

Expediente Núm. 173/2018
Dictamen Núm. 193/2018

V O C A L E S :

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

Secretario General Adjunto:
Mier González, Manuel Eduardo

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 6 de septiembre 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 de 26 de junio de 2018 -registrada de entrada el día 5 de julio del mismo año-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio de la contratación verbal del servicio de conservación y mantenimiento de las redes semafóricas, sistema de TVCC y explotación de la Sala de Control, incluyendo aplicaciones informáticas de control de tráfico y sistema de aparcamientos en rotación.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 23 de febrero de 2018 emite informe el Jefe de la Oficina Presupuestaria del Ayuntamiento de Oviedo. En él señala, como antecedentes, que “por Acuerdo de la Junta de Gobierno de (...) 10 de diciembre de 2009 se aprueba la adjudicación definitiva del contrato del servicio de conservación y mantenimiento de las redes semafóricas, sistema de TVCC y explotación de la

Sala de Control, incluyendo aplicaciones informáticas de control de tráfico y sistemas de aparcamiento en rotación”, a la mercantil que se indica, con un “plazo de ejecución de cuatro años a partir de la formalización del mismo (31-12-2009) y con dos prórrogas anuales. Si bien, por Acuerdo de la Junta de Gobierno de (...) 30-12-2015 se aprueba la modificación del plazo de la última prórroga de dicho contrato hasta 30 de junio de 2016./ Por este Servicio de inició expediente de reconocimiento extrajudicial en relación con las facturas pendientes de tramitación por un importe total de 323.806,67 €, correspondientes al concepto de mantenimiento y conservación de redes semaforicas del municipio de Oviedo durante el periodo del 1 de julio de 2016 al 18 de diciembre de 2016./ A la vista de lo dictaminado por el Consejo Consultivo -`no resultando legalmente posible prolongar en modo alguno la última prórroga del mismo, lo que ha tenido lugar es una nueva adjudicación de un contrato de servicios con idéntico objeto, siendo evidente que tal adjudicación se ha efectuado omitiendo de forma clara, manifiesta y ostensible el procedimiento legalmente exigible, y estando incurso en el supuesto de nulidad radical establecido en el apartado e) del artículo 47.1 de la LPAC´-, por la Junta de Gobierno de 16-2-2018 se acordó el archivo del expediente para proceder, en su caso, a la apertura de un nuevo expediente donde se amplíe el objeto del mismo./ En consecuencia, a las facturas que figuraban en el expediente original hemos de añadir las correspondientes a los meses de enero a junio de 2016 (ambos inclusive), por un importe total de 346.935,72 €”. A continuación incluye una tabla en la que relaciona las facturas relativas a este procedimiento.

Añade que “el proveedor que efectuó el anterior servicio no ha visto satisfecha la oportuna contraprestación económica, siendo evidente, de acuerdo con lo establecido por reiteradas sentencias del Tribunal Supremo, que el Ayuntamiento está obligado a efectuar dichos pagos./ Por tanto, y 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 de la prórroga del plazo final del expediente (...) de los que se derivan las facturas

incluidas en el presente (...), como paso previo a la liquidación del contrato y al reconocimiento extrajudicial de la deuda, con determinación de las obligaciones pendientes de reconocimiento y pago”.

2. El 13 de marzo de 2018, el Adjunto al Interventor General Municipal del Ayuntamiento de Oviedo emite informe en el que propone el “reconocimiento extrajudicial de créditos” de las facturas que se mencionan correspondientes a los meses de julio a diciembre de 2016, así como de las facturas relativas a la prórroga aprobada en la Junta de Gobierno de 30 de diciembre de 2015, que se refieren a los meses de enero a junio de 2016. Señala que como consecuencia del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de 30 de diciembre de 2015 (por el que se procedió a la modificación del plazo de la última prórroga ampliando el plazo de ejecución del contrato hasta el 30 de junio de 2016) “se tramitaron contablemente las facturas que reseña, que “fueron imputadas contra los créditos previstos en el presupuesto y abonadas al contratista”, en alusión a las generadas por los servicios prestados de enero a junio de 2016. Y recuerda que “una vez alcanzada la citada fecha no se ha procedido a la extinción de la relación contractual con la mercantil (...), sino que dicha empresa ha continuado prestando idénticos servicios a los que constituían el objeto del contrato adjudicado (...), servicios que se corresponden con las facturas relacionadas en (...) este informe (relativas a los meses de julio a diciembre de 2016) y que se encuentran pendientes de reconocer presupuestariamente. A tal fin se tramitó (...) expediente de reconocimiento extrajudicial (...) que tras los trámites oportunos obtuvo dictamen del Consejo Consultivo” el 1 de febrero de 2018.

A la vista de ello, concluye que “no procede en este caso acudir directamente a la vía del reconocimiento extrajudicial de créditos, puesto que en la tramitación seguida se aprecia la concurrencia de un supuesto de nulidad radical conforme al apartado e) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015 que desemboca en un contrato nulo, insubsanable y no convalidable y, en consecuencia, no susceptible de generar obligaciones de naturaleza contractual

para la hacienda municipal sino en aplicación del artículo 35 del TRLCSP./ Por tanto, tal y como señala la Oficina Presupuestaria en su informe, y 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 la revisión de oficio del contrato verbal del que se deriva el gasto indicado en el apartado primero de este informe”.

Finalmente, señala la conveniencia de que “se adopten medidas para evitar que vuelvan a producirse estas prácticas por las consecuencias que tiene la infracción de la Ley”, y alude al informe definitivo de fiscalización de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias sobre las subvenciones, gastos sin consignación presupuestaria y reconocimiento extrajudicial de crédito en los Ayuntamientos de Gijón, Oviedo y Avilés.

3. En sesión celebrada el 16 de marzo de 2018, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo aprueba la propuesta de la Concejalía de Gobierno de Economía y Empleo relativa al inicio del procedimiento de revisión de oficio “del contrato verbal del que se derivan las facturas del periodo desde julio a diciembre de 2016, por un importe total de 323.806,67 €, y de las facturas correspondientes a la prórroga del plazo final (...), es decir, del periodo enero a junio de 2016, por un importe total de 346.935,72 €, que, tras el dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias previo a la declaración de nulidad, habrá de ser objeto de liquidación posterior”.

Queda constancia en el expediente de que dicho acuerdo se notifica con fecha 26 de marzo de 2018 a la empresa interesada, concediéndole audiencia y vista del mismo por un plazo de diez días.

Con fecha 11 de abril de 2018, el representante de la mercantil presenta en el registro del Ayuntamiento de Oviedo un escrito de alegaciones. En él resalta que “en ningún caso puede producirse un enriquecimiento injusto del Ayuntamiento de Oviedo, pues es un hecho absolutamente objetivo que los trabajos se han realizado correctamente y a petición del propio Ayuntamiento”, así como “la necesidad de inicio de un procedimiento de revisión de oficio por parte de la Junta de Gobierno”.

Por último, insta al Ayuntamiento a que proceda “al pago (...) del importe adeudado de trescientos veintitrés mil ochocientos seis euros con sesenta y siete céntimos (323.806,67 €), más los intereses de mora correspondientes”.

Adjunta los siguientes documentos: a) Poder notarial. b) Información del Registro Mercantil de Madrid.

4. El día 5 de junio de 2018, una Letrada Consistorial que actúa “en sustitución del titular de la Asesoría Jurídica” informa que las alegaciones de la empresa interesada han de desestimarse y, “previo dictamen del Consejo Consultivo, cuando sea apreciada la nulidad radical del contrato que dio lugar al reconocimiento extrajudicial de créditos procederá la devolución del importe de las facturas que han sido abonadas por el Ayuntamiento de Oviedo como ingresos indebidos, para una vez que se practiquen las nuevas liquidaciones proceder a su pago o, en su caso, compensación”.

5. Con fecha 11 de junio de 2018, el Concejal de Gobierno de Seguridad Ciudadana eleva a la Junta de Gobierno Local propuesta relativa a la desestimación de las alegaciones formuladas por la mercantil interesada, de conformidad con lo señalado en el informe de la Asesoría Jurídica, y la remisión del expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias, con notificación a la mercantil interesada de la suspensión del plazo para resolver, de acuerdo con lo previsto en el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Esta propuesta es aprobada por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 15 de junio de 2018, lo que se notifica a la empresa interesada el día 21 de junio de 2018.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 26 de junio 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 del servicio de conservación y mantenimiento de las redes semaforicas, sistema de TVCC y explotación de la Sala de Control,

incluyendo aplicaciones informáticas de control de tráfico y sistema de aparcamientos en rotación (expediente núm.), adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo y de la documentación relativa al contrato.

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 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 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 Ley 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, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y vigente al tiempo de iniciarse este procedimiento de revisión, determina en su disposición adicional segunda -“Competencias en materia de contratación en las Entidades Locales”-, apartado 4, 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 del órgano de contratación que se describen en los apartados anteriores se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo”, manteniendo así la regla establecida por su predecesora, 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 (que sigue rigiendo los “efectos, cumplimiento y extinción” del contrato objeto de la revisión que se pretende, “incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas”, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la LCSP).

Dado que se persigue 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. Incoado el que analizamos mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16 de marzo de 2018, es evidente que dicho plazo no ha transcurrido aún. No obstante, consta en el expediente que el Ayuntamiento ha acordado la suspensión del procedimiento en el mismo acuerdo de solicitud de dictamen a este Consejo, si bien no se acredita que la mercantil interesada haya tenido conocimiento efectivo de la fecha de efectos de la suspensión, coincidente con la del registro de salida de la petición.

QUINTA.- Entrando en el fondo del asunto, para la correcta valoración del supuesto que examinamos 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 servicio de conservación y mantenimiento de las redes semaforicas, sistemas de TVCC y explotación de la Sala de Control, incluyendo aplicaciones informáticas de control de tráfico y sistema de aparcamientos en rotación del Ayuntamiento de Oviedo, que tiene su origen en los informes de la Oficina Presupuestaria y de la Intervención expresivos de la improcedencia de acudir de plano al reconocimiento extrajudicial de créditos para el abono de determinadas facturas de servicios prestados por la mercantil interesada, al considerar que el procedimiento a aplicar para la liquidación de los contratos -uno por cada factura presentada al cobro por el empresario- 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 (referencia que en la actualidad debe entenderse hecha al artículo 42 de la LCSP).

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 -que hoy reproduce el artículo 42 de la LCSP- 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 Núm. 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, la contratación verbal está proscrita por el artículo 28 del TRLCSP, aplicable aquí *ratione temporis*; 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 mencionado 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 nos hallamos ante un contrato de servicios con un plazo de ejecución de cuatro años a partir de la formalización del mismo -31 de diciembre de 2009-, previéndose la posibilidad de establecer dos prórrogas anuales; no obstante, por acuerdo de la Junta de Gobierno Local se procedió a ampliar -cuando ya no era posible- la última prórroga en seis meses y, en cualquier caso, la prestación continuó ejecutándose hasta el 18 de diciembre de 2016. Por tanto, el análisis de lo actuado revela que la Administración procedió a prorrogar *de facto*, en sus mismas condiciones económicas, un contrato de servicios que se extinguiría al día siguiente de que la Junta de Gobierno Local acordase la modificación de la última prórroga -30 de diciembre de 2015-, ampliándola, al consumirse el plazo máximo de duración permitido por el artículo 303 del TRLCSP. Por ello, no resultando legalmente posible prolongar en modo alguno la última prórroga, lo que ha tenido lugar es una nueva adjudicación de un contrato de servicios con idéntico objeto al anterior, cuya prestación se ha ejecutado -ilegalmente- desde el 1 de enero al 18 de diciembre de 2016, siendo evidente que tal adjudicación se ha efectuado omitiendo de forma clara, manifiesta y ostensible el procedimiento legalmente exigible, y estando incurso en el supuesto de nulidad radical establecido en el apartado e) del artículo 47.1 de la LPAC.

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”.

Ello sin perjuicio de recordar -como hace la Intervención General en su informe- la eventual responsabilidad en la que pueden incurrir autoridades y funcionarios, así como la conveniencia de adoptar medidas para evitar que vuelvan a producirse estas prácticas por las consecuencias que tiene la infracción de la Ley, habida cuenta del eventual perjuicio que, al menos en cuanto a la generación de intereses de demora, supone para la Administración el retraso en el abono de las facturas pendientes; perjuicio al que se suma el coste derivado de la instrucción del correspondiente procedimiento revisor.

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 del servicio de conservación y mantenimiento de las redes semaforicas, sistemas de TVCC y explotación de la Sala de Control, incluyendo aplicaciones informáticas de control de tráfico y sistema de aparcamientos en rotación, correspondiente

al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 18 de diciembre de 2016, 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.