

Expediente Núm. 295/2018
Dictamen Núm. 54/2019

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 el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 9 de noviembre de 2018 -registrada de entrada el día 21 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio del contrato verbal de mantenimiento, conservación y mejora de espacios verdes y arbolado urbano del Ayuntamiento de Oviedo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 31 de agosto de 2018, el Jefe de la Sección de Apoyo Técnico (Parques y Jardines) del Ayuntamiento de Oviedo emite informe en relación con la factura de la, correspondiente a los trabajos de mantenimiento de zonas verdes realizados en el periodo comprendido entre el 10 de mayo y el 31 de julio de 2018, por importe, IVA incluido, de 1.085.687,39 €. En él indica que el día 9 de mayo finalizó el contrato del servicio de mantenimiento, conservación y mejora de espacios verdes y arbolado urbano del municipio de Oviedo, pero

“como consecuencia de las dificultades surgidas en la tramitación del expediente para la adjudicación de un nuevo contrato, en especial los recursos presentados primero a la exclusión de uno de los licitadores y posteriormente a la adjudicación del contrato, el día 10 de mayo no se había producido la firma del nuevo contrato, que se demoró hasta el 31 de julio”.

Explica que “en esta situación excepcional generada por los problemas (...) señalados y ante la necesidad imperiosa de seguir realizando las labores de mantenimiento de las zonas verdes”, la unión temporal de empresas adjudicataria continuó realizando las “labores de mantenimiento durante un periodo de dos meses y 22 días”. Señala que la necesidad de continuar prestando los trabajos de mantenimiento se basan en cuestiones como la “seguridad”, la “salubridad”, la “economía” y la “imagen”. Por ello, considera “justificada la continuidad en la prestación del mantenimiento durante el periodo transcurrido entre el 10 de mayo y el 1 de agosto”.

Finalmente, precisa que el precio del contrato ascendía a 4.808.044,15 € anuales (IVA incluido), y que el periodo que se factura es el correspondiente a dos meses y 22 días, lo que supone 1.085.687,40 €. Por tanto, “la factura se ajusta (...) a los mismos importes que venían facturándose con anterioridad a la finalización del contrato”.

2. El día 7 de septiembre de 2018, el Concejal de Gobierno de Economía y Empleo suscribe una memoria económica elaborada por la Adjunta a la Jefa de la Oficina Presupuestaria y la Jefa del Servicio en la que consta que “se halla pendiente de tramitación y pago” una factura por importe total de 1.085.687,39 €, por el concepto de servicios de mantenimiento, conservación y mejora de espacios verdes y arbolado urbano durante el periodo comprendido entre el 10 de mayo y el 31 de julio de 2018 (ambos inclusive).

Señala que “el gasto no ha sido aprobado de acuerdo con el procedimiento establecido; sin embargo, teniendo en cuenta que consta en el expediente informe del Servicio explicativo de la necesidad del mismo y sin que se aprecie vulneración del principio de buena fe por parte del acreedor, se

propone continuar la tramitación del presente expediente de reconocimiento extrajudicial de obligaciones y, en su caso, del correspondiente procedimiento de revisión de oficio de dichos servicios”.

3. Con fecha 11 de septiembre de 2018, la Adjunta a la Jefa de la Oficina Presupuestaria y la Jefa del Servicio informan que “la facturación que ahora se tramita corresponde al periodo comprendido entre el 10 de mayo y el 31 de julio del 2018, periodo que (...) no está amparado por un contrato./ La continuidad del servicio prestado, una vez finalizada la segunda y última prórroga del contrato (...), se justifica por el responsable del mismo en informe que consta en este expediente./ Por tanto, y conforme a lo previsto en el artículo 106 de la Ley 39/2015, procedería -salvo mejor criterio- que por la Junta de Gobierno se inicie el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal del que se deriva la factura incluida en el presente expediente”.

Como antecedentes, indica que por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16 de marzo de 2012 se adjudicó el contrato de mantenimiento, conservación y mejora de espacios verdes y arbolado urbano del municipio de Oviedo a la unión temporal de empresas que especifica, siendo el plazo de ejecución de cuatro años (con posibilidad de dos prórrogas anuales) y habiéndose formalizado el contrato el 10 de mayo de 2012. Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 21 de abril de 2017 se aprobó la segunda y última prórroga de dicho contrato, con efectos hasta el 9 de mayo de 2018.

Finalmente, pone de relieve que el 18 de mayo de 2018 se adjudicó el contrato de mantenimiento, conservación y mejora de espacios verdes y arbolado urbano del municipio de Oviedo, siendo el plazo de ejecución de cuatro años. El contrato se formalizó el 25 de julio de 2018, entrando en vigor el primer día del mes siguiente a aquel en que tuvo lugar su formalización.

4. El día 18 de septiembre de 2018, el Adjunto al Interventor General del Ayuntamiento de Oviedo emite informe en el procedimiento seguido para el reconocimiento extrajudicial de créditos. En él concluye que en este caso no

procede acudir directamente a la vía del reconocimiento extrajudicial de créditos, “puesto que en la tramitación seguida en ambas facturas se aprecia la posible concurrencia de un supuesto de nulidad radical conforme al apartado b) del artículo 32 (del) TRLCSP que determinaría, en aplicación del artículo 35 del TRLCSP, la nulidad del contrato./ Por tanto, tal y como señala la Oficina Presupuestaria en su informe, y conforme a lo previsto en el artículo 106 de la Ley 39/2015, procede que por la Junta de Gobierno se inicie el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal del que se derivan las facturas indicadas (...), debiendo recabarse con carácter previo a la declaración de nulidad dictamen favorable del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

Razona que “el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (...), regula en su artículo 31 y siguientes el régimen de invalidez de los contratos”. Así, prevé que “serán inválidos los contratos de las Administraciones públicas cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación cuando concurren alguna de las causas que se señalan en los artículos siguientes./ El artículo 32 señala las causas de nulidad de los contratos” contemplando, “junto a otras, las previstas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, referencia que ahora ha de entenderse realizada al artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, conforme a la disposición final cuarta de la Ley 39/2015. Este artículo 47 de la Ley 39/2015 se refiere como causas de nulidad, junto a otras, a la ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido para dictar los actos. También es cierto que para que pueda apreciarse esta causa de nulidad la jurisprudencia ha reiterado que la misma ha de ser clara, manifiesta y ostensible, lo que sucede en los casos de ausencia total del trámite”.

Asimismo, subraya la conveniencia de que se adopten “medidas para evitar que vuelvan a producirse estas prácticas por las consecuencias que tiene la infracción de la Ley”, de conformidad con lo indicado por la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias sobre la fiscalización de las subvenciones,

gastos sin consignación presupuestaria y reconocimiento extrajudicial de crédito de los Ayuntamientos de Gijón, Oviedo y Avilés.

5. En sesión celebrada el 20 de septiembre de 2018, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo aprueba la propuesta de la Concejalía de Gobierno de Economía y Empleo relativa al inicio del procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal que se encuentra en el origen de la presente factura. El acuerdo se notifica el 25 de septiembre de 2018 a la unión temporal de empresas y se le concede audiencia por un plazo de diez días, extendiéndose diligencia a continuación de que se ha agotado dicho plazo sin que por parte de la misma se hayan presentado alegaciones.

6. Con fecha 9 de octubre de 2018 libra informe una Abogada Consistorial en sustitución del titular de la Asesoría Jurídica. En él “se aprecia la posible concurrencia de un supuesto de nulidad radical conforme al apartado b) del artículo 32 del TRLCSP que determinaría, en aplicación del art. 35 del TRLCSP, la nulidad del contrato”, por lo que concluye que “una vez desistido del expediente de reconocimiento extrajudicial de créditos, e informado por esta Asesoría Jurídica (...), debe continuarse, de acuerdo con el artículo 106 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal del que se deriva la factura indicada, pasando a dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, previo a la declaración de nulidad, y siendo objeto de liquidación posterior una vez firme, habida cuenta lo dispuesto en el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.

7. En sesión celebrada el 31 de octubre de 2018, la Junta de Gobierno Local aprueba la propuesta de la Concejalía de Gobierno de Infraestructuras y Servicios Básicos relativa a la remisión del expediente al Consejo Consultivo para la emisión del preceptivo dictamen y la notificación a la empresa interesada de la suspensión del plazo para resolver, “de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015". El acuerdo se notifica a la unión temporal de empresas el 7 de noviembre de 2018.

8. Con fecha 8 de noviembre de 2018, la interesada presenta un escrito en el Ayuntamiento de Oviedo por medio del cual confirma el importe que figura en la factura que ha dado lugar al presente procedimiento.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 9 de noviembre 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 contrato verbal de mantenimiento, conservación y mejora de espacios verdes y arbolado urbano, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra I), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra I), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), el Ayuntamiento de Oviedo se

halla debidamente legitimado en cuanto autor de las actuaciones cuya declaración de nulidad es objeto de este procedimiento de revisión de oficio.

TERCERA.- En cuanto al plazo para proceder a la revisión de oficio, el artículo 106.1 de la LPAC dispone que las “Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (...), declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1”.

No obstante, el artículo 110 de la referida LPAC establece que la revisión de oficio no podrá ser ejercitada “cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”. En el caso que examinamos entendemos que no concurre en el procedimiento ninguno de los límites señalados.

CUARTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que esta se configura como un instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, lo que exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por ello, hemos de analizar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En el presente caso se han observado los trámites esenciales del procedimiento, puesto que se ha dado audiencia y vista del expediente a la unión temporal de empresas interesada, se ha adoptado un acuerdo de iniciación y se ha elaborado una propuesta de resolución que responde a la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 35.1.b) de la LPAC.

Sin embargo, advertimos la concurrencia de determinadas irregularidades formales en la tramitación del procedimiento. En primer lugar, se aprecia 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.

También reparamos en que no se ha incorporado al expediente el informe de Secretaría, tal y como exige 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, según el cual procede la emisión de un informe previo por la Secretaría General en los expedientes de revisión de oficio de actos nulos de la entidad local, a excepción de los actos de naturaleza tributaria. Pese a que la citada omisión obligaría a retrotraer el procedimiento al momento procesal oportuno para su subsanación, entendemos que tal retroacción no resulta necesaria en este caso, pues los informes recabados en el curso de la instrucción del procedimiento aportan todos los elementos necesarios para el enjuiciamiento de las actuaciones objeto de revisión, por lo que, visto el contenido de la propuesta de resolución y atendidos los principios de eficacia y economía procesal, consideramos que procede dictaminar sobre el fondo de la pretensión deducida.

Sobre la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio, la LPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a hacer una referencia al "órgano competente". Por ello, y tratándose de una Administración local, hemos de acudir al régimen establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), modificada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local. El artículo 127 de la LRBRL, aplicable a los municipios de gran población, atribuye a la Junta de Gobierno Local las "facultades de revisión de oficio de sus propios actos" -apartado 1.k)-. En idéntico sentido, el artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, otorga la competencia al órgano municipal respectivo en relación con sus propios actos, estableciendo que, sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, "los

órganos de las entidades locales podrán revisar sus actos, resoluciones y acuerdos, en los términos y con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común”. A su vez, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), vigente ya al tiempo de iniciarse este procedimiento y aplicable al presente supuesto si tenemos en cuenta el momento en el que se producen los actos de contratación verbal objeto de revisión, determina en su disposición adicional segunda -“Competencias en materia de contratación en las Entidades Locales”-, apartado 4, que en “los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las competencias del órgano de contratación que se describen en los apartados anteriores se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo”.

Dado que se persigue la nulidad de actos de contratación verbal, hemos de entender, tal y como ya indicamos en el Dictamen Núm. 199/2013, que el órgano competente para la aprobación de un acto ha de serlo igualmente para acordar la revisión de oficio del adoptado desconociendo tal competencia. En consecuencia, es claro que la revisión de oficio corresponde al órgano de contratación; en este caso, la Junta de Gobierno Local.

Finalmente, con arreglo a lo establecido en el artículo 106.5 de la LPAC, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán resolverse en el plazo de seis meses desde su inicio, transcurridos los cuales sin dictarse resolución, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá su caducidad. Incoado el que analizamos mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de 20 de septiembre de 2018, es evidente que dicho plazo no ha transcurrido aún. Por lo demás, consta en el expediente que el Ayuntamiento ha acordado la suspensión del procedimiento en el mismo acuerdo de solicitud de dictamen a este Consejo, si bien no se acredita que la unión temporal de empresas interesada haya tenido conocimiento efectivo de la fecha de efectos de la suspensión, coincidente con la del registro de salida de la petición.

QUINTA.- Entrando en el fondo del asunto, para la correcta valoración del supuesto que analizamos debemos partir de una consideración de tipo general, y es que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título V de la LPAC, constituye un procedimiento excepcional, puesto que este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, sin intervención judicial y en cualquier momento, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad.

En este caso se somete a dictamen un procedimiento de revisión de oficio de la contratación verbal del servicio de mantenimiento, conservación y mejora de espacios verdes y arbolado urbano del Ayuntamiento de Oviedo en el periodo comprendido entre el 10 de mayo y el 31 de julio de 2018; expediente que tiene su origen en los informes de la Oficina Presupuestaria y la Intervención expresivos de la improcedencia de acudir de plano al reconocimiento extrajudicial de créditos para el abono de la factura emitida por la mercantil que prestó esos servicios en el periodo indicado, y en los que se deja constancia de 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 liquidación del contrato. En particular, en el caso examinado consta en el expediente, como se ha indicado, el informe del órgano interventor, en aplicación del artículo 28.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el Régimen Jurídico del Control Interno de las Entidades del Sector Público Local, proclive a apreciar la nulidad radical de la contratación verbal efectuada y a la tramitación de la consiguiente revisión de oficio de lo practicado.

En efecto, como ya hemos señalado en anteriores dictámenes dirigidos a esa misma autoridad consultante, tras la entrada en vigor del artículo 35 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 (cuya regulación actualmente se contiene en el artículo 42 de la vigente LCSP -aplicable aquí *ratione temporis*-), la previa declaración de nulidad constituye la vía específica y

adecuada para compensar al contratista que actúa de buena fe; norma legal que, según expuso 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, 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 Junta de Gobierno Local, y que esta asume, considera que los actos de adjudicación de los contratos a que se alude incurren en la causa de nulidad a que se refiere el artículo 47.1.e) de la LPAC por ausencia total de procedimiento.

En efecto, el artículo 37 de la LCSP proscribire la contratación verbal; el artículo 38 del mismo texto establece que los contratos “celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, serán inválidos (...) b) Cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes”, y, finalmente, el artículo 39, en su apartado primero, determina que “Son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

El referido artículo 47 de la LPAC establece en su apartado primero, letra e), que son nulos de pleno derecho los actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”. Según reiterada jurisprudencia, para que pueda apreciarse esta causa de nulidad la omisión del procedimiento ha de ser “clara, manifiesta y ostensible”, lo que sucede, entre

otros, en los casos de “ausencia total de trámite” (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2006 -ECLI:ES:TS:2006:2789-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

El análisis de lo actuado revela que el Ayuntamiento de Oviedo procedió a prorrogar *de facto*, en las mismas condiciones económicas y con la misma unión temporal de empresas -en tanto se ultimaba el procedimiento que se tramitaba por entonces para una nueva adjudicación de este mismo servicio-, un contrato de prestación de servicios que se había extinguido por agotamiento de su plazo máximo de duración, incluidas las dos prórrogas posibles, el 9 de mayo de 2018; situación que se mantendría hasta el 31 de julio de 2018. Se constata de esta forma que el contrato sometido a revisión se adjudicó sin seguir ninguno de los procedimientos previstos al efecto en la LCSP. Por ello, resulta evidente que se ha omitido, de forma clara, manifiesta y ostensible, el procedimiento legalmente exigible, lo que supone una clara contravención por parte del Ayuntamiento de Oviedo de la prohibición de contratar verbalmente impuesta por el artículo 37.1 de la LCSP.

En consecuencia, este Consejo estima que, por las razones señaladas, concurre el supuesto de nulidad radical establecido en el apartado e) del artículo 47.1 de la LPAC.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, como ya hemos adelantado, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP; regulación que constituye en la actualidad el cauce legal específico para garantizar los derechos de quien hubiera prestado servicios a la Administración en unas condiciones como las examinadas.

El artículo citado prescribe que la “declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede revisar de oficio y declarar la nulidad de pleno derecho de la contratación verbal del mantenimiento, conservación y mejora de espacios verdes y arbolado urbano del Ayuntamiento de Oviedo durante el periodo comprendido entre el 10 de mayo y el 31 de julio de 2018.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,