Dictamen Núm. 258/2023

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 13 de diciembre de 2023, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

"El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de la Presidencia de la Fundación Deportiva Municipal de Avilés de 11 de octubre de 2023 -registrada de entrada el día 19 de ese mismo mes-, examina el expediente de revisión de oficio de los actos de adjudicación del servicio de transporte para las actividades deportivas, durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 24 de abril de 2023, sin haberse seguido el procedimiento establecido.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Presidencia de la Fundación Deportiva Municipal de Avilés de 15 de septiembre de 2023, se dispone "iniciar el procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos nulos (...) por las actuaciones relativas al servicio de transporte para las actividades deportivas (…) durante el período comprendido entre el 1 de enero al 24 de abril de 2023", con cargo a las

facturas que reseña cuyo un importe total asciende a cincuenta mil quinientos cuarenta y cinco euros (50.545 €).

Expone que, "finalizado el contrato de servicio de transporte para las actividades deportivas (…), se puso en conocimiento de la anterior prestadora del servicio que este organismo autónomo no había concluido todavía la licitación del nuevo contrato. En tal sentido, y tratándose de un servicio público esencial con prestaciones directas a favor de la ciudadanía, el cual de haberse interrumpido causaría graves perjuicios al interés general, se solicitó a dicha entidad prestadora, actual adjudicataria (…), que continuase prestando el servicio en las mismas condiciones administrativas y técnicas que las establecidas en el contrato administrativo formalizado el día 28 de marzo de 2019, pero con una subida de los precios unitarios originarios con motivo de la subida del combustible y la mano de obra, en tanto en cuanto no se formalizase el nuevo contrato administrativo./ La (mercantil) aceptó verbalmente la continuidad de la prestación del servicio y más tarde a través de un correo electrónico, sin que se hubiese cursado la correspondiente notificación y posterior aceptación por la entidad conforme a los cauces legales establecidos".

Refiere que en el marco del expediente administrativo correspondiente "se instruyó el nuevo contrato administrativo para la prestación del servicio de transporte para las actividades deportivas de la (Fundación Deportiva Municipal), formalizándose en documento administrativo (...) el día 21 de abril de 2023, entrando en vigor al día siguiente de su formalización, esto es el 22 de abril de 2023".

Razona que, "conforme a lo establecido en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, son nulos de pleno derecho los actos de las administraciones públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido por lo que, dado que las actuaciones realizadas (…) se ejecutaron sin cobertura contractual, procede tramitar el correspondiente procedimiento de revisión de oficio".

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

2. Mediante oficio del Secretario de la Fundación Deportiva Municipal de 15 de septiembre de 2023, se notifica la resolución por la que se da inicio al procedimiento revisor a la mercantil interesada.

3. El día 18 de septiembre de 2023 el Director-Gerente de la Fundación Deportiva Municipal informa, entre otras cuestiones, que "la prestación del servicio sin amparo contractual por el período de 01 de enero a 21 de abril de 2023 (en total 3 meses y 21 días) al que se corresponden las facturas mencionadas obedece a la necesaria continuidad de la prestación del servicio puesto que se trata de un servicio público esencial con prestaciones directas a favor de la ciudadanía, el cual de haberse interrumpido causaría graves perjuicios al interés general, actuando bajo el principio de buena fe y sin que hubiese por parte de la (Fundación Deportiva Municipal) intención alguna de evitar las reglas de la contratación pública, tal y como se desprende de las actuaciones llevadas a cabo para la tramitación del nuevo contrato de servicio".

4. Con la misma fecha la Instructora del procedimiento elabora un informe en el que señala que, "tal y como se desprende del informe emitido por el Gerente de la (Fundación Deportiva Municipal) (…), la prestación del servicio sin amparo contractual por el período de 01 de enero a 21 de abril de 2023 (en total 3 meses y 21 días) al que se corresponden las facturas mencionadas obedece a la necesaria continuidad de la prestación del servicio puesto que se trata de un servicio público esencial, el cual de haberse interrumpido causaría graves perjuicios al interés general, sin que hubiese por parte de la (Fundación Deportiva Municipal) intención alguna de evitar las reglas de la contratación pública, habiéndose tramitado la nueva contratación, a juicio de quien suscribe, en un tiempo prudencial, lo que evidencia además la buena fe de la (Fundación Deportiva Municipal). Sin embargo, lo cierto es que agotadas las prórrogas contempladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y dado que la Administración no pudo acogerse al supuesto de prórroga forzosa contemplado en el artículo 29.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Contratos del Sector Público (…), por no cumplirse con los presupuestos legales exigidos, procedió a solicitar verbalmente a la entidad adjudicataria que venía prestando el servicio la continuidad del mismo; prueba de lo anterior existen unos correos electrónicos que corroboran el encargo aunque se advierte que dicha vía o canal (…) no es la legalmente establecida a efectos de comunicación entre la Administración pública y los interesados, si bien demuestran que la entidad procedió a continuar con la prestación del servicio, lo que culmina con la presentación de las facturas" que corresponden a una "prestación ejecutada de forma satisfactoria según los informes de conformidad emitidos por la Gerencia de la Fundación (…). De lo anterior resulta que existe una prórroga tácita de la prestación del servicio, además se han alterado los precios unitarios ofertados" con base en los cuales "se adjudicó el contrato inicial sin que exista una motivación formal de los mismos y sin que exista crédito presupuestario retenido al efecto y la correspondiente fiscalización, lo cual obedece a una contratación verbal que supone la existencia de materia revisable, esto es, un acto administrativo susceptible de ser sometido a potestad revisora de la Administración".

Con base en ello, concluye que "procede continuar la tramitación del presente procedimiento de revisión de oficio".

5. Obra incorporado al expediente un informe del Interventor de fecha 22 de septiembre de 2023. En él indica que "la prestación durante ese período de un servicio irregular parte de una previa relación contractual que vinculaba al contratista y a la (Fundación Deportiva Municipal), y que se siguió prestando hasta la formalización de un nuevo contrato administrativo. No obstante, el encargo fue meramente verbal, sin notificación formal por parte del órgano de contratación ni conformidad expresa del adjudicatario; a mayor abundamiento, se alteraron los precios unitarios del contrato inicial, facturándose los servicios prestados en el período de referencia de acuerdo con los establecidos en los pliegos del nuevo contrato que se estaba licitando./ En consecuencia se produjo una prórroga tácita ilegal con incremento de precios, lo que supone una

infracción procedimental clara al prescindirse total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y, como tal, causa de nulidad de pleno derecho a tenor del art. 47.1" de la LPAC.

Refiere que "la Administración, enriquecida injustamente, debe en primer lugar devolver lo recibido y, sólo en el caso de que no fuera posible, abonar su valor, siendo esto último lo habitual. Procede analizar entonces los conceptos que incluye esta compensación por la prestación de servicios realizada sin cobertura contractual, teniendo en cuenta que (…) no son equiparables los efectos que producen un contrato nulo y un contrato válido, pues en el primero serán igualmente nulos todos sus pactos, cláusulas y condiciones, provocando como efecto que la indemnización a abonar puede no ser igual al importe de las facturas presentadas./ Así no procede el abono del beneficio industrial, cuya inclusión en la liquidación no puede tener por base una relación contractual viciada de nulidad, al no ser esta susceptible de producir efectos equivalentes a la nacida válidamente (Dictamen Consejo de Estado n.º 552/2016, de 7 de julio, entre otros)./ Por lo que se refiere a los intereses de demora recogidos en el art. 198.4 de la LCSP y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales, están previstos para situaciones en las que existe un contrato válido y en vigor, pero no puede aplicarse a aquellos supuestos en los que la actuación contractual es nula de pleno derecho y la indemnización a satisfacer al contratista consiste en el valor de la prestación, con el objeto de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración pública contratante./ Por último, el Impuesto sobre el Valor Añadido sí se considera un concepto a añadir al valor de lo que se ha de compensar, y así lo ha puesto de manifiesto la Dirección General de Tributos en la consulta vinculante V-1409/2016, de 6 de abril, al indicar que las indemnizaciones no forman parte de la base imponible del IVA cuando no tienen como contrapartida un acto de consumo, aunque sí se integran en la base imponible aquellas cuyo pago implica la entrega de un bien o la prestación de un servicio, en la medida en que, por si mismas, suponen un acto de consumo y por ello quedan sujetas al impuesto".

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Advierte, por lo que se refiere a la financiación, que "existe crédito suficiente y adecuado con cargo a la aplicación presupuestaria 34110.22300 Gastos de Transporte del presupuesto de la (Fundación Deportiva Municipal) para abonar a la (contratista) en concepto de indemnización el coste de los servicios prestados sin cobertura contractual, no siendo necesario, una vez declarada la nulidad de las actuaciones, acudir a la figura del reconocimiento extrajudicial de crédito por falta de consignación".

Finalmente, "se informa favorablemente la continuación del procedimiento de revisión de oficio con los trámites preceptivos y, una vez declarada la nulidad de las actuaciones (…), dictar resolución acordando aprobar el gasto y abonar a la mercantil (...) en concepto de indemnización el coste de los servicios prestados desde el 1 de enero al 21 de abril de 2023, por un importe total 33.726,00 euros".

6. Con fecha 22 de septiembre de 2023, el Secretario de la Fundación Deportiva Municipal notifica a la mercantil interesada la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días.

No consta en el expediente que esta haya formulado alegaciones.

7. El día 10 de octubre de 2023, la Instructora del procedimiento y el Secretario de la Fundación Deportiva Municipal elaboran propuesta de resolución en la que proponen "declarar la nulidad (…) de las actuaciones relativas a la prestación de servicio de transporte (...) sin amparo contractual por el período comprendido entre el 01 de enero al 21 de abril de 2023", y "aprobar la liquidación por importe de 33.726,00 euros con cargo a la partida presupuestaria 34110 22300 `Gastos de Transporte´ del presupuesto vigente" de la Fundación.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de la Presidencia de la Fundación Deportiva Municipal de Avilés de 11 de octubre de 2023 -y previa Resolución del mismo órgano de 10 de octubre de 2023, por la que se acuerda "decretar la suspensión de la tramitación del procedimiento al amparo de lo

previsto en el artículo 22" de la LPAC-, se solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen preceptivo relativo al procedimiento de revisión de oficio de los actos de adjudicación del servicio de transporte para las actividades deportivas, durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 24 de abril de 2023, sin haberse seguido el procedimiento legalmente establecido (expediente núm. ……).

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

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con 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 Presidencia de la Fundación Deportiva Municipal de Avilés de 11 de octubre de 2023, 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 Deportiva Municipal del Ayuntamiento de Avilés -configurada, *ex* artículo 1 de sus estatutos, como organismo autónomo municipal- 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".

No obstante, el artículo 110 de la referida norma 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, es evidente que no concurre ninguno de dichos límites.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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 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 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 librado por la Intervención Municipal, en consonancia con 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 con propuesta de resolución suscrito conjuntamente por la Instructora del procedimiento y el Secretario de la

Fundación Deportiva Municipal, resultando ser este último el Secretario General del Ayuntamiento, por lo que ha de entenderse satisfecho el requisito.

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". En el caso que nos ocupa, a tenor de lo establecido en el artículo 8.2.2.j) de los Estatutos de la Fundación Deportiva Municipal, la competencia para declarar la nulidad del acto objeto de análisis corresponde a la Presidencia de la entidad, que según el artículo 8.1 de la misma norma recae en quien ostente la titularidad de la Alcaldía.

Finalmente, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 106.5 de la LPAC, el procedimiento de revisión de disposiciones o actos nulos deberá 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. En el supuesto ahora examinado, es notorio que dicho plazo no ha transcurrido aún, puesto que se ha incoado el procedimiento por Resolución de la Presidencia de la Fundación Deportiva Municipal de Avilés de 15 de septiembre de 2023, y además consta en el expediente que se ha acordado la suspensión de aquél hasta la emisión de dictamen por parte de este Consejo Consultivo (Resolución del mismo órgano de 10 de octubre de 2023), en

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC. De esta forma, 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 ha de ser comunicada a la empresa interesada, tal y como se establece en el precepto citado. Al respecto, procede advertir también que el Tribunal Supremo ha declarado que la fecha que debe considerarse para apreciar la caducidad de este procedimiento es aquella en que se dicta la resolución que pone fin al mismo, 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).

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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.

Se somete ahora a dictamen un procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones contractuales relativas al servicio de transporte para las actividades deportivas de la Fundación Deportiva Municipal de Avilés durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 24 de abril de 2023.

El expediente de revisión se inicia -una vez constatada la prestación del servicio sin la debida cobertura contractual y tras haberse presentado las correspondientes facturas- por Resolución de la Presidencia de la Fundación Deportiva Municipal de Avilés (órgano de contratación) de 15 de septiembre de 2023, habiendo informado durante su instrucción la Intervención y la Secretaría General del Ayuntamiento.

A la vista de tales documentos, los referidos informantes coinciden en la necesidad de tramitar un procedimiento de revisión de oficio de actos nulos en relación con dichas actuaciones, apreciando que concurre la causa de nulidad

prevista en el artículo 47.1.e) de la LPAC, al tratarse de actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

En relación con las vías para depurar supuestos de contratación irregular tales como ausencia de crédito presupuestario, adjudicaciones verbales, modificados improcedentes, prórrogas indebidas o utilización de procedimiento de contratación inapropiado, entre otros, y poder abonar las obras o servicios ejecutados, no existe, como hemos manifestado en los Dictámenes Núm. 7/2022 y 307/2022, una posición uniforme ni entre los órganos consultivos ni en la jurisprudencia. Tal como hemos señalado en la Memoria de este Consejo correspondiente a 2022, en el apartado relativo a Selección de Doctrina, dedicado a la revisión de oficio de actuaciones contractuales irregulares, "El Consejo Consultivo mantiene, con carácter general y sin perjuicio del análisis particular de cada expediente, que procede la declaración de nulidad ante omisiones claras de procedimiento que erosionan los principios de la contratación pública, en particular, la libre concurrencia, pero la rechaza en los supuestos en que la infracción procedimental no es patente u ostensible ni menoscaba los principios que presiden la contratación del sector público. En el entendido de que no puede obviarse que las reglas del procedimiento de contratación operan como garantía de unas concretas finalidades -preservar la concurrencia en condiciones de igualdad-, por lo que la quiebra de los requisitos de publicidad o de los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda merece una tacha de nulidad radical. De este modo, el Consejo procura una interpretación estricta de las causas legales de nulidad, evitando su hipertrofia, puesto que en la calificación de los vicios de los actos administrativos la anulabilidad es la regla y la nulidad la excepción". De ahí que este Consejo haya venido analizando casuísticamente cada expediente revisor de actuaciones contractuales irregulares sometido a su consideración, dictaminando la procedencia de declarar la nulidad ante omisiones de procedimiento que erosionan la libre concurrencia en la contratación pública (entre otros, Dictámenes Núm. 29/2018, 270/2022 y 297/2022) o rechazándola cuando la infracción procedimental no es patente u ostensible ni menoscaba los principios

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

que presiden la contratación del sector público (por todos, Dictámenes Núm. 53/2019, 298/2022 y 302/2022).

Sentado lo anterior, procede elucidar si en casos como el que ahora analizamos es preciso acudir al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos o si la extensión de este cauce procedimental a tal tipo de actuaciones implicaría forzarlo de forma improcedente extendiéndolo más allá del estricto margen al que ha de ceñirse, dado su carácter excepcional. Al respecto, este Consejo entiende, como ha venido haciendo hasta el presente, que para depurar supuestos de contratación irregular en los que concurran causas patentes y notorias de nulidad la vía que procede es la de la revisión de oficio. Posición que obedece al mandato expreso de la LCSP y al carácter de orden público de la nulidad radical y la subsiguiente obligación legal de la Administración de proceder a su declaración.

En efecto, la nulidad de pleno derecho afecta "al orden general" y, por ello, no desaparece ni por el transcurso del tiempo ni por la aquiescencia de los afectados. Esta consideración explica la obligación que pesa sobre la Administración de proceder a la declaración de nulidad -pues la presunción de validez de los actos administrativos (artículo 39.1 de la LPAC) requiere, incluso en los casos de nulidad, de tal declaración para evitar que sigan surtiendo efectos- tan pronto como sea consciente de ella. Así, según el artículo 106.1 de la LPAC, las Administraciones públicas "declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos (...) en los supuestos previstos en el artículo 47.1", mientras que a tenor de lo dispuesto en el artículo 107.1 de la misma norma las Administraciones públicas "podrán impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 48"; es decir, cuando la Administración tenga ante sí un acto administrativo nulo -y no susceptible por tanto de convalidación- "debe", no solo "puede", declararlo como tal. Y es que cuando el artículo 103.1 de la Constitución señala que la "Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho", si bien ubica en un mismo precepto al principio de legalidad junto a otros principios de actuación administrativa no por ello los está situando en un mismo plano cualitativo, siendo el de legalidad el que ha de gozar de posición predominante, de modo que resulta improcedente proyectar los principios de eficacia o eficiencia prescindiendo del ajuste a la legalidad de la actuación de que se trate. Se advierte, a su vez, que la revisión de oficio cuenta con límites específicos destinados a atemperar su ejercicio (artículo 110 de la LPAC), pero entre tales límites no se mencionan los principios de eficacia y economía, que no alcanzan así a amparar el sacrificio de la legalidad. Es por ello que, a nuestro entender, resulta impropio que la Administración proceda a resolver la situación de los afectados a través del expediente más ágil a su alcance sin depurar aquellos actos viciados por las más graves causas de invalidez, respecto de las cuales el legislador ordena proceder de oficio sin dispensa por criterios de economía.

Consideramos también, en otro orden de cosas, que el procedimiento de revisión de oficio constituye una exteriorización formal de la voluntad de la Administración de depurar sus actos viciados, garantizándose de esta forma la transparencia de su actuación y evitando que se despache intramuros la debida atención a las obligaciones contraídas con infracción manifiesta de la legalidad. Tal es la posición de este Consejo, al que corresponde en el ejercicio de su función consultiva, *ex* artículo 3.2 de la Ley 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, velar "por la observancia de la Constitución, del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias y del resto del ordenamiento jurídico".

En el supuesto examinado resulta que las actuaciones contractuales que pretenden revisarse -el encargo verbal e informal de proseguir con la prestación del servicio de transporte por la misma empresa que había resultado adjudicataria de un contrato ya finalizado- han sido acordadas sin atender a las formalidades establecidas por la normativa de contratación pública. En este contexto, el negocio contraído de espaldas a las exigencias esenciales del procedimiento de contratación no deja de revestir una apariencia de legalidad que es preciso destruir, y asumido que lo que ha de abonarse al contratista es

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

un resarcimiento y no el precio del contrato, la lógica impone la previa revisión del vínculo contractual contraído al margen del derecho.

Expuesta esa doctrina general, y dejando al margen otros mecanismos de depuración de la contratación irregular que suscitan sus propios reparos (como el reconocimiento extrajudicial de créditos o la vía de la responsabilidad patrimonial, a los que nos hemos referido en ocasiones anteriores, así en los Dictámenes Núm. 7/2022 o 302/2022), procede ahondar en el caso examinado en el carácter contractual o extracontractual de la compensación debida. Al respecto, no puede obviarse que, faltando un vínculo específico, la responsabilidad no nace del incumplimiento por la Administración de un contrato (que ya no subsistía pese a la apariencia generada), sino que deriva del funcionamiento -anormal en este caso- de los servicios públicos. Pero el ámbito de aplicación de uno y otro régimen de responsabilidad debe aquilatarse cuando nos enfrentamos a supuestos cuyo contexto delata su pertenencia a uno u otro género, ponderándose además que la responsabilidad patrimonial o extracontractual está llamada a operar a modo de cláusula residual que garantice la indemnidad de quienes no cuenten con otro medio. El Consejo de Estado, en doctrina que compartimos, viene ahora estimando (por todos, Dictámenes 606/2020 y 706/2021) que, dado que en la mayoría de los supuestos de contratación irregular se parte de una previa relación contractual que unía al contratista y a la Administración, las prestaciones que deban compensarse están claramente vinculadas con ese previo contrato, de modo que resulta mucho menos forzado que el pago se canalice en el contexto de una responsabilidad de naturaleza contractual, concluyendo que "el incuestionable contexto contractual que presentan supuestos como el aquí dictaminado, caracterizado por la persistencia en la prestación de un servicio sin solución de continuidad una vez extinguido y no prorrogado un previo contrato, o sin haberse culminado el contrato que estaba tramitándose, obliga a conceder una clara preferencia a la vía de la responsabilidad contractual". Y en este sentido nos hemos pronunciado en los Dictámenes Núm. 298/2022, 17/2023 y 54/2023, supuestos en los que la prestación contractual se prolongó en los mismos

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

términos que la inicial y en los que no apreciamos una infracción del principio de concurrencia, entre otras circunstancias, porque la extensión del vínculo contractual no resultaba excesiva ni desproporcionada y, además, la Administración ya había iniciado la tramitación del correspondiente procedimiento de contratación en un tiempo razonable.

Ahora bien, debemos insistir en que la posible depuración de las contrataciones irregulares a través de la vía de la responsabilidad contractual no obsta para recordar que la previa declaración de nulidad constituye la vía específica y adecuada para compensar al contratista que atiende 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, con infracción manifiesta del plazo contractual y de las reglas procedimentales que rigen la contratación pública.

En el caso examinado, la nulidad que se persigue se fundamenta en la causa del artículo 47.1.e) de la LPAC, esto es, en la ausencia total de procedimiento. 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).

Al respecto, ya hemos razonado la procedencia de declarar la nulidad ante aquellas omisiones que infringen de forma manifiesta los procedimientos de contratación pública erosionando con ello la libre concurrencia (entre otros, Dictámenes Núm. 29/2018, 276/2018 y 270/2022), pues las reglas del procedimiento de contratación operan como garantía de unas concretas finalidades -preservar la concurrencia en condiciones de igualdad-, de modo que la quiebra de los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda merece una tacha de nulidad radical.

A la inversa, la actuación administrativa irregular no merece esa tacha cuando la omisión denunciada no atenta, atendidas las circunstancias del caso, contra ese principio de concurrencia. Como hemos señalado en anteriores

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

ocasiones (entre otras, Dictámenes Núm. 298/2022 y 302/2022), "no se deduce una quiebra manifiesta del principio de libre concurrencia cuando la Administración se retrasa por razones atendibles y promueve la concurrencia ya antes del momento en el que se procede a la prórroga irregular", ponderándose asimismo circunstancias tales como la admisión por el contrato extinguido de una duración "comprensiva del tiempo de la prórroga irregular".

Ahora bien, todo ello, como ya se ha señalado en líneas precedentes, partiendo siempre de la base de que el rechazo a la procedencia de la previa declaración de nulidad tiene como *conditio sine qua non* el que la infracción procedimental no sea patente u ostensible (en este sentido, los ya mencionados Dictámenes Núm. 53/2019, 298/2022 y 302/2022).

En el caso que nos ocupa, los elementos de juicio presentes impiden apreciar la existencia de las condiciones que permitirían eludir el procedimiento revisor, puesto que, como sin ambages reconocen los órganos municipales informantes (Secretaría General e Intervención), nos hallamos ante una ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, es decir, la infracción procedimental resulta patente y ostensible, y la contratación verbal que trata de depurarse no es una mera extensión accidental de las condiciones del contrato extinguido sino que incorpora una subida de precios ajena a los pliegos que regían la anterior relación. Con base en aquel acuerdo verbal, se incrementan de plano los precios unitarios del contrato inicial adaptándolos a los establecidos en los pliegos del nuevo contrato que se estaba licitando, lo que obliga desde luego a dejar sin efectos el mencionado compromiso verbalLlegados a este punto, procede recordar que el artículo 38 de la LCSP 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 que el artículo 39, en su apartado 1, determina que "Son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas".

En consecuencia, 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, conforme al cual son nulos de pleno derecho los actos "dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido", y sin que se aprecie en el caso examinado la concurrencia de los límites a las facultades revisoras que consagra el artículo 110 de dicha Ley.

Apreciada la nulidad por tal causa -que es la que se sustancia en este procedimiento-, no procede ya detenerse en otras, sin perjuicio de observar que el informe de la Instructora pone de manifiesto que, a resultas del incremento de los precios contemplados en el contrato original, no existe además crédito presupuestario adecuado.

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".

Sentado lo anterior, debemos recordar el criterio que venimos manteniendo en este tipo de procedimientos y que se recoge en la Memoria de este Consejo de 2022, en el apartado relativo a Selección de Doctrina, al señalar, en cuanto a "los efectos que deben seguirse de la declaración de nulidad", que el Consejo Consultivo, "de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 12 de diciembre de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:8362- y 21 de diciembre de 2021 -ECLI:ES:TS:2021:4932-), considera adecuado el pago del importe de las facturas sin detracción del beneficio industrial, siempre que no se

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

aprecie en ninguna de las partes el propósito de sustraer interesadamente el negocio a la libre concurrencia". En este sentido, es notorio que la extensión temporal del vínculo contractual por la Administración no resultaba excesiva ni desproporcionada, y que ya había iniciado la tramitación del correspondiente procedimiento de contratación en un tiempo razonable; añádase a ello que la mercantil interesada atiende a una invitación de la Administración y es ajena a la génesis de la actuación irregular de esta. Así pues, hemos de estimar procedente el pago del importe de las facturas sin detracción del beneficio industrial.

En otro orden de cosas, este Consejo, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, considera improcedente el abono de los intereses de demora al contratista en aquellos casos en los que el pago deriva de una previa anulación de lo actuado y en tanto que su devengo no puede asociarse a un débito ilíquido y privado de soporte contractual (Sentencia de 28 de mayo de 2020 -ECLI:ES:TS:2020:1371-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, dictada en el contexto de contrataciones irregulares de servicios convalidadas). Tal como se razona en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 22 de febrero de 2023 -ECLI:ES:TSJAS:2023:442- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), el Tribunal Supremo ha estimado el carácter de indemnización -y no de precio- de lo que haya de abonarse por obras o servicios que ya no encuentran amparo en una relación contractual (Sentencia de 13 de junio de 2022 -ECLI:ES:TS:2022:2426-), por lo que "sólo de haberse mantenido la eficacia del contrato" procedería el abono de intereses de demora, que no caben cuando lo que se fija es "una indemnización en favor del contratista con expreso fundamento en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto de la Administración".

También en lo demás se estima adecuado el criterio del Interventor, pues la indemnización por los servicios prestados ha de atender a los precios vigentes en el momento en el que se acudió a la prórroga irregular, sin perjuicio de la debida actualización de valores monetarios.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Por último, como ya hemos señalado en ocasiones anteriores (verbigracia, Dictamen Núm. 17/2023), resta por advertir acerca de la importancia de no reincidir en prácticas irregulares como las que suscita la actual revisión de oficio, mediante el adecuado cumplimiento de la exigencia legal de programar la actividad de contratación pública establecida en el artículo 28.4 de la LCSP.

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 …… del servicio de transporte, durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 24 de abril de 2023, para las actividades de la Fundación Deportiva Municipal de Avilés."

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

Gijón, a ……

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

ILMO. SR. PRESIDENTE DE LA FUNDACIÓN DEPORTIVO MUNICIPAL DE AVILÉS.