

Dictamen Núm. 266/2020

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 19 de noviembre de 2020, por medios electrónicos, 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 la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo de 26 de octubre de 2020 -registrada de entrada el día 28 de ese mismo mes-, examina el expediente de revisión de oficio de la contratación verbal con la Fundación Musical Ciudad de Oviedo para la celebración del concierto de Año Nuevo 2020.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 15 de enero de 2020, el Coordinador de Actividades de la Fundación Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Oviedo emite un informe en relación con la factura presentada por la Fundación Musical Ciudad de Oviedo, por importe de 45.960 €, en concepto de “concierto de Año Nuevo 2020”, cuya realización se aprobó por la Comisión Delegada de la Fundación Municipal de Cultura mediante acuerdo de 13 de diciembre de 2019. En él expone que “si

bien se aprobó la actividad no se tramitó, en tiempo y forma, el contrato con la Fundación Musical Ciudad de Oviedo (organización privada sin ánimo de lucro en la que se integra la orquesta Oviedo Filarmonía) correspondiente al citado concierto”, proponiendo la apertura del “procedimiento adecuado para proceder al reconocimiento de la deuda y su abono”.

2. Con fecha 9 de marzo de 2020, el Presidente y la Adjunta a la Jefa de la Oficina Presupuestaria de la Fundación Municipal de Cultura emiten informe sobre el reconocimiento extrajudicial de deuda y contrato verbal. Concluyen que “el gasto no ha sido aprobado conforme al procedimiento establecido; sin embargo, teniendo en cuenta que consta en el expediente informe del Coordinador (...), sin que se aprecie vulneración del principio de buena fe por parte del acreedor, se propone continuar la tramitación del (...) expediente de reconocimiento extrajudicial de obligaciones y, en su caso, del correspondiente procedimiento de revisión de oficio”.

3. El día 10 de marzo de 2020 emite informe la Adjunta a la Jefa de la Oficina Presupuestaria de la Fundación Municipal de Cultura, que rubrica también en nombre de la Jefa del Servicio. En él se aprecia que “la contratación artística para la actuación de la orquesta Oviedo Filarmonía no llegó a tramitarse. Se trata de un contrato privado cuya regulación específica está contenida en el art. 26.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en cuanto a su preparación y adjudicación (...). Por tanto, y conforme a lo previsto en el artículo 106 de la Ley 39/2015, procedería -salvo mejor criterio- que por la Junta de Gobierno se inicie el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal del que se derivan las facturas incluidas en el presente expediente”.

4. Con fecha 27 de marzo de 2020 libra informe la Adjunta al Jefe del Servicio de Fiscalización de la Fundación Municipal de Cultura, con el conforme del Interventor General de la Fundación. En él se reseña que “se ha prescindido de forma total y absoluta del procedimiento legalmente establecido para la

tramitación del contrato”, concurriendo así “la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 39.1 de la LCSP, en relación con el artículo 47.1.e) de la LPAC”. Se concluye que “no procede en este caso acudir directamente a la vía del reconocimiento extrajudicial de créditos, puesto que se aprecia la posible concurrencia de un supuesto de nulidad radical”, y que “conforme a lo previsto en el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, procede que por el Consejo Rector de la Fundación Municipal de Cultura se inicie el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal, debiendo recabarse con carácter previo a la declaración de nulidad dictamen favorable del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

5. El día 3 de junio de 2020, el Presidente de la Fundación Municipal de Cultura propone al Consejo Rector, advertida la omisión del procedimiento aplicable a la contratación, “iniciar el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal del que se deriva la factura (...), debiendo recabarse con carácter previo a la declaración de nulidad el preceptivo dictamen favorable del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”, y “poner de manifiesto el expediente al interesado para su examen por un periodo de 10 días, durante los cuales podrá alegar y presentar los documentos y justificaciones que considere pertinentes”.

De esta propuesta, según consta en la certificación emitida por el Secretario General del Ayuntamiento de Oviedo y de la Fundación Municipal de Cultura (*ex* artículo 3 de sus Estatutos), se dio cuenta al Consejo Rector de este organismo en la sesión celebrada el día 10 de junio de 2020, que adoptó el acuerdo de iniciación del procedimiento de revisión de oficio ordenando la práctica del trámite de audiencia.

6. Incorporada notificación electrónica a la Fundación Musical Ciudad de Oviedo, se extiende diligencia expresiva de que no se presentaron alegaciones.

7. El día 29 de septiembre de 2020 emite informe una Letrada Consistorial “en sustitución del titular de la Asesoría Jurídica”. En él señala que la factura corresponde “al caché de la orquesta Oviedo Filarmonía” y que el concierto se celebró los días 1 y 2 de enero de 2020, aunque no se tramitó el procedimiento de contratación, por lo que la Intervención General formuló un reparo en el expediente de reconocimiento extrajudicial y apreció la necesidad de iniciar la revisión de oficio.

8. Con fecha 30 de septiembre de 2020 elabora propuesta de resolución el Presidente de la Fundación Municipal de Cultura, con el visto bueno del Director Gerente de la Fundación. En ella se propone “manifestar la conformidad a las actuaciones practicadas en el procedimiento de revisión de oficio incoado al respecto, apreciando la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho en la prestación del servicio”, y “solicitar al Consejo Consultivo del Principado de Asturias (...) la emisión del dictamen preceptivo”.

Según consta en la certificación emitida el 19 de octubre de 2020 por el Secretario General del Ayuntamiento de Oviedo y de la Fundación Municipal de Cultura, el Consejo Rector de este organismo, en sesión celebrada el 16 de octubre de 2020, suscribió la propuesta por unanimidad, acordándose la suspensión del plazo para resolver el procedimiento “en los términos del artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015”, lo que se notifica a la Fundación Musical Ciudad de Oviedo.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 26 de octubre de 2020, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa a la revisión de oficio de la contratación verbal con la Fundación Musical Ciudad de Oviedo para la celebración del concierto de Año Nuevo 2020, objeto del expediente núm., 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), la Fundación Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Oviedo, organismo autónomo de este, se halla debidamente legitimada, toda vez que ha realizado los actos de contratación cuya declaración de nulidad es objeto del procedimiento de revisión de oficio iniciado.

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 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 fundación 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 también el librado por la Intervención General 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, lo que satisface las exigencias legales.

Advertimos, no obstante, que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la fundación 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". En el caso que nos ocupa, la Fundación Municipal de Cultura es un organismo autónomo (artículo 1 de sus Estatutos), y la competencia para declarar la nulidad del acto objeto de análisis corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 9.1.6).a) de sus Estatutos, al Consejo Rector.

Finalmente, con arreglo a lo dispuesto 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. Al respecto, se advierte que el Tribunal Supremo ha declarado que la fecha que debe considerarse para apreciar esa perención es aquella en la 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). En el supuesto examinado dicho plazo no ha transcurrido aún, pues incoado el procedimiento por acuerdo del Consejo Rector de la Fundación Municipal de Cultura de 10 de junio de 2020, consta además en el expediente que se ha acordado la suspensión hasta la emisión de dictamen por este Consejo Consultivo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, y que la misma se ha notificado a la interesada, por lo que el cómputo del plazo deberá reanudarse a la recepción del presente dictamen, o una vez transcurrido el plazo de 3 meses desde la suspensión; circunstancia que igualmente ha de ser comunicada a la interesada, tal y como se establece en el precepto citado.

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 las actuaciones contractuales relativas a la actividad de la orquesta Oviedo Filarmonía en los conciertos de Año Nuevo, los días 1 y 2 de enero de 2020. Este expediente revisor se inicia por acuerdo del Consejo Rector de la Fundación Municipal de Cultura -organismo autónomo contratante-, tras las indicaciones formuladas al respecto en los informes emitidos por el Coordinador de Actividades de la Fundación, la Oficina Presupuestaria y la Intervención General, informando también la Abogacía Consistorial durante la tramitación del mismo. Todos ellos coinciden en la necesidad de tramitar un procedimiento de revisión de oficio de actos nulos en relación con dicha actuación, por haberse omitido el procedimiento de contratación.

Como venimos reiterando (por todos, Dictamen Núm. 289/2019), a la vista de lo dispuesto en el artículo 42 de la LCSP la previa declaración de nulidad constituye la vía específica y adecuada para compensar al contratista que -atendiendo a los encargos verbales que le fueron efectuados desde la Administración contratante para la prestación de unos servicios- actúa de buena fe. Tal como expone el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, la previsión legal señalada -introducida ya en 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-, 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 al Consejo Rector de la Fundación Municipal de Cultura y que este asume, con base en lo apreciado por los preinformantes, considera que los actos de adjudicación del

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

En efecto, tratándose aquí de un contrato privado de la Administración -a tenor de lo señalado en el artículo 25.1 de la LCSP, que excluye del carácter administrativo “los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos”-, se advierte que se rige por la LCSP en cuanto a su preparación y adjudicación, aplicándose además el “Libro Primero de la presente Ley” (artículo 26.2 de la LCSP), en el que se disciplina el “régimen de invalidez” aplicable tanto a los contratos administrativos como a los privados.

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

El referido artículo 47 de la LPAC establece en su apartado 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 de trámite” (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2006 -ECLI:ES:TS:2006:2789-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a).

El análisis de lo actuado revela que la Fundación Municipal de Cultura procedió a adjudicar *de facto* a la Fundación Musical Ciudad de Oviedo la actuación artística para los conciertos de Año Nuevo los días 1 y 2 de enero de

2020. Se constata de esta forma que el contrato sometido a revisión se adjudicó sin seguir ninguno de los procedimientos previstos al efecto en la LCSP. Por ello, resulta evidente que se ha omitido, de forma clara, manifiesta y ostensible, el procedimiento legalmente exigible, lo que supone una clara contravención por parte de la Fundación Municipal de Cultura de Oviedo de la prohibición de contratar verbalmente impuesta por el artículo 37.1 de la LCSP.

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.

Ahora bien, lo anterior no impide reiterar la necesidad de evitar la repetición de prácticas irregulares como las que suscita la actual revisión de oficio. Al respecto, procede advertir a la Administración consultante sobre la conveniencia de dar un adecuado cumplimiento a la exigencia legal de programar la actividad de contratación pública exigida en el artículo 28.4 de la LCSP, con el fin de evitar la reiteración de contrataciones irregulares, pero previsibles, por falta de una adecuada ordenación de los plazos y procedimientos. 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 vigésima octava de la LCSP).

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".

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. Estimamos justificada la propuesta liquidatoria en la medida en que existe conformidad de la Intervención con el precio facturado, y estamos ante una prestación encomendada a una organización de carácter cultural y sin ánimo de lucro en la que no se aprecia ninguna actuación dirigida a la obtención de un provecho al margen de la legalidad.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede revisar de oficio y declarar la nulidad de los actos de adjudicación a la Fundación Musical Ciudad de Oviedo de la actuación orquestal para la celebración del concierto de Año Nuevo 2020.”

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.