



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **353/2017**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 13 de diciembre de 2017, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Ilma. Sra. Secretaria General de la Consejería de Turismo, Cultura y Medio Ambiente (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 13 de noviembre de 2017, sobre reconocimiento de obligaciones con omisión de fiscalización previa correspondientes al contrato del servicio integral de limpieza y mantenimiento de zonas verdes en áreas de uso público y red de infraestructuras para la defensa del medio natural en Red Natura 2000 de la Región de Murcia (expte. **345/17**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El procedimiento del artículo 33 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre (RCI), se integra, en primer lugar, del informe de la Interventora, de 22 de diciembre de 2016, que tiene por objeto la propuesta relativa al pago de las certificaciones adicionales I y II del contrato de servicio integral de limpieza y mantenimiento de zonas verdes en áreas de uso público y red de infraestructuras para la defensa del medio natural en Red Natura 2000 de la Región de Murcia, adjudicado a --, cada una de un importe de 33.969,03 euros, correspondientes a servicios prestados durante los meses de agosto y septiembre de 2016 para realizar trabajos en el Mar Menor.

Según expone la Interventora, la relación de la Administración regional con la empresa deriva de un contrato existente que no recogía las prestaciones que ahora son objeto de reconocimiento, ya que debió tramitarse una modificación que no consta pero, que, sin embargo, estaba prevista en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

El incumplimiento normativo consiste en la falta de tramitación y fiscalización de la modificación contractual (art. 108 TRLCSP), resultando que los trabajos se han realizado a través de un contrato verbal, prohibido por el artículo 28 TRLCSP.

Entre la documentación examinada por la Interventora figuran las dos facturas y las certificaciones, que han recogido los precios del contrato principal, ambas expedidas por el director técnico del servicio y visadas por el Subdirector General de Política Forestal.

Añade a ello que existe crédito presupuestario en el ejercicio de 2016, y concluye la Interventora que, ateniéndose

a los criterios establecidos en la Circular 1/1998, de 10 de julio, de la Intervención General, no sería conveniente la revisión de los actos por razones de economía procesal, ya que el importe de la indemnización correspondiente no sería inferior al del gasto propuesto, conclusión que apoya también en determinada doctrina de este Consejo Jurídico, recogida en el Dictamen 278/2016.

SEGUNDO.- La memoria explicativa de las causas por las que se omitió la fiscalización previa, de 15 de junio de 2017, es suscrita por el Director Técnico del Servicio y visada por el Subdirector General de Política Forestal. Expone que dada la situación de urgencia de efectuar los trabajos extraordinarios en el ámbito del Mar Menor durante los meses de agosto y septiembre de 2016, y la necesidad de comenzarlos el día 1 de agosto, los tiempos de la tramitación y fiscalización de la modificación del contrato impedían tal objetivo. El 9 de octubre de 2017 los mismos cargos alegan en un nuevo escrito que existía conformidad de la empresa con la prestación del servicio y los precios, conformidad dada a una propuesta suscrita por ellos mismos el 18 de julio de 2016 para que --, *"con estricta sujeción a los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares redactados para esta contratación"*, incorporase al servicio dos brigadas de operarios para limpieza.

TERCERO.- El 3 de octubre de 2017 la Directora General del Medio Natural solicita que se eleve propuesta al Consejo de Gobierno para que resuelva la omisión de fiscalización, sobre la cual emitió informe el Servicio Jurídico de la Consejería el 27 de octubre de 2017, procede de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, que la omisión de fiscalización sea resuelta por el Consejo de Gobierno a propuesta del titular de la Consejería, previo Dictamen del Consejo Jurídico.

CUARTO.- De fecha 8 de noviembre es la propuesta que se pretende elevar al Consejo de Gobierno para autorizar a la Consejería de Turismo, Cultura y Medio Ambiente para reconocer la obligación y propuesta de pago de la certificación adicional nº 1 y certificación adicional nº 2, correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2016 del expediente de contratación "Servicio integral de limpieza y mantenimiento en zonas verdes en áreas de uso público y red de infraestructuras para la defensa del medio natural en Red Natura 2000 de la

Región de Murcia" (expte. 22/2015), a favor de la empresa --, por importe de 67.938,06 euros, con cargo a la correspondiente partida presupuestaria del ejercicio 2017.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Como expresa el escrito de formalización de la consulta, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo y con amparo en el artículo 12.12 LCJ, al versar sobre una consulta relativa a unos gastos realizados con omisión de la fiscalización previa.

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento

Tal como ha señalado en diversas ocasiones este Consejo Jurídico, el asunto sometido a Dictamen es una manifestación típica de un procedimiento de naturaleza incidental con relación al ordinario de aplicación al presupuesto de las obligaciones contraídas por la Administración regional, procedimiento incidental que se origina con la comunicación que la Interventora realiza a la autoridad que hubiera iniciado el procedimiento ordinario de que se ha observado, en este último, la omisión de un trámite preceptivo, cual es la fiscalización previa del acto de reconocimiento de la obligación. Este procedimiento incidental viene regulado en el artículo 33 RCI, e implica una paralización del procedimiento de gasto o pago *"hasta que se conozca y resuelva dicha omisión en los términos previstos en el presente artículo"*; y lo finaliza el Consejo de Gobierno adoptando *"la resolución a que hubiere lugar"*.

En la instrucción del procedimiento -sencilla en la configuración reglamentaria- constan todas las actuaciones exigibles.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

En el procedimiento objeto de Dictamen, igual que en los de su naturaleza y finalidad, hay que examinar dos perspectivas relacionales con diferentes consecuencias, todo ello partiendo de una primera calificación de las actuaciones desarrolladas.

A la vista de lo descrito debe concluirse de forma indubitada que el acuerdo o encargo a la empresa para realizar los trabajos certificados es nulo de pleno derecho por dos causas. Es criterio reiterado que las adjudicaciones realizadas prescindiendo totalmente del procedimiento de contratación son nulas de pleno derecho tal como resulta del artículo 32 TRLCSP en relación con el 47.1, e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) (Dict. del CESt. 456/2012). Este acto verbal de adjudicación no tiene cabida en el régimen jurídico de la contratación administrativa y, en el entendimiento de que ésta es esencialmente formalista, y siguiendo lo establecido ya por el TRLCSP (Decreto-Legislativo de 2011) el artículo 28, la nueva 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, prohíbe expresamente en el artículo 37.1 la contratación verbal, salvo en los supuestos excepcionales de emergencia (Dict. del Consejo Jurídico de la Región de Murcia 130/2009). En la misma situación estarían las modificaciones contractuales que incurrir en esa irregularidad (Dict. del Consejo Jurídico de la Región de Murcia 86/2007).

Aún más, debe decirse que el acto de adjudicación ha sido dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, incurriendo así también en la causa de nulidad del artículo 32 TRLCSP en relación con el 47.1, b) LPACAP. Ello es así porque de forma clara y notoria resulta que el órgano administrativo que al parecer ha realizado el encargo verbal, el Director Técnico, carece de toda competencia para contratar (STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª, de 24 de febrero de 1989), ya que ésta corresponde en la Comunidad Autónoma al Consejero según el artículo 16.2, m) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Hecha esta calificación sobre la relación jurídica entablada entre el Director Técnico y la empresa, debe aplicarse la doctrina jurisprudencial y consultiva general para afirmar que la omisión de las formalidades necesarias para la contratación administrativa no permite a la Administración oponer una pretendida inexistencia de contrato cuando

ha recibido la prestación. Por el contrario, los defectos formales en la contratación deben ceder ante las exigencias del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa y por ello la Administración beneficiada con el bien o servicio, debe abonar el precio de lo recibido (ver, por ejemplo, la Sentencia 939/2014, de 7 de mayo, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León) En igual sentido, este Consejo Jurídico mantiene reiteradamente que la invalidez de la actuación administrativa genera una obligación de abono de las obras, pero tal obligación de abono no tiene por título el contrato, sino evitar el enriquecimiento injusto de la Administración que ha recibido el producto de tal acto irregular, ya que debe tenerse presente que el artículo 22.1 TRLH sitúa el origen de las obligaciones de la Hacienda regional en la ley, en los negocios jurídicos, y en los actos o hechos que según derecho las generen, acogiendo así el título resarcitorio como posible fuente para el reconocimiento de obligaciones, las cuales resultarían exigibles una vez adoptadas las medidas de ejecución presupuestaria correspondientes (Dictamen 324/16).

Consecuencia de lo anterior es que, tal como señala la Interventora en su informe, procede elevar al Consejo de Gobierno la propuesta objeto de Dictamen, aunque con correcciones, ya que las certificaciones que se pretende abonar no son adicionales a contrato alguno, al corresponder a una modificación no gestionada ni formalizada y nula de pleno derecho, por lo el acuerdo de Consejo de Gobierno debe hacer referencia a los trabajos realizados, que lo han sido al margen de procedimiento alguno de contratación. Esta observación tiene carácter esencial.

No obstante, la segunda de las perspectivas desde las que necesariamente ha de observarse el procedimiento es la perspectiva relacional interna, que no trasciende al exterior, en la que resulta que se ha actuado invadiendo competencias nada menos que del titular de la Consejería, hecho que no debería dejarse pasar sin que se actuase en consecuencia, todo ello teniendo en cuenta, además, que, como también se ha dicho en anteriores ocasiones (Dictamen 81/2001), este hecho encuentra relación con los tipificados por el artículo 28, d) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y por los artículos 110 y siguientes del TRLH.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Que, una vez rectificada la propuesta consultada, de acuerdo con la observación esencial recogida en la Consideración tercera, puede elevarse al Consejo de Gobierno.

No obstante, V.E. resolverá.