisfacción de la Administración, y la cantidad facturada por (la empresa) lo fue en los términos del contrato pactado (…), existiendo además previsión presupuestaria para el abono de dichos servicios, según se reconoce expresamente en el informe del Interventor aprobado por la Resolución de la Junta de Gobierno".

Por otra parte, afirma que "el reconocimiento extrajudicial de créditos supone un mecanismo para el caso en el que no existe consignación presupuestaria, lo que no acontece en el presente", y subraya que, aunque la nulidad puede producirse "por la concurrencia de alguno de los supuestos (…) del artículo 62 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (…), a pesar de darse circunstancias que supongan la nulidad del contrato abundante jurisprudencia ha matizado las consecuencias de la misma, estimando que si la prestación ha sido

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

efectivamente realizada la Administración está obligada al pago de su importe, impidiéndose (…) que se produzca un enriquecimiento injusto de esta".

Finalmente, razona que "procede el inmediato pago de las facturas presentadas (…), puesto que (…) ya se ha procedido al abono de los seguros sociales, de los salarios, del IVA, etc. relativos a las facturas presentadas, lo que le ha causado un serio perjuicio".

3. Advertido error en la notificación del acuerdo, con fecha 23 de noviembre de 2015 el Ayuntamiento comunica nuevamente a la interesada el acuerdo de inicio del procedimiento "a fin de que formulen las alegaciones que, en su caso, estimen pertinentes".

El día 30 del mismo mes, el representante de la empresa presenta un escrito de alegaciones en el que reitera los argumentos ya expuestos en su escrito anterior. Concluye oponiéndose de modo expreso al expediente de revisión de oficio e instando el abono inmediato de las facturas pendientes de pago.

4. Con fecha 15 de diciembre de 2015, la Directora General de la Asesoría Jurídica elabora un informe sobre los expedientes de "reconocimiento extrajudicial de créditos" cuya tramitación está en el origen, entre otros, de este procedimiento de revisión de oficio. Afirma que el acuerdo de la "Junta de Gobierno Local de 23 de octubre de 2015 (…) fue notificado a los interesados, formulando alegaciones únicamente" una de las cinco empresas, "oponiéndose" al mismo, y que "los contratos cuyo plazo de ejecución habría finalizado, a pesar de (…) que continuaron prestándose los servicios o el arrendamiento en que consistían (…), infringían el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en el caso de los contratos administrativos".

En el supuesto concreto de uno de los contratos, el "de alquiler (…) de la nave destinada a almacén general", indica que tiene carácter privado, y que el artículo 124 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas dispone que, salvo en los casos que se especifican, "los arrendamientos se concertarán

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

mediante concurso público o (…) procedimiento de licitación restringida". Por tanto, entiende que "se han incumplido las normas de contratación" y que "los actos son nulos de pleno derecho, si bien en cualquier caso lo serían por entenderse aplicable el régimen de invalidez del TRLCSP, artículos 31 a 36, a estos contratos". Añade que "los contratos adjudicados verbalmente y los de arrendamiento, excepto los contratos menores (…), o sin seguir el procedimiento legalmente establecido para la contratación, contravienen" lo dispuesto "en el artículo 28 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, incurriendo en causa de nulidad de pleno derecho./ En estos supuestos la Administración debe proceder a la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio de sus propios actos (…) solicitando el dictamen del Consejo Consultivo".

Concluye que, habiéndose "acordado en 23 de octubre de 2015 (…) la iniciación del procedimiento de revisión de oficio de los contratos referidos (…), que fue notificado a los interesados, procede (que) se solicite del Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamen previo a la declaración de nulidad de los contratos".

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

5. El día 18 de diciembre de 2015, a la vista de la propuesta de la Asesoría Jurídica, la Junta de Gobierno Local acuerda dar traslado "de los expedientes al Consejo Consultivo del Principado de Asturias a efectos del preceptivo dictamen y notificando dicha remisión a las entidades interesadas, significándoles la suspensión del plazo para resolver el expediente de revisión de oficio, de acuerdo con lo previsto en el art. 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre".

6. Con fecha 23 de diciembre de 2015, la Directora General de la Asesoría Jurídica emite un nuevo informe sobre los expedientes de reconocimiento extrajudicial de créditos que viene motivado, según señala, porque advierte "omisión en relación a las alegaciones de los contratistas". En él indica que el

acuerdo de inicio del "procedimiento de revisión de oficio de los contratos suscritos verbalmente" fue notificado a las empresas interesadas y que cuatro de ellas formularon alegaciones. En síntesis, todas manifiestan que "realizaron los trabajos por encargo del Ayuntamiento de Oviedo y que no existe impedimento imputable a las mismas para demorar el pago". Sin más fundamentación jurídica que la consignada en el anterior informe, afirma que procede "desestimar las alegaciones formuladas por (las cuatro empresas que especifica) contra el acuerdo de iniciación del procedimiento de revisión de oficio aprobado en 23 de octubre de 2015 por la Junta de Gobierno Local (…). Solicitar del Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamen previo y preceptivo a la declaración de nulidad de los contratos, notificando a las empresas interesadas la suspensión del plazo para resolver por petición de informe preceptivo".

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

7. El día 30 de diciembre de 2015, la Junta de Gobierno Local decide corregir el acuerdo de "18 de diciembre sobre revisión de oficio derivada de los expedientes de reconocimientos extrajudiciales de crédito (…). Solicitud de dictamen al Consejo Consultivo (…) y suspensión de plazo", a propuesta de la Dirección General Jurídica de fecha 23 de diciembre de 2015, y que es aprobada por unanimidad en sus propios términos.

El acuerdo se notifica a la empresa interesada en este procedimiento el 4 de enero de 2016, y en él se hace constar que se traslada "para su conocimiento y efectos, significándole (…) que el transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento de revisión de oficio y practicar la notificación del acuerdo que se adopte queda suspendido por el tiempo que medie entre la petición del referido dictamen (…) y la recepción del mismo. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses".

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 30 de diciembre 2015, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de

oficio de la contratación verbal con la empresa "X" del servicio de promoción, desarrollo, ejecución y transporte de las actividades programadas por la Concejalía de Turismo y Congresos, adjuntando a tal fin copia autentificada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

ÚNICA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra l), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra l), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

Se somete a dictamen un procedimiento de "revisión de oficio de la contratación verbal (…) del servicio de promoción, desarrollo, ejecución y transporte de las actividades programadas por la Concejalía de Turismo y Congresos" que tiene su origen en el reparo del Interventor General al reconocimiento extrajudicial de créditos para el abono de diez facturas de servicios prestados por la mercantil interesada, según informa, con ocasión de "contratos suscritos verbalmente". Entiende el Interventor que "como trámite previo al reconocimiento de las deudas fuera de la vía judicial" ha de procederse a la "revisión de oficio" por causa de nulidad del mencionado contrato, que posteriormente habrá de "ser objeto de liquidación y de reconocimiento extrajudicial de las deudas".

En efecto, el artículo 35 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establecía que una vez declarada la nulidad de un contrato este "entrará en fase de liquidación", y cuando no fuere posible la restitución de lo recibido la "parte que resulte culpable deberá indemnizar a la

contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido". En consecuencia, como señala el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre, "por mucho que la práctica y doctrina anterior (…) hubiese utilizado la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración para evitar un efecto antijurídico (la apropiación por la Administración de unos bienes o servicios sin el correspondiente abono de su precio), lo cierto es que en la actualidad, a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se ha instituido una vía precisa y adecuada para alcanzar prácticamente los mismos efectos (…). Eso sí, para proceder a compensar conforme a lo específicamente regulado ahora en ese artículo 35 hay que decidir previamente si la adjudicación es o no nula de pleno derecho, y para ello es necesario seguir el procedimiento específicamente previsto (…) en el ordenamiento".

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

En coherencia con ello, el Ayuntamiento inicia la vía adecuada, la revisión de oficio de la contratación, con carácter previo a la posible aplicación de lo dispuesto en la actualidad en el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, del mismo tenor.

En relación con el expediente remitido, consta en él que una vez suscrita por la autoridad municipal competente -el día 30 de diciembre de 2015- la solicitud de dictamen y la remisión del expediente a este Consejo Consultivo se incorpora a él la notificación del Acuerdo de la Junta de Gobierno de esa misma fecha, realizada el día 4 de enero siguiente.

Por lo que se refiere al procedimiento tramitado, este Consejo Consultivo constata, en primer lugar, que no se han incorporado al expediente que se nos remite algunos documentos que resultan necesarios para comprobar los hechos determinantes de las infracciones al ordenamiento jurídico que se suponen cometidas; en consecuencia, para verificar el objeto del contrato, su duración y sus posibles prórrogas solo contamos con las referencias -directas unas, e indirectas otras- que obran en los informes municipales o en los escritos de la propia contratista. La ausencia de documentos de especial relevancia para la determinación de los hechos y para su valoración jurídica (como son los

contratos antecedentes, las resoluciones de adjudicación y cualesquiera otros que reflejen la actividad administrativa que de alguna manera sustente la contratación que ahora se considera nula) podría suplirse por este Consejo mediante la solicitud formal de que se completara el expediente remitido. Sin embargo, dada la existencia de otras irregularidades, no consideramos que en este caso tal vía sea la apropiada.

En segundo lugar, puesto que la potestad de revisión de oficio se limita a actos administrativos (o, en su caso, disposiciones administrativas), y que los contratos en sí mismos no pueden ser revisados de oficio, debería identificarse con claridad el acto administrativo que se entiende incurre en causa de nulidad y, además, concretar y razonar cuál es la causa legal que se estima concurre en el acto objeto de revisión. En efecto, el artículo 31 ("Supuestos de invalidez") del TRLCSP determina que "los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada (…) serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes"; procedimiento de revisión de oficio que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 34 del mismo texto, "se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre".

No obstante esa falta de identificación expresa del acto que se revisa y del fundamento de la revisión, es cierto que cabe inferir de lo actuado que el Ayuntamiento pretende la nulidad de los actos de selección del contratista y de adjudicación por ausencia total de procedimiento, por incurrir en la causa de nulidad dispuesta en la letra e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Pero también lo es que, teniendo que retrotraer el procedimiento por las razones que exponemos a continuación, la Administración tendrá ocasión de subsanar esta irregularidad.

Ahora bien, antes de examinar los posibles vicios de nulidad y los aspectos formales que disciplinan el ejercicio de la potestad de revisión de

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

oficio, advertimos que la propuesta de resolución que se somete a nuestro dictamen omite la valoración de datos aportados por la mercantil interesada en el trámite de alegaciones, y, por ello, también el análisis de sus posibles consecuencias jurídicas. En efecto, la empresa interesada niega el carácter verbal del encargo y afirma que se trata de una "prórroga expresa del mismo a requerimiento del órgano de contratación y consentida por el contratista" para la que existía "previsión presupuestaria", por lo que considera improcedente la declaración de nulidad previa al reconocimiento de la deuda fuera de la vía judicial, lo que implicaría que las facturas pendientes deben abonarse de modo "inmediato".

Dado que el informe de la Directora General de la Asesoría Jurídica de 23 de diciembre de 2015 no analiza en rigor tales alegaciones, limitándose, en una suerte de informe-tipo común a cinco procedimientos de "reconocimiento extrajudicial de créditos", a proponer su desestimación de modo genérico, desconocemos si son correctos los datos aducidos por la empresa, y en su caso las consecuencias jurídicas que de ellos y de los documentos aportados debieran extraerse en relación con el acto o actos administrativos cuya nulidad se pretende.

A la vista de lo indicado, este Consejo Consultivo considera que no procede analizar el fondo de la cuestión que se somete a consulta, y que debe retrotraerse el procedimiento a fin de que se elabore un nuevo informe-propuesta en el que, previo análisis de la totalidad de los documentos que guarden relación con las actividades administrativas relativas a la contratación que ahora se cuestiona (con incorporación al expediente, en su caso, de la documentación administrativa que proceda), se deduzcan las consecuencias jurídicas pertinentes, pronunciándose de modo singular sobre el acto o actos administrativos cuya nulidad se pretende y sobre la causa legal de nulidad en la que incurren, analizando y valorando las alegaciones en las que la contratista basa su oposición.

En efecto, entiende este Consejo que el recto cumplimiento del trámite de audiencia requiere, no solo el reconocimiento al interesado de la posibilidad

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

de alegar lo que a su derecho convenga, con la consiguiente incorporación al procedimiento del escrito de alegaciones, sino que exige la consideración en la propuesta de resolución del planteamiento fáctico y la razonada extracción de las consecuencias jurídicas que de los hechos se derivan, a la vista de lo expuesto por la parte.

En el ejercicio de su potestad revisora la Administración no queda vinculada, naturalmente, a ninguna de las alegaciones de parte, pero esta libertad no se cercena ni disminuye por el hecho de motivar o exteriorizar las razones que explican la aceptación de unas y el rechazo de otras. Esa labor de reflexión racional constituye un importante instrumento procedimental para orillar la eventual arbitrariedad de la Administración (proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución), que puede tener su origen en la precipitación o improvisación con que se elabora una resolución, mientras que aquella tarea de reflexión racional reduce las posibilidades de una eventual actuación arbitraria. Por otro lado, dicho modo de proceder satisface plenamente las finalidades materiales que se persiguen cuando se reconoce un trámite de audiencia a favor de los interesados; finalidades que no se alcanzan rectamente cuando la Administración se limita a oír sin escuchar, porque cuando despacha rutinariamente no permite a los afectados participar materialmente en el procedimiento. Esta apertura o diálogo no debilita en nada las potestades de la Administración, sino que da pleno sentido a la intervención que el artículo 105 de la Constitución impone como trámite procedente en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

En consecuencia, no procede dictar en este momento una resolución que ponga fin al procedimiento, debiendo retrotraerse el mismo al objeto de que, al tiempo que se completa el expediente con la documentación pertinente, se practiquen los trámites enunciados para, a continuación, recabar de este Consejo el preceptivo dictamen.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

En mérito a lo expuesto, este Consejo entiende que no cabe en el estado actual de tramitación un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, y que debe retrotraerse el procedimiento al objeto de practicar cuanto queda expuesto en el cuerpo del presente dictamen."

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a ……

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.