

Expediente Núm. 268/2018
Dictamen Núm. 277/2018

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 27 de diciembre de 2018, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. I. de 11 de octubre de 2018 -registrada de entrada el día 18 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio del acto de adjudicación de un contrato de suministro eléctrico (Expediente).

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución del Alcalde del Ayuntamiento de Tineo de 6 de junio de 2018, se inicia el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación de los contratos a los que responden ochenta y tres facturas -que se especifican- presentadas por la empresa interesada, por importe total de 3.475,76 €, relativas al suministro de energía eléctrica para alumbrado público y de instalaciones municipales, al entender que incurrir en las causas de nulidad de

pleno derecho señaladas en el artículo 32.a) del TRLCSP, en relación con el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en tanto que han sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, vulnerando lo dispuesto en los artículos 86.2, 138.2 y concordantes del TRLCSP, así como en el artículo 32.c) del TRLCSP, por tratarse de gastos contraídos sin existencia de crédito para su abono.

En la citada resolución se advierte al interesado que la declaración de nulidad del contrato “conduce a su liquidación”, y se le concede audiencia “por el plazo de diez días hábiles (...) al objeto de que formule cuantas observaciones estime oportunas”. También se le informa de que el plazo de resolución del procedimiento será de seis meses, cuyo transcurso sin haberse dictado resolución determinará la caducidad del mismo, sin perjuicio de la posibilidad de que pueda suspenderse.

Consta en el expediente la notificación de la resolución a la interesada el día 21 de ese mismo mes.

2. Obra incorporado al expediente, como antecedente, el expediente de Intervención (INT/.....), integrado por los siguientes documentos: a) Providencia de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo de 12 de marzo de 2018 en la que, tras examinar “la relación de facturas que consta en el expediente, procedentes del ejercicio anterior por servicios y suministros prestados a esta Administración, cuyo importe asciende a 46.748,56 euros, y una vez constatada la inexistencia de crédito presupuestario en el ejercicio de procedencia”, se dispone “que se emitan los informes de Intervención y Secretaría oportunos y se lleven a cabo las actuaciones que permitan compensar a los acreedores por las prestaciones ejecutadas sin que tengan que ejercitar sus pretensiones ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y a fin de evitar el enriquecimiento injusto o sin causa de esta Administración”. b) Informe de la Interventora municipal de 12 de marzo de 2018 en el que se señala que, “a la fecha de este informe, constan 101 facturas del ejercicio anterior, registradas en el mes de

enero de este ejercicio, para las cuales se ha comprobado que a 31 de diciembre de 2017 no existía cobertura presupuestaria suficiente y adecuada, y además no están amparadas jurídicamente, salvo dos de ellas. El importe total asciende a 46.748,56 euros”. Tras enumerar las facturas con indicación de su referencia, importe y deudor y la precisión de que “cuentan con el conforme de los gestores o responsables correspondientes”, aclara que derivan de “gastos de suministro de energía eléctrica de alumbrado público y dependencias municipales, que no han sido objeto de preceptiva licitación, y otros gastos diversos”. Reseña que “a la fecha del informe se ha iniciado el procedimiento de licitación preceptivo para el suministro de energía eléctrica y se ha formalizado contrato para el suministro de máquinas impresoras y fotocopiadoras de acuerdo con el procedimiento legal”, y pone de manifiesto que, “de conformidad con el artículo 32 del TRLCSP, es motivo de nulidad de pleno derecho la carencia o insuficiencia de crédito, salvo los supuestos de tramitación de emergencia. Las obligaciones así adquiridas están afectadas por un vicio de nulidad absoluta y este no puede subsanarse; no es posible su validación”. Expone que la revisión de oficio del acto viciado (en este caso, los actos preparatorios y los de adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas) constituye el “procedimiento adecuado para restituir a los terceros de buena fe las prestaciones realizadas a conformidad”. Entiende que el expediente de reconocimiento extrajudicial de créditos “es el instrumento de gasto que permite hacer efectiva la liquidación prevista en el apartado 1 del artículo 35 del TRLSCP en el ámbito local”, y añade que “la solución jurídica adoptada no excluye la exigencia de las eventuales responsabilidades en las que hubiera podido incurrir el funcionario o autoridad que tramitó irregularmente la contratación”, previstas en la normativa que cita, y hace referencia a la contabilización de los gastos por operaciones pendientes. Concluye formulando un repara “con carácter suspensivo al afectar al reconocimiento de obligaciones y basarse en la omisión en el expediente de requisitos esenciales”. c) Informe de la Secretaria General de 1 de junio de

2018 en el que se alude, en primer lugar, a la “relación entre los expedientes de revisión de oficio y de reconocimiento extrajudicial de créditos”. Tras citar la doctrina de diversos órganos consultivos, un informe de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias y una Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo de 12 de junio de 2017, estima que resulta imposible “acudir de forma directa al reconocimiento extrajudicial de créditos de facturas que pudieran corresponder a contratos nulos”, siendo necesaria la tramitación de un expediente de revisión de oficio. A continuación cita el artículo 28.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el Régimen Jurídico del Control Interno en las Entidades del Sector Público Local, en cuanto que prevé la emisión de un informe por el órgano interventor en los supuestos de omisión de la función interventora que incluirá, entre otros extremos de obligado pronunciamiento, la “Posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento”, con indicación de que, “por razones de economía procesal, solo sería pertinente instar dicha revisión cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone”. Tras efectuar diversas consideraciones sobre el precepto, concluye que la entrada en vigor del citado Real Decreto el 1 de julio de 2018 determina que “las reflexiones anteriores no resultan de aplicación al presente expediente”. En segundo lugar, y en relación con el objeto de los procedimientos de revisión de oficio, entiende que “es necesario tramitar, de forma individualizada, tantos expedientes como actos administrativos vayan a ser objeto de revisión”, si bien en el caso del “contrato de suministro de energía eléctrica para alumbrado público y de instalaciones municipales” existen tres empresas suministradoras. Añade que “en cada una de las facturas presentadas por los distintos proveedores se señala el lugar concreto al que corresponde el suministro y se identifica un número de contrato diferenciado”, por lo que parecen corresponder “a distintos contratos”, aunque ninguno de ellos figura “en el expediente sometido a este informe, ni esta Secretaría tiene constancia de la suscripción de los mismos, desconociéndose el

tiempo o lugar en que se produjo aquella./ Además, con independencia de que únicamente formen parte del expediente facturas correspondientes a un periodo de tiempo determinado, es de suponer que los contratos suscritos abarcan un ámbito temporal mayor y que el suministro ha venido realizándose en tal forma durante un tiempo indeterminado". Ello -afirma- "obliga a poner de manifiesto que si los supuestos contratos se encontraban en situación de irregularidad jurídica durante toda su duración, más allá de que existiera crédito para su abono, la tramitación del pago de las correspondientes facturas debió haberse realizado conforme a este mismo procedimiento, de lo cual no existe constancia". Pese a lo anterior, precisa que "la tramitación" del procedimiento revisor se limitará "a la parte temporal de aquellos incluida en la Providencia de (la) Alcaldía de fecha 12 de marzo de 2018, puesto que es la única que el órgano de contratación somete a consideración técnica, y puesto que resulta, además, razonable suponer que el resto de facturas se encuentran (...) abonadas, ya que no se ha planteado en este caso su reconocimiento extrajudicial ni su revisión de oficio". Tras indicar que procede la tramitación conjunta "de la adjudicación de todos los contratos de suministro eléctrico municipal", pero con individualización de los procedimientos en función del proveedor afectado y la unión a cada uno de ellos, "como antecedente", de una "copia de lo actuado en este expediente", se refiere a la normativa aplicable y a los trámites preceptivos del procedimiento. En cuanto a los efectos del mismo, y con relación al importe "que debe cuantificarse en la indemnización", plantea que "la posibilidad de excluir del total de la liquidación de los contratos que hubieran sido declarados nulos el importe correspondiente al beneficio industrial determina la necesidad de fijar el *quantum* de tal beneficio en cada contrato", y considera "razonable entender que el concepto de 'beneficio industrial' puede formar parte del presupuesto de los contratos de servicios o suministros, a pesar de que ni las disposiciones legales ni reglamentarias de aplicación lo recojan expresamente, constituyendo, en interpretación analógica del artículo 131 del RGLCAP, un 6 % del presupuesto total, y que, por tanto,

sería posible detraer tal cantidad de la liquidación que resulte del contrato declarado, en su caso, nulo". Finalmente, el informe se refiere a la competencia para la revisión de oficio, que residencia, sin perjuicio de las individualizaciones que procedan en cada expediente, en el Alcalde-Presidente. d) Informe complementario de la Secretaria General, de 5 de junio de 2018, sobre "determinadas facturas" presentadas por la empresa, cuyo importe asciende a 3.475,76 €, correspondientes al "suministro de energía eléctrica para alumbrado público y de instalaciones municipales" y que figuran incluidas entre las relacionadas en el informe emitido por la Interventora Municipal el 12 de marzo de 2018. Tras constatar que las facturas corresponden al periodo de consumo comprendido entre el 10 de noviembre y el 10 de diciembre de 2017, razona que "en atención a la fecha presumible de adjudicación del contrato resulta de aplicación", en cuanto al fondo, 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 (TRLCSP). Descarta, por otra parte, que estemos ante un contrato menor, dado que el hecho de tratarse de "suministro eléctrico solo para algunas de las instalaciones municipales y por un periodo de tiempo determinado" no le dota de "autonomía y sustantividad propia". Afirma que "la multiplicidad de instalaciones municipales y la necesidad continua en el tiempo de todas ellas de dotarse de suministro eléctrico conduce a pensar en una clara falta de autonomía de los contratos suscritos y a su debida pertenencia a un contrato global de suministro eléctrico para las diferentes dependencias municipales del Ayuntamiento de Tineo y para el alumbrado público de todo el municipio", y añade que "esta Secretaría desconoce el importe total del contrato al que deberían pertenecer los suministros facturados, ni la forma en la que, en su caso, se suscribieron los contratos que dieron lugar a aquellos, que, en todo caso, no constan entre los tramitados en esta dependencia". Recuerda que tras la entrada en vigor de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, "no resulta procedente mantener en vigor antiguos contratos con las compañías que ofrecían el suministro antes de que se

liberalizase el mercado ni, incluso, suscribir nuevos contratos de forma directa con aquellas únicamente sustentados en su condición de suministradora habitual”, si bien advierte que “la irregular situación derivada de los suministros ahora facturados y de aquellos otros relativos al mismo objeto que, en su caso, se hubieran podido suministrar ha sido atajada a través de la tramitación del expediente municipal” que especifica, “por el que se acuerda licitar la adjudicación del contrato de suministro de energía eléctrica para el Ayuntamiento de Tineo”; procedimiento iniciado el día 20 de febrero de 2018 y que fue adjudicado por Resolución de la Alcaldía de 30 de mayo de 2018. A la vista de ello, concluye que “los suministros ahora cuestionados debieron haberse integrado en una licitación ajustada al debido procedimiento abierto, no siendo posible su adjudicación de forma directa, lo que, por remisión de lo dispuesto en el artículo 32.a) del TRLCSP, conduce al artículo 47.1.e)” de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que señala que “Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho” cuando se dicten “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”, y ello en cuanto que “la adjudicación directa vulnera lo previsto en el artículo 138.2 del TRLCSP, que dispone que ‘La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido’, así como lo señalado en el artículo 86.2 del TRLCSP, según el cual ‘No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan’”. Además, “la Interventora municipal recoge en su informe que en el presupuesto correspondiente a 2017 no existe crédito adecuado y suficiente para la atención de las facturas presentadas. Ello es, sin duda, consecuencia de la ausencia de un procedimiento de contratación adecuado que, previsiblemente, hubiera garantizado la atención presupuestaria de los créditos legalmente contraídos. Siendo así, la nulidad del acto administrativo deriva también de lo dispuesto en el artículo 32.c) del TRLCSP, que reputa como causa de nulidad de pleno derecho ‘la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo

establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia', no habiéndose acreditado supuesto de emergencia alguno". Tras reiterar que "los actos de adjudicación de los contratos de los que traen cuenta las facturas estudiadas deben ser objeto de revisión de oficio por incurrir en causa de nulidad de pleno derecho", se remite, en cuanto a sus efectos, a "los señalados en el (...) informe emitido por esta Secretaría en fecha 1 de junio de 2018, de modo que procedería calcular el beneficio industrial del contratista que, en su caso, podría no ser objeto de abono". e) Informe emitido por el Electricista municipal el 5 de junio de 2018, en el que se deja constancia de que los suministros eléctricos a los que se refieren las facturas que especifica "fueron efectivamente prestados".

3. El día 26 de julio de 2018, la Secretaria General emite certificación acreditativa de que en el plazo conferido no se han presentado alegaciones.

4. Con fecha 4 de octubre de 2018, la Secretaria General del Ayuntamiento de Tineo formula informe-propuesta de resolución en el que se dan por reproducidos los fundamentos de derecho contenidos en los informes emitidos por la Secretaría General con fechas 1 y 5 de junio de 2018.

En primer lugar, precisa que las facturas afectadas corresponden "al suministro ofrecido a un lugar determinado" y que en ellas figura "un número de contrato diferente en función del lugar del suministro", de lo que se deduce que "responden a contratos individualizados e independientes para cada punto de suministro". Respecto de los mismos, expresa que "no consta la existencia de acto de adjudicación expreso", por lo que se entiende que se trata "de una adjudicación tácita, verbal o del modo en que haya sido realizada, pero en todo caso carente de soporte documental o formalización alguna; al menos, tramitada esta en la forma debida". Reseña que "las facturas afectadas indican

como fecha final del contrato el 1 de julio de 2018”, sin especificar periodo de duración, pero aluden a una “renovación anual automática”, por lo que entiende razonable “suponer que la fecha de adjudicación del contrato debió ser el 1 de julio de 2017 o el mismo día de años anteriores si es que se trata de contratos prorrogados, lo cual no puede afirmarse ni negarse debido a la ausencia de datos. En todo caso, sí puede afirmarse que la duración de los contratos parece ser, como mínimo, de un año: desde el 1 de julio de 2017 hasta el 1 de julio de 2018”.

Tras reiterar la concurrencia de causa de nulidad de “los actos de adjudicación de los contratos de los que traen cuenta las facturas” por los motivos establecidos en los artículos 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en relación con los artículos 138.2, 86.2 y 32.c) del TRLCSP, se ocupa de los efectos de la declaración de nulidad. En cuanto a una posible indemnización, razona que “de la tramitación del expediente no es posible concluir que exista una parte culpable en la realización del suministro”, y deduce que “ante la necesidad de atender el suministro de energía eléctrica (...) el Ayuntamiento y la empresa suministradora habitual mantuvieron sus relaciones comerciales una vez se había ya liberalizado el mercado eléctrico, sin atender a la necesidad de una licitación a través de procedimiento abierto”, y considera que la posterior tramitación y adjudicación del contrato impide concluir “la existencia de una voluntad culposa de suscribir estos contratos con la única intención de obviar los procedimientos de publicidad y concurrencia”, por lo que “no parece necesario que ninguna parte indemnice a la otra daño o perjuicio alguno”.

En cuanto al importe del suministro a abonar, tras exponer diversas posturas doctrinales del Consejo Consultivo de Andalucía y el criterio jurisprudencial plasmado en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2004, afirma que “la posibilidad de excluir del total de la liquidación de los contratos que hubieran sido declarados nulos el importe correspondiente al beneficio industrial

determina la necesidad de fijar el *quantum* de tal beneficio en cada contrato". Sostiene que el concepto de "beneficio industrial" puede formar parte del presupuesto de los contratos de servicios o suministros, a pesar de que ni las disposiciones legales ni reglamentarias de aplicación lo recojan expresamente, constituyendo, en interpretación analógica del artículo 131 del RGLCAP, un 6 % del presupuesto total, y que, por tanto, sería posible deducir tal cantidad de la liquidación que resulte del contrato declarado, en su caso, nulo". Sin embargo, expone a continuación que "el cálculo de este porcentaje en un contrato de suministro eléctrico (...) resulta especialmente complejo", y, tras enumerar el desglose de los elementos presentes en las facturas, concluye que "en estas circunstancias, y ante la inexistencia de pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales al respecto, salvo error u omisión, no resulta posible afirmar que las facturas de suministro eléctrico puedan estar integradas por un concepto denominado 'beneficio industrial' asimilable al 6 % del presupuesto de ejecución material al que se refiere el RGLCAP". En consecuencia, identifica "el valor de la prestación ejecutada y no susceptible de restitución (...) con el importe de las facturas presentadas".

Finalmente, constata el cumplimiento de los trámites esenciales del procedimiento y propone la declaración de nulidad "de los actos administrativos de adjudicación de los 83 contratos de suministro eléctrico en 83 puntos de suministro del Concejo de Tineo" identificados en las facturas que obran en el expediente por las causas indicadas.

5. Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo de 8 de octubre de 2018, se acuerda solicitar el dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, suspendiendo el plazo para resolver por el tiempo que medie entre su petición y la recepción del mismo.

Consta en el expediente la notificación de la citada resolución a la empresa contratista el día 11 de octubre de 2018.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 11 de octubre de 2018, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al expediente de revisión de oficio del acto de adjudicación del contrato de suministro eléctrico suscrito con la empresa interesada (expediente).

Figura acreditado en el expediente que el 11 de octubre de 2018 se le comunica a la interesada que, mediante oficio registrado de salida con esa misma fecha, se ha solicitado el dictamen de este Consejo Consultivo.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según 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 Tineo, de conformidad con 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 Tineo 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 este 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 examinar 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 una resolución 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.

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 entidad 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), y en su normativa de desarrollo. En particular, a la hora de determinar qué órgano es el competente, la norma reglamentaria de aplicación es la contenida en el artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las

Entidades Locales (en adelante ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. Este precepto atribuye 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 1, que “corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos (...) de suministro (...) cuando su valor estimado no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, eventuales prórrogas incluidas siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada”, 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, el Alcalde.

Por otra parte, se ha unido al expediente como antecedente el iniciado en la Intervención municipal (identificado con la referencia INT/2018/53), según lo indicado en el informe emitido por la Secretaria municipal con fecha 1 de junio de 2018. Dado que en él figuran los preceptivos informes de la Intervención y Secretaría municipales, de conformidad con lo establecido en el artículo 214 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y en el artículo 3.3.d).3.º del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, respectivamente, hemos de entender, aun cuando no existe un acto formal de incorporación, que se ha cumplido la exigencia de su emisión en el procedimiento de revisión de oficio.

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. Dado que la Resolución de incoación del procedimiento se adoptó el día 6 de junio de 2018, es evidente que dicho plazo no ha transcurrido aún. Por lo demás, la Administración municipal 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 el cómputo del plazo deberá reanudarse 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 el asunto examinado se somete a dictamen un procedimiento de revisión de oficio de la contratación verbal del suministro de energía eléctrica correspondiente a varios puntos, todos ellos pertenecientes a instalaciones municipales, y determinados en el informe propuesta de resolución.

El procedimiento de revisión de oficio tiene su origen en los informes emitidos (a petición de la Alcaldía) por la Interventora y la Secretaria municipales expresivos de la improcedencia de acudir de plano al reconocimiento extrajudicial de créditos para el abono de las facturas emitidas por la mercantil que prestó esos servicios en los periodos indicados en cada una de ellas. Ambos informes concluyen 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, 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.

También hemos establecido que, con carácter general, este tipo de actos de contenido obligatorio 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 otro 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. El supuesto que nos ocupa presenta, sin embargo, peculiaridades propias, pues según se refleja en el expediente “los contratos suscritos abarcan un ámbito temporal mayor y (...) el suministro ha venido realizándose en tal forma durante un tiempo indeterminado”, pero la ausencia de datos impide conocer con plena exactitud cualquier aspecto de la prestación anterior, que tampoco gozaba de cobertura contractual, y de la que constituye continuidad la presente. Además, según razona la Secretaria municipal en los informes y en la propuesta de resolución, el suministro al que corresponden estas facturas no puede dissociarse del proporcionado por otros dos proveedores en distintos puntos de titularidad municipal, en relación con los cuales se han sustanciado sendos procedimientos de revisión de oficio sometidos también al dictamen de este Consejo, y que corresponden a una única prestación objeto de licitación en el año en curso.

Lo expuesto obliga a considerar que nos hallamos ante una adjudicación efectuada, para el servicio al que corresponden las ochenta y tres facturas identificadas en la propuesta de resolución, a favor de un único proveedor, ciñéndose el periodo de prestación sometido a nuestra consideración al transcurrido entre el día 10 de noviembre y el 10 de diciembre de 2017. Si bien los datos de las facturas permiten deducir que el servicio se habría llevado a cabo al menos desde el mes de julio de 2017, las facturas correspondientes a ese periodo ya habrían sido abonadas, sin que tampoco se incluyan en el expediente otras facturas pendientes que puedan haber sido generadas hasta el inicio de la ejecución del contrato por parte del adjudicatario, en el mes de mayo de 2018.

La propuesta de resolución reseña como objeto de la revisión “los 83 contratos de suministro eléctrico en 83 puntos de suministro del concejo de Tineo” identificados en las facturas que obran en el expediente. Tal determinación del acto que pretende declararse nulo contradice la previa argumentación expuesta en los fundamentos jurídicos de aquella propuesta, en la que se afirma literalmente que “no cabe pensar en la posibilidad de adjudicar cada contrato para cada punto de suministro de forma individual y por un periodo de duración de un año a través del llamado contrato menor”, ya que “no parece que el suministro eléctrico solo para algunas de las instalaciones municipales y por un periodo de tiempo determinado sea un contrato con autonomía y sustantividad propia”, sino que la contratación omitida es la consistente en “un contrato global de suministro eléctrico” como el licitado en el año 2018.

Por nuestra parte, estimamos que la situación producida resulta, de acuerdo con la documentación disponible, asimilable a una contratación del suministro de energía eléctrica fraccionada entre tres proveedores en atención a las instalaciones de destino en la que resulta individualizable la prestación asumida por cada empresa contratista. El suministro que nos ocupa se refiere a su vez a diversas instalaciones municipales, que se especifican en cada una de las 83 facturas, y al periodo de tiempo que se indica.

La propuesta sometida a nuestra consideración afirma que los actos de adjudicación de esta contratación incurren en la causa de nulidad a que se refiere el artículo 47.1.e) de la LPAC por ausencia total de procedimiento, así como en la contemplada en el artículo 32.c) del TRLCSP, en cuanto que el gasto se contrajo careciendo de crédito.

En relación con la primera de las causas, hemos de recordar, con carácter general, que el artículo 28 del TRLCSP proscribía la contratación verbal; que el artículo 31 de dicha norma 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, que 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 dispone 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 la empresa contratista proporcionó, con conformidad del Ayuntamiento de Tineo, los suministros referidos en las facturas durante el periodo indicado en ellas, en aparente continuidad con un servicio prestado con anterioridad por tiempo indefinido. La referencia a una “renovación anual automática” que consta en las facturas permite concluir que constituye una prórroga *de facto* de una contratación anterior (también irregular, según los propios informes municipales), con arreglo a las mismas condiciones. Al respecto debe tenerse en cuenta que, a pesar de la ya mencionada falta de datos, el periodo de tiempo transcurrido desde el inicio de la liberalización del sector eléctrico permite inferir que la contratación de la que deriva la prórroga ilegal habría agotado, en buena lógica, su plazo máximo. Conforme señala el artículo 23 del TRLCSP en cuanto al plazo de duración de los contratos, se podrá establecer en ellos la posibilidad de prórroga “siempre (...) que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato”, y, en todo caso -a tenor del último párrafo del apartado 2-, la “prórroga se acordará por el órgano de contratación

(...), sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes". En consecuencia, la prórroga exigía un acuerdo expreso del órgano de contratación que no se formalizó, pero que tampoco resultaba posible dada la ausencia de contrato entre las partes. Por ello, resulta evidente que se ha omitido, de forma clara, manifiesta y ostensible, el procedimiento legalmente exigible, al menos en uno de los aspectos posibles, dado que la supuesta prórroga no ha sido adoptada por el órgano de contratación.

A idéntica conclusión se llegaría de considerar, atendiendo a la cuantía total de las facturas, que el Ayuntamiento no ha procedido a suscribir una prórroga del inexistente contrato, sino un nuevo contrato menor cuyo plazo de ejecución comprendería parte de los meses de diciembre y noviembre de 2017. Este Consejo entiende que tal calificación no procede, dado que el valor estimado del contrato de servicios no puede calcularse al margen de lo dispuesto en el artículo 88.5 del TRLCSP, a cuyo tenor en los supuestos de prestaciones de carácter periódico se tomará en consideración el importe imputable a 12 meses. Por ello, y puesto que el nuevo contrato no cumpliría con la definición de un menor, se habrían eludido, además de la falta de adjudicación por el órgano de contratación, las formalidades para su tramitación por los procedimientos previstos al efecto en el propio TRLCSP; esto es, los contemplados en su artículo 122 -procedimiento abierto o restringido-, y esencialmente las obligaciones de publicidad y concurrencia.

En cuanto a la segunda de las causas de nulidad invocadas, el artículo 173.5 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, establece que "No podrán adquirirse compromisos de gasto por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar".

Sobre este extremo, en el supuesto que nos ocupa los informes obrantes en el expediente resultan confusos. El emitido por la Interventora municipal es común a una pluralidad de facturas que, a su vez, corresponden a diversos servicios (suministro eléctrico, de aglomerados o servicios de copistería) respecto de los cuales, de forma genérica, se afirma “que a 31 de diciembre de 2017 no existía cobertura presupuestaria suficiente y adecuada”. Tal aseveración no se refiere, por tanto, de forma específica al suministro concreto al que afectan las facturas agrupadas en el procedimiento revisor que se examina, sino que se predica del importe total de 46.748,56 € referido a cientos de facturas correspondientes a servicios prestados por suministradores distintos. Y como se desprende de su propia literalidad, tampoco se ciñe al momento en el que se habría producido la adjudicación, que -hemos señalado- se remonta al mes de octubre de 2017. En este sentido debemos recordar que, tal y como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1999 -ECLI:ES:TS:1999:3327- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), la normativa aplicable “claramente limita el supuesto (...) de la nulidad de pleno derecho a la circunstancia de que efectivamente se haga la adjudicación sin que medie la pertinente consignación presupuestaria”.

Nada aclaran tampoco los restantes informes incorporados al expediente, pues, si bien en el informe complementario emitido por la Secretaria municipal se atribuye la falta de consignación presupuestaria a la propia ausencia del procedimiento de contratación, a nuestro juicio, la inexistencia de cobertura contractual no impedía que el Ayuntamiento contase con dotación presupuestaria para suministro eléctrico; máxime si, como consta en aquel, venía prestándose (y abonándose puntualmente) desde hace años, sin que se refiera a instalaciones nuevas.

Como pusimos de manifiesto en el Dictamen Núm. 29/2018, la insuficiencia a la que se refiere el artículo 32.c) de la LCSP es originaria, diferenciada por tanto de la sobrevenida que puede resultar -como ocurría en el supuesto allí tratado- de la superación de las necesidades estimadas por las

reales efectivamente producidas. Recordábamos entonces que “situaciones similares a la producida tienen desde 2013 regulación específica en la disposición adicional trigésima cuarta del TRLCSP (introducida por la disposición final 13.^a de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas), y en la disposición adicional trigésima tercera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público). En efecto, existe hoy un cauce previsor que permite atender en los contratos de servicios (y en los de suministro) las `necesidades reales (...) superiores a las estimadas inicialmente´, de modo que en `los contratos de suministros y de servicios que tramiten las Administraciones Públicas y demás entidades del sector público con presupuesto limitativo, en los cuales el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud al tiempo de celebrar este, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración, deberá aprobarse un presupuesto máximo./ En el caso de que, dentro de la vigencia del contrato, las necesidades reales fuesen superiores a las estimadas inicialmente, deberá tramitarse la correspondiente modificación. A tales efectos, habrá de preverse en la documentación que rija la licitación la posibilidad de que pueda modificarse el contrato como consecuencia de tal circunstancia, en los términos previstos en el artículo 204 de esta Ley. La citada modificación deberá tramitarse antes de que se agote el presupuesto máximo inicialmente aprobado, reservándose a tal fin el crédito necesario para cubrir el importe máximo de las nuevas necesidades´”. En el supuesto analizado la ausencia de contrato impide, como es lógico, que exista una previsión semejante. Pero lo expuesto evidencia que para este tipo de contratos, en los que por su propia naturaleza puede existir un consumo variable que implique sobrepasar las necesidades estimadas, no cabe equiparar el agotamiento del crédito previsto con la carencia o insuficiencia originaria que contempla el artículo 32.c) del TRLCSP.

Por tanto, consideramos que el expediente no solo carece de certificación acreditativa emitida por la Interventora municipal relativa a la existencia de insuficiencia presupuestaria originaria, sino que en él tampoco hay otros elementos de juicio que permitan apreciar la concurrencia de dicha causa en el momento de la adjudicación verbal.

En cambio, y por las razones indicadas, este Consejo estima que concurre el supuesto de nulidad radical establecido en el apartado e) del artículo 47.1 de la LPAC en la contratación verbal que permitió la prestación de los servicios de suministro eléctrico durante el periodo al que conciernen las facturas señaladas por la Administración en su propuesta.

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”.

El Ayuntamiento concluye la procedencia del abono del importe total resultante de la suma de los reflejados en cada factura, al tiempo que excluye tanto la existencia de indemnización por daños y perjuicios como la detracción del beneficio industrial.

Respecto a esta última cuestión, tal y como se menciona en los informes municipales, el Consejo Consultivo de Andalucía ha venido manifestando de forma reiterada (por todos, Dictamen Núm. 546/2015, de 22 de julio) que, “para que resulte procedente el abono del beneficio industrial, es necesario que

concurran determinadas circunstancias que afectan tanto al concepto de interés público concurrente en el servicio objeto de la contratación, como en la actitud mantenida por la empresa con la que se celebró el contrato". En el supuesto resuelto en dicho dictamen se rechazaba la procedencia de la inclusión del beneficio industrial con base en que "no cabe duda que la empresa era conocedora de la ilegalidad de una contratación realizada al margen de todo procedimiento, ya que consta que esa misma mercantil es contratista habitual de la Administración consultante". En el mismo sentido, el Dictamen 552/2016 del Consejo de Estado admite también la exclusión del concepto de beneficio industrial en un supuesto de nulidad contractual.

A nuestro juicio, la eventual improcedencia del abono exigiría un análisis completo de las circunstancias concurrentes que tampoco excluiría el de la conducta de la propia Administración, que, en cuanto sometida al principio de legalidad, está obligada a licitar los procedimientos de contratación que en cada caso procedan, lo que en el sometido a nuestra consideración no sucedió. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo ha declarado con ocasión de supuestos en los que "se trata de obras realizadas fuera del contrato, pero con el conocimiento del contratista y de la Administración", que "el contratista tiene derecho al cobro del importe de las obras y también al beneficio industrial" (entre otras, Sentencia de 2 de julio de 2004 -ECLI:ES:TS:2004:4711-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, con cita de las Sentencias de 28 de octubre de 1997 y de 11 de mayo de 2004). Sigue el mismo criterio la Sentencia de 11 de mayo de 2004 -ECLI:ES:TS:2004:3209-, de la misma Sala y Sección, en la que también se destaca que "la formalización del contrato objeto de ampliación correspondía realizarla a la Administración y no al administrado", por lo que "es claro que esa inactuación de la Administración no (...) puede ocasionar perjuicio al contratista, que se ha limitado a cumplir y a satisfacción de la Administración las órdenes de ejecución que esta le había formulado".

No obstante, en el presente caso el planteamiento de la cuestión es puramente teórico, pues una vez expuestas las diversas posturas se advierte la dificultad de determinar en la facturación del suministro eléctrico un “beneficio industrial” asimilable al 6 % del presupuesto de ejecución material a que se refiere el RGLCAP” para el contrato de obras; conclusión que compartimos. Tampoco se observa en la contratación sometida a nuestra consideración una actitud de la empresa que justifique la exclusión sobre la que se diserta. En cambio, es evidente que se trataba de un servicio que era recibido con conocimiento y a satisfacción de la Administración. En suma, en el supuesto que nos ocupa no existen suficientes elementos de juicio que sustenten la detracción del beneficio industrial de la cantidad a abonar al contratista.

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 del acto de adjudicación a la empresa del contrato de suministro eléctrico para las instalaciones municipales relacionadas en la propuesta de resolución correspondiente al expediente, del Ayuntamiento de Tineo, y en consecuencia su nulidad, insubsanable y no convalidable.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE TINEO.