

Expediente Núm. 101/2018
Dictamen Núm. 100/2018

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 17 de mayo de 2018, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés de 24 de abril de 2018 -registrada de entrada el día 27 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio de la contratación verbal de trabajos de mantenimiento y conservación de zonas verdes entre el 16 de noviembre de 2017 y el 7 de febrero de 2018.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Decreto del Concejal Responsable del Área de Promoción Económica y de Ciudad del Ayuntamiento de Avilés de 16 de marzo de 2018, se dispone “iniciar el procedimiento de revisión de oficio del contrato suscrito con (la mercantil que se cita) sin haberse seguido el procedimiento legalmente establecido al efecto, como trámite previo al reconocimiento extrajudicial de

deuda de las actuaciones ejecutadas con cargo a la factura” que se especifica, “relativa a servicios de inserción a través del mantenimiento y conservación de zonas verdes”.

En el mismo Decreto se designa Instructora del procedimiento.

Consta en él que “con fecha 27 de febrero de 2018 la Sección de Formación y Empleo emite informe de conformidad con la factura (...), relativa a servicios de inserción sociolaboral a través del mantenimiento y conservación de zonas verdes municipales. La anotación realizada por la Intervención municipal pone de manifiesto que procede tramitar procedimiento de revisión de oficio para evitar un enriquecimiento ilícito de la Hacienda municipal por las actuaciones ejecutadas (...). Al supuesto citado es de aplicación el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015 (...), que establece que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.

2. El día 19 de marzo de 2018, la Instructora del procedimiento elabora un informe en relación con el expediente sobre “reconocimiento extrajudicial de deuda por las actuaciones ejecutadas (...) con cargo a la factura (...), relativas a los trabajos prestados al Ayuntamiento de Avilés para la inserción sociolaboral de personas en situación de exclusión a través del mantenimiento y conservación de zonas verdes en centros educativos públicos y otros edificios municipales, así como el desbroce parcial del cinturón medioambiental de Valliniello”.

Tras hacer referencia a la factura en tramitación, se reseña que “el 15 de noviembre de 2017 finaliza, una vez agotadas todas las prórrogas, la ejecución del contrato celebrado para ello (...) y adjudicado a la empresa por Resolución de la Alcaldía (...). No obstante, el pliego técnico aprobado al efecto que regía el procedimiento y a cuyo cumplimiento debía ajustarse su ejecución indica, en el apartado correspondiente al plazo de vigencia, que `sí a la finalización de la vigencia del contrato y de sus posibles prórrogas se hubiese iniciado pero no finalizado la tramitación de la nueva licitación de los trabajos incluidos en el contrato la empresa adjudicataria vendrá obligada a continuar con

la prestación del mismo en las mismas condiciones en que venía prestándolo hasta que se formalice la nueva contratación'. Este es el caso en que nos encontramos, se había iniciado procedimiento para una nueva contratación del servicio (...) pero sin llegar a formalizarse la misma./ Ante los retrasos en la tramitación de ese expediente y ante la demanda de los servicios implicados se inicia expediente de contratación, en este caso, del servicio de incorporación de personas en situación de exclusión social mediante la realización del servicio de mantenimiento y conservación de zonas verdes en centros educativos públicos y otros edificios municipales, reservado a empresas de inserción, con una duración de cinco meses y que se formaliza el 7 de febrero de 2018 (...). Esta factura (...) hace referencia a los trabajos prestados al Ayuntamiento de Avilés para la inserción sociolaboral de personas en situación de exclusión a través del mantenimiento y conservación de zonas verdes en centros educativos públicos y otros edificios municipales, así como desbroce parcial del cinturón medioambiental de Valliniello, durante el periodo comprendido entre el 16 de noviembre de 2017 y el 7 de febrero de 2018, periodo en el que no existía un expediente de contratación vigente".

Se indica que, "visto el informe de conformidad emitido por la Sección de Formación y Empleo y los expedientes de contratación de obras (que se mencionan), se constata que las actuaciones objeto de revisión se realizaron entre el periodo de vigencia de dichos contratos y por lo tanto no se amparaban en un expediente de contratación, si bien, según los citados informes, se ordenaron ya que las necesidades de intervención social y mantenimiento de zonas verdes eran inaplazables".

Se cita el artículo 34 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y los artículos 106 y 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y se añade que mediante Decreto de la Alcaldía de 14 de abril se "aprueba la Instrucción de control de actuaciones administrativas que conducen a reconocimiento extrajudicial de crédito. El artículo 2 de dicha instrucción

establece los supuestos que dan lugar a nulidad de pleno derecho (de) las actuaciones realizadas prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, tales como obras (...) realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna”.

Considera que “nos encontramos ante un supuesto de actuaciones nulas de pleno derecho por prescindirse del procedimiento legalmente establecido, por lo que, previo informe de la Intervención municipal y audiencia del interesado, procedería continuar con la tramitación del expediente de revisión de oficio”.

3. Con fecha 19 de marzo de 2018, se incorpora al expediente la factura de referencia, emitida el 19 de febrero de 2018 por una mercantil en concepto de “mantenimiento de espacios verdes en los centros municipales de Avilés” durante el periodo que va del 16 de noviembre de 2017 al 7 de febrero de 2018, por un importe bruto, antes de impuestos, de 41.000 €, sobre el que, una vez repercutida la cantidad de 8.610 € en correspondencia al 21 % de IVA, hace un importe total a pagar de 49.610 €.

4. Mediante oficio notificado a la interesada el 6 de abril de 2018, la Instructora del procedimiento “le pone de manifiesto” el “expediente por un plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente al de la recepción de la presente comunicación, para que pueda formular las alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes”.

5. El día 10 de abril de 2018, la empresa afectada presenta un escrito en el que, tras hacer referencia a la factura y al contrato, se remite a lo recogido en este último, en concreto “en el punto IV, plazo de vigencia”, a cuyo tenor “si a la finalización de la vigencia del contrato y de sus posibles prórrogas se hubiese iniciado pero no finalizado la tramitación de la nueva licitación de los trabajos incluidos en el contrato la empresa adjudicataria vendrá obligada a continuar con

la prestación del mismo en las mismas condiciones en que venía prestándolo hasta que se formalice la nueva contratación”.

6. Con fecha 11 de abril de 2018, la Instructora del procedimiento eleva “propuesta de resolución” en la que reitera lo ya consignado en su informe de 27 de febrero de 2018 y deja constancia de las alegaciones efectuadas por la contratista durante el trámite de audiencia.

Pone de manifiesto que “las actuaciones objeto de revisión se ordenaron, ya que las necesidades sociolaborales y de mantenimiento de los centros educativos eran inaplazables, y que se han efectuado por parte de la Sección las comprobaciones oportunas para la verificación de que el concepto de la factura es correcto, entendiéndose que procede el abono de la misma al empresario”.

Señala que “de todo lo antedicho puede concluirse que las actuaciones revisadas fueron realizadas prescindiendo del procedimiento de contratación legalmente establecido, si bien la actuación del servicio gestor, así como del empresario que acude al encargo se producen bajo el principio de buena fe y confianza legítima, sin la pretensión de obviar el procedimiento de publicidad, igualdad y libre concurrencia”.

En consecuencia, propone “declarar la nulidad del acto revisado, previo dictamen favorable del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

7. Ese mismo día, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés dicta Decreto en el que, asumiendo en su integridad la propuesta de resolución, dispone “recabar, de conformidad con el artículo 106 de la Ley 39/2015 (...), el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a quien se le remitirá una copia completa, autenticada, foliada y con índice de documentos del expediente administrativo (...). Decretar la suspensión de la tramitación del procedimiento, al amparo de lo previsto en el artículo 22” de la citada Ley, “por el tiempo que medie entre la emisión de la presente Resolución y la recepción del antedicho dictamen (...). Notificar la presente resolución a los interesados”.

Consta en el expediente el traslado a la contratista, el 13 de abril de 2018, del referido Decreto.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 24 de abril de 2018, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al “expediente de revisión de oficio n.º”, adjuntando a tal fin copia del mismo en soporte digital

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 I), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra I), 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 Avilés, 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.

A tenor del Decreto del Ayuntamiento de Avilés de 16 de marzo de 2018, se somete a dictamen preceptivo un procedimiento de “revisión de oficio del contrato suscrito con (la mercantil que se cita) sin haberse seguido el procedimiento legalmente establecido (...), como trámite previo al reconocimiento extrajudicial de deuda de las actuaciones ejecutadas con cargo a la factura (que se indica), relativa a servicios de inserción a través del mantenimiento y conservación de zonas verdes”.

Considera el Ayuntamiento de Avilés en la propuesta de resolución que se somete a nuestra consideración, tras citar el artículo 34 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, así como el artículo “47.1” de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones

Públicas, según el cual “son nulos de pleno derecho” los actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”, que procede “declarar la nulidad del acto revisado”, toda vez que “las actuaciones revisadas fueron realizadas prescindiendo del procedimiento de contratación legalmente establecido, si bien la actuación del servicio gestor, así como del empresario que acude al encargo, se producen bajo el principio de buena fe y confianza legítima, sin la pretensión de obviar el procedimiento de publicidad, igualdad y libre concurrencia”.

Repasada la documentación incorporada al expediente remitido, se advierte que en el informe que figura relacionado con el número 11 del índice se indica, a modo de extracto, que “con fecha 15 de marzo de 2018 se incoa el expediente con nombre `revisión de oficio (...)´ (DLE12I0CP)”; documento que no pasa de ser un cuadro resumen firmado por la Instructora del procedimiento ese mismo día y que en modo alguno puede ser entendido como un acto de inicio de expediente. Por otro lado, en este mismo informe/extracto aparecen relacionados dos actos de instrucción, en concreto los numerados como 5 -“el 19 de marzo de 2018 se traslada el expediente (...) de Formación y Empleo a Intervención del Ayuntamiento de Avilés para emisión de informe”- y 6 -“Con fecha 5 de abril de 2018, se devuelve el expediente desde Intervención a Formación y Empleo”-, de los cuales no existe constancia documental en la documentación enviada.

En tercer lugar, constatamos la ausencia en el expediente remitido de documentación alguna relativa al contrato formalizado en su día con la empresa afectada previa Resolución de la Alcaldía, a cuya finalización, y “una vez agotadas todas las prórrogas”, parece ser que se habrían provocado las actuaciones que llevan a la contratación verbal ahora objeto de revisión. Dicha ausencia priva a este Consejo Consultivo de documentos que entendemos necesarios en orden a comprobar los hechos determinantes de las posibles infracciones al ordenamiento jurídico que se suponen cometidas, toda vez que 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 el único escrito de la propia contratista que obra en el expediente.

Las anteriores dificultades que se suscitan en orden a la determinación de los hechos y de cara a su valoración jurídica podrían ser resueltas por este Consejo mediante la solicitud formal de que se completara el expediente remitido. Sin embargo, dada la existencia de lo que consideramos una irregularidad sustancial en la propuesta de resolución que se somete a nuestra consideración, al ser susceptible de generar indefensión a la mercantil interesada, estimamos que en este caso tal vía no es la apropiada.

En efecto, de cara a reputar los posibles vicios de nulidad y los aspectos formales que disciplinan el ejercicio de la potestad de revisión de oficio, observamos que la propuesta de resolución que se formula prescinde, al margen de dejar constancia de la alegación presentada por la contratista en el trámite de audiencia, de efectuar ponderación alguna sobre la misma, omitiendo de esta forma el análisis de sus posibles consecuencias jurídicas. En este sentido, la empresa interesada entiende necesario, en el escrito presentado el 10 de abril de 2018, que el Ayuntamiento “tenga en cuenta”, de cara a la tramitación de la factura cuestionada, lo recogido en el contrato en su día firmado, en concreto “en el punto IV, plazo de vigencia”, a cuyo tenor “si a la finalización de la vigencia del contrato y de sus posibles prórrogas se hubiese iniciado pero no finalizado la tramitación de la nueva licitación de los trabajos incluidos en el contrato la empresa adjudicataria vendrá obligada a continuar con la prestación del mismo en las mismas condiciones en que venía prestándolo hasta que se formalice la nueva contratación”. Insistimos en que, más allá de dejar constancia de esta alegación, la propuesta de resolución que se somete a nuestra consideración no la analiza, ni extrae consecuencia jurídica alguna al respecto, por lo que consideramos imprescindible que se incorpore al expediente un informe jurídico que la estudie debidamente y valore las consecuencias pertinentes en relación con las actuaciones cuya nulidad se pretende.

Ante tal omisión, este Consejo considera que no procede analizar el fondo de la cuestión que se somete a consulta, debiendo retrotraerse el procedimiento

a fin de que se elabore un nuevo informe-propuesta que, previo análisis de la totalidad de los documentos que guarden relación con las actividades administrativas relativas al contrato que ahora se cuestiona (con incorporación al expediente, en su caso, de la documentación que proceda), se pronuncie de modo singular sobre el contenido de la alegación presentada por la contratista, deduciendo, previo su examen y valoración, sus consecuencias jurídicas sobre el acto o actos administrativos cuya nulidad se pretende y la causa legal de nulidad que se invoca, toda vez que 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 afectada.

En este sentido, ya en señalamos en nuestro Dictamen Núm. 10/2016, en unos términos en los que ahora nos reiteramos, que “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, y tal como dictaminamos en el precedente invocado, consideramos que 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. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE AVILÉS.