

Expediente Núm. 270/2018
Dictamen Núm. 52/2019

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 21 de febrero de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 18 de octubre de 2018 -registrada de entrada el día 23 del mismo mes-, examina el expediente relativo al procedimiento de revisión de oficio de la contratación verbal del servicio de mantenimiento y asistencia técnica de espectáculos e instalaciones de la Fundación Municipal de Cultura de Avilés.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Presidenta de la Fundación Municipal de Cultura de Avilés de 19 de septiembre de 2018, se dispone “iniciar el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos por las actuaciones de mantenimiento y asistencia técnica de espectáculos e instalaciones de la Fundación Municipal de Cultura” ejecutadas por la mercantil, de las que derivan las facturas que se especifican, y se designa instructora del mismo.

Señala que “atendiendo a las indicaciones de la Intervención Municipal procede tramitar procedimiento de revisión de oficio de actos nulos por las citadas actuaciones con carácter previo al reconocimiento de la deuda con la mercantil interesada”, y precisa que a este supuesto le es 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 de las Administraciones públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

2. Obra incorporada al expediente diversa documentación relativa a la adjudicación del contrato de mantenimiento y asistencia técnica de espectáculos de las instalaciones de la Fundación Municipal de Cultura de Avilés, así como las facturas correspondientes a los servicios de mantenimiento de sus instalaciones entre el 1 de enero y el 12 de febrero de 2018, por importes de 15.097,84 €, 399,30 € y 6.470,50 €. Figuran en él también los respectivos informes de conformidad del Jefe de Mantenimiento por los servicios facturados.

El 17 de septiembre de 2018 se eleva propuesta de retención de créditos en el ejercicio 2018, por importe de 21.967,64 euros, para las 3 facturas mencionadas.

3. Con fecha 20 de septiembre de 2018, la Presidenta de la Fundación Municipal de Cultura de Avilés comunica a la sociedad interesada el inicio del procedimiento de revisión de oficio, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento cuyo transcurso producirá, salvo suspensión, la caducidad al haberse iniciado de oficio.

4. Previa petición formulada por la Instructora del procedimiento, el 24 de septiembre de 2018 emite informe la Jefa de Sección de la Fundación Municipal de Cultura de Avilés. En él se recoge que con fechas 31 de enero, 6 de febrero y 10 de abril de 2018 el Jefe de Mantenimiento de la Fundación Municipal de Cultura de Avilés elabora respectivos informes de conformidad relativos a tres facturas “por las actuaciones de mantenimiento y asistencia técnica de

espectáculos e instalaciones de la citada Fundación entre el 1 de enero y el 12 de febrero de 2018” cuyos importes ascienden a 15.097,84 €, 399,30 € y 6.470,50 €.

Expone que para la atención de las citadas actuaciones se tramitó un procedimiento abierto de contratación, y que por Resolución de la Presidencia de la Fundación Municipal de Cultura de 17 de mayo de 2013 se adjudicó la licitación convocada para contratar el servicio de mantenimiento y asistencia técnica de espectáculos en las instalaciones de la Fundación Municipal de Cultura de Avilés a la entidad que se indica. El contrato se formalizó el 12 de agosto de 2013, estableciéndose la duración del mismo por un periodo de dos años, con dos prórrogas anuales (máximo 4 años incluidas las prórrogas). Mediante Resolución de la Presidencia de la Fundación de 9 de julio de 2015 “se prorrogó este contrato desde el día 12 de agosto de 2015 al 12 de agosto de 2016 en las condiciones iniciales”, y por Resolución de 15 de mayo de 2016 “se acordó la segunda y última prórroga del contrato, desde el 12 de agosto de 2016 al día 12 de agosto de 2017”. Añade que para continuar con la prestación del servicio se tramitó un procedimiento negociado sin publicidad que se adjudicó a la misma empresa que hasta entonces venía ejecutando la prestación, formalizándose el contrato el 16 de agosto de 2017 y estableciéndose su duración hasta el 31 de diciembre de 2017, sin posibilidad de prórroga. Señala que con posterioridad se tramitó anticipadamente otro procedimiento negociado sin publicidad, resultando adjudicataria de nuevo la misma entidad; este contrato se formalizó el 12 de febrero de 2018, estableciéndose su duración “hasta la formalización del nuevo contrato”, con un máximo de cuatro meses desde la fecha de formalización y sin posibilidad de prórroga (...). Actualmente se ha iniciado un procedimiento abierto de contratación, “estando publicados los pliegos de prescripciones técnicas y (el) pliego de cláusulas administrativas del referido contrato en la Plataforma de contratación del sector público”.

Aclara que “las actuaciones ejecutadas con cargo a las facturas que nos ocupan son aquellas que se desarrollaron en el periodo en el que no existía un contrato vigente para ellas”, y que se encargaron a la sociedad que se especifica “por entender desde la Fundación Municipal de Cultura que la

prestación de estas actuaciones eran un servicio esencial y la necesidad de su prestación (...) inaplazable”.

Asimismo, informa que “existe crédito (...) para la tramitación de las facturas en el ejercicio 2018, obrando en el expediente los documentos de retención de crédito por los importes correspondientes (...). Se han efectuado por parte (de) esta Fundación las comprobaciones oportunas para la verificación de que los conceptos (precio y condiciones) de las facturas son correctos, procediendo a conformar las mismas y entendiendo que corresponde su pago previa aprobación por el órgano correspondiente”.

5. El día 26 de septiembre de 2018, la Instructora del procedimiento suscribe un informe en el que, tras citar los artículos 32 y 34 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y 47.1 y 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y a la vista del informe de la Jefa de Sección de la Fundación Municipal de Cultura, constata “que las actuaciones objeto de revisión se realizaron entre el periodo de vigencia de dichos contratos y por lo tanto no se amparaban en un expediente de contratación”, considerando que la prestación de ese servicio se estimó esencial e inaplazable.

Entiende que “nos encontramos ante un supuesto de actuaciones nulas de pleno derecho por prescindirse del procedimiento legalmente establecido, por lo que, previa audiencia del interesado e informe de la Secretaría General, procedería continuar con la tramitación del expediente de revisión de oficio”.

6. Mediante oficio de esa misma fecha, se comunica a la interesada el contenido del informe de la Jefa de Sección de la Fundación Municipal de Cultura de Avilés de 26 de septiembre de 2018 y la apertura del trámite de audiencia por un plazo de 10 días hábiles.

El 28 de septiembre de 2018, la mercantil interesada presenta un escrito en el Registro Electrónico por medio del cual manifiesta su deseo de no formular alegaciones y renuncia al trámite.

7. El día 3 de octubre de 2018, la Instructora del procedimiento suscribe una propuesta de resolución, visada por la Secretaria General del Ayuntamiento, en

la que se alude al supuesto de nulidad radical previsto en el apartado 1 del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. A la vista de lo actuado, concluye “que las actuaciones revisadas fueron realizadas prescindiendo del procedimiento de contratación legalmente establecido, si bien la actuación del servicio gestor, así como del empresario que acude al encargo, se producen bajo el principio de buena fe y confianza legítima, sin la pretensión de obviar el procedimiento de publicidad, igualdad y libre concurrencia”, proponiéndose “declarar la nulidad del acto revisado previo dictamen favorable del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

8. Con fecha 4 de octubre de 2018, la Presidenta de la Fundación Municipal de Cultura de Avilés dicta resolución por la que se dispone “solicitar del Consejo Consultivo del Principado de Asturias (...) el preceptivo dictamen” y “decretar la suspensión de la tramitación del procedimiento, al amparo de lo previsto en el artículo 22” de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, “por el tiempo que medie entre la emisión de la presente resolución y la recepción del antedicho dictamen”.

Existe constancia en el expediente de la notificación de este Decreto a la interesada el 9 de octubre de 2018.

9. Mediante Decreto de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés de 16 de octubre de 2018, se dispone “autorizar la solicitud de dictamen al Consejo Consultivo del Principado de Asturias en los términos previstos en la Resolución de la Presidencia de la Fundación Municipal de Cultura (...) de 4 de octubre”.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 18 de octubre 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 y asistencia técnica de espectáculos e instalaciones de la Fundación Municipal de Cultura de Avilés, 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 del Principado de Asturias 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 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 toda vez que a él pertenece el órgano que ha dictado el acto cuya declaración de nulidad es objeto del procedimiento de revisión de oficio iniciado.

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 inicio 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.

De otro lado, conforme a lo previsto en el artículo 3.3.d) 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, procede la emisión de informe por la Secretaría General en expedientes de revisión de oficio de actos nulos de la entidad local a excepción de los actos de naturaleza tributaria. Dado que la propuesta de resolución cuenta con el visado de la Secretaria General para declarar la nulidad del acto revisado, hemos de entender que se ha cumplido la exigencia de su emisión.

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, 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”.

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 Presidencia de la Fundación Municipal de Cultura.

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 Resolución de la Presidenta de la Fundación Municipal de Cultura de Avilés de 19 de septiembre de 2018, es evidente que dicho plazo no ha transcurrido aún. Además, consta en el expediente que el Ayuntamiento ha acordado la suspensión del procedimiento hasta la emisión de dictamen por este Consejo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, y que la misma se ha notificado a la entidad interesada, por lo que el cómputo del plazo deberá reanudarse una vez transcurridos los 3 meses desde la suspensión conforme dispone el precepto citado.

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 y asistencia técnica de espectáculos e instalaciones de la Fundación Municipal de Cultura de Avilés en el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 11 de febrero de

2018; expediente que se inicia siguiendo las indicaciones de la Intervención municipal, al considerar que el procedimiento a aplicar para la liquidación de los contratos -uno por cada factura presentada al cobro por el empresario- ha de ser el de la revisión de oficio establecido en el artículo 106 de la LPAC con carácter previo a la aplicación del artículo 35 del TRLCSP, 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

En general, esta práctica de contratación verbal que es objeto del presente dictamen genera actos de contenido obligacional que se presumen irregulares y 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 Presidencia de la Fundación Municipal de Cultura de Avilés, 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 proscribe la contratación verbal y el artículo 32 de la misma norma 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, conforme al cual "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).

Pues bien, en el presente caso, la Fundación Municipal de Cultura de Avilés tramitó un procedimiento negociado sin publicidad para la prestación del servicio de mantenimiento que se adjudicó a la misma empresa que hasta entonces venía ejecutando la prestación, formalizándose el contrato el 16 de agosto de 2017 y estableciéndose su duración hasta el 31 de diciembre de 2017, sin posibilidad de prórroga. Con posterioridad se tramitó anticipadamente otro procedimiento negociado sin publicidad resultando adjudicataria de nuevo la misma entidad, formalizándose este contrato el 12 de febrero de 2018. Por tanto, las actuaciones realizadas durante el periodo comprendido entre la vigencia de ambos contratos no estuvieron amparadas en un expediente de contratación. La Fundación Municipal de Cultura de Avilés procedió a prorrogar *de facto*, con aparente identidad de condiciones económicas y con la misma empresa -en tanto se ultimaba el procedimiento que se tramitaba por entonces para una nueva adjudicación del servicio-, un contrato de prestación de servicios que se había extinguido por agotamiento de su plazo máximo de duración, sin posibilidad de prórroga, el 31 de diciembre de 2017; situación que se mantendría hasta el 12 de febrero de 2018. Los contratos se adjudicaron, en definitiva, sin seguir ninguno de los procedimientos previstos al efecto en el artículo 138 del 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 Avilés de la prohibición de contratar verbalmente impuesta por el artículo 28.1 del TRLCSP.

En consecuencia, este Consejo estima que, por las razones señaladas, la práctica contractual seguida incurre en 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 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. Este artículo 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 la contratación verbal del servicio de mantenimiento y asistencia técnica de espectáculos e instalaciones de la Fundación Municipal de Cultura de Avilés durante el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 12 de febrero de 2018.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE AVILÉS.