

Expediente Núm. 142/2018
Dictamen Núm. 139/2018

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 21 de junio de 2018, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen. Formuló voto particular, que se adjunta como anexo, la Consejera doña Rosa María Zapico del Fueyo, que votó en contra:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 10 de mayo de 2018 -registrada de entrada el día 29 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio “del contrato verbal de gestión avanzada de la energía”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 24 de noviembre de 2017, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo acuerda “iniciar el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal del que se derivan las facturas” que se indican “que, tras el dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias previo a la declaración de nulidad, habrán de ser objeto de liquidación posterior”.

Destacan, entre otros antecedentes, los siguientes: a) Informe de la Sección de Apoyo Técnico de Alumbrado Público y Eficiencia Energética, de 6 de noviembre de 2017, en el que se refiere que “el día 10-09-2016 finalizó el plazo

del contrato” de servicio de “gestión avanzada de la energía” que “tenía la posibilidad de prorrogarse por un periodo de un año”, iniciándose la tramitación de la prórroga con fecha 1 de junio de 2016, de modo que “se llega a generar el informe de gestión económica y también (...) a contabilizarse la operación”, si bien “por un problema en la tramitación electrónica no llega a aprobarse la prórroga antes del fin de contrato”. Señala el autor del informe que, dado que “no se puede interrumpir el servicio de gestión avanzada de la energía”, la adjudicataria del contrato finalizado siguió realizando las tareas propias del mismo hasta la adjudicación del nuevo tramitado por la vía de urgencia. Por tales trabajos se presentaron “facturas mensuales desde el 11-09-2016 hasta el 05-05-2017”, considerando que “se debe reconocer esta deuda contraída ya que el servicio ha sido prestado”. b) Informe de la Intervención Municipal, de 17 de noviembre de 2017, sobre la improcedencia de “acudir directamente a la vía del reconocimiento extrajudicial de créditos” para el abono de las facturas que ascienden a 41.636,52 euros, “puesto que en la tramitación seguida se aprecia la posible concurrencia de un supuesto de nulidad radical” por ausencia total y absoluta del procedimiento “que determinaría, en aplicación del artículo 35 del TRLCSP, la nulidad del contrato”. Por ello entiende que, “conforme a lo previsto en el artículo 106 de la Ley 39/2015, procedería que por la Junta de Gobierno se inicie el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal”, y recuerda al órgano administrativo la necesidad de que “se adopten medidas para evitar que vuelvan a producirse estas prácticas por las consecuencias que tiene la infracción de la Ley”, citando al efecto el informe de fiscalización del ejercicio 2013 de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias.

2. Con fecha 18 de diciembre de 2017 se comunica a la mercantil interesada la incoación del procedimiento de revisión de oficio y la apertura del trámite de audiencia por un periodo de 10 días.

3. Mediante diligencia extendida el 23 de febrero de 2018, el Jefe de la Sección de Apoyo Técnico (Alumbrado Público y Eficiencia Energética) deja constancia de

que durante el plazo de audiencia conferido “no se han presentado alegaciones por los interesados”.

4. El día 21 de marzo de 2018, una Letrada Consistorial que actúa “en sustitución del titular de la Asesoría Jurídica” muestra su conformidad con lo informado por la Intervención General el 17 de noviembre de 2017, en el sentido de apreciar “la posible concurrencia de un supuesto de nulidad radical conforme al apartado e) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en aplicación del artículo 35 del TRLCSP”. Por ello, sostiene que “debe continuarse el procedimiento de revisión de oficio (...) del contrato verbal (...), pasando a dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias previo a la declaración de nulidad, siendo objeto de liquidación posterior una vez firme”.

5. Con fecha 20 de abril de 2018, la Junta de Gobierno Local acuerda “remitir el expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias solicitando el previo y preceptivo dictamen a la declaración de nulidad de la referida contratación verbal, notificando a (la empresa interesada) la suspensión del plazo para resolver de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre”. Dicha notificación se practica el día 25 del mismo mes.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 10 de mayo de 2018, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio “del contrato verbal de gestión avanzada de la energía”, adjuntando a tal fin copia del expediente en soporte digital.

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

PRIMERA.- 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.

En el despacho de la presente consulta tomamos en consideración la entrada en vigor el día 9 de marzo de 2018 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuya disposición transitoria primera, relativa a los expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, establece en su apartado 4 que "Las revisiones de oficio y los procedimientos de recurso iniciados al amparo de los artículos 34 y 40, respectivamente, del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo".

En la revisión de oficio de la contratación verbal a que se contrae la presente consulta el procedimiento ha sido incoado mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de 24 de noviembre de 2017, lo que nos remite al artículo 34 del citado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en cuyo apartado 1 se expresa que "La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre". Ahora bien, sucede que a la fecha de iniciación del expediente de revisión de oficio la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, había sido derogada y sustituida por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), cuya disposición transitoria tercera señala, en su apartado b), que "Los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán por las normas establecidas en ésta". Se suscita entonces la cuestión de si la remisión del artículo 34.1 del TRLCSP a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), tiene carácter estático, de modo que la posterior derogación de esta Ley por la LPAC resultaría indiferente a los efectos de la determinación del régimen adjetivo aplicable, siendo de aplicación en todo caso la LRJPAC a los procedimientos de revisión iniciados durante la vigencia del TRLCSP, o si tiene carácter dinámico, con lo cual habría de entenderse realizada a la norma en vigor al momento de incoación del procedimiento de revisión. El asunto no resulta baladí habida cuenta del diferente plazo máximo de resolución que establecen una y otra norma -tres meses en la LRJPAC frente a los seis meses de la LPAC- y de la consecuencia de caducidad que el silencio lleva aparejado en esta clase de procedimientos. Entendemos que la remisión efectuada por el artículo 34 del TRLCSP a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, tiene carácter dinámico, pues cuando se estaba elaborando el TRLCSP -entre los meses de junio y noviembre de 2011- no se había suscitado aún la conveniencia de abordar una reforma legislativa como la que daría lugar más adelante a la sustitución de la LRJPAC, propuesta por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas en un informe elaborado en junio de 2013, y, por tanto, concluimos que la remisión del artículo 34.1 del TRLCSP a la LRJPAC ha de entenderse realizada a la norma reguladora del procedimiento administrativo vigente a la fecha de incoación del procedimiento de revisión de oficio, lo que supone en nuestro caso que deba estarse a lo preceptuado en el artículo 106 de la LPAC.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la LPAC, el Ayuntamiento de Oviedo se halla debidamente legitimado en cuanto autor de las actuaciones cuya declaración de nulidad es objeto de este procedimiento de revisión de oficio.

TERCERA.- En cuanto al plazo para proceder a la revisión de oficio, el artículo 106.1 de la LPAC dispone que las "Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (...), declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía

administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1”.

No obstante, el artículo 110 de la referida LPAC establece que la revisión de oficio no podrá ser ejercitada “cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”. En el caso que examinamos entendemos que no concurre en el procedimiento ninguno de los límites señalados.

CUARTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que esta se configura como un instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, lo que exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por ello, hemos de analizar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En el presente caso se han observado los trámites esenciales del procedimiento, puesto que se ha dado audiencia y vista del expediente a la sociedad interesada, se ha adoptado un acuerdo de iniciación y se ha elaborado una propuesta de resolución que responde a la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 35.1.b) de la LPAC.

Sin embargo, advertimos que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la mercantil interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 21.4 de la LPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución y notificación del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

Sobre la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio, la LPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a hacer una referencia al “órgano competente”. Por ello, y tratándose de una Administración local, hemos de acudir al régimen establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), modificada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del

Gobierno Local. El artículo 127 de la LRBRL, aplicable a los municipios de gran población, atribuye a la Junta de Gobierno Local las “facultades de revisión de oficio de sus propios actos” -apartado 1.k)-. En idéntico sentido, el artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, otorga la competencia al órgano municipal respectivo en relación con sus propios actos, estableciendo que, sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, “los órganos de las entidades locales podrán revisar sus actos, resoluciones y acuerdos, en los términos y con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común”. A su vez, el TRLCSP determina en su disposición adicional segunda -“Normas específicas de contratación en las Entidades Locales”-, apartado 3, que en “los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las competencias que se describen en los apartados anteriores (sobre contratación) se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo”.

Dado que se pretende la nulidad de actos de contratación verbalmente acordados, hemos de entender, tal y como ya indicamos en el Dictamen Núm. 199/2013, que el órgano competente para la aprobación de un acto ha de serlo igualmente para acordar la revisión de oficio del adoptado desconociendo tal competencia. En consecuencia, es claro que la revisión de oficio corresponde al órgano de contratación; en este caso, la Junta de Gobierno Local.

Finalmente, con arreglo a lo establecido en el artículo 106.5 de la LPAC, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán resolverse en el plazo de seis meses desde su inicio, transcurridos los cuales sin dictarse resolución, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá su caducidad. Incoado el que analizamos mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 24 de noviembre de 2017, la Administración consultante ha dispuesto, antes del transcurso de los seis meses, que el plazo para resolver se suspenda con motivo de la solicitud de nuestro dictamen a tenor de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Según criterio reiterado de

este Consejo que hemos explicitado, entre otros, en el Dictamen Núm. 161/2015, la suspensión señalada, motivada por la solicitud de nuestro dictamen, y fundada en el artículo 22.1.d) de la LPAC, produce efectos desde el día en que se registra de salida la petición de consulta -en el caso de que se trata el 16 de mayo de 2018, según consta en el “justificante de salida en registro” que obra en el expediente-. Tanto la suspensión del plazo para resolver como su causa se han comunicado a la mercantil interesada; ahora bien, como ya hemos señalado en anteriores ocasiones, no resulta de las actuaciones remitidas que se haya puesto en conocimiento de la misma cuál es el momento en que se inicia el cómputo del plazo de suspensión, aspecto este que tanto la jurisprudencia como este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 161/2015) vienen considerando como un requisito esencial sin el cual aquella no puede entenderse válidamente producida. Por tanto, la Administración consultante deberá verificar en el momento de recepción del presente dictamen si efectivamente ha cumplido con el deber de notificar a los interesados la fecha en que la suspensión produce efectos. Si no ha observado tal deber habrá de declarar la terminación del procedimiento por caducidad, conforme a lo señalado en el artículo 25.1.b) de la LPAC.

QUINTA.- Entrando en el fondo del asunto, para la correcta valoración del supuesto que analizamos debemos partir de una consideración de tipo general, y es que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título V de la LPAC, constituye un procedimiento excepcional, puesto que este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, sin intervención judicial y en cualquier momento, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad. En la revisión de oficio confluyen dos valores contrapuestos: por una parte, los propios del principio de seguridad jurídica constitucionalmente proclamado (artículo 9.3) que exige que su ejercicio se haga con prudencia y rigor y, por otra, los derivados del principio de legalidad que impone que el ejercicio de esta potestad tenga que basarse necesariamente en alguno de los supuestos previstos en el ordenamiento. En consonancia con el sentido excepcional de esta potestad de autotutela, la interpretación de las causas que legitiman su ejercicio debe ser restrictiva; de lo contrario perdería efectividad la

garantía que entraña la diferenciación entre actos nulos de pleno derecho y actos anulables y su sometimiento a regímenes jurídicos de anulación distintos. La sanción de nulidad ha de reservarse para los actos que contienen contravenciones del ordenamiento de tal entidad que trascienden el interés particular del destinatario y del acto y que, por incidir en el interés general, se consideran de orden público, lo que justifica que puedan ser apreciados y declarados de oficio por la Administración.

La Administración consultante aprecia en el acto de contratación al que se refiere el expediente que analizamos un supuesto de nulidad radical conforme al apartado a) del artículo 32 del TRLCSP, que remite a las causas “indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”; más concretamente, y coincidiendo implícitamente con este Consejo en que ha de darse a la remisión legal señalada carácter dinámico, entiende que concurriría la del artículo 47.1, letra e), de la LPAC, a cuyo tenor son nulos los actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”, según expresa en su informe la Letrada Consistorial.

Al abordar el análisis del asunto que nos ocupa debemos partir de que la revisión de oficio solo estaría justificada cuando faltan los supuestos esenciales del acto y la Administración no dispone de otros medios para restablecer la legalidad presuntamente infringida. Tratándose de la causa contenida en la letra e) del artículo 47.1 de la LPAC, ha de tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con determinados vicios que afectan al contenido del acto, los cuales encajan inequívocamente en uno de los dos grados de invalidez (nulidad de pleno derecho o anulabilidad), las infracciones del procedimiento no se encuentran integradas de antemano en uno u otro grado de invalidez, sino que son susceptibles de ser consideradas en una u otra categoría o de constituir incluso una simple irregularidad no invalidante en función de su gravedad. De acuerdo con la Ley, la apreciación de la nulidad se reserva para aquellos casos en que el procedimiento se ha violentado de modo flagrante o se ha producido alguna anomalía sustancial en la tramitación, “envolviendo tales ausencias o errores procedimentales un radical vicio con irremediables efectos sobre el acto administrativo final”, según viene afirmando reiteradamente el Consejo de Estado

(entre otros, Dictamen Núm. 1950/2004). Por ello, la eventual concurrencia de esta causa de nulidad no debe examinarse desde una perspectiva formalista, sino desde una óptica sustantiva en la que lo decisivo no es tanto la ausencia de uno o varios trámites, como que no se hayan respetado los principios que informan el procedimiento y cuya omisión determinaría, tal y como también señaló el alto órgano consultivo en el Dictamen Núm. 279/2000, de 16 de marzo, una "irregular e impropia formación de la voluntad administrativa que constituye el sustrato material de dicho acto aprobatorio". En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha declarado en numerosas ocasiones que el ejercicio de las facultades revisoras debe ser ejercido con mucha "parsimonia y moderación" (por todas, Sentencia de 26 de febrero de 1980 -ECLI:ES:TS:1980:2598-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) y que en "la apreciación de supuestos vicios de nulidad ha de ponderarse la importancia que revista el derecho a que afecte, las derivaciones que motive, la situación y posición de los interesados en el expediente y, en fin, cuantas circunstancias concurren" (por todas, Sentencia de 21 de junio de 2005 -ECLI:ES:TS:2005:4024-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª). En definitiva, la valoración de la gravedad del defecto procedimental ha de realizarse observando el debido equilibrio entre el principio de eficacia y el papel garantizador que el procedimiento ha de cumplir para los ciudadanos, para lo cual deben analizarse las consecuencias de la conculcación del procedimiento y, como viene señalando el Tribunal Supremo también reiteradamente (por todas, Sentencia de 24 de enero de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:294-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), "sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido".

En el caso que nos ocupa, se somete a dictamen la propuesta de declaración de nulidad de la prórroga no formalizada del contrato de gestión avanzada de la energía del Ayuntamiento de Oviedo, la cual fue convenida de forma verbal para no interrumpir la prestación del servicio constitutivo de su objeto durante el periodo comprendido entre el 11 de septiembre de 2016 y el 5 de mayo de 2017, al no haberse llegado a culminar la tramitación reglada del procedimiento de prórroga antes de que expirase el plazo de vigencia del

contrato. Según informe de la Sección de Apoyo Técnico de Alumbrado Público y Eficiencia Energética que obra en el expediente, no nos encontraríamos ante un acto dictado de plano, pues el procedimiento de prórroga, que había sido iniciado el día 1 de junio de 2016, se habría tramitado casi por completo, al punto de que “se llega a generar el informe de gestión económica y también (...) a contabilizarse la operación”, si bien “por un problema en la tramitación electrónica” no llega a dictarse el acto finalizador del procedimiento, esto es, la aprobación de la prórroga por parte órgano de contratación. Además, se trataría de un contrato cuyo plazo de ejecución podía prolongarse un año desde la fecha de finalización inicial. En estas circunstancias, considerando que en el régimen que resulta del artículo 23.2 del TRLCSP las prórrogas son obligatorias para el empresario; que la prolongación del periodo de prestación del servicio aun habiendo sido irregularmente efectuada no produce distorsión alguna de la competencia ni lesión de los principios fundamentales en materia de contratación pública, en la medida en que estando contemplada la posible prórroga del contrato había sido conocida por todos los interesados en concurrir a la licitación, y que la Administración consultante ha observado los hitos fundamentales que integran la tramitación usual de esta clase de procedimientos -inicio, informe justificativo de la necesidad y conveniencia de la prórroga y contabilización del gasto- con la sola excepción del acto final de aprobación, por lo que no se afectan las garantías procedimentales básicas que conforman la contratación pública, este Consejo estima que no concurre el supuesto de nulidad radical establecido en el apartado a) del artículo 32 del TRLCSP y, por remisión de este, en el 47.1, letra e), de la LPAC, siendo susceptible de convalidación la omisión del acuerdo de prórroga por parte del órgano de contratación. Convalidado el acto, deberá abonarse al empresario el precio correspondiente a los servicios efectivamente prestados durante la prolongación del periodo de vigencia del contrato.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede revisar de oficio y declarar la nulidad de pleno derecho

de los actos administrativos de adjudicación a la mercantil del “contrato verbal de gestión avanzada de la energía”.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ANEXO

“VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA CONSEJERA-VOCAL DEL CONSEJO CONSULTIVO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS DOÑA ROSA ZAPICO FUEYO AL DICTAMEN MAYORITARIO RECAÍDO EN EL EXPEDIENTE NÚMERO 142/2018.

La Consejera que suscribe disiente del texto del dictamen mayoritario aprobado por el Pleno del Consejo Consultivo el día 21 de julio de 2018, no compartiendo la decisión adoptada; esto es, que “no concurre el supuesto de nulidad radical establecido en el apartado b) del artículo 32 del TRLCSP y, por remisión de este, en el 47.1, letra e), de la LPAC, siendo susceptible de convalidación la omisión del acuerdo de prórroga por parte del órgano de contratación”.

El dictamen solicitado por el Ayuntamiento de Oviedo, a los efectos de acordar la revisión de oficio de un contrato verbal, tiene su origen en el informe de la Intervención Municipal de 17 de noviembre de 2017, sobre la improcedencia de “acudir directamente a la vía del reconocimiento extrajudicial de créditos” para el abono de las facturas que ascienden a 41.636,52 euros, “puesto que en la tramitación seguida se aprecia la posible concurrencia de un supuesto de nulidad radical” por ausencia total y absoluta del procedimiento “que determinaría, en aplicación del artículo 35 del TRLCSP, la nulidad del contrato”. Por ello entiende que, “conforme a lo previsto en el artículo 106 de la Ley 39/2015, procedería que por la Junta de Gobierno se inicie el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal”, y recuerda al órgano administrativo la necesidad de que “se adopten medidas para evitar que vuelvan a producirse estas prácticas por las consecuencias que tiene la infracción de la Ley”, citando al efecto el informe de fiscalización del ejercicio 2013 de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias.

Entiende el informe de la Intervención que se procedió por los servicios municipales a efectuar una contratación verbal de los servicios de gestión avanzada de la energía del Ayuntamiento de Oviedo durante el periodo

comprendido entre el 11 de septiembre de 2016 y el 5 de mayo de 2017, al no haberse llegado a culminar la tramitación reglada del procedimiento de prórroga antes de que expirase el plazo de vigencia del contrato que tuvo lugar el día 10-09-2016.

El dictamen emitido entiende, por su parte, que no se ha producido un nuevo contrato verbal como mantiene la Autoridad consultante, y por el contrario interpreta que lo que ha tenido lugar es una prórroga verbal o tácita que no considera nula, sino anulable en base a que "el procedimiento de prórroga, que había sido iniciado el día 1 de junio de 2016, se habría tramitado casi por completo", por lo que entiende que "no concurre el supuesto de nulidad radical establecido en el apartado b) del artículo 32 del TRLCSP y, por remisión de este, en el 47.1, letra e), de la LPAC, siendo susceptible de convalidación la omisión del acuerdo de prórroga por parte del órgano de contratación".

Contrariamente a lo que sostiene el dictamen emitido, a mi juicio las actuaciones habidas en el caso examinado constituyen una prórroga verbal o tácita del contrato cuya fecha de terminación ha tenido lugar en 10-09-2016, de tal modo que los servicios prestados desde el 11 de septiembre de 2016 y el 5 de mayo de 2017 constituyen un nuevo contrato verbal que debe ser calificado como nulo de pleno derecho.

En relación con la prórroga de los contratos públicos, como se sabe, se ha producido una evolución legislativa consecuencia en gran medida de las reglas contenidas en la legislación comunitaria. Así, la Ley de Contratos del Estado de 1965 admitía pactos y condiciones entre Administración y particulares con el único límite de que no fueran contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración (artículo 10); por tanto, bajo su vigencia, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal consideraba la figura de la prórroga tácita una manifestación del principio de libertad de pactos (Informe 1/1971, de 12 de febrero). Esta situación se ve modificada por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que derogó el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, que igualmente permitía la prórroga tácita, siendo posteriormente la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, la que con carácter general prohibió las prórrogas tácitas. La

exposición de motivos de esta norma señalaba que la finalidad de la reforma legal era incrementar la concurrencia, transparencia y objetividad de los procedimientos de adjudicación en la contratación administrativa, así como adaptar la normativa española a la comunitaria teniendo en cuenta las Directivas 93/36/CEE, 93/37/CEE y 92/50/CEE. También prohibió las prórrogas tácitas el artículo 23 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, de tal modo que, según la norma, la prórroga del contrato es una renovación del mismo por uno nuevo, por lo que solo cabe su renovación mediante prórrogas expresas.

Por otra parte, es necesario recordar que la contratación en el sector público es de carácter formal, tal y como declaraba el artículo 28 del TRLCSP, prohibiéndose de forma expresa la contratación verbal, salvo en el caso excepcional de la tramitación de emergencia, o en el supuesto de los contratos menores. Resulta por tanto indiscutible la prohibición de la prórroga tácita a la vista del contenido del artículo 23.2, segundo párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), que dispone: **“La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes”.**

Es preciso admitir que la citada prohibición legal ha generado problemas en todas las Administraciones, y más especialmente en la local, debido a los problemas que suscita la prohibición de esta figura en relación con la necesidad a garantizar la continuidad de los diversos servicios y prestaciones públicas; cuestión que aborda la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que vuelve a introducir la prórroga tácita, si bien dentro de unos límites muy precisos, entre los que destaca que tal prórroga debe ser “consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles”, es decir, acontecimientos imprevisibles que se produzcan en el procedimiento de licitación, lo que sin duda supone una limitación a la utilización de esta medida.

No obstante, lo cierto es que existiendo la prohibición legal de prórroga tácita, que es lo que ha tenido lugar en el caso que nos ocupa, debemos

examinar cuáles son las consecuencias que se derivan de la ausencia del acto expreso de prórroga y si procede calificarlo como un supuesto de nulidad de pleno derecho a tenor del artículo 32 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que se remite en su apartado a) a las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, (“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”), -hoy art. 47.e) de la Ley 39/2015-, o si por el contrario cabe calificarlo como anulable según señala el dictamen.

A mi juicio, la infracción de la prohibición de prórrogas tácitas o verbales ha de interpretarse, si esta se produce, como un supuesto de nulidad de pleno derecho; así lo vienen señalando tanto las Comisiones Asesoras en materia de contratación como el propio Consejo de Estado, que vienen entendiendo que las prórrogas no acordadas de forma expresa constituyen un nuevo contrato verbal que ha de calificarse como nulo de pleno derecho. Podemos citar, por todos, el Dictamen 901/2016 del Consejo de Estado, de 1-12-2016, en el que se examinan prórrogas tácitas o verbales y en el que el Consejo de Estado señala: **“A los efectos de la nulidad aquí pretendida, el examen del expediente acredita que, como se ha reseñado en antecedentes, expirada la prestación de los dos contratos, la Confederación Hidrográfica ordenó la continuidad de los mismos durante un periodo de ocho meses adicionales por la importancia objeto de los contratos y la escasez de recursos, tanto materiales como humanos, de la propia Administración hidráulica, existiendo así una total ausencia de procedimiento, lo que da lugar a la declaración de la nulidad radical del acto de adjudicación y del contrato (artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992) que, por ello, debe ser revisado de oficio”.**

El dictamen del que discrepo, por su parte, interpreta que “la eventual concurrencia de esta causa de nulidad no debe examinarse desde una perspectiva formalista, sino desde una óptica sustantiva, en la que lo decisivo no es tanto la ausencia de uno o varios trámites como que no se hayan respetado los principios que informan el procedimiento y cuya omisión determinaría, tal y como también

señaló el alto órgano consultivo... una irregular e impropia formación de la voluntad administrativa que constituye el sustrato material de dicho acto aprobatorio”, para concluir el carácter anulable de la prórroga tácita.

Pues bien, es cierto que en relación con este tema el Consejo de Estado, conforme al artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, tiene declarado que para apreciar dicha causa de nulidad debe darse, en primer lugar, un vicio de procedimiento. Y en todo caso no basta con la mera invocación de cualquier vicio o anomalía formal, “sino que es preciso que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, bien porque no se hubiere seguido procedimiento alguno, bien porque se hubiere seguido un procedimiento distinto al legalmente establecido (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1983, 21 de marzo de 1988, 12 de diciembre de 1989, 29 de junio de 1990, 31 de enero de 1992, 7 de mayo de 1993, 28 de diciembre de 1993, 22 de marzo de 1994, 18 de junio de 1994 y 28 de septiembre de 1994; dictámenes del Consejo de Estado de 5 de noviembre de 1987 -expte. N.º 50.164-, 19 de octubre de 1999 - expte. N.º 53.746- y 22 de junio de 2000 -expte. N.º 1.949-).”

Y, para calificar la gravedad o esencialidad a que hacen referencia los dictámenes citados, el Consejo de Estado exige que “no existan los engarces formales necesarios en el iter administrativo para concluir en el acto que se pretende emanar, envolviendo tales ausencias o errores procedimentales un radical vicio con irremediables efectos sobre el acto administrativo final” (Dictamen número 2.756/96, de 25 de julio). Tales “engarces formales” se reducen al “núcleo mínimo e irreductible de trámites procedimentales que deben desarrollarse para estudiar, preparar y adoptar una resolución” (Dictamen número 520/92, de 4 de junio), cuya omisión determinaría “una irregular e impropia formación de la voluntad administrativa que constituye el sustrato material de dicho acto aprobatorio” (Dictamen número 43.816, de 19 de noviembre de 1981). El vicio que conduce a la declaración de nulidad del acto exige, pues, una grave y esencial infracción que, a mi juicio, concurre en el supuesto examinado.

El procedimiento de prórroga contractual no se encuentra regulado de forma expresa en el TRLCSP, y ello tal vez porque la prórroga contractual es un mero acto unilateral de la Administración que en nuestro caso resulta, además, de

obligada aceptación por el contratista; acto por tanto sujeto a las reglas del procedimiento común (Ley 39/2015) que podemos resumir en una propuesta fundamentada del servicio responsable del contrato, acreditación de la existencia y disponibilidad de crédito presupuestario y resolución de concesión o (no se olvide) denegación de la prórroga. Estas exigencias mínimas constituyen el iter a seguir para que el órgano de contratación hubiera adoptado una decisión afirmativa o negativa sobre la procedencia de la emisión de la prórroga contractual.

En el caso que nos ocupa, si bien la unidad administrativa encargada de tramitar su propuesta de prórroga inició, según se afirma, ciertos trámites administrativos, estos no continuaron, razón por la que no llegó a dictarse acto alguno por el órgano de contratación aprobando la prórroga, sin embargo las prestaciones contractuales continuaron. No hace constar el dictamen razón alguna que justifique las razones que han impedido la adopción del exigible acto administrativo, limitándose a transcribir el informe de la Sección de Apoyo Técnico de Alumbrado Público y Eficiencia Energética de 6 de noviembre de 2017, que dice: "iniciándose la tramitación de la prórroga con fecha 1 de junio de 2016", de modo que "se llega a generar el informe de gestión económica y también llega a contabilizarse la operación", si bien "por un problema en la tramitación electrónica no llega a aprobarse la prórroga antes del fin de contrato". Las transcritas circunstancias resultan suficientes a juicio del dictamen emitido para afirmar que se ha seguido en lo esencial el procedimiento y que constituyen justificación adecuada para que la ausencia del acto administrativo expreso de prórroga, que no fue dictado por el órgano de contratación competente, como la ley exige, no resulte viciado de nulidad, pudiendo subsanarse tal ausencia mediante la convalidación. Debe recordarse que las citadas razones no fueron tenidas en cuenta por el órgano de contratación municipal, que, pese a conocerlas, interpretó que el contrato verbal era nulo de pleno derecho.

No comparto la argumentación utilizada por el dictamen aprobado, ya que la alusión a un desconocido "problema" en la tramitación electrónica que desde el 1 de junio de 2016 no pudo ser resuelto, según parece, hasta la terminación del contrato, que tuvo lugar el 11 de septiembre del mismo año (más de 3 meses),

resulta de todo punto insuficiente para justificar una prórroga tácita que la ley expresamente prohíbe, no constando por otra parte los motivos por los que no se pudo acudir al alternativo procedimiento de emisión del acto mediante la firma de la resolución de forma manual. Es preciso añadir que la inexistencia de una resolución expresa de prórroga impide que el contrato continúe al extinguirse por el transcurso del plazo, sin que concurran en nuestro caso circunstancias excepcionales que hayan impedido la emisión del acto administrativo, máxime en un procedimiento que dada su extremada sencillez y ausencia de complejidad no puede entenderse suplido con su mero inicio, que es lo único que ha ocurrido realmente. Debo añadir que no consta ni siquiera acreditado cuál ha sido el conocimiento o participación del órgano de contratación en la continuidad del contrato, por lo que la tesis que mantiene el dictamen estaría otorgando validez (mediante la convalidación) a actos que incluso podrían no ser conocidos por el órgano de contratación; aspecto este que, a mi juicio, no ha sido debidamente valorado por el dictamen.

Lo expuesto me lleva a concluir que es solo el acto expreso del órgano de contratación el que puede acordar (o denegar) la prórroga del contrato, debiendo además constar la mención expresa de su duración, y es este el acto que surtirá efectos para el contratista a partir de la notificación reglamentaria del mismo. Por otra parte, tanto el acto de otorgamiento de la prórroga como su notificación deben tener lugar con anterioridad al transcurso del periodo de duración del contrato, puesto que una vez extinguido el vínculo obligacional por vencimiento del término jurídicamente no tiene cabida la figura de la prórroga. De esto deriva, en mi opinión, una clara imposibilidad legal de convalidación de la prórroga verbal al haber fenecido el contrato.

Podemos remitirnos en tal sentido al Informe 5/2015, de 9 de abril de 2015, de la Comisión Asesora de Contratación del Gobierno Vasco, o al Informe 4/2016 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias, que recoge diversos dictámenes de la Abogacía del Estado y señala que, "en cuanto... a las consecuencias de una situación de prórroga tácita que afecta a un contrato de servicios (con plazo de duración) cuyo plazo inicial había expirado sin que antes se hubiera acordado la prórroga. Se sostenía que el artículo 109 LCAP

(con igual contenido que el artículo 221 TRLCSP) establece que “los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución”. En contratos que, como es el caso, tienen señalado un plazo de duración, el cumplimiento se produce cuando se termina el plazo”.

Al haberse extinguido el plazo inicial del contrato y con él el propio contrato, “no puede ya acordarse una prórroga”. En el Dictamen 32/97, emitido por la Abogacía General del Estado para un contrato de concesión (con plazo de duración), se declara que “la prórroga debe solicitarse, e incluso acordarse o denegarse mientras está vigente el plazo inicialmente previsto. Tampoco puede reanudarse el contrato extinguido mediante la convalidación”.

En suma, a mi juicio, no cabe interpretar, como afirma el dictamen, que estamos ante una prórroga anulable y por tanto sujeta a convalidación, sino que, por el contrario, entiendo que el contrato no fue prorrogado y terminó en la fecha prevista, de modo que la continuidad de las prestaciones constituye un nuevo contrato incurso en un supuesto de nulidad radical establecido en el apartado a) del artículo 32 del TRLCSP y, por remisión de este, en el 47.1, letra e), de la LPAC, que, por ello, debe ser revisado de oficio, de conformidad con las razones aducidas por la Autoridad consultante.”

En Gijón, a 28 de junio de 2018

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,