

Expediente Núm. 34/2020  
Dictamen Núm. 43/2020

**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 26 de febrero de 2020, 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 29 de enero de 2020 -registrada de entrada el día 5 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio de la modificación verbal del contrato de servicios de conserjería de bibliotecas y centros de estudio del Ayuntamiento de Oviedo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 24 de septiembre de 2019, el Jefe de la Sección de Educación suscribe un informe-propuesta en el que expone que el contrato de servicios de conserjería para la red de centros de estudio y bibliotecas municipales fue adjudicado a ..... por la Junta de Gobierno Local el 24 de marzo de 2017. Señala que fue objeto de una primera modificación el 14 de diciembre de 2017, por importe de 11.713,20 €, IVA excluido; de una segunda el 8 de junio de

2018, por importe de 20.201,40 €, IVA excluido, y de una tercera, por importe de 5.940,46 €, IVA excluido, añadiendo que ello "implicó que el importe del contrato para la última anualidad alcanzase los siguientes importes:/ Ejercicio 2018: 93.016,23 €, sin IVA (...). Ejercicio 2019: 238.898,37 €, sin IVA".

Explica que "a lo largo del año 2018 y 2019 se produjo la apertura de centros más horas de lo inicialmente contratado para hacer frente a una mayor demanda de los usuarios de las instalaciones", incremento que se acordó "de forma verbal a través de llamadas telefónicas y correos electrónicos de los empleados públicos del Ayuntamiento de Oviedo a la empresa tras recibir orden verbal al respecto por la anterior Concejala de Educación", por lo que "se necesitan 16.391,98 €, IVA incluido, para hacer frente a la facturación inicial fuera de contrato. El contrato finalizó el 9 de junio de 2019".

Concluye que "la cláusula undécima de los pliegos administrativos del contrato contempla la posibilidad de modificación hasta en un 20 % del presupuesto anual del mismo; el contrato, como consta en el expediente, fue objeto de diversas modificaciones, sin llegar a sobrepasar este 20 %. Por lo tanto, hay que entender que era posible su modificación y esta no se realizó".

Figura incorporada al expediente la factura emitida por la empresa por el importe indicado. En la descripción del servicio se reseña "cantidad pendiente de pago por la prestación del servicio de auxiliares de centros de estudio y bibliotecas municipales del Ayto. de Oviedo durante el año 2019".

**2.** Durante la instrucción del procedimiento se incorporan al expediente un informe y una memoria de la Oficina Presupuestaria, fechados los días 8 y 9 de octubre de 2019, respectivamente, expresivos de la necesidad de continuación del servicio conforme al informe emitido por el Servicio correspondiente y "sin que se aprecie vulneración del principio de buena fe por parte del acreedor". No obstante, mientras que en la memoria se concluye la procedencia de "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”, en el informe se califica “la aprobación de la modificación del contrato” como “vicio de anulabilidad”.

**3.** Obra también en el expediente un informe del Interventor General del Ayuntamiento de Oviedo, emitido el 14 de noviembre de 2019, en el que se concluye que “no procede en este caso acudir directamente a la vía del reconocimiento extrajudicial de créditos (...), puesto que se aprecia la concurrencia de varios supuestos de nulidad radical conforme a los preceptos reseñados que determinaría la nulidad de la contratación. Por tanto, 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 deriva la factura indicada (...), debiendo recabarse con carácter previo a la declaración de nulidad dictamen favorable del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

Asimismo, señala “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 señalado por la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias.

**4.** En sesión celebrada el 21 de noviembre de 2019, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo aprueba la propuesta de la Concejalía de Gobierno de Economía relativa al inicio del procedimiento de revisión de oficio de los actos de adjudicación que se encuentran en el origen de la presente factura. El acuerdo se notifica con fecha 22 de noviembre de 2019 a la empresa 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.

**5.** Con fecha 16 de enero de 2020, libra informe una Abogada Consistorial en sustitución del titular de la Asesoría Jurídica en el que aprecia, de acuerdo con el informe de la Intervención General del Ayuntamiento, la concurrencia de “un

supuesto de nulidad radical conforme al art. 47.1.e)” de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, según el cual “son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados./ Por ello, una vez desistido del expediente de reconocimiento extrajudicial de créditos (...) e informado por esta Asesoría Jurídica el expediente, debe continuarse el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal del que se derive la factura indicada”, siendo objeto de liquidación posterior una vez acordada la declaración de nulidad.

**6.** En sesión celebrada el 24 de enero de 2020, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo aprueba la propuesta de la Concejalía de Gobierno de Economía 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”.

**7.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 29 de enero de 2020, 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 modificación verbal del contrato de servicios de conserjería de bibliotecas y centros de estudio del Ayuntamiento de Oviedo, 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 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, 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".

**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 se ha incorporado el informe emitido por la Oficina Presupuestaria y el exigido a la Intervención Municipal en aplicación de lo dispuesto en 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. Se advierte, sin embargo, que no se ha unido al expediente el 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, tal y como ya hemos señalado en relación con otros expedientes de la misma autoridad consultante, obra en él un informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Oviedo 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.

Asimismo, reparamos en que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la 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 de los actos de adjudicación de contratos del sector público, el artículo 41.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), manteniendo el criterio establecido para la revisión de oficio de los actos de las entidades locales 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, dispone que "serán competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos a que se refieren los apartados anteriores el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano,

ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando esta no tenga el carácter de Administración Pública”. Dado que se persigue la nulidad de actos de contratación verbal hemos de entender, tal y como indicamos en el Dictamen Núm. 162/2019, que el órgano competente para la aprobación de un acto ha de serlo igualmente para acordar la revisión de oficio del adoptado, en su caso, 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, atendiendo a lo señalado en la disposición adicional segunda de la LCSP, a cuyo tenor 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 (...) se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo”.

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 21 de noviembre 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 referida Ley el cómputo del plazo deberá reanudarse el día de recepción de este dictamen.

**QUINTA.-** En el asunto examinado se somete a dictamen un procedimiento de revisión de oficio del acto de modificación del contrato de prestación del servicio de conserjería en bibliotecas y centros de estudio en el Ayuntamiento de Oviedo; modificación que habría tenido lugar, según los informes que obran

en el expediente, en un momento indeterminado del año 2018 y hasta la finalización del contrato, el día 9 de junio de 2019.

El procedimiento de revisión de oficio tiene su origen en los informes emitidos por 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 los servicios indicados en la misma. Además, en el segundo de ellos se señala que el procedimiento a aplicar ha de ser el de la revisión de oficio establecido en el artículo 106 de la LPAC con carácter previo a la liquidación del contrato.

En efecto, como venimos señalando reiteradamente (por todos, Dictámenes Núm. 275/2018 y 78/2019), desde 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 (en adelante TRLCSP) -aplicable aquí *ratione temporis* de conformidad con lo previsto en la disposición adicional primera, apartado segundo, de la LCSP, atendida la fecha en la que se realiza la contratación objeto de modificación verbal (marzo de 2017), y cuya regulación se contiene actualmente en el artículo 42 de la LCSP- la previa declaración de nulidad constituye la vía específica y adecuada para compensar al contratista que actúa de buena fe atendiendo a los encargos verbales que le fueron efectuados desde la Administración contratante para la prestación de unos servicios que esta consideró como esenciales e inaplazables; 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 el supuesto que nos ocupa, la propuesta que se eleva a la Junta de Gobierno Local, y que esta asume, considera que las actuaciones objeto de revisión -los servicios prestados por la empresa interesada entre el 16 y el 30 de marzo de 2019-, consistentes en una "contratación verbal", estarían incursas

en la causa de nulidad a que se refiere el artículo 47.1.e) de la LPAC por ausencia total de procedimiento.

Aunque en la propuesta no se explicita, hemos de entender que el vicio de nulidad concurrente en el caso examinado radica en una omisión del procedimiento establecido para la modificación contractual, acordada verbalmente. Ello implica asumir que, según lo informado por el Servicio responsable, dicha modificación -cuya finalidad consistía en incrementar el número de horas de apertura de los centros afectados por motivos extraordinarios- era legalmente posible de acuerdo con la cláusula undécima de los pliegos administrativos del contrato, sin que se superara el umbral previsto, pues de otro modo el procedimiento burlado habría sido el de adjudicación del servicio.

Siendo así, resulta evidente que la omisión del procedimiento aplicable se incardina en la causa de nulidad establecida en el artículo 47.1.e) de la LPAC, conforme a la cual "son nulos de pleno derecho" los actos "dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido"; precepto al que remite la legislación contractual (artículo 32 del TRLCSP y actual artículo 39 de la LCSP, que 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"). A su vez, el artículo 31 del TRLCSP (actual artículo 38 de la LCSP) establece que "los contratos de las Administraciones Públicas (...) 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 (...) a que se refieren los artículos siguientes".

En efecto, el artículo 108 del TRLCSP, aplicable a la modificación verbal del presente contrato de servicios de conserjería visto el momento de su adjudicación, establece que cuando se vaya a introducir en el contrato una modificación prevista en los pliegos -y, de acuerdo con lo informado por la autoridad consultante, la que nos ocupa lo estaba- ha de seguirse el procedimiento establecido en el anuncio o en aquellos. Prescripción que, de

forma evidente, fue desatendida en favor de la inmediata continuidad de la prestación con arreglo a unas nuevas condiciones sin articular la pertinente modificación; situación que implicó, en definitiva, la omisión del cauce establecido para ese fin, vulnerando así lo ordenado en el mencionado artículo 108 del TRLCSP.

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 el presente caso es evidente que el Ayuntamiento convino tácita o verbalmente con la empresa encargada de la prestación del servicio de conserjería en bibliotecas o centros de estudio una modificación de las condiciones del contrato en vigor al objeto de atender las necesidades derivadas de un incremento del horario de apertura de dichas instalaciones a los usuarios del servicio. El objeto del contrato se modificó sin seguir trámite alguno, resultando por ello patente 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 acordar modificaciones de forma verbal y de la obligación de seguir el procedimiento establecido para modificar el contrato.

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, sin que se aprecie la concurrencia de los límites a la potestad de revisión que consagra el artículo 110 de la LPAC.

Lo expuesto nos conduce, por otra parte, a advertir a la autoridad consultante sobre la necesidad de evitar la repetición de prácticas irregulares de contratación como las que suscita la actual revisión de oficio. Al respecto, llama la atención que, según explica la empresa a requerimiento de la Administración, “las modificaciones en los días y horarios de apertura se implantaron conforme

a las indicaciones transmitidas desde el Área de Educación para atender a diversa casuística; predominantemente para ajustar horarios extraordinarios de apertura con motivos de periodos de exámenes o para atender a la demanda de los usuarios o a los datos de ocupación de las instalaciones”. Circunstancias todas ellas previsibles, más aún teniendo en cuenta que, según consta en los informes, el contrato fue objeto de modificación con anterioridad en varias ocasiones que pudieron aprovecharse para acometer el aumento de horario objeto de contratación verbal. En este sentido, el informe complementario emitido por el Jefe de la Sección de Educación el 24 de octubre de 2019 señala que “parece que esta situación ya se arrastraba desde 2018, al abrirse más horas los centros de lo presupuestado inicialmente, y no se procedió a modificar el contrato o a limitar las horas de apertura para reducir el coste”; actitud que resulta reprobable.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP; regulación que constituye 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 el supuesto planteado, el Consistorio acude en la liquidación al importe de los servicios prestados sin que se aprecie otros conceptos indemnizables ni mala fe del acreedor, ni tampoco propósito de la Administración de sustraer la modificación a la libre concurrencia. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que, vinculadas a esta práctica irregular de contratación pública, pudieran derivarse para el personal al servicio de las Administraciones públicas (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 del acto de modificación verbal del contrato de servicios de conserjería de bibliotecas y centros de estudio del Ayuntamiento de Oviedo, y en consecuencia su nulidad, insubsanable y no convalidable.”

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,