

Expediente Núm. 288/2018
Dictamen Núm. 78/2019

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 14 de marzo 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 5 de noviembre de 2018 -registrada de entrada el día 8 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio del acto de adjudicación del contrato de servicios de mantenimiento de espacios verdes en centros municipales de Avilés durante el periodo comprendido entre el 16 de noviembre de 2017 y el 7 de febrero de 2018.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Decreto de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés de 19 de octubre de 2018, se dispone iniciar el procedimiento de revisión de oficio, “vistas las indicaciones de la Intervención municipal”, como trámite previo “al reconocimiento de la deuda” a favor de la mercantil que se cita “por las actuaciones relativas a mantenimiento de espacios verdes en centros municipales de Avilés entre el 16 de noviembre de 2017 y el 7 de febrero de 2018”. Se indica que el procedimiento para la declaración de nulidad de la

contratación de referencia, a tenor de lo establecido en "el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas", ha de seguir el cauce del "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, en relación con el 106 de la Ley 39/2015" anteriormente citada.

2. Durante la tramitación del procedimiento se incorpora al expediente la factura correspondiente a la prestación de los citados servicios, por importe de 49.610 euros.

3. Con fecha 22 de octubre de 2018, atendiendo a la solicitud formulada por la Instructora del procedimiento, una Agente de Igualdad del Ayuntamiento de Avilés informa que el 15 de noviembre de 2017 expiraba el contrato celebrado para la prestación del servicio "una vez agotadas todas las prórrogas". Explica que a tal fecha ya "se había iniciado (el) procedimiento para una nueva contratación del servicio" y que, sin embargo, este no llegó "a formalizarse". Precisa que el pliego técnico rector del contrato finalizado había contemplado este supuesto al señalar que "si a la finalización de la vigencia del contrato y de sus posibles prórrogas se hubiese iniciado pero no finalizado la tramitación de la nueva licitación de los trabajos incluidos en el contrato la empresa adjudicataria vendrá obligada a continuar con la prestación del mismo en las mismas condiciones en que venía prestándolo, hasta que se formalice la nueva contratación", por lo que la adjudicataria del contrato extinguido continuó prestando los servicios hasta que el 7 de febrero de 2018 se formalizó el nuevo contrato. Tras subrayar que la necesidad de mantenimiento de las zonas verdes "era inaplazable", afirma que "se han efectuado por parte del Servicio las comprobaciones oportunas para la verificación de que el concepto de la factura es correcto".

4. Con fecha 24 de octubre de 2018, la Instructora del procedimiento suscribe un informe en el que concluye que las actuaciones objeto de revisión "no se amparaban en un expediente de contratación", por lo que entiende que se está

“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”.

5. Mediante oficio notificado a la interesada el 25 de octubre de 2018, el Concejal Responsable del Área de Promoción Económica y de Ciudad “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”.

6. Con fecha 26 de octubre de 2018, el Administrador de la empresa presenta en el registro electrónico del Ayuntamiento de Avilés un escrito en el que destaca que el pliego, en el apartado relativo al plazo de vigencia, contempla la continuidad de los servicios “si a la finalización de la vigencia del contrato y de sus posibles prórrogas se hubiese iniciado pero no finalizado la tramitación de la nueva licitación”.

7. El día 30 de octubre de 2018, la Instructora del procedimiento, con el visto bueno de la Oficial Mayor del Ayuntamiento, suscribe 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”.

Señala, frente a las alegaciones de la mercantil interesada, que “el artículo 23 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, no preveía la extensión de la duración del contrato más allá de las prórrogas expresamente previstas (a diferencia de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuyo artículo 29.4 prevé esta posibilidad en determinadas condiciones)”, por lo que, en el caso de que se

trata, "agotada la última prórroga (...) no cabía extender la duración del contrato".

Indica que, por ello, "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".

Cita los artículos 32 y 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, los artículos 47.1 y 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y la Instrucción de control de actuaciones administrativas que conducen a reconocimiento extrajudicial de crédito aprobada por Decreto de la Alcaldía de 14 de abril de 2016. Según señala, "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".

8. 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 disponer "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 antedicho dictamen".

Consta en el expediente el traslado de este acto a la interesada con fecha 31 de octubre de 2018.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 5 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 acto de adjudicación de los servicios de mantenimiento de espacios

verdes en centros municipales de Avilés 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.

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 nuestro 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 Alcaldía.

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, surten los efectos pertinentes. En este supuesto, el Decreto de incoación del procedimiento se dictó el día 19 de octubre de 2018, siendo evidente que este plazo no ha transcurrido aún sin contar con la suspensión acordada por la Administración con motivo de la solicitud de nuestro dictamen en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC.

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 mantenimiento de espacios verdes en centros municipales de Avilés; expediente que se inicia mediante Decreto de la Alcaldía 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, ello 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 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 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-, un contrato de servicios que se había extinguido al haberse agotado su plazo de vigencia el 15 de noviembre de 2017. Es cierto, como apunta la mercantil interesada, que el pliego rector de la contratación originaria establecía como obligación del adjudicatario la de continuar realizando las prestaciones una vez finalizado el plazo de ejecución y hasta la formalización de la nueva contratación; ahora bien, debe entenderse que tal previsión -similar aunque no idéntica a la del artículo 29.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, actualmente en vigor, en la que se imponen ciertos límites a tal posibilidad extraordinaria de prórroga- desborda los límites del TRLCSP al permitir la extensión de la duración del contrato de servicios en contra de lo señalado en los artículos 23 y 303 de la misma norma y que, por tanto, no resulta aplicable.

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. Por ello, este Consejo estima que 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 efectúa la liquidación considerando el exacto importe de las facturas a las que se ha prestado conformidad, esto es, excluyendo implícitamente tanto la existencia de indemnización por daños y perjuicios como la detracción del beneficio industrial. Consideramos justificada tal forma de proceder en la medida en que los precios aplicados en aquella facturación son los que regían en el contrato anterior del mismo servicio, sin que se aprecie en ninguna de las partes, que afirman haber actuado vinculadas por la cláusula del pliego técnico dirigida a asegurar la continuidad en la prestación del servicio, 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 de adjudicación a la empresa del contrato de servicios de mantenimiento de espacios verdes en centros municipales de Avilés durante el periodo comprendido entre el 16 de noviembre de 2017 y el 7 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.