

Expediente Núm. 314/2018
Dictamen Núm. 28/2019

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:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 24 de enero de 2019, 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 esa Alcaldía de 12 de diciembre de 2018 -registrada de entrada el día 18 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio del acto de adjudicación del servicio de búsqueda, recogida y albergue de animales abandonados durante el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 4 de septiembre de 2018.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés de 15 de octubre de 2018, y a instancia de la Dirección de Obras y Servicios Urbanos del Consistorio, se acuerda “iniciar el procedimiento de revisión de oficio, como trámite previo al reconocimiento extrajudicial de crédito” a favor de la mercantil que se cita “por el servicio prestado para la búsqueda, recogida y albergue de

animales abandonados durante el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 4 de septiembre de 2018”.

Se razona en él que el Ayuntamiento “carece de un centro de depósito de animales errantes o abandonados y de personal con cualificación y especialización en la materia, por lo que las obligaciones que impone la Ley del Principado de Asturias 13/2002, de 23 de diciembre, de Tenencia, Protección y Derechos de los Animales, en sus artículos 17 y 18 se vienen supliendo con los servicios prestados por clínicas veterinarias”. Se observa que resulta de aplicación “el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establece que son nulos de pleno derecho los actos (...) dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”, así como lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y en el artículo 41 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en relación con el 106 de la mencionada Ley 39/2015.

En el mismo Decreto se designa Instructor del procedimiento.

2. Durante la tramitación se incorporan al procedimiento las facturas remitidas por la mercantil que prestó los servicios, correspondientes a cada uno de los meses pendientes de abono.

3. Con fecha 19 de octubre de 2018, libra informe el Director de Obras y Servicios Urbanos del Ayuntamiento de Avilés, con la conformidad del Concejal Delegado del ramo. En él se relacionan las facturas a las que se ha prestado conformidad, “previa comprobación de su ajuste a los precios pactados”, que suman un total de 80.802,64 €, y se justifica la prestación de los servicios de los que derivan. Al respecto, se reseña que el Ayuntamiento “viene albergando los animales errantes recogidos desde el mes de noviembre de 2016”, y que “desde (...) noviembre de 2016 hasta diciembre de 2017 el servicio prestado

para el cumplimiento de las obligaciones del Ayuntamiento en esta materia se ha ejecutado con arreglo a las disposiciones legales y demás normativa de aplicación para los contratos del sector público”, pero en el presupuesto prorrogado para 2018 la consignación presupuestaria era escasa y, tras detraerse una cantidad correspondiente a la convalidación de gasto del ejercicio anterior, quedó reducida a “15.749,91 €, a todas luces insuficiente para licitar un nuevo contrato”.

Se añade que “se negociaba ya desde el ejercicio anterior la constitución de un consorcio para gestionar de forma común este servicio por varios Ayuntamientos de la comarca. A día de hoy se está constituyendo esta entidad, que aún tardará en estar en disposición de prestar este servicio./ No obstante lo anterior y de lo limitado del crédito disponible, se incoa el expediente (...) para la contratación del servicio de búsqueda, recogida y albergue de animales abandonados, por el procedimiento abierto simplificado sumario, tramitándose la oportuna modificación presupuestaria (...). La tramitación de este expediente culminó con su adjudicación en el mes de septiembre de este año” para iniciarse la prestación el día 5 de septiembre de 2018. Se incide en que el servicio “debía ser prestado con carácter inaplazable para cumplir con las obligaciones impuestas por la Ley 13/2002 (...), siendo necesario mantener albergados a los animales de propiedad municipal que ya estaban en las instalaciones de la clínica (...) a la conclusión de los contratos suscritos con anterioridad, manteniéndose las condiciones establecidas en dichos contratos”.

Tras subrayar la buena fe de los agentes intervinientes, se propone el abono de las facturas, por el referido importe de 80.802,64 €, “ya que en el caso de no ser abonadas se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración”, y se consigna la aplicación presupuestaria a cuyo cargo deben abonarse.

4. Mediante oficio notificado a la interesada el 30 de octubre de 2018, el Instructor del procedimiento “le pone de manifiesto el expediente por un plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente al de la recepción de la

presente comunicación, para que pueda formular las alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes”.

Mediante oficio de 16 de noviembre de 2018, el Instructor deja constancia del transcurso del plazo sin que se hayan recibido alegaciones de la empresa.

5. Con fecha 10 de diciembre de 2018, la Oficial Mayor del Ayuntamiento libra un informe, con propuesta de resolución, en el que concluye que dichas actuaciones fueron realizadas prescindiendo del procedimiento de contratación legalmente establecido, por lo que procede declarar su nulidad “previo dictamen favorable del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

Reproduce en sus antecedentes el informe del Director de Obras y Servicios Urbanos, y aclara que las actuaciones relativas al servicio cuya revisión se pretende correspondían a un contrato menor adjudicado a la empresa interesada en este expediente y cuyo plazo de vigencia finalizaba el 20 de diciembre de 2017.

Cita el artículo 39 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y los artículos 47.1 y 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y añade que mediante Decreto de la Alcaldía de 14 de abril de 2016 se “aprueba la Instrucción de control de actuaciones administrativas que conducen a reconocimiento extrajudicial de crédito. El artículo 2 de dicha instrucción establece los supuestos que dan lugar a nulidad de pleno derecho (de) las actuaciones realizadas prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, tales como contratación de servicios y suministros de forma verbal”.

6. Ese mismo día, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés dicta Decreto por el que, asumiendo en su integridad la propuesta de resolución, acuerda “solicitar al Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a los efectos del artículo 106” de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, “el preceptivo dictamen para (...), en caso de que este sea favorable, declarar la nulidad del acto revisado”, así como

determinar “la suspensión del cómputo del plazo para resolver (...), al amparo de lo previsto en el artículo 22” de la citada Ley, “por el tiempo que medie entre la emisión de la presente resolución y la recepción del dictamen solicitado”.

Consta en el expediente el traslado a la contratista, el 11 de diciembre de 2018, del Decreto de la Alcaldía.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 12 de diciembre de 2018, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio del acto de adjudicación del servicio de búsqueda, recogida y albergue de animales abandonados durante el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 4 de septiembre de 2018 objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia 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 Avilés, 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 Avilés 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.

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.

Se aprecia, asimismo, que se ha unido al expediente el preceptivo informe de Secretaría contemplado 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, toda vez que la Oficial Mayor informante ostenta esa condición.

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, 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, 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 servicios (...) 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.

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 el Decreto de incoación del procedimiento se dictó el día 15 de octubre de 2018, es evidente que este 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 presente caso se somete a examen un procedimiento de revisión de oficio del acto de adjudicación del servicio de búsqueda, recogida y albergue de animales abandonados por el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 4 de septiembre de 2018; expediente que se inicia a instancias de la Dirección de Obras y Servicios Urbanos del Consistorio mediante Decreto de la Alcaldía expresivo de la improcedencia de acudir de plano al reconocimiento extrajudicial de créditos para el abono de las facturas emitidas por la mercantil que prestó los servicios en el periodo indicado, y en el que se señala 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 ocasiones anteriores (por todos, Dictamen Núm. 275/2018), 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 reparado (entre otros, Dictamen Núm. 193/2018) en que, con carácter 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 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.

En el asunto ahora examinado, la propuesta que se eleva a la Alcaldía, y que esta asume, considera que el acto de adjudicación del contrato al que se alude incurre en la causa de nulidad a que se refiere el artículo 47.1.e) de la LPAC por ausencia total de procedimiento.

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 del trámite" (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2017 -ECLI:ES:TS:2017:333- Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª).

En la misma línea, 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).

Pues bien, el análisis de lo actuado revela que el Ayuntamiento de Avilés procedió a prorrogar *de facto*, en idénticas condiciones económicas y con la misma empresa -en tanto se licitaba el servicio para su cobertura hasta la efectiva constitución del consorcio llamado a asumirlo-, un contrato menor de

servicios que se había extinguido al haberse agotado su plazo de vigencia el 20 de diciembre de 2017 y que no podía prorrogarse legalmente por prohibirlo el artículo 23.3 del TRLCSP, a cuyo tenor “Los contratos menores definidos en el artículo 138.3 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga”. 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. En consecuencia, resulta evidente que se ha omitido, de forma clara, manifiesta y ostensible, el procedimiento legalmente exigible. Y por ello 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.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, como hemos adelantado, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 35.1 del TRLCSP, regulación aplicable al caso y que constituye 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 acude en la liquidación al importe de las facturas a las que se ha prestado conformidad, al tiempo que excluye tanto la existencia de indemnización por daños y perjuicios como la detracción del beneficio industrial; extremos que se estiman justificados en la medida en que los precios aplicados en aquella facturación son los que regían en un anterior contrato del mismo servicio, que se prorroga *de facto* por circunstancias atendibles sin que se aprecie, en ninguna de las partes, un propósito de sustraer interesadamente el negocio a la libre competencia.

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, insubsanable y no convalidable, del acto administrativo de adjudicación a la empresa del contrato de servicio de búsqueda, recogida y albergue de animales abandonados correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 4 de septiembre de 2018.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,