

Dictamen Núm. 169/2020

**V O C A L E S :**

*Sesma Sánchez, Begoña,*  
Presidenta  
*González Cachero, María Isabel*  
*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 2 de julio de 2020, con asistencia de las señoras que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 28 de mayo de 2020 -registrada de entrada el día 12 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio de la contratación verbal por el Ayuntamiento de Oviedo del servicio de telefonía móvil entre el 29 de mayo y el 31 de agosto de 2019.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 13 de diciembre de 2019, el Jefe del Servicio de Planificación Estratégica, Organización y TIC del Ayuntamiento de Oviedo libra informe en relación con tres facturas presentadas por ..... y pendientes de pago, todas ellas de idéntico importe -3.561,62 €, IVA incluido-, lo que supone un total de 10.684,86 € en concepto de cuotas del servicio de telefonía móvil desde el 29 de mayo al 31 de agosto de 2019.

Como antecedentes, indica que por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 30 de abril de 2015 se adjudicó el “servicio de telefonía fija, conexión

a internet y telefonía móvil (Lote II: Telefonía móvil), con un precio de 35.321,90 €, IVA excluido, y plazo de ejecución de tres años, susceptible de una prórroga de un año adicional./ El contrato se formalizó con fecha 28-05-2015". Añade que en sesión celebrada el 24 de mayo de 2018 la Junta de Gobierno Local acordó "aprobar la primera y única prórroga del mencionado contrato, con efectos hasta el 28-05-2019".

Señala a continuación que "los pliegos para licitar el contrato llamado a suceder a este se lanzaron, desde esta Sección de TIC, en enero de 2019, pero diversas vicisitudes ocurridas durante el procedimiento de contratación hicieron que la adjudicación (...) se retrasase hasta la (Junta de Gobierno Local) de 01-08-2019". El adjudicatario resultó ser, nuevamente, la misma empresa anterior y el contrato correspondiente "se formalizó con fecha 30-08-2019".

Indica que "al tratarse de un servicio crítico para el Ayuntamiento no se produjo la interrupción del mismo en ningún momento", considerando que "al haber sido prestado el servicio correctamente, y en aplicación del principio que proscribire el enriquecimiento injusto, procede realizar la tramitación oportuna para que el proveedor pueda cobrar estas facturas".

Finaliza anunciando que "en un momento posterior, una vez completada la documentación pertinente, se tramitará otro expediente de reconocimiento para las liquidaciones realizadas por la empresa en concepto de 'regularización' por importes no contemplados en el contrato o que exceden del previsto en el mismo".

**2.** El día 2 de enero de 2020, el Concejal de Gobierno de Economía, Transformación Digital y Comunicación del Ayuntamiento de Oviedo suscribe la memoria elaborada por la Adjunta a la Jefa de la Oficina Presupuestaria y la Jefa del Servicio, en la que se constata que se hallan pendientes de tramitación y pago las tres facturas referidas, por un importe total de 10.684,86 € en concepto de "servicios de telefonía móvil, meses de junio a agosto de 2019, ambos inclusive". Se precisa 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 3 de enero de 2020, la Adjunta a la Jefa de la Oficina Presupuestaria y la Jefa del Servicio informan que “la facturación que ahora se tramita (...) no está amparada por un contrato”. En estas condiciones concluyen que, “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 derivan las facturas incluidas en el presente expediente”.

**4.** Ese mismo día, el Interventor General emite informe en el que concluye que en este caso no procede 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 a) del artículo 32 (del) TRLCSP que determinaría la nulidad del contrato. En este sentido, la Junta de Gobierno deberá valorar, a la vista del informe del Servicio de Planificación Estratégica, Organización y TIC, la aplicación de las previsiones contenidas en el apartado 3 del citado artículo 35 del TRLCSP./ 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”.

Estima 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 (TRLSCP)” es el “aplicable aquí *ratione temporis*”, y razona que el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, consagra como causa de nulidad, junto a

otras, la ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido para dictar los actos.

Advierte además sobre “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 informado por la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias.

**5.** En sesión celebrada el 9 de enero de 2020, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo acuerda, a propuesta de la Concejalía de Gobierno de Economía, Transformación Digital y Comunicación, el inicio del procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal que ha dado origen a las facturas pendientes de pago.

Evacuado el trámite de audiencia, el Instructor del procedimiento extiende diligencia en la que se hace constar que “transcurrido el plazo de diez días concedido al efecto resulta que no se han presentado alegaciones”.

**6.** Con fecha 20 de abril de 2020 libra informe una Abogada Consistorial en sustitución del titular de la Asesoría Jurídica. En él aprecia, de acuerdo con el informe de la Intervención General, 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 (...), por lo que no procede acudir directamente a la vía del reconocimiento extrajudicial de créditos (...). Por ello, una vez desistido del expediente de reconocimiento extrajudicial de créditos (...), e informado por esta Asesoría Jurídica el expediente, debe pasar a dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias previo a la declaración de nulidad, y se practique la nueva liquidación para proceder a su pago”.

**7.** En sesión celebrada el 7 de mayo de 2020, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo acuerda remitir el expediente al Consejo Consultivo

para la emisión del preceptivo dictamen y notificar a la empresa interesada la suspensión del plazo para resolver, “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015”.

Con fecha 14 de mayo de 2020 la empresa interesada acusa recibo de esta notificación.

**8.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 28 de mayo 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 contratación verbal del servicio de telefonía móvil entre el 29 de mayo y el 31 de agosto de 2019 para el 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 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”.

**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 actos en el artículo 35.1.b) de la LPAC.

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.

Respecto al 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, obra en el expediente un informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento 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.

Por otra parte, advertimos que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la mercantil 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, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (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 los actos de adjudicación de un servicio, hemos de entender, tal y como ya 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, aplicable al presente supuesto si tenemos en cuenta el momento en el que se producen los actos de adjudicación objeto de revisión, a cuyo tenor "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”, añadiendo en su 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”.

Finalmente, con arreglo a lo establecido en el artículo 106.5 de la LPAC, los procedimientos de revisión 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. Al respecto, advertimos que el Tribunal Supremo ha resuelto que la fecha que debe considerarse para apreciar esa perención es aquella en que se dicta la resolución que pone fin al procedimiento y no la de su notificación (Sentencia de 12 de marzo de 2020 -ECLI:ES:TS:2020:866-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). Incoado el que analizamos por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de 9 de enero de 2020, a la fecha de emisión del presente dictamen dicho plazo no ha transcurrido aún, considerada la suspensión del procedimiento acordada por la Junta de Gobierno Local en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC al momento de la remisión del expediente para la solicitud del preceptivo dictamen por este Consejo; suspensión debidamente notificada a la mercantil interesada. En rigor, acordada la suspensión por la petición de dictamen a este órgano el 7 de mayo de 2020, cuando el plazo estaba suspendido en aplicación de lo establecido en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por



el que se declara el Estado de Alarma para la Gestión de la Situación de Crisis Sanitaria ocasionada por el COVID-19, ha de entenderse que la suspensión adicional acordada al amparo de lo señalado en el artículo 22 de la LPAC -desde la solicitud de dictamen hasta su recepción- ha de computarse a partir del 1 de junio de 2020, cuando se reanudan los plazos suspendidos en virtud del Real Decreto por el que se declara el estado de alarma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el Estado de Alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

**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 los actos de adjudicación de la prestación de los servicios de telefonía móvil del Ayuntamiento de Oviedo por el periodo comprendido entre el 29 de mayo y el 31 de agosto de 2019; expediente de revisión de oficio que tiene su origen en los informes de la Oficina Presupuestaria y de la Intervención General expresivos de la improcedencia de acudir de plano al reconocimiento extrajudicial de créditos para el abono de las facturas emitidas por la mercantil que prestó esos servicios, en los 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 con carácter previo a la liquidación de los servicios prestados.

Como venimos señalando de manera reiterada (por todos, Dictámenes Núm. 275/2018 y 78/2019), tras la entrada en vigor del artículo 35 del TRLCSP (cuya regulación actualmente se contiene en el artículo 42 de la vigente LCSP, aplicable aquí *ratione temporis*, dada la fecha en que el servicio se adjudica con

omisión del procedimiento) 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 el asunto ahora examinado, la propuesta que se eleva a la Junta de Gobierno Local, y que esta asume, considera que las actuaciones objeto de revisión -la continuidad en la prestación de los servicios de telefonía móvil por la mercantil interesada entre el 29 de mayo y el 31 de agosto de 2019- al no estar amparadas en un expediente de contratación, ni tener cobertura como prórroga válida de una contratación anterior, estarían incursas 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 legal 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 determina, en su apartado 1, 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 1, 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 del trámite” (por todas, Sentencia del

Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2017 -ECLI:ES:TS:2017:333-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª).

Pues bien, el análisis de lo actuado revela que el Ayuntamiento de Oviedo, invocando el carácter “crítico” de la continuidad de la prestación del servicio de telefonía móvil, procedió a prorrogar *de facto*, en las mismas condiciones económicas y con la misma empresa -en tanto se ultimaba el procedimiento en trámite para una nueva adjudicación del servicio-, el contrato que se había extinguido por agotamiento de su plazo máximo de duración el 28 de mayo de 2019; situación que se mantendría hasta el día 31 del mes de agosto de ese año. Se constata de esta forma que los actos de adjudicación del servicio se realizaron 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 establecido para la contratación de la prestación ejecutada, cuyo valor estimado -tratándose de un servicio de prestación sucesiva- rebasa el umbral del contrato menor aquí aplicable.

Al respecto procede reiterar, como ya hemos advertido en situaciones similares (por todos, Dictamen Núm. 29/2018), la necesidad de evitar la repetición de prácticas irregulares como las que suscita la actual revisión de oficio, teniendo en cuenta el mandato de programación y planificación de la contratación pública (artículo 28.4 de la LCSP) y que el artículo 29.4, párrafo quinto, de la LCSP ampara la prórroga del contrato originario ante incidencias en el nuevo procedimiento de adjudicación por “acontecimientos imprevisibles”, siempre que existan “razones de interés público para no interrumpir la prestación” y que “el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario”. En el supuesto planteado parecen cumplirse estos dos últimos condicionantes, pero no el relativo a la imprevisibilidad, pues en el expediente solo se alude a “diversas vicisitudes” que no pueden reputarse ajenas al órgano de contratación.

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, sin que se aprecie la concurrencia de los límites a las facultades revisoras que consagra el artículo 110 de la LPAC.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 42 de la LCSP; 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 vigésima octava de la LCSP).

En el supuesto planteado, el Ayuntamiento de Oviedo acude en la liquidación al importe de las facturas a las que se ha prestado conformidad, al tiempo que excluye tanto la existencia de indemnización por daños y perjuicios como la detracción del beneficio industrial; extremos que se estiman justificados en la medida en que estamos ante una prestación de servicios que se prorroga por circunstancias atendibles -y por un lapso breve, en tanto se concluye la nueva adjudicación del servicio-, sin que se aprecie en ninguna de las partes un propósito de sustraer interesadamente el negocio a la libre concurrencia.

Toda vez que por el Ayuntamiento se advierte la pendencia de otras facturas por el mismo servicio, procede puntualizar que los actos de adjudicación que ahora se anulan son los mismos que amparan esa facturación, por lo que no han de volver a someterse a la revisión de oficio. Tal como advertimos en el Dictamen Núm. 15/2020, la invalidez de esas otras facturas

sería consecuencia material de la nulidad ya declarada cuando, “predicada esa nulidad de la decisión administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio -y no de unas determinadas facturas, que ni siquiera tienen naturaleza de acto administrativo-, no se aprecia ninguna decisión posterior diferenciada o distinta, expresa o tácita, con relación a las nuevas facturas”.

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 de adjudicación a ..... de la prestación de los servicios de telefonía móvil del Ayuntamiento de Oviedo por el periodo comprendido entre los días 29 de mayo y 31 de agosto de 2019.”

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.