

Expediente Núm. 118/2019
Dictamen Núm. 154/2019

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 19 de junio 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 6 de mayo de 2019 -registrada de entrada el día 23 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio de la adjudicación del contrato de mantenimiento de equipos de protección personal del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento del Ayuntamiento de Oviedo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 2 de agosto de 2018, el Jefe de Servicio de la Oficina Presupuestaria del Ayuntamiento de Oviedo emite informe “en relación” con una “factura pendiente de tramitación” emitida por una empresa, por importe de 22.565,11 €, “por el concepto de servicios prestados de revisión preventiva de los equipos de protección personal (equipos de respiración autónoma)”.

Señala que “consta en informe del Inspector Técnico del (Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento) el motivo de este gasto: `Los trabajos fueron realizados (...) en los primeros días de diciembre de 2017, dada la imperiosa necesidad que había de realizar las operaciones preceptivas, según norma inexcusable de prevención de riesgos laborales, de revisión y mantenimiento de equipos de respiración autónoma para bomberos´”. También indica “que para dicho gasto se inició la tramitación del correspondiente expediente de contratación (...) con fecha 14-11-2017, si bien no llegó a la aprobación correspondiente por (el) órgano de contratación”.

En la misma fecha, el Concejal de Gobierno de Economía y Empleo suscribe una memoria en la que, con base en lo informado, propone la tramitación de expediente de reconocimiento extrajudicial de obligaciones “y, en su caso, del correspondiente procedimiento de revisión de oficio de dichos servicios”.

En la factura, que figura incorporada al expediente, se reseña en el apartado relativo al concepto “periodo: 01-01-2017 a 31-12-2017”.

2. El día 17 de agosto de 2018, el Adjunto al Interventor General Municipal emite un informe en el que, tras aclarar que “la factura correspondiente a los servicios que se pretendían contratar (...), cuya aprobación y apertura del procedimiento de licitación no se había realizado por el órgano de contratación, ya se habían prestado con anterioridad”, concluye que “no procede en este caso acudir directamente a la vía del reconocimiento extrajudicial de créditos puesto que en la tramitación seguida 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, 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”.

3. Con fecha 24 de enero de 2019, una Abogada Consistorial que actúa “en sustitución del titular de la Asesoría Jurídica” emite informe en el que señala que “por la Intervención General (...) se formula reparo a la tramitación del expediente extrajudicial (...), toda vez que en la tramitación seguida” se advierte “la posible concurrencia de un supuesto de nulidad radical”, añadiendo que “de acuerdo con el informe de la Intervención General del Ayuntamiento de Oviedo de 17 de agosto de 2018” se observa “la concurrencia de un supuesto de nulidad radical conforme al art. 47.1.e)” de la Ley 39/2015, y “una vez apreciada la nulidad radical del contrato que dio lugar al reconocimiento extrajudicial de créditos” se practicará “la nueva liquidación” para “proceder a su pago”.

4. En sesión celebrada el 1 de marzo de 2019, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo, a propuesta de la Concejalía de Gobierno de Seguridad Ciudadana, acuerda declarar la “caducidad” del procedimiento de revisión de oficio iniciado con fecha 24 de agosto de 2018 e incoar un nuevo expediente de revisión de oficio del contrato verbal relativo a la factura citada, “incorporando al mismo los antecedentes del (...) caducado”. Se transcribe la propuesta suscrita al efecto, en la que consta que “la Junta de Gobierno Local en sesión de 1 de febrero de 2019 acordó remitir el expediente al Consejo Consultivo, pero no se envió en plazo al faltar el número de expediente en la notificación de envío al Consejo Consultivo y no rechazar a tiempo el documento para poder cubrir el dato”.

5. Con fecha 5 de marzo de 2019, la Adjunta a la Jefa de la Oficina Presupuestaria emite informe “complementario” en el que se reitera en el contenido de los anteriores.

6. Previa propuesta del Concejal de Gobierno de Economía y Empleo, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo, en sesión celebrada el 7 de

marzo de 2019, acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal para la revisión preventiva de equipos de respiración autónoma del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento.

Consta la notificación del referido acuerdo a la interesada el 12 de marzo de 2019 con indicación de que, de conformidad con “lo establecido en el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se pone de manifiesto el expediente al interesado para su examen por un periodo de 10 días”.

El 28 de marzo de 2019, “la Instructora del expediente” extiende diligencia en la que hace constar que, transcurrido el plazo de diez días concedido, la empresa interesada no ha presentado alegaciones.

7. El día 15 de abril de 2019, una Abogada Consistorial que actúa “en sustitución del titular de la Asesoría Jurídica” suscribe un informe en el que reitera el contenido del emitido el 24 de enero de 2019.

8. Con fecha 26 de abril de 2019, la Junta de Gobierno Local, a propuesta de la Concejalía de Gobierno de Seguridad Ciudadana, acuerda “remitir el expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias solicitando el previo y preceptivo dictamen a la declaración de nulidad de la referida contratación verbal, notificando” a la mercantil “la suspensión del plazo para resolver”.

Este acuerdo se notifica a la interesada el 7 de mayo de 2019.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 6 de mayo de 2019, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa a la revisión de oficio de los actos administrativos de adjudicación del contrato de mantenimiento de los equipos de protección personal del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento del Ayuntamiento de Oviedo.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra l), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra l), 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, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

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

Se aprecia, asimismo, que al procedimiento de revisión de oficio sometido a nuestra consideración precedió otro tramitado con el mismo objeto y cuya caducidad fue declarada el 1 de marzo de 2019. Iniciado el día 7 de ese mes el actual procedimiento, al mismo se incorporan los informes emitidos por la Oficina Presupuestaria -que elabora uno complementario el 5 de marzo de 2019- y la Intervención Municipal. Ahora bien, se advierte que no se ha unido al expediente el preceptivo informe de Secretaría previsto 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; no obstante, obra en la documentación un informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Oviedo que entendemos ha sido emitido al amparo y de conformidad con lo establecido para los municipios de gran población en la disposición adicional cuarta del referido Real Decreto, dando satisfacción de esta manera a las exigencias legales de motivación con relación a tal requisito.

Por otra parte, advertimos que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la empresa interesada, 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.

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), 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", 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 el que se producen los actos 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. 28/2019, 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. Dado que el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de incoación del procedimiento se adoptó el 7 de marzo de 2019, y que la Administración municipal ha utilizado la posibilidad de suspender el transcurso de dicho plazo de resolución hasta la emisión de dictamen por este Consejo (si bien el plazo máximo de suspensión no puede exceder de 3 meses), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, 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.

El Ayuntamiento de Oviedo somete a nuestra consideración un procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos de adjudicación del servicio de mantenimiento de los equipos de protección personal del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento, si bien los datos obrantes en el expediente respecto al periodo durante el cual se habría prestado resultan contradictorios. Así, en la factura figura como concepto el “periodo: 01-01-2017 a 31-12-2017”, mientras que en los informes consta que el servicio se habría prestado en “los primeros días del mes de diciembre”. Entendemos que tal discrepancia debe resolverse atendiendo a la literalidad de la propia factura, por lo que ha de considerarse que el lapso temporal durante el cual se desarrollaron los trabajos es el indicado en ella.

De acuerdo con los informes emitidos por la Oficina Presupuestaria y la Intervención Municipal, resulta improcedente acudir de plano al reconocimiento extrajudicial de créditos para el abono de la indicada factura. Ambos concluyen que el procedimiento a aplicar ha de ser el de la revisión de oficio establecido en el artículo 106 de la LPAC con carácter previo a lo dispuesto en el artículo 35 del TRLCSP, aplicable aquí *ratione temporis*.

En efecto, como ya hemos señalado en ocasiones anteriores (por todos, Dictamen Núm. 54/2019), 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 la esfera local ha de considerarse además la facultad que el artículo 28.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el Régimen Jurídico del Control Interno en las Entidades del Sector Público Local, confiere al órgano interventor a los efectos de pronunciarse sobre la posibilidad o conveniencia de proceder a la revisión de oficio de los actos dictados con infracción del procedimiento.

También hemos establecido 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 verbal 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.

De la propuesta de resolución se desprende que la nulidad instada se basa en la prohibición de la contratación verbal, en cuanto que incurre en el supuesto establecido en el artículo 47.1.e) de la LPAC por ausencia total del procedimiento. Ahora bien, 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).

Los informes reflejan, a su vez, que había llegado a iniciarse un procedimiento para la contratación del correspondiente servicio, si bien, atendiendo al periodo que figura en la factura (que comprende todo el año 2017), en la fecha indicada como de inicio de aquel procedimiento de contratación frustrado (14 de noviembre de 2017) el servicio ya venía prestándose con anterioridad. Se constata, pues, una prórroga *de facto* del mismo servicio con la misma empresa en tanto se licitaba un nuevo contrato para su cobertura, lo que desborda los límites establecidos en los artículos 23 y

303 del TRLCSP relativos a la extensión de la duración del contrato de servicios; regulación 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, con relación a la posibilidad extraordinaria de prórroga del contrato de servicios de mantenimiento. De lo actuado resulta, por tanto, que el contrato se adjudicó sin seguir ninguno de los procedimientos previstos al efecto en el artículo 138 del TRLCSP. En consecuencia, es evidente que en este supuesto se ha omitido, de forma clara, manifiesta y ostensible, el procedimiento legalmente exigible.

Por ello, partiendo de que el artículo 28 del TRLCSP proscribía la contratación verbal, y el artículo 23 de la misma norma limita la prórroga irregular, puesto que el contrato realizado no cumple con la definición de un menor se habrían eludido, además de la falta de adjudicación por el órgano de contratación, las formalidades para su tramitación por los procedimientos previstos al efecto en el propio TRLCSP; esto es, los contemplados en su artículo 138 -procedimiento abierto o restringido-, y esencialmente las obligaciones de publicidad y concurrencia.

En definitiva, 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 los actos administrativos de adjudicación que permitieron la prestación del servicio.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 35.1 del TRLCSP; regulación que constituye aquí 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". Todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse para funcionarios y autoridades (disposición adicional decimonovena del TRLCSP).

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 los actos administrativos de adjudicación a la empresa del contrato de mantenimiento de los equipos de protección personal del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento del Ayuntamiento de Oviedo."

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.