

Expediente Núm. 203/2018
Dictamen Núm. 204/2018

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 20 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 V. E. de 1 de agosto de 2018 -registrada de entrada el día 8 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio de la contratación verbal del servicio de mantenimiento de las instalaciones técnicas del Auditorio Príncipe Felipe de Oviedo del 3 de octubre al 31 de diciembre de 2017.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Abre la documentación incorporada a este expediente una factura emitida el 21 de febrero de 2018 por una mercantil en concepto de “mantenimiento auditorio Príncipe Felipe correspondiente al periodo fuera del contrato desde el 3 de octubre de 2017 a 31 de diciembre de 2017”. En ella se consigna un

importe bruto, antes de impuestos, de 21.771,37 €, sobre el que, una vez repercutida la cantidad de 4.571,99 € en correspondencia al 21 % de IVA, hace un importe total a pagar de 26.343,36 €.

2. El día 22 de febrero de 2018, emite informe un Ingeniero Técnico, Adjunto al Coordinador Técnico de Instalaciones y Eficiencia Energética del Servicio de Edificios y Patrimonio Municipal del Ayuntamiento de Oviedo. Como antecedentes, indica que en su día se adjudicó a “un contrato para el servicio de mantenimiento de las instalaciones técnicas del Auditorio ‘Príncipe Felipe’ (...). Dicho contrato contemplaba un plazo de ejecución de dos años y con dos posibles prórrogas anuales. La segunda prórroga (y última) finalizó el 2 de octubre de 2017. En previsión de esta circunstancia, con fecha 30-05-2016, desde este Departamento se tramitaron los pliegos de prescripciones técnicas y la correspondiente propuesta de gasto para la licitación de un nuevo contrato para el citado servicio de mantenimiento”. Señala que, “ante la manifiesta imposibilidad de comenzar con la prestación del servicio del nuevo contrato tramitado antes de la finalización del vigente, con fecha 3-10-17 por providencia de la Jefa del Servicio de Área de Interior se solicita informe” sobre “si, a la vista del documento que se anexa recibido del contratista, es necesario continuar prestando el servicio aún sin contrato hasta que entre en vigor el siguiente contrato (...), que si no se presentase recurso se prevé esté en vigor a principios de noviembre”.

El informe solicitado es emitido con fecha 4 de octubre de 2017 por el Servicio de Edificios y Patrimonio Municipal, y en él se justifica “la necesidad de la continuidad del servicio hasta la entrada en vigor del nuevo contrato, en base a los motivos siguientes:/ `El Auditorio tiene programadas actividades durante todo el mes de octubre, según nos informa la Oficina de Congresos./ El contrato de referencia contempla el mantenimiento de varias instalaciones técnicas (centro de transformación, instalaciones térmicas, etc.) cuyas reglamentaciones específicas obligan a los titulares de las instalaciones a

realizar el mantenimiento por medio de empresas mantenedoras habilitadas. Así mismo, dentro del alcance del contrato se incluyen otros trabajos de puesta en marcha, parada y manejo de equipos e instalaciones técnicas dentro de los plazos y horarios establecidos por la Dirección del centro y la asistencia técnica presencial en actividades y eventos de especial relevancia./ Los trabajadores adscritos al actual contrato tienen derecho a ser subrogados por la nueva empresa adjudicataria./ Por todo lo expuesto anteriormente, se considera necesaria la continuidad del servicio hasta la entrada en vigor del nuevo contrato para mantener las instalaciones en perfecto estado de conservación, funcionamiento y seguridad’”.

Tras reseñar que el nuevo contrato del servicio de mantenimiento de las instalaciones técnicas del Auditorio Príncipe Felipe fue adjudicado a otra empresa por acuerdo de la Junta de Gobierno de 10 de noviembre de 2017 y formalizado el 29 de diciembre siguiente, pone de manifiesto que la empresa que emite la factura que se encuentra en el origen del presente procedimiento “continuó con la prestación del mismo servicio durante el periodo comprendido entre el 3 de octubre (...) y el 31 de diciembre de 2017”, y precisa que no “ha visto satisfecha la oportuna contraprestación económica por la prestación del referido servicio (...), puesto que las facturas presentadas con fecha 30-11-2017 y 20-12-2017” fueron rechazadas “por contemplar trabajos fuera del contrato general finalizado el 02-10-2017”.

Finaliza este informe de 22 de febrero de 2018 Concluye que, “a la vista de lo anteriormente expuesto, y habiendo constatado que el citado servicio ha sido efectivamente realizado, se da traslado a quien corresponda a los efectos de poder tomar los acuerdos oportunos que permitan proceder al pago de los servicios realizados”.

3. Con fecha 12 de abril de 2018, el Concejal de Gobierno de Economía y Empleo del Ayuntamiento de Oviedo suscribe una memoria económica elaborada por la Adjunta a la Jefa de la Oficina Presupuestaria, con el visto

bueno de la Jefa del Servicio, en relación con el “expediente de reconocimiento extrajudicial de obligaciones y de revisión de oficio del contrato verbal de servicio de mantenimiento de las instalaciones técnicas del Auditorio Príncipe Felipe”. Se consigna en ella que “en este momento se halla pendiente de tramitación y pago una factura de la empresa (...) por importe total de 26.343,36 €, por el concepto de servicio de mantenimiento de instalaciones técnicas del Auditorio Príncipe Felipe, en el periodo desde el 03-10-2017 al 31-12-2017 (ambos inclusive) (...). El gasto no ha sido aprobado de acuerdo con el procedimiento establecido; sin embargo, teniendo en cuenta que consta en el expediente informe del Servicio explicativo de la necesidad del mismo, y sin que se aprecie vulneración del principio de buena fe por parte del acreedor, se propone continuar la tramitación del presente expediente de reconocimiento extrajudicial de obligaciones y, en su caso, del correspondiente procedimiento de revisión de oficio de dichos servicios”.

Con base en estos antecedentes, el mismo Concejal de Gobierno de Economía y Empleo emite informe el día 13 de abril de 2018 en el que concluye que “conforme a lo previsto en el artículo 106 de la Ley 39/2015 procedería -salvo mejor criterio- que por la Junta de Gobierno se inicie el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal del que se deriva la factura incluida en el presente expediente”.

4. El día 20 de abril de 2018, el Adjunto al Interventor General del Ayuntamiento de Oviedo emite informe en el procedimiento seguido para el reconocimiento extrajudicial de créditos. En él concluye en la improcedencia de acudir a esta vía para dar solución a la situación creada, “puesto que en la tramitación seguida se aprecia la posible concurrencia de un supuesto de nulidad radical conforme al apartado b) del artículo 32 (del) TRLCSP que determinaría, en aplicación del artículo 35 del TRLCSP, la nulidad del contrato./ 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, procede que por la

Junta de Gobierno se inicie el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal del que se derivan la facturas indicadas”.

Razona que “el 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 (...), regula en su artículo 31 y siguientes el régimen de invalidez de los contratos”. Así, prevé que “serán inválidos los contratos de las Administraciones públicas cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación cuando concurren alguna de las causas que se señalan en los artículos siguientes./ El artículo 32 señala las causas de nulidad de los contratos” contemplando, “junto a otras, las previstas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, referencia que ahora ha de entenderse realizada al artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, conforme a la disposición final cuarta de la Ley 39/2015. Este artículo 47 de la Ley 39/2015 se refiere como causas de nulidad, junto a otras, a la ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido para dictar los actos. También es cierto que para que pueda apreciarse esta causa de nulidad la jurisprudencia ha reiterado que la misma ha de ser clara, manifiesta y ostensible, lo que sucede en los casos de ausencia total del trámite”.

5. En sesión celebrada el 26 de abril 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 que se encuentra en el origen de la presente factura. El acuerdo se notifica con fecha 2 de mayo de 2018 a la empresa interesada y se le concede audiencia por un plazo de diez días, extendiéndose diligencia a continuación de que se ha agotado dicho plazo sin que por parte de la misma se hayan presentado alegaciones.

6. Con fecha 3 de julio de 2018, libra informe una Abogada Consistorial en sustitución del titular de la Asesoría Jurídica. En él “se aprecia la posible concurrencia de un supuesto de nulidad radical conforme al apartado b) del artículo 32 del TRLCSP que determinaría, en aplicación del art. 35 del TRLCSP, la nulidad del contrato”, por lo que concluye que “una vez desistido del expediente de reconocimiento extrajudicial de créditos, e informado por esta Asesoría Jurídica el expediente, debe continuarse el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal del que se deriva la factura indicada, 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”.

7. En sesión celebrada el 20 de julio de 2018, la Junta de Gobierno Local aprueba la propuesta de la Concejalía 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 26 de julio de 2018.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 1 de agosto 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 mantenimiento de las instalaciones técnicas del Auditorio Príncipe Felipe de Oviedo del 3 de octubre al 31 de diciembre de 2017 con la empresa, 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 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 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 comunicarle, 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), vigente ya 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, aplicable al presente supuesto si tenemos en cuenta el momento en que se producen los actos de contratación verbal objeto de revisión, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la LCSP, tanto en su apartado 1 -“Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior”- como en el 2 -“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”-.

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 del Ayuntamiento de Oviedo de 26 de abril de 2018, es evidente que dicho plazo no ha transcurrido aún. Por lo demás, 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 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 servicio de mantenimiento de las instalaciones técnicas del Auditorio Príncipe Felipe de Oviedo en el periodo que va del 3 de octubre al 31 de diciembre de 2017; expediente de revisión de oficio 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 la factura emitida por la mercantil que prestó esos servicios en el periodo indicado, y en los que se

indica que el procedimiento a aplicar 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 *ratione 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 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).

El análisis de lo actuado revela que el Ayuntamiento de Oviedo procedió a prorrogar *de facto*, en las mismas condiciones económicas y con la misma empresa -en tanto se ultimaba el procedimiento que se tramitaba por entonces para una nueva adjudicación de este mismo servicio-, un contrato de prestación de servicios que se había extinguido por agotamiento de su plazo máximo de duración, incluidas las dos prórrogas posibles, el 2 de octubre de 2017; situación que se mantendría hasta el 31 de diciembre de 2017. Se constata de esta forma 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, lo que supone una clara contravención por parte del Ayuntamiento de Oviedo de la prohibición de contratar verbalmente impuesta por el artículo 28.1 del TRLCSP.

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 la contratación verbal con la empresa del contrato de mantenimiento de las instalaciones técnicas del auditorio Príncipe Felipe entre el 3 de octubre y el 31 de diciembre de 2017, y en consecuencia su nulidad, insubsanable y no convalidable.”

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.