

Dictamen Núm. 99/2024

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 23 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 esa Alcaldía de 10 de abril de 2024 -registrada de entrada el día 17 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio de las actuaciones referidas a la contratación de la dirección artística de la programación de actividades audiovisuales de la Fundación Municipal de Cultura de Oviedo en el período comprendido entre el 1 de marzo y el 30 de septiembre de 2023.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 4 de diciembre de 2023 la Comisión Delegada de la Fundación Municipal de Cultura, a propuesta de su Presidente, acordó “iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la contratación tácita de la dirección artística de las actividades audiovisuales 2023 del que deriva una deuda de (...) 26.911,50 € (IVA 10 % incluido)”.

Figuran incorporados al expediente, como antecedentes, los siguientes documentos: a) Pliego de prescripciones técnicas que habrán de regir la contratación en el que se establece, en el apartado 3, que dentro del plazo de ejecución el “calendario de programación previsto para el desarrollo de los diferentes ciclos” será el siguiente: “SACO IX: marzo. Desde el día 10 al 19./ Cine a la luz de la luna: julio y agosto./ RADAR II: abril, mayo y junio./ RADAR III: octubre, noviembre y diciembre”. b) Solicitud de oferta económica para la ejecución del contrato, efectuada desde la Fundación Municipal de Cultura el 13 de febrero de 2023, y respuesta de 28 del mismo mes por un precio total, IVA incluido, de 38.445,00 €. c) Memoria justificativa, suscrita el 2 de marzo de 2023 por la Técnica Responsable de Actividades Culturales de la Fundación Municipal de Cultura -organismo autónomo local con personalidad jurídica propia-, con el conforme del Director Gerente y el visto bueno del Presidente, en la que se propone adjudicar a el contrato de “dirección artística de la programación de actividades audiovisuales de la Fundación Municipal de Cultura de Oviedo” por un importe total de 38.445,00 euros (IVA incluido), “desde el día siguiente” a la formalización del contrato “en documento administrativo hasta el día 15 de diciembre de 2023”. En ella consta, respecto a la “naturaleza y régimen jurídico del contrato”, que “de conformidad con los artículos 17 y 25.1.a).1.º de la LCSP este contrato de servicios tiene carácter privado, sin perjuicio del carácter administrativo de los actos de preparación y adjudicación, en los términos recogidos en el artículo 26.2 de la precitada Ley”. En cuanto al procedimiento y forma de adjudicación, se señala que “la forma de adjudicación del contrato será el procedimiento negociado sin publicidad y tramitación ordinaria, al amparo del artículo 168.a).2.º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. En concreto, el contrato se adjudicará según los artículos 131, 168.a).2.º y 170.2” de la LCSP a por tener el objeto del mismo “características propias de una obra artística única”. d) Acuerdo de la Comisión Delegada de la Fundación Municipal de Cultura de 25 de septiembre de 2023, a propuesta de su Presidente, por el que se desiste del procedimiento de adjudicación toda vez que, “como consecuencia de un cambio en los procesos de

tramitación de los contratos que siguen el procedimiento negociado, este expediente ha sufrido un retraso que ha impedido realizar la adjudicación antes de la ejecución de sus dos primeras fases” -en las que se encontraría, según el calendario previsto, la dirección artística de “SACO IV: marzo. Desde el día 10 al 19./ Cine a la luz de la luna: julio y agosto./ RADAR II: abril, mayo y junio/”-, procediendo “iniciar los trámites para la adjudicación de los trabajos de dirección de la fase restante” -que correspondería, según dicho calendario, con la dirección artística de “RADAR III: octubre, noviembre y diciembre”-. e) Resolución del Presidente de la Fundación Municipal de Cultura de 29 de septiembre de 2023, por la que se acuerda “autorizar y disponer un gasto por importe de 11.533,50 euros (...), IVA incluido (...), para la prestación del servicio de dirección artística de RADAR III (...). Adjudicar el contrato de servicios de dirección artística a favor de, siendo el plazo de ejecución del 1 de octubre o, en su caso, desde el día siguiente a su formalización, hasta el 31 de diciembre de 2023”. f) Factura expedida el 5 de octubre de 2023 por un importe bruto de 24.465,00 euros, en concepto de “dirección artística RADAR II, SACO 2023 y Cine a la luz de la luna 2023” y correspondiente a las dos primeras fases de la memoria justificativa. g) Informe del Coordinador de la Oficina Presupuestaria, la Adjunta al Jefe del Servicio de la Oficina Presupuestaria y el Presidente de la Fundación Municipal de Cultura de 27 y 30 de octubre de 2023, respectivamente, en el que se señala que “en la tramitación de los servicios de dirección artística para la programación audiovisual del año 2023 se habrían eludido las formalidades previstas en la LCSP, al haberse ejecutado la prestación sin haber negociado, adjudicado ni formalizado el correspondiente contrato de acuerdo a lo preceptuado en la LCSP. Por lo tanto, concurre 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”. h) Informe del Director Gerente de la Fundación Municipal de Cultura de 16 de noviembre de 2023, en el que se explica que la Comisión Delegada de la Fundación Municipal de Cultura, en sesión (...) celebrada el 6 de febrero de 2023, acordó la aprobación de la programación audiovisual para el presente ejercicio, comprensivo de los ciclos SACO, RADAR y Cine a la Luz de la

Luna, autorizando un gasto estimado de 287.719,79 € (IVA incluido)./ Entre los supuestos de hecho aprobados figuraba la contratación de la dirección artística por un importe de 38.445,00 € (IVA incluido) (...). Una vez aprobado el expediente (...) se iniciaron los trámites para las diferentes contrataciones de servicios y suministros que comporta el desarrollo de la actividad./ Si bien con la realización (de) algunas gestiones administrativas previas, la tramitación para la contratación de la dirección artística se incoó formalmente el día 2 de marzo en el expediente de gasto” que se especifica, “donde consta la memoria justificativa, el pliego de prescripciones técnicas, la propuesta de gasto y el documento contable RC. El día 8 de marzo se incoa el expediente de servicios (...), al que se incorpora la solicitud y proposición económica, así como los certificados acreditativos de estar al corriente de sus obligaciones tributarias./ La siguiente tarea del proceso, definida como ‘aportar pliego de cláusulas administrativas’ no saltó a la bandeja de tareas pendientes./ Cabe indicar que en ese momento seguíamos una tramitación diferente a la actual y que en aquellos días y por indicación de la Intervención General Municipal se procedió a la modificación del procedimiento de contratación de servicios con el fin de establecer una clara separación entre las fases de preparación y adjudicación, definiéndose las tareas precisas para cada proceso, así como su implementación en el programa (...). Esta implementación motivó que alguna de las tareas vinculadas desapareciesen de varios expedientes administrativos, como es el caso que nos ocupa (...). A pesar de todo (...), el proyecto propuesto y aprobado se ejecutó en sus propios términos./ El Director Artístico entendió razonablemente que, al haberle solicitado oferta como otros años, haber llevado a cabo conversaciones con el mismo en aras a establecer los pormenores de la actividad y a la vista de la proximidad en la fecha de inicio de las actividades de SACO y RADAR estas debían ejecutarse cumpliendo todas las prestaciones contractuales definidas en los pliegos de prescripciones técnicas y siempre con referencia al proyecto de la actividad autorizado, al igual que (...) en las ediciones anteriores./ Cabe añadir que él mismo proporcionó asesoramiento y tuvo conocimiento de las contrataciones de los diferentes servicios y suministros

que se fueron realizando para la ejecución de la actividad -alquileres de iluminación y sonido, gestión de permisos de espacios, derechos y licencias de exhibición (...)-. La omisión de la tramitación del expediente para la contratación de la dirección artística se puso de manifiesto meses después". i) Informe emitido por la Técnica de Fiscalización y el Interventor General de la Fundación Municipal de Cultura los días 24 y 27 de noviembre de 2023, respectivamente, en cumplimiento de lo establecido 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. En él se indica, "respecto a la descripción detallada del gasto, órgano gestor, constatación de las prestaciones y su precio y otros", que figuran en "el expediente:/ Factura por importe de 26.911,50 euros./ El órgano gestor es el Presidente de la (Fundación Municipal de Cultura)./ Informe del Director Gerente (...) y el Presidente de la misma, conforme a la que procedería declarar la nulidad del contrato iniciando la fase de liquidación del mismo y, dentro de esta última, abonar a la cantidad de 26.911,50 euros en concepto de la dirección artística de las actividades audiovisuales 2023 (...). Existe crédito presupuestario adecuado y suficiente para atender las obligaciones económicas que se derivan del reconocimiento de la obligación. Obran en el expediente los (...) documentos contables" que se reseñan. El órgano "competente para la aprobación del gasto y su reconocimiento extrajudicial es la Comisión Delegada de la (Fundación Municipal de Cultura) (...). Incumplimientos normativos./ Tal y como señala el Director Gerente (...) en su informe de 27 de octubre de 2023 (...), el contrato tramitado (...) fue adjudicado (...) y la duración (...) será desde el día siguiente a la formalización" del mismo "en documento administrativo hasta el día 15 de diciembre de 2023./ Durante los meses de febrero y marzo del año 2023 se implementan nuevos procesos informáticos para la tramitación de los expedientes mayores a adjudicar por el procedimiento negociado sin publicidad, surgiendo incidencias en el programa informático de gestión de expedientes y afectando a la tramitación de los procedimientos en trámite, siendo el expediente arriba referenciado uno de ellos./ Una vez que la (Fundación Municipal de Cultura) fue consciente de la paralización del

expediente se adoptan las medidas pertinentes para evitar mayores perjuicios derivados de dicho error y es por ello que con fecha 25-09-2023 se acuerda por la Comisión Delegada el desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato (...) e iniciar el expediente de contratación de los servicios de dirección artística (...) para la actividad RADAR III, prestación que aún no se había ejecutado./ Se ha presentado factura por el interesado por un importe de (...) 26.911,50 € (IVA 10 % incluido)./ La tramitación ejecutada se ha realizado en ausencia de los requisitos formales señalados, obviando el acuerdo del órgano de contratación y el trámite de fiscalización previa al mismo, por lo que conforme al artículo 28.1 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, `En los supuestos en los que, con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se conozca y resuelva dicha omisión en los términos previstos en este artículo ´ (...). La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (...), regula en su artículo 38 y siguientes el régimen de invalidez de los contratos. Así, señala que serán inválidos los contratos de las Administraciones públicas cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación por concurrir alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes./ El artículo 39 señala las causas de nulidad de los contratos”, contemplando, “junto a otras, las previstas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Este artículo 47 de la Ley 39/2015 se refiere como causas de nulidad, junto a otras, a la ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido para dictar los actos. También es cierto que para que pueda apreciarse esta causa de nulidad la jurisprudencia ha reiterado que la misma ha de ser clara, manifiesta y ostensible, lo que sucede en los casos de ausencia total del trámite”.

2. Mediante oficio de 7 de diciembre de 2023, el Secretario General de la Fundación Municipal de Cultura traslada al interesado el acuerdo de la Comisión Delegada de inicio del procedimiento de revisión de oficio, poniéndole “de manifiesto el expediente (...) para su examen por un período de 10 días”.

El día 12 de diciembre de 2023, presenta este un escrito en el que comunica su “decisión de no realizar alegaciones, aportar documentos o justificaciones”.

3. Con fecha 4 de marzo de 2024, libra informe el Letrado Consistorial en el que aprecia, de acuerdo con lo actuado, la concurrencia del “motivo de nulidad radical previsto en el apartado e) del art. 47.1 de la LPAC, al omitirse de forma clara, manifiesta y ostensible el procedimiento legalmente exigible para la adjudicación”.

4. En sesión celebrada el 14 de marzo de 2024, la Comisión Delegada de la Fundación Municipal de Cultura acuerda manifestar su “conformidad a las actuaciones practicadas en el procedimiento de revisión de oficio incoado (...), apreciando la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho”; solicitar a este Consejo Consultivo la emisión del preceptivo dictamen, y comunicar al interesado la suspensión del plazo máximo para resolver, “según lo dispuesto por el artículo 22.1.d) de la LPAC”.

5. En este estado de tramitación, mediante escrito de 10 de abril de 2024, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones referidas a la contratación de la dirección artística de la programación de actividades audiovisuales de la Fundación Municipal de Cultura de Oviedo en el período comprendido entre el 1 de marzo y el 30 de septiembre de 2023, “previa al reconocimiento extrajudicial de créditos por importe de (...) 26.911,50 € (IVA 10 % incluido)”.

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 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 Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), el Ayuntamiento de Oviedo, personificado en este caso en su Fundación Municipal de Cultura -configurada *ex* artículo 1 de sus Estatutos como organismo autónomo local con personalidad jurídica propia-, se halla debidamente legitimado, 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, no se aprecia la concurrencia de ninguno de dichos límites.

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 al contratista interesado, 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.

Ahora bien, se aprecia que no se ha unido al expediente el 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; no obstante, obra en él un informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Oviedo que entendemos ha sido emitido al amparo y de conformidad con lo establecido para los municipios de gran población en la disposición adicional cuarta del referido Real Decreto, dando satisfacción de esta manera a las exigencias legales de motivación en relación con tal requisito.

Por otra parte, advertimos que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar al contratista, 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, si bien se le ha notificado la suspensión del plazo por la petición de dictamen a este órgano consultivo.

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 9.2.c) de los Estatutos de la Fundación Municipal de Cultura, publicados en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias* de 3 de diciembre de 2012, la competencia para declarar la nulidad del acto objeto de análisis corresponde a la Comisión Delegada de la Fundación Municipal de Cultura.

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, al momento de la emisión del presente dictamen dicho plazo no ha transcurrido aún, puesto que se ha incoado el procedimiento por acuerdo de la Comisión Delegada de la Fundación Municipal de Cultura de 4 de diciembre de 2023; además, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, la Comisión Delegada de la Fundación Municipal

de Cultura decidió el 14 de marzo de 2023 la suspensión del plazo máximo para resolver con motivo de la solicitud del dictamen. Por otra parte, se advierte al respecto que el Tribunal Supremo ha resuelto que la fecha que debe considerarse para apreciar la eventual caducidad es aquella en que se dicta la resolución que pone fin al procedimiento y no la de su notificación (Sentencia de 12 de marzo de 2020 -ECLI:ES:TS:2020:866-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

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 relativas a la contratación de la dirección artística de la programación de actividades audiovisuales de la Fundación Municipal de Cultura de Oviedo a lo largo del período comprendido entre el 1 de marzo y el 30 de septiembre de 2023; expediente que tiene su origen en los informes de la Oficina Presupuestaria y de la Intervención de la citada Fundación expresivos de la improcedencia de acudir de plano al reconocimiento extrajudicial de créditos para el abono de la factura emitida por el contratista que prestó esos servicios en el período indicado, en los que se señala que el procedimiento a aplicar ha de ser el de la revisión de oficio establecido en el artículo 106 de la LPAC con carácter previo a la liquidación del contrato.

Como venimos señalando de manera reiterada (por todos, Dictámenes Núm. 275/2018 y 78/2019), tras la entrada en vigor del artículo 35 del TRLCSP (cuya regulación actualmente se contiene en el artículo 42 de la vigente LCSP), la previa declaración de nulidad constituye la vía específica y adecuada para compensar al contratista que actúa de buena fe; norma legal que, según expone

el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, puso fin a la controversia jurisprudencial y doctrinal sobre el posible origen, contractual o extracontractual, de las obligaciones que habría de asumir la Administración en estos casos para evitar el resultado antijurídico de la apropiación de unos servicios sin compensar al contratista.

En el asunto ahora examinado, la propuesta que se eleva a la Comisión Delegada de la Fundación Municipal de Cultura, y que esta asume, considera que las actuaciones objeto de revisión -la prestación de los servicios de dirección artística de la programación de actividades audiovisuales de la Fundación Municipal de Cultura de Oviedo a lo largo del período comprendido entre el 1 de marzo y el 30 de septiembre de 2023-, al no estar amparadas en un expediente de contratación, estarían incursas en la causa de nulidad a que se refiere el artículo 47.1.e) de la LPAC por ausencia total de procedimiento.

Ciertamente, el artículo 37 de la LCSP proscribía la contratación verbal; el artículo 38 del mismo texto legal establece que los contratos “celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, serán inválidos (...): b) Cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes”; y, finalmente, el artículo 39, 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 del trámite” (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2017 -ECLI:ES:TS:2017:333-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a).

En el caso examinado, el análisis de lo actuado revela que la Fundación Municipal de Cultura, invocando lo que parece ser la repentina implementación del programa indicado por la Intervención General del Ayuntamiento de Oviedo en el procedimiento de contratación en un momento en el que se encontraba en tramitación el “contrato de dirección artística de la programación de actividades audiovisuales de la Fundación Municipal de Cultura de Oviedo” para el año 2023 (lo que habría provocado que “algunas de las tareas vinculadas desapareciesen de varios expedientes, como es el caso que nos ocupa”), se vio en la necesidad, dada la “proximidad en la fecha de inicio de las actividades” ya programadas y autorizadas, de acordar con el contratista propuesto -al margen del procedimiento pertinente- labores como el “asesoramiento” y de llevar a cabo las gestiones necesarias para garantizar la prestación de los diferentes servicios y suministros que se fueron realizando para la ejecución de estas actividades, tales como “alquileres de iluminación y sonido, gestión de permisos de espacios, derechos y licencias de exhibición”, dándose por lo demás la circunstancia de que “la omisión de la tramitación del expediente para la contratación de la dirección artística se puso de manifiesto meses después”. Debe advertirse, sin embargo, que el gasto relativo a la programación audiovisual para el ejercicio 2023, comprensivo de las actuaciones de contratación de dirección artística aquí examinadas, había sido aprobado por la Comisión Delegada de la Fundación Municipal de Cultura en sesión celebrada el 6 de febrero de 2023, y que incluso una vez aprobado el expediente de la actividad la tramitación para la contratación de la dirección artística se incoó formalmente el 2 de marzo de 2023, constando en él la memoria justificativa, el pliego de prescripciones técnicas, la propuesta de gasto y el documento contable RC. El día 8 de marzo de 2023 se incoó el expediente de servicios, al que se incorporó la solicitud y proposición económica, así como los certificados acreditativos de estar al corriente de obligaciones tributarias del contratista propuesto. No obstante, debido a una incidencia informática “la tarea del proceso definida como ‘aportar pliego de cláusulas administrativas’ no saltó a la bandeja de tareas pendientes”, y como consecuencia de ello la prestación contractual comenzó a desarrollarse

sin la debida formalización, careciendo de un expediente de contratación cerrado y completo.

Pues bien, 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 270/2022- una posición uniforme ni entre los órganos consultivos ni en la jurisprudencia. El Consejo de Estado ha mantenido tradicional y mayoritariamente la vía de la revisión de oficio para resarcir al contratista por los servicios prestados en casos de contratación verbal (por todos, Dictámenes 1724/2011, 1056/2019 y 86/2021), pero también ha acudido en alguna ocasión al expediente de responsabilidad contractual *ex* artículo 191 de la LCSP, particularmente en casos de prórrogas indebidas de contratos (Dictamen 676/2014) o modificados contractuales *de facto* (Dictamen 706/2021). En otras ocasiones ha validado el cauce de la responsabilidad patrimonial, aunque no lo considera adecuado "pues desde antiguo viene señalando este Consejo de Estado que la responsabilidad patrimonial de la Administración constituye el reflejo, en el ámbito administrativo, de la responsabilidad extracontractual del Derecho común" (entre otros, Dictamen 1112/2019). En la misma línea, no sin reservas, el Tribunal Supremo ha admitido que "la declaración de nulidad de contratos celebrados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido constituye título jurídico para reclamar a la Administración -por vía de la responsabilidad patrimonial- el importe de las facturas emitidas y no pagadas por los servicios efectivamente prestados con base en los contratos declarados nulos; pero, aun en ese caso, sólo procederá reconocer el derecho a la indemnización si se acreditare la concurrencia de los requisitos exigidos al efecto normativa y jurisprudencialmente conforme al régimen jurídico propio de la responsabilidad patrimonial de la Administración y, entre ellos, señaladamente, el de la antijuridicidad del daño, esto es, que el particular no tenga el deber jurídico de

soportar ese daño de acuerdo con (la) Ley” (Sentencia de 21 de diciembre de 2021 -ECLI:ES:TS:2021:4932-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª).

Asimismo, el Alto Tribunal ha asumido con frecuencia la procedencia de la previa declaración de nulidad en diversos supuestos de contratación irregular, incluidos los encargos verbales, habiendo señalado en la Sentencia de 13 de junio de 2022 -ECLI:ES:TS:2022:2426- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), en relación con la revisión de oficio y la declaración de nulidad de actuaciones contractuales en las que se prescinde total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido por omisión de los trámites previstos en la LCSP, que el pago de las prestaciones hechas sin cobertura contractual y declaradas nulas reviste un carácter indemnizatorio con fundamento en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto de la Administración, y en ningún caso contractual; descartando, por tanto, el abono de intereses de demora.

Por su parte, los órganos consultivos autonómicos han mantenido también diferencias de criterio, aceptando mayoritariamente la vía de la revisión de oficio cuando han examinado expedientes de contratación irregular (entre otros, Dictamen 270/2002 del Consejo Consultivo de Andalucía, Dictamen 92/2018 de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid y Dictamen 131/2020 de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña); si bien en ocasiones, aun apreciando la concurrencia de una causa de nulidad, han rechazado el cauce revisor invocando los límites a la revisión de oficio (artículo 110 de la LPAC), apelando en particular al carácter excepcional de la revisión de oficio y a la buena fe del contratista (por todos, Dictámenes del Consejo Consultivo de Canarias 80/2020, 222/2020 y 14/2021). También existen supuestos, singularmente en casos de contrataciones de servicios y de suministros, en los que se ha considerado inidóneo el cauce de la revisión de oficio (entre otros, Dictámenes 37/2018 y 87/2019 del Consejo Consultivo de las Islas Baleares y Dictamen 191/2015 de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña), y otros en los que, al amparo del artículo 191.3.a) de la LCSP -relativo al procedimiento de ejercicio de las prerrogativas de la

Administración pública en los contratos administrativos, que establece que “será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos (...) de (...) nulidad (...) de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista”-, se ha dictaminado que, no existiendo la referida oposición del contratista a la declaración de nulidad del contrato, no es preceptiva la emisión de dictamen por parte del órgano consultivo (entre otros, Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón 13/2021).

A lo anterior cabe añadir que, con frecuencia, las Administraciones públicas antes de acudir a una u otra vía para depurar la ilegalidad cometida recurren directamente al mecanismo presupuestario del reconocimiento extrajudicial de créditos como fórmula para la satisfacción del gasto contraído irregularmente (así, por ejemplo, en el ámbito local al amparo del artículo 60 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, y en el ámbito autonómico en aplicación del artículo 39 de la Ley 2/2020, de 15 de octubre, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19, y del artículo 21 bis de la Ley 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas de Cantabria). No cabe obviar, sin embargo, que esta práctica presupuestaria, si bien puede resultar un cauce ágil para saldar la deuda y hasta idónea en determinados supuestos en los que, atendidas las circunstancias del caso, la irregularidad no alcanza la categoría de nulidad radical o resulta desproporcionado acudir a una revisión de oficio (por ejemplo, por razón de la cuantía, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de junio de 2020 -ECLI:ES:TSJCAT:2020:4380-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), ha sido cuestionada por los órganos de fiscalización por su utilización abusiva y por la ausencia de un marco jurídico ajustado a su excepcionalidad. Al respecto, procede destacar el Informe del Tribunal de Cuentas n.º 1415, de fiscalización de los expedientes de reconocimientos extrajudiciales de crédito aprobados por las entidades locales en el ejercicio 2018, en el que se concluye que la regulación de este instrumento

“en la normativa económico-presupuestaria del ámbito local es insuficiente”, que “no existe un tratamiento homogéneo por las entidades locales en el procedimiento para imputar al presupuesto las facturas que derivan de prestaciones sin contrato formalizado” y que “la aprobación de un reconocimiento extrajudicial de crédito en ningún caso subsana por sí misma los defectos habidos en un expediente de los cuales pudiera derivar la nulidad del mismo”. En idéntico sentido se ha manifestado la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias en relación con esta práctica presupuestaria seguida por algunas entidades locales asturianas (Informe Núm. 112, sobre el reconocimiento extrajudicial de crédito en los Ayuntamientos, de 30 de junio de 2020), y también otras instituciones autonómicas (así, el documento “Recomendación General. Enriquecimiento injusto” de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, de 11 de mayo de 2020).

Por lo que atañe a este Consejo, se ha venido analizando casuísticamente cada expediente revisor de actuaciones contractuales irregulares sometido a su consideración, dictaminando la procedencia de declarar la nulidad ante omisiones manifiestas de procedimiento que erosionan la libre concurrencia en la contratación pública (entre otros, Dictámenes Núm. 276/2018, 115/2019 y 186/2023) o rechazándola cuando la infracción procedimental no es patente u ostensible ni menoscaba los principios que presiden la contratación del sector público (por todos, Dictámenes Núm. 139/2018, 302/2022 y 282/2023). No puede obviarse que las reglas del procedimiento de contratación pública 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. Así pues, desde este órgano consultivo se 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.

Sentado lo anterior, procede elucidar si en el caso que ahora examinamos es preciso acudir al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos, o si la extensión de este cauce procedimental a las actuaciones aquí controvertidas 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 y como postulado general, que para depurar supuestos de contratación irregular en los que concurren causas de nulidad patentes 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 el presente supuesto nos hallamos ante la ejecución de una prestación contractual conocida por la Administración y el contratista referida a un contrato de dirección artística que debió adjudicarse a través del procedimiento negociado sin publicidad y tramitación ordinaria, al amparo del artículo 168.a).2.º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por tener el objeto del contrato características propias de una obra artística única, pero en el que, documentadas las fases de preparación y propuesta de adjudicación, una incidencia informática en un nuevo programa de tramitación impidió su formalización documental última. Se produjo, al faltar esa adjudicación expresa, un acto tácito en favor del profesional propuesto por los servicios municipales pues este comenzó a ejecutar los trabajos encargados, sin que en estas condiciones proceda el desistimiento del procedimiento de contratación, que se encuentra culminado aunque se hubiera omitido una resolución expresa. Pues bien, a juicio de este Consejo, tal irregularidad procedimental no alcanza la entidad de infracción manifiesta, patente y clara del procedimiento contractual que la jurisprudencia exige para apreciar la causa de nulidad radical del artículo 47.1.e) de la LPAC, ni se atisban infracciones de los principios que presiden la contratación pública, singularmente la libre competencia, pues dada la naturaleza de la prestación contractual (dirección artística) y el procedimiento

seguido (negociado sin publicidad) es patente que no ha existido quiebra de aquellos mandatos.

En definitiva, en el asunto examinado este Consejo comparte el criterio del Consejo de Estado en supuestos similares al que nos ocupa (entre otros, Dictámenes 606/2020 y 706/2021), pudiendo encauzarse el pago de los servicios prestados como una responsabilidad de naturaleza contractual. De este modo, y teniendo en cuenta que las facturas pendientes de abono ascienden a la cantidad total de 26.911,50 euros (IVA incluido), la consulta que se nos formula debe encauzarse por la vía del artículo 191.3, letra c), de la LCSP, a cuyo tenor solamente será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en el caso de "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", cantidad que "se podrá rebajar por la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma", lo que no ha sucedido en nuestra región.

Encauzada de esta forma la solución al problema de fondo que se plantea, el procedimiento a seguir para depurar la responsabilidad que eventualmente pudiera surgir para la Administración en el seno de una relación contractual en la que sea parte, tal y como viene señalando el Consejo de Estado (por todos, Dictamen 710/2019), es el establecido en el artículo 97 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos, que es el aplicable "con carácter general, salvo lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones públicas para casos específicos").

Sustanciado ese procedimiento, en el que no ha de intervenir este Consejo dada la cuantía contractual, la Administración puede dictar una resolución reconociendo la obligación de abono. Respecto a su importe total, sin perjuicio de los intereses que procedan para la actualización de valores monetarios, reiteramos a la autoridad consultante que el día inicial para el

cómputo de los intereses de demora es el siguiente al transcurso de los treinta días posteriores al momento de la convalidación del gasto (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2020 -ECLI:ES:TS:2020:1371-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), sin que se devengue aquí antes de la convalidación de actuaciones que ha de suceder al archivo del procedimiento de revisión de oficio.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede revisar de oficio las actuaciones relativas a la contratación de la dirección artística de la programación de actividades audiovisuales de la Fundación Municipal de Cultura de Oviedo en el período comprendido entre el 1 de marzo y el 30 de septiembre de 2023, pero sí regularizar su abono como expediente de responsabilidad contractual *ex* artículo 191.3.c) de la LCSP.”

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.