Expediente Núm. 5/2016
Dictamen Núm. 10/2016

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 para el funcionamiento de unas piscinas climatizadas.

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, ……, 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, figura incorporado al expediente un fax remitido al Ayuntamiento el 17 de noviembre de 2015 en el que esta manifiesta que "el encargo realizado (…) no fue verbal, sino adoptado en acuerdo de la Junta de Gobierno Local" de 23 de abril de 2015, y que extendería su plazo de ejecución -según indica- "hasta la adjudicación del contrato para la prestación del servicio actualmente en licitación (…), garantizando así que los usuarios pudiesen seguir haciendo uso de las instalaciones sin interrupción".

Al margen de lo anterior, manifiesta que "los servicios realizados (…) han de ser (…) debidamente abonados" a fin de evitar un "enriquecimiento injusto a favor del Ayuntamiento".

3. 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 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".

Razona 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

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

Consultivo del Principado de Asturias dictamen previo a la declaración de nulidad de los contratos".

4. 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".

5. Con fecha 23 de diciembre de 2015, la Directora General de la Asesoría Jurídica emite un nuevo informe sobre los expedientes de reconocimiento extrajudicial 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".

6. 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

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

expedientes de reconocimientos extrajudiciales de crédito (…). Solicitud de dictamen al Consejo Consultivo (…) y suspensión de plazo", a propuesta de la Dirección General Jurídica de 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".

7. 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 ……, del servicio para el funcionamiento de las piscinas climatizadas del Parque del Oeste", adjuntando a tal fin copia autentificada del expediente.

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

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

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 para el funcionamiento de las piscinas climatizadas del Parque del Oeste" que tiene su origen en el reparo del Interventor General al reconocimiento extrajudicial de créditos para el abono de cinco 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".

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.

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

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 al mismo 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 constan 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 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 los actos administrativos (o, en su caso, las 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

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

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 valorar los posibles vicios de nulidad y los aspectos formales que disciplinan el ejercicio de la potestad de revisión de 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 la contratación fue aprobada por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 23 de abril de 2015. 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, la Junta de Gobierno adoptó los acuerdos posteriores al trámite de audiencia sin contar con un informe jurídico que estudiara debidamente las alegaciones y valorara las consecuencias jurídicas pertinentes en relación con el acto o actos administrativos cuya nulidad se pretende.

A la vista de ello, este Consejo 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

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

actividades administrativas relativas al contrato que ahora se cuestiona (con incorporación al expediente, en su caso, de la documentación 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, este Consejo entiende que el recto cumplimiento del trámite de audiencia requiere, no solo el reconocimiento al interesado de la posibilidad 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.

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

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.

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,

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

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.