

Expediente Núm. 160/2018
Dictamen Núm. 178/2018

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José 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 26 de julio de 2018, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 23 de mayo de 2018 -registrada de entrada el día 18 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio de la contratación verbal del suministro de energía eléctrica.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 26 de diciembre de 2017, el Jefe de la Sección de Apoyo Técnico de Alumbrado Público y Eficiencia Energética emite informe, con la conformidad de la Concejala de Gobierno de Infraestructuras y Servicios Básicos del Ayuntamiento de Oviedo, sobre el desajuste en la contratación del suministro de energía eléctrica de las dependencias e instalaciones municipales. En él se expone que, finalizado el anterior contrato el 30 de septiembre de 2017, el

nuevo entró en vigor el 19 de octubre del mismo año, por lo que se propone el reconocimiento de deuda por el importe de las facturas correspondientes al periodo comprendido entre el 1 y el 18 de octubre de 2017, que asciende a 225.853,34 €, conforme al detalle que se acompaña. Constan igualmente las consignaciones presupuestarias adecuadas.

2. El día 8 de enero de 2018, la Adjunta a la Jefa de la Oficina Presupuestaria y el Jefe del Servicio de la Oficina Presupuestaria libran un informe en el que se concluye que procedería “que por la Junta de Gobierno se inicie el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal del que se derivan las facturas incluidas en este expediente”.

3. Con fecha 1 de febrero de 2018, el Adjunto al Interventor General Municipal suscribe un informe en el que señala que “las facturas cuyo reconocimiento extrajudicial se propone determinan la superación del límite” establecido para la contratación menor y “suponen una continuación en idénticas condiciones” del contrato extinguido el 30 de septiembre de 2017, “de tal forma que se habrían eludido las formalidades para su tramitación” incurriéndose en causa de nulidad radical por ausencia total de procedimiento, por lo que “no procede en este caso acudir directamente a la vía del reconocimiento extrajudicial de créditos”, sino iniciar el procedimiento de revisión de oficio “que determinaría, en aplicación del artículo 35 del TRLCSP, la nulidad del contrato”.

4. En sesión celebrada el 2 de febrero de 2018, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo acuerda, a propuesta de la Concejalía de Gobierno de Economía y Empleo, iniciar el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal del que derivan las facturas indicadas. El acuerdo se notifica con fecha 6 de febrero de 2018 a la empresa suministradora, concediéndole audiencia por un plazo de diez días, extendiéndose diligencia a continuación de que se ha agotado dicho plazo sin que la interesada haya presentado alegaciones.

5. Con fecha 18 de abril de 2018 libra informe una Letrada Consistorial. En él se aprecia la concurrencia de nulidad radical por haberse prescindido del procedimiento legalmente establecido, y se concluye que debe proseguirse la tramitación del expediente de revisión “pasando a dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, previo a la declaración de nulidad, siendo objeto de liquidación posterior una vez firme, habida cuenta lo dispuesto en el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.

6. En sesión celebrada el 26 de abril de 2018, la Junta de Gobierno Local aprueba la propuesta de la Concejalía de Gobierno de Infraestructuras y Servicios Básicos relativa a la remisión del expediente al Consejo Consultivo para la emisión del preceptivo dictamen y la notificación a la empresa interesada de la suspensión del plazo para resolver “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015”. El acuerdo se notifica a la mercantil el día 2 de mayo de 2018.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 23 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 de la contratación verbal con la empresa del suministro de energía eléctrica, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo 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 I), 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.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante 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 mercantil 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, 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 Texto

Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y vigente al tiempo de iniciarse este procedimiento, 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". La vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, recoge la misma regla en su disposición adicional segunda, y establece, en su disposición transitoria primera, 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".

Dado que se pretende la nulidad de actos de contratación verbal, 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. Comoquiera que el Ayuntamiento adoptó el acuerdo de incoación el día 2 de febrero de 2018, una vez transcurridos los seis meses habría de declararse por aquel la caducidad del procedimiento. No obstante, la Administración ha utilizado la posibilidad de suspender el transcurso de dicho

plazo de resolución hasta la emisión de dictamen por este Consejo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, por lo que hemos de entender que no ha transcurrido el plazo máximo legalmente establecido, debiendo reanudarse su cómputo el día de recepción de este dictamen.

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 este caso, se somete a dictamen un procedimiento de revisión de oficio de la contratación verbal del suministro de energía eléctrica de las dependencias e instalaciones municipales, que tiene su origen en los informes de la Oficina Presupuestaria y la Intervención expresivos de la improcedencia de acudir de plano al reconocimiento extrajudicial de créditos para el abono de determinadas facturas a la empresa suministradora, al repararse en que rebasan por su cuantía los límites del contrato menor, por lo que el procedimiento a aplicar para la liquidación del mismo ha de ser el de la revisión de oficio establecido en el artículo 106 de la LPAC, con carácter previo a la aplicación del artículo 35 del TRLCSP, aplicable aquí *rationae temporis*.

En efecto, como ya hemos señalado en anteriores dictámenes dirigidos a esa misma autoridad consultante, tras la entrada en vigor del artículo 35 del TRLCSP la previa declaración de nulidad constituye la vía específica y adecuada para compensar al contratista que actúa de buena fe; norma legal que, según expone el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, puso fin a la controversia jurisprudencial y doctrinal sobre el posible origen, contractual o extracontractual, de las obligaciones que habría de asumir la Administración en

estos casos para evitar el resultado antijurídico de la apropiación de unos servicios sin compensar al contratista.

En general, este tipo de actos de contenido obligacional que se presumen irregulares pueden ser catalogados de dos formas distintas, bien como una prórroga (ilegal) de un contrato anterior extinguido, bien como un contrato menor nuevo aparentemente desvinculado de un contrato anterior del que, sin embargo, constituye una réplica, en la medida en que sus características esenciales (prestaciones, precio, condiciones, etc.) se enuncian por referencia a él.

En el asunto ahora examinado, la propuesta que se eleva a la Junta de Gobierno Local, y que esta asume, considera que los actos de adjudicación de los contratos a que se alude incurren en la causa de nulidad a que se refiere el artículo 47.1.e) de la LPAC por ausencia total de procedimiento.

En efecto, el artículo 28 del TRLCSP proscribía la contratación verbal; el artículo 31 del mismo texto establece que “los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, 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”, y, finalmente, el artículo 32 determina que “Son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes: / a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre” (referencia que en la actualidad debe entenderse hecha al artículo 47.1 de la LPAC).

El referido artículo 47.1.e) de la LPAC establece que son nulos de pleno derecho los actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”. Según reiterada jurisprudencia, para que pueda apreciarse esta causa de nulidad la omisión del procedimiento ha de ser “clara, manifiesta y ostensible”, lo que sucede, entre otros, en los casos de “ausencia total de trámite” (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de

mayo de 2006 -ECLI:ES:TS:2006:2789- Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

En el presente caso, el análisis de lo actuado revela que la Administración procedió a prorrogar *de facto*, en sus mismas condiciones económicas, un contrato de suministro que se había extinguido al haberse agotado su plazo de vigencia -el 30 de septiembre de 2017- sin haberse adjudicado en esa fecha tras la oportuna licitación, pues consta que el nuevo contrato resultado de la licitación no entra en vigor hasta el 18 de octubre de 2017. Se observa así que el contrato sometido a revisión se adjudicó sin seguir ninguno de los procedimientos previstos al efecto en el TRLCSP. Por ello, resulta evidente que se ha omitido, de forma clara, manifiesta y ostensible, el procedimiento legalmente exigible.

En definitiva, este Consejo estima que, por las razones señaladas, concurre el supuesto de nulidad radical establecido en el apartado e) del artículo 47.1 de la LPAC.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, como ya hemos adelantado, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 35.1 del TRLCSP; regulación que constituye en la actualidad el cauce legal específico para garantizar los derechos de quien hubiera prestado servicios a la Administración en unas condiciones como las examinadas.

El artículo citado prescribe que la “declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede revisar de oficio y declarar la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos de adjudicación a la empresa del contrato de suministro de energía eléctrica de las dependencias e instalaciones municipales correspondiente al periodo comprendido entre el 1 y el 18 de octubre de 2017, y en consecuencia la nulidad, insubsanable y no convalidable, del mismo.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.