

Dictamen Núm. 88/2024

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 16 de mayo de 2024, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 27 de febrero de 2024 -registrada de entrada el día 5 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad contractual para el resarcimiento de los perjuicios derivados de la prestación de servicios informáticos de centro de datos de respaldo no formalizada en el correspondiente contrato.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 22 de diciembre de 2023, la Consejera de Presidencia, Reto Demográfico, Igualdad y Turismo acuerda iniciar el procedimiento de responsabilidad contractual para el abono de la prestación de servicios informáticos relativos al centro de proceso de datos de respaldo a la Administración del Principado de Asturias durante el período comprendido entre el 10 de noviembre de 2021 y el 22 de mayo de 2023.

Consta en los antecedentes de la citada resolución que el 9 de septiembre de 2015 se adjudicó a el contrato para la prestación de los servicios mencionados por importe de 1.500.000 euros y un plazo de ejecución de tres años. Dicho contrato fue prorrogado en cuatro ocasiones, y tras la finalización de la última el 9 de noviembre de 2021 “se inicia la tramitación del correspondiente expediente de contratación, declarándose desierta la licitación por Resolución de 24 de agosto de 2022”, por lo que se promueve una nueva “de la que resulta el contrato actualmente vigente, cuya ejecución se inicia el 23 de mayo de 2023”. Toda vez que “durante el período comprendido entre el 10 de noviembre de 2021 y el 22 de mayo de 2023 la mercantil continuó prestando los servicios a los que se había comprometido, dicha empresa emite entre el 4 de enero de 2022 y el 30 de mayo de 2023 las facturas correspondientes (...) por importe de setecientos sesenta y ocho mil cincuenta y cinco euros con cuarenta y cinco céntimos (768.055,45 €) (...). El expediente de gasto fue informado por la Intervención General del Principado de Asturias con fecha 24 de julio de 2023, confirmando la existencia de omisión de fiscalización previa manifestada por la Intervención Delegada en el informe de fiscalización del expediente de 28 de junio de 2023 y, asimismo, entiende que se han producido una serie de infracciones del ordenamiento jurídico en el momento en que se adoptó el acto, entre otras, `la ausencia de tramitación del procedimiento contractual regulado en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público´ (...). Como consecuencia de la reestructuración de las Consejerías (...) se emite nuevo documento contable (...) al que la Intervención General, en su informe complementario de 15 de noviembre de 2023, hace extensiva la omisión de fiscalización previa expresada en el informe de 24 de julio de 2023”. Finalmente “por Resolución de 19 de diciembre de 2023, de la Consejera de Presidencia, Reto Demográfico, Igualdad y Turismo, se convalida la adjudicación (...) en el período comprendido entre el 10 de noviembre de 2021 y el 22 de mayo de 2023”.

En los fundamentos de derecho de la citada resolución se justifica el recurso a la vía de la responsabilidad contractual para el abono de las facturas no amparadas en un contrato regularmente celebrado en la doctrina del Consejo Consultivo del Principado de Asturias. En concreto, se expresa que “recientemente y de forma reiterada (...) el Consejo Consultivo se ha pronunciado sobre supuestos sustancialmente idénticos al que da lugar al presente procedimiento de responsabilidad contractual, y lo ha hecho en los siguientes términos, en cuanto al cauce a seguir para la compensación al contratista: (...) 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”.

2. El día 9 de enero de 2024, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora suscribe un informe en el que concluye que procede declarar la responsabilidad contractual de la Administración en la contratación analizada y, en consecuencia, abonar las facturas correspondientes a la prestación de servicios no amparados por un contrato regularmente celebrado. En él señala que el caso analizado es sustancialmente idéntico a otros sometidos a la consideración del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, caracterizados “como una continuación de la prestación regularmente contratada en contextos

en los que por diversas circunstancias no es posible terminar a tiempo la licitación ordinaria de un contrato, pero tampoco es posible dejar de prestar unos servicios básicos y esenciales que afectan notablemente al interés general”; más concretamente, entiende que resultan “aplicables las consideraciones del supuesto analizado por el Consejo Consultivo en su Dictamen 298/2022”, e invoca asimismo las contenidas en el Dictamen 54/2023.

Significa que en el caso de que se trata, “según se hace constar en el informe -incorporado al expediente- emitido el pasado 19 de diciembre por el Jefe del Proyecto, la demora en la tramitación del nuevo contrato está ligada a la emergencia sanitaria provocada por la COVID-19, origen de una situación de crisis que impidió abordar en plazo la contratación de un servicio enormemente complejo desde un punto de vista técnico”, a lo que “se une que la primera de las licitaciones tuvo que declararse desierta al no acreditar el único participante la solvencia económica exigida./ En efecto, finalizada el 9 de noviembre la cuarta prórroga del contrato, la insuficiencia de medios personales hizo imposible iniciar el nuevo expediente de contratación antes de 1 de febrero de 2022, procediéndose a tramitar un segundo procedimiento el día 1 de septiembre, inmediatamente después de que la primera licitación fuera declarada desierta por Resolución de 24 de agosto de 2022./ Consta, asimismo, que los servicios prestados resultan esenciales para el adecuado funcionamiento de la Administración./ Por consiguiente (...), no cabe duda que la contratación realizada, si bien adolece de algún vicio, no es de suficiente entidad como para considerarlo de nulidad radical, por lo que se ha procedido a su convalidación”.

Respecto al abono de las facturas, afirma que “deben ponerse en relación con el previo contrato que ligó a las partes, el cual goza del suficiente margen de legalidad y legitimidad para dar soporte al pago de las cuantías por la prestación de los servicios proporcionados”, y que “se debe tramitar el

correspondiente expediente de gasto para proceder al abono de las facturas pendientes de pago”.

Sobre el “cálculo de los intereses de demora”, indica que han de tenerse en cuenta “tres consideraciones, referentes al tipo de interés, al *dies a quo* o día de inicio del cómputo y al *dies ad quem* o fecha final del cómputo:/ En cuanto al tipo de interés, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales./ Respecto al *dies a quo*, tal como ha señalado el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en el Dictamen 302/2022, es criterio jurisprudencial en el contexto de contrataciones irregulares de servicios convalidadas que el día inicial para el cómputo de los intereses de demora es el siguiente al transcurso de los 30 días posteriores al momento de la convalidación del gasto (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2020, Sala Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª)./ A tales efectos, considerando como el *dies ad quem* o fecha final del cómputo el día del abono del principal de la factura, el cálculo y abono de los intereses constituirá otro expediente de gasto”.

3. Mediante oficio de 10 de enero de 2024, la Jefa del Servicio de Régimen Jurídico de la Consejería instructora solicita informe a la Dirección General de Estrategia Digital e Inteligencia Artificial.

Con la misma fecha, comunica a la interesada la apertura del trámite de audiencia por un plazo de cinco días hábiles, facilitándole una copia de los documentos obrantes en el expediente.

4. El día 16 de enero de 2024, el Director General de Estrategia Digital e Inteligencia Artificial informa favorablemente la tramitación del procedimiento y el abono de las facturas a la empresa prestadora el servicio.

5. Con fecha 30 de enero de 2024, la Jefa del Servicio de Régimen Jurídico de la Consejería instructora suscribe un “informe de instrucción tras audiencia del interesado” en el que, tras señalar que por parte de la empresa no se han formulado alegaciones y reproducir las consideraciones del emitido por la Secretaria General Técnica, concluye que procede declarar la responsabilidad contractual de la Administración y abonar a la empresa las facturas por importe de 768.055,45 €.

6. Previa petición formulada por la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora, el 8 de febrero de 2024 un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias “informa desfavorablemente el procedimiento de responsabilidad contractual”, invocando al efecto el informe 73/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que se pronuncia sobre dudas de interpretación en relación a la tramitación de contratos menores.

7. El día 20 de febrero de 2024, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora suscribe un informe en el que, tras reiterar las consideraciones contenidas en el emitido el 9 de enero, insiste en que el procedimiento “se instruye atendiendo a la más reciente doctrina del Consejo de Estado y de los órganos consultivos autonómicos -entre ellos, el Consejo al que nos dirigimos-, conforme a la cual en los supuestos procedentes de una relación contractual que unía a las partes resulta adecuado canalizar el pago de los servicios prestados por el contratista por la vía de la responsabilidad contractual”.

Concluye que “procede declarar la responsabilidad contractual de la Administración en la contratación analizada y, en consecuencia, abonar a la empresa (...) el importe de las facturas correspondientes a la prestación de servicios informáticos relativos al centro de proceso de datos de respaldo de la Administración del Principado de Asturias en el período comprendido entre el 10 de noviembre de 2021 y el 22 de mayo de 2023”, y que tras la emisión del preceptivo dictamen por el Consejo Consultivo del Principado de Asturias “se

someterán a fiscalización, en su caso, las correspondientes propuestas de autorización de gasto y de disposición de gasto, reconocimiento de la obligación y propuesta de pago” por importe de 768.055,45 €.

8 En este estado de tramitación, mediante escrito de 27 de febrero de 2024, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa a la reclamación de responsabilidad contractual para el resarcimiento de los perjuicios derivados de la prestación de servicios informáticos relativos al centro de proceso de datos de respaldo de la Administración del Principado de Asturias no formalizada en el correspondiente contrato, adjuntando a tal fin copia del expediente en soporte digital.

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

ÚNICA.- La consulta que se nos plantea se formula, por el Presidente del Principado de Asturias, al amparo de lo dispuesto en los artículos 13.2 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y 18.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, en relación con el artículo 191.3, letra c), 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), a cuyo tenor será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en las “reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros”.

No se advierten en el procedimiento que analizamos, instruido para abonar al contratista los gastos incurridos en la prestación de los servicios informáticos relativos al centro de proceso de datos de respaldo de la Administración del Principado de Asturias durante el período comprendido entre el 10 de noviembre de 2021 y el 22 de mayo de 2023, problemas de legitimación ni de plazo al no haber operado aún la prescripción a que se refiere el artículo 25 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

La tramitación del procedimiento sigue el cauce establecido en el artículo 97 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, si bien adolece de los defectos reseñados en nuestros Dictámenes Núm. 79/2024 y 84/2024, relativos a expedientes de responsabilidad contractual instruidos por la Administración del Principado de Asturias con similar propósito que damos aquí por reproducidos en aras de la brevedad.

Ahora bien, consideramos que en el caso que se analiza la vía de la responsabilidad contractual no es la idónea para proceder a la depuración de los vicios que incurren en la contratación irregular que se encuentra en la base del asunto examinado, como se indica en el informe del Servicio Jurídico.

Este Consejo viene aludiendo reiteradamente a los criterios que el Consejo de Estado, los órganos consultivos autonómicos y la jurisprudencia mantienen respecto de las diferentes vías que existen para depurar los supuestos de contratación irregular (tales como ausencia de crédito presupuestario, adjudicaciones verbales, modificados improcedentes, prórrogas indebidas o utilización de un procedimiento contractual inadecuado); a saber, la revisión de oficio, la responsabilidad contractual *ex* artículo 191 de la LCSP -particularmente en los casos de prórrogas indebidas de contratos- o, incluso de una forma más restrictiva, la responsabilidad patrimonial. La posición de este órgano viene recogida en la Memoria correspondiente al año 2022, en la que se indica que "con carácter general y sin perjuicio del análisis particular de cada expediente (...) 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”. También señalamos en la Memoria citada que en determinados supuestos, que ejemplificábamos en los casos analizados en los Dictámenes Núm. 298/2022 y 302/2022, lo procedente es “depurar la irregularidad contractual a través del procedimiento de responsabilidad contractual, desestimando, en consecuencia, la declaración de nulidad (...) siguiendo la doctrina del Consejo de Estado que emana de sus Dictámenes 606/2020 y 706/2021, siempre que concurren los presupuestos que a continuación se indican. En primer lugar, que la relación prorrogada se preste en las mismas condiciones que regían el contrato inicial regularmente adjudicado. En segundo lugar, que la prórroga informal no implique una manifiesta infracción del principio de concurrencia, lo que exige, en todo caso, que la Administración haya iniciado el correspondiente procedimiento de licitación. Así el Consejo, en los dictámenes referidos, ha apreciado la concurrencia de esta condición cuando el contrato admitía legalmente una duración comprensiva del tiempo prorrogado irregularmente -por haberse establecido en los pliegos una duración inferior a la máxima legalmente permitida-, y también cuando aun habiendo incumplido el plazo de publicación previa del anuncio de la nueva licitación establecido en el artículo 29.4 de la LCSP la demora, atendidas las circunstancias del caso, no resulte excesiva”.

En el asunto que analizamos ninguno de los informes recabados durante la instrucción del procedimiento aborda la cuestión relativa a las condiciones en que se han prestado los servicios sin cobertura contractual, por lo que se desconoce si estas son idénticas a las del contrato antecedente. En todo caso, el mero hecho de que, habiendo vencido la última prórroga posible del contrato el día 9 de noviembre de 2021, el anuncio de licitación del nuevo contrato -sujeto a regulación armonizada- no se haya publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público hasta el 1 de junio de 2022 evidencia que el asunto no es análogo a los considerados en nuestros Dictámenes Núm. 298/2022, 302/2022 y 54/2023 que la Consejería instructora cita para apoyar su decisión de depurar los vicios por el cauce de la responsabilidad contractual. En efecto, en el Dictamen Núm. 298/2022 abordamos un asunto en el que el contrato en cuestión, irregularmente prorrogado por un plazo inferior a dos meses, habría podido extender su duración hasta el máximo establecido en el artículo 29.4 de la LCSP. Considerando que el anuncio de licitación se había publicado dos días después del vencimiento del plazo máximo de duración del contrato anterior regularmente celebrado, concluimos que el caso no difería sustancialmente del contemplado en el párrafo quinto del artículo 29.4 de la LCSP. Advertíamos asimismo entonces la concurrencia de circunstancias extraordinarias asociadas al tránsito entre el primer y el segundo estado de alarma declarados por el impacto del COVID-19 que debían atemperar la rigidez del cumplimiento de los plazos. Por todo ello estimábamos que, "a diferencia de las circunstancias concurrentes en otros supuestos (prestación del servicio por empresa distinta, ausencia de crédito presupuestario, excesiva dilación en la nueva licitación o desproporción entre los importes facturados durante la contratación irregular y el presupuesto del contrato original), 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. Es además patente que este contrato de servicios admitiría legalmente una duración comprensiva del

tiempo de la prórroga irregular, al poder extenderse por cuatro años, aunque en este caso los pliegos no lo contemplaran así. Se trata de un servicio ordinario, esencial y de interés general que no podía quedar interrumpido, que no habiendo manifestado oposición expresa a la continuación del mismo el contratista estaba obligado a continuar en su ejecución hasta la formalización del nuevo contrato, que la preparación de los pliegos y demás requisitos de la nueva contratación hubo de desarrollarse durante el período final de ejecución del contrato en un contexto pandémico y que, en todo caso, la prestación y facturación de los servicios se ejecutó durante un limitado período temporal y de conformidad con las condiciones y precios pactados en el extinto contrato". Sin embargo, ninguna de estas circunstancias se dan en el supuesto que ahora analizamos, en el que -aun admitido el carácter esencial y de interés general del servicio teniendo en cuenta su objeto- no resultaba posible la prórroga legal del contrato por haberse agotado el plazo máximo legal de duración de cinco años establecido en el artículo 29.4 de la LCSP, y en el que, además, la publicación del anuncio de licitación se produce con un considerable retraso; esto es, transcurridos más de seis meses desde la terminación del contrato en una fecha en la que ya no estaba vigente el estado de alarma.

El asunto examinado en el Dictamen Núm. 302/2022 tampoco es asimilable al que ahora nos ocupa. Se trataba entonces de dos contratos menores de suministro sucesivamente celebrados, el primero de los cuales se convino cuando se habían iniciado ya los trámites para la adquisición centralizada de los mismos productos. Se ponderaba en aquel supuesto que "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", y asimismo que el contrato extinguido "admitiría legalmente una duración comprensiva del tiempo de la prórroga irregular", pues "pudo de inicio extenderse a un año". Es evidente, por tanto, que no estamos ante un caso comparable a aquel sobre el que ahora se nos consulta, en el que la licitación del nuevo contrato se inicia

con más de seis meses de retraso desde la finalización del anterior, que no admitía ya más prórrogas.

Finalmente, en el Dictamen Núm. 54/2023 -en el que se acometía la prórroga informal de un contrato por un plazo de poco más de mes y medio- advertíamos que “no era precisa una nueva licitación, sino simplemente la tramitación del procedimiento fijado en la cláusula 21.1 del pliego de las administrativas particulares, a cuyo tenor “los órganos comprendidos en el ámbito subjetivo del acuerdo marco (...) solicitarán los servicios requeridos, sin que sea precisa nueva licitación, a la empresa adjudicataria del acuerdo marco”, cuando las adjudicaciones “de los servicios (...) se necesiten, con arreglo al procedimiento establecido en la citada cláusula, a saber: 1) Petición del servicio derivado del acuerdo marco, que generará el correspondiente albarán. 2) Recepción del servicio, comprobación y pago del precio. 3) Comunicación al responsable del acuerdo marco de los servicios realizados por este procedimiento de las incidencias que se produzcan en la ejecución de los contratos. Debe también considerarse que además este contrato de servicios admitiría legalmente una duración comprensiva del tiempo de la prórroga irregular, al poder extenderse hasta el 14 de enero de 2022, fecha en la que finalizaba la prórroga del Acuerdo Marco. Se trata de un servicio ordinario, esencial y de interés general que no podía quedar interrumpido, que no habiendo manifestado oposición expresa a la continuación del mismo la contratista estaba obligada a continuar en su ejecución hasta la formalización del nuevo contrato y que, en todo caso, la prestación y facturación de los servicios se ejecutó durante un limitado período temporal y de conformidad con las condiciones y precios pactados en el Acuerdo Marco”. Es evidente que ninguna de estas circunstancias se da en el caso ahora sometido a nuestra consideración.

Por ello, estimamos que el asunto de que se trata no puede sustanciarse en este caso a través del cauce del reconocimiento de la responsabilidad contractual, y que el vicio en que incurre el acto de adjudicación verbal de un

contrato sometido a regulación armonizada en la circunstancia referida de demora excesiva en la iniciación del procedimiento de licitación -aun dando por cierta la insuficiencia de medios personales aludida aunque no justificada en la propuesta de resolución, en cualquier caso inexcusable ante la exigencia legal de programar y planificar la contratación pública (artículo 28.4 de la LCSP)- es de tal entidad que no resulta convalidable y debe depurarse a través del procedimiento de revisión de oficio de actos nulos.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad contractual solicitada en los términos señalados en el cuerpo de este dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.