

Dictamen Núm. 229/2024

V O C A L E S :

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

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión extraordinaria celebrada el día 30 de diciembre 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 2 de diciembre de 2024 -registrada de entrada el día 4 del mismo mes-, examina el expediente de revisión de oficio de las actuaciones de adjudicación del contrato de suministro de obsequios navideños a las personas mayores ocupantes de plazas residenciales en régimen de concierto con la Administración del Principado de Asturias.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 11 de febrero de 2021, una Gestora de la Administración adscrita a la Dirección General de Servicios Sociales y Mayores formula propuesta de resolución relativa a la autorización, disposición del gasto y reconocimiento de la obligación para el abono de una factura, por importe de 13.418,51 €, correspondiente al “suministro de un obsequio navideño” cuya entrega, en las

fiestas de 2020/2021, fue dirigida a “paliar y compensar las situaciones y estados de ánimo expuestos de las personas mayores titulares de plazas residenciales concertadas por el Principado de Asturias”. Se destaca en la propuesta que “dado que el servicio ha sido (...) efectivamente prestado a esta Consejería de plena conformidad (...), su pago resulta legalmente exigible (...) por lo que procede el reconocimiento de la obligación y la autorización del pago con cargo al vigente presupuesto de gastos. En caso contrario, se produciría un enriquecimiento sin causa de la Administración (...), con el consiguiente perjuicio económico para el contratista”.

Obra en el expediente la correspondiente factura, emitida el 31 de diciembre de 2020 relativa a la adquisición de 1.932 cojines.

2. Con fecha 5 de marzo de 2021 el Interventor Delegado formula nota de reparo en la que aprecia “una vulneración del artículo 28.1 de la LCSP” pues, según razona, “en caso de ser posible la tramitación del contrato sería competencia del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos (ERA), tal y como ha venido siendo en los últimos años”.

3. El 8 de marzo de 2021 la Gestora de la Administración suscribe un informe “a efectos de lo previsto en el artículo 15.2 del Decreto 70/2004, de 10 de septiembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General del Principado de Asturias”. En él asume que, si bien “la imputación de gastos (...) exige la formación de los correspondientes expedientes de gasto y contractual, (...) la ejecución de las prestaciones de referencia (...) han originado la correspondiente obligación de pago para la Administración del Principado de Asturias, por lo que la desatención de su importe generaría un enriquecimiento injusto como consecuencia del servicio prestado por un contratista, aún sin título jurídico suficiente”.

4. Con fecha 10 de marzo de 2021, el Interventor General informa que “se ha producido una omisión de la fiscalización previa regulada en el artículo 16 del Decreto 70/2004, de 10 de septiembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General del Principado de Asturias” y que, “en tanto que las propuestas que se fiscalizan pretenden (...) el abono de un servicio a la Administración obtenido prescindiendo total y absolutamente del procedimiento contractual y del procedimiento contable, de obligado cumplimiento, nos encontraríamos ante un acto viciado de nulidad”, si bien “por razones de economía procesal, no se considera necesario que se acuda al procedimiento de revisión de actos en vía administrativa”.

Posteriormente, en un informe complementario fechado el 1 de junio de 2022, el Interventor General da “por reproducido” el contenido del anterior advirtiendo, además, que “se incumple el principio de anualidad presupuestaria establecido en los artículos 24.1 y 28.1 del TRREPPA”.

5. Mediante Resolución de la Consejera de Derechos Sociales y Bienestar, de 25 de julio de 2024, se inicia el procedimiento de revisión de oficio del contrato y se nombra a la instructora del mismo. En el texto de la resolución se acepta que “no existe en el caso que nos ocupa documentación preparatoria del expediente, ni expediente de contratación como tal”, por lo que la contratación “se ha llevado a cabo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (...), dado que por la materia (obsequios navideños) no puede considerarse que estemos ante un contrato de emergencia, debería además haberse tramitado el oportuno expediente de contratación (al menos la correspondiente a un contrato menor, en atención a la cuantía), (...) incurriendo por tanto el procedimiento de adjudicación (...) en causa de nulidad de pleno derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 de la LCSP y en el artículo 47 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”. Se discrepa, no obstante, de la aplicación al

caso de la causa de nulidad establecida en la letra a) del mismo precepto, a la que alude el informe de la Intervención Delegada, a cuyo efecto se razona que “corresponde al Principado de Asturias, de acuerdo con el artículo 10.24 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, la competencia exclusiva en materia de asistencia y bienestar social, desarrollo comunitario y reinserción social. A su vez, la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales, atribuye al sistema público de servicios sociales las funciones de desarrollar actividades preventivas para promover la autonomía y superar las causas de marginación y de exclusión; promover la integración social de las personas y de los grupos; cubrir carencias y satisfacer necesidades en materia de asistencia social (...). Por lo que se entiende que, si bien dicha contratación podría haberse realizado por el organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias (ERA) correspondiendo (...) actuar como órgano de contratación a su Director Gerente, nada obsta a que dicha actuación fuese puesta en marcha por la Consejería de Derechos Sociales, si bien, teniendo en cuenta que las actuaciones deberían haberse llevado a cabo por el órgano de contratación (la titular de la Consejería), no por el titular de la Dirección General”.

La resolución de inicio se notifica a la empresa adjudicataria, según consta acreditado en el expediente, concediéndole un plazo de diez días para formular alegaciones.

6. Con fecha 13 de agosto de 2024 la representante de la mercantil presenta en el Registro Electrónico un escrito en el que expone que “habiendo transcurrido sobradamente los treinta días desde la presentación de la factura” y “reconocida la obligación de pago” solicita el pago de la misma “por importe de 13.418,51 €, con los intereses que legalmente corresponda”.

7. El día 6 de noviembre de 2024, la Instructora del procedimiento suscribe una propuesta de resolución favorable a la declaración de nulidad de pleno derecho

de las actuaciones de adjudicación del contrato, al entender que concurren en ellas las causas señaladas en las letras b) y e) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En cuanto a la causa de nulidad de la letra a) afirma que la Ley del Principado de Asturias 7/1991, de 5 de abril, de asistencia y protección al anciano, por la que se crea el organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias, no atribuye “ninguna competencia de gestión a la Consejería en relación a los usuarios ni los centros del ERA ni, por tanto, al Director General de Mayores”; por otra parte, destaca que el organismo autónomo dispone de “su propio órgano de contratación y su propio presupuesto”. En cuanto a los efectos de la resolución, puntualiza que “teniendo en cuenta que la prestación del servicio se realizó de forma correcta, procede reconocer el derecho de la mercantil interesada a percibir los importes facturados puesto que no se aprecia mala fe por parte del contratista, y el IVA correspondiente, dado que la normativa de este impuesto establece solamente la exclusión de la base imponible del IVA de aquellas indemnizaciones que no puedan considerarse contraprestación de entregas de bienes o prestación de servicios. De dicha indemnización queda excluido, sin embargo, el abono de intereses de demora teniendo en cuenta la interpretación jurisprudencial y la doctrina del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

8. El día 8 de noviembre de 2024 la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora solicita al Servicio Jurídico del Principado de Asturias la emisión del correspondiente informe.

9. Con la misma fecha, la titular de la Consejería dispone la suspensión del plazo máximo para resolver y notificar en el procedimiento de revisión de oficio “desde la fecha de solicitud del informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, hasta la fecha en que se reciba dicho informe y, en todo caso, como

máximo tres meses desde la citada fecha de solicitud”, lo que se notifica a la empresa interesada.

10. Se incorpora al expediente, a continuación, el informe suscrito por un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias el 20 de noviembre de 2024, en sentido desfavorable a la revisión de oficio. Razona su autor que “no queda correctamente identificado cuál es el acto nulo objeto de revisión y no nos encontramos ante un acto susceptible de revisión de oficio conforme al artículo 106.1 de la Ley 39/2015, al no ser finalizador del procedimiento administrativo./ A su vez, la decisión de proceder a esa compra de obsequios navideños a personas mayores (...) puede ser entendido como un ‘acto’ adoptado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, pero con un posterior soporte documental mediante la propuesta de resolución de 11 de febrero de 2021 de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, pero, según quien suscribe, no puede apreciarse que exista una manifiesta (...) incompetencia de la Consejería./ No obstante lo anterior, conforme con el criterio del Consejo Consultivo y del Consejo de Estado, para el posible abono a (la empresa suministradora) procedería que se sustanciase como un supuesto de responsabilidad contractual (...). Igualmente, siguiendo el criterio del Consejo de Estado, desde esa Consejería se debería de proceder a depurar o intentar depurar las eventuales responsabilidades de orden administrativo (artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) en que pudieran incurrir las correspondientes autoridades o personal”.

11. Con fecha 26 de noviembre de 2024, la Instructora del procedimiento suscribe una nueva propuesta de resolución favorable a “declarar la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación del contrato de suministro de obsequios navideños a personas mayores ocupantes de plazas residenciales en régimen

de concierto con la Administración del Principado de Asturias” y “reconocer el derecho de la mercantil interesada a percibir los importes facturados con el IVA correspondiente”.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 2 de diciembre de 2024, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva en el procedimiento de revisión de oficio del acto de adjudicación del contrato de suministro de obsequios navideños a personas mayores ocupantes de plazas residenciales en régimen de concierto con la Administración del Principado de Asturias, adjuntando a tal fin copia del expediente en soporte digital.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra I), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra I), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), 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 Administración del Principado de Asturias se halla debidamente legitimada, toda vez que a ella pertenece el

órgano que ha realizado las actuaciones contractuales cuya declaración de nulidad son 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”.

Por otra parte, 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, entendemos que no concurre 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 analizar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En tal sentido, debemos comenzar por examinar la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio, teniendo en cuenta que la LPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a efectuar una referencia al “órgano competente”. El artículo 25.1 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias (en adelante Ley de régimen jurídico del Principado de Asturias), establece que la “revisión de oficio de las disposiciones y actos nulos se realizará por el órgano autor de la disposición o del acto”. Por otra parte, 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), dispone que, "Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos a que se refieren los apartados anteriores el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando esta no tenga el carácter de Administración Pública". En el caso que nos ocupa, la actuación contractual ahora revisada se atribuye, según precisa la resolución de inicio, al titular de la Dirección General de Servicios Sociales y Mayores, por lo que, teniendo en cuenta tanto lo señalado en el artículo 41.3 de la LCSP, antes citado, como lo establecido en el artículo 26 c) de la Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias, a cuyo tenor ponen fin a la vía administrativa "Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario", ha de concluirse que es la titular de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar la competente para iniciar y resolver el procedimiento de revisión de oficio sometido a nuestra consideración.

En cuanto a la instrucción del procedimiento, se han observado sus trámites esenciales, puesto que se ha adoptado un acuerdo de iniciación, se ha dado audiencia y vista del expediente a la mercantil interesada y se ha dictado una propuesta de resolución que da adecuada satisfacción a la obligación legal de motivación, impuesta a los actos que pongan fin a este tipo de procedimientos por el artículo 35.1.b) de la LPAC. Igualmente, se ha incorporado a aquel el preceptivo informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, exigido para los procedimientos de revisión de oficio con tal carácter por el artículo 6.1.f) del Decreto 20/1997, de 20 de marzo, por el que se regula

la organización y funcionamiento del Servicio Jurídico del Principado de Asturias.

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, tal y como acontece en el presente supuesto, se producirá su caducidad. En el procedimiento examinado, incoado por Resolución de 25 de julio de 2024 de la Consejera de Derechos Sociales y Bienestar, es evidente que dicho plazo no ha transcurrido aún. Por otro lado, resulta del expediente que el lapso temporal para resolver se suspendió con motivo de la solicitud de informe al Servicio Jurídico del Principado de Asturias, si bien no consta en el expediente que la fecha de recepción de aquel informe se haya puesto en conocimiento de la mercantil interesada, lo que resulta exigible para la efectividad de la suspensión acordada de conformidad con lo señalado en el artículo 22.1 c) de la LPAC.

QUINTA.- Entrando en el fondo del asunto, para la correcta valoración del caso 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.

Comenzando por el análisis de la idoneidad del cauce revisor, debemos señalar que, 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 indicado en los Dictámenes Núm. 7/2022, 307/2022 y 79/2023, 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 (entre otros, Dictamen 676/2014) o modificados contractuales *de facto* (por todos, 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 acreditan 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).

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 contractual 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 Islas Baleares 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 técnica 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.

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 157/2023). Como hemos indicado en la Memoria correspondiente a 2022, en el apartado relativo a Selección de Doctrina, dedicado a la revisión de oficio de actuaciones contractuales irregulares, 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 casos como el que ahora examinamos 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.

Entrando ya a analizar las circunstancias particulares del asunto sometido a nuestra consideración, hemos de comenzar por el examen de la exigencia impuesta por el artículo 106.1 de la LPAC, esto es, que se trate de “actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo”, la cual, según el informe del Servicio Jurídico obrante en el expediente, impediría en este caso el ejercicio de la potestad revisora, ya que el acto que se reputa nulo no pone fin a la vía administrativa. En rigor, la subsistencia de la acción ordinaria -que obsta el ejercicio de la acción de nulidad- se predica de los actos presuntos, que no coinciden necesariamente con los tácitos o no formalizados, como es el caso. A mayor abundamiento, hemos de observar que la restricción no opera cuando el procedimiento revisor se inicia de oficio por la Administración, pues de sostenerse lo contrario esta nunca podría revisar *motu proprio* sus actos presuntos, o se llegaría al absurdo de entender que puede depurarlos en cualquier momento por cualesquiera vicios. En definitiva, la exigencia de que se trate de actos que “hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo” se limita a los procedimientos incoados a solicitud del interesado, quien no podrá instar la declaración de nulidad en esta vía si aún tiene a su disposición un cauce impugnatorio ordinario. No es este el caso del

procedimiento que analizamos, puesto en marcha a iniciativa propia de la Administración autora del acto.

La propuesta de revisión de oficio que examinamos se refiere a la adjudicación de un contrato que se considera realizada por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia y con omisión total y absoluta de los trámites legalmente establecidos, esto es, se justifica en el concurso de las causas de nulidad señaladas en las letras b) y e) del artículo 47.1 de la LPAC.

Antes de abordar si los vicios del acto pueden subsumirse en las causas de nulidad invocadas hemos de recordar que, en consonancia con el sentido excepcional de esta potestad de autotutela, la interpretación de los motivos de nulidad del artículo 47.1 de la LPAC debe ser restrictiva, pues de lo contrario perdería efectividad la garantía que entraña la diferenciación entre actos nulos de pleno derecho y actos anulables y su sometimiento a regímenes jurídicos distintos de anulación.

Por lo que se refiere a la primera de las causas de nulidad que se predicen del acto, el artículo 47.21 b) de la LPAC establece que son nulos de pleno derecho los actos dictados "por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio". Para poder apreciar su existencia, según viene señalando de forma reiterada la jurisprudencia y hemos indicado también nosotros en anteriores ocasiones (por todos, cabe mencionar nuestros Dictámenes Núm. 68/2014 y 307/2016), resulta necesario que concurren los dos requisitos que establece el precepto antes citado: en primer lugar, que la incompetencia sea manifiesta, esto es, que se evidencie de forma notoria, palmaria o apreciable sin necesidad de realizar una especial actividad intelectual y, en segundo lugar, que dicha incompetencia lo sea por razón de la materia o del territorio, excluyéndose así la incompetencia jerárquica, que únicamente podría dar lugar a la anulabilidad del acto.

En este caso compartimos el criterio expresado tanto en la resolución de inicio como en el informe del Servicio Jurídico, conforme al cual no cabe

apreciar la existencia de las dos exigencias antes señaladas pues, si bien el contrato fue adjudicado por un órgano (el titular de la Dirección General de Servicios Sociales y Mayores) que sin competencia para ello según lo establecido en los artículos 38, letra n), de la Ley 6/1984, de 5 de julio, del Presidente y del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias y 37.1 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración, a cuyo tenor los titulares de las Consejerías son, dentro de su respectivo ámbito de competencias, los órganos de contratación de la Administración del Principado de Asturias, dicha incompetencia, por ser de carácter jerárquico, no puede dar lugar a la nulidad de la adjudicación. En el orden objetivo o material ha de destacarse, siguiendo el criterio reiteradamente manifestado por el Tribunal Supremo, (entre otras, en la Sentencia de 13 de diciembre de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:4196-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) y las que en ella se citan, que las cuestiones relativas a la exacta distribución interna de funciones entre la titular de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, de la que dependía jerárquicamente el Director General actuante en este caso, y el Director Gerente del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias (ERA), tampoco pueden considerarse relevantes a efectos de apreciar una incompetencia determinante de nulidad, pues tanto la Consejera como el Director Gerente del organismo autónomo ERA -adscrito a la propia Consejería según el artículo 1.2 Decreto 84/2019, de 30 de agosto, por el que se establecía entonces su estructura orgánica básica- ejercían sus competencias en un ámbito material y territorial coincidente que no era otro que el establecido en el artículo 8 del Decreto 13/2019, de 24 de julio, del Presidente del Principado de Asturias, de reestructuración de las Consejerías que integran la Administración de la Comunidad Autónoma, vigente cuando se adjudicó el contrato. Asimismo ha de tenerse en consideración que prestación del suministro objeto de contrato, esto es, la realización de un obsequio navideño a los ancianos, aun pudiendo relacionarse con la gestión del servicio público residencial que constituye el fin específico principal del organismo

autónomo ERA (según establecen tanto la Ley 7/1991, de 5 de abril de asistencia y protección al anciano, como el Decreto 79/94, de 13 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica y régimen de funcionamiento del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias), también podría vincularse a otras de las funciones que el Decreto 13/2019, antes citado, atribuía a la Consejería, tales como el desarrollo y gestión de las políticas sociales y acciones y servicios dirigidas a los colectivos con mayores necesidades de intervención social o el desarrollo de políticas específicas para personas mayores, de las que no podría deslindarse sin realizar una especial actividad intelectual dirigida a la interpretación de las normas señaladas, circunstancia esta que, como ya hemos adelantado, excluye la apreciación de una incompetencia manifiesta.

En lo que se refiere al segundo de los vicios de nulidad invocados, la ausencia manifiesta de procedimiento, considerado el importe de la prestación objeto del suministro (13.418,51 €), resulta notorio que la adjudicación del contrato se llevó a cabo sin observar los trámites que impone a los contratos menores el artículo 118 de la LCSP, esto es, al menos "la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior", así como "la aprobación el gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente".

Como venimos señalando reiteradamente (por todos, cabe citar nuestro Dictamen Núm. 139/2018) tratándose de la causa contenida en la letra e) del artículo 47.1 de la LPAC, debe considerarse que las infracciones del procedimiento no se encuentran integradas de antemano en uno de los dos grados de invalidez (nulidad de pleno derecho o anulabilidad), sino que son susceptibles de ser consideradas en una u otra categoría o de constituir incluso una simple irregularidad no invalidante en función de su gravedad. De acuerdo con la Ley, la apreciación de la nulidad se reserva para aquellos casos en que el procedimiento se ha violentado de modo flagrante o se ha producido alguna

anomalía sustancial en la tramitación, “envolviendo tales ausencias o errores procedimentales un radical vicio con irremediables efectos sobre el acto administrativo final”, según viene afirmando reiteradamente el Consejo de Estado (entre otros, Dictamen 1950/2004). Por ello, la eventual concurrencia de esta causa de nulidad no debe examinarse desde una perspectiva formalista, sino desde una óptica sustantiva en la que lo decisivo no es tanto la ausencia de uno o varios trámites, como que no se hayan respetado los principios que informan el procedimiento y cuya omisión determinaría, tal y como también señaló el alto órgano consultivo en el Dictamen 279/2000, de 16 de marzo, una “irregular e impropia formación de la voluntad administrativa que constituye el sustrato material de dicho acto aprobatorio”. En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha declarado en numerosas ocasiones que el ejercicio de las facultades revisoras debe ser ejercido con mucha “parsimonia y moderación” (por todas, Sentencia de 26 de febrero de 1980 -ECLI:ES:TS:1980:2598-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) y que en “la apreciación de supuestos vicios de nulidad ha de ponderarse la importancia que revista el derecho a que afecte, las derivaciones que motive, la situación y posición de los interesados en el expediente y, en fin, cuantas circunstancias concurren” (por todas, Sentencia de 21 de junio de 2005 -ECLI:ES:TS:2005:4024-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª). En definitiva, la valoración de la gravedad del defecto procedimental ha de realizarse observando el debido equilibrio entre el principio de eficacia y el papel garantizador que el procedimiento ha de cumplir para los ciudadanos, para lo cual deben analizarse las consecuencias de la conculcación del procedimiento y, como viene señalando el Tribunal Supremo también reiteradamente (por todas, Sentencia de 24 de enero de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:294-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), “sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido”.

En el ámbito de la contratación administrativa también venimos señalando (por todos, cabe citar nuestro Dictamen Núm. 176/2023) que la

legislación es especialmente rigurosa con la exigencia de determinados trámites procedimentales en las fases de preparación y adjudicación del contrato a fin de asegurar los principios nucleares que presiden la contratación administrativa, especialmente, el de libre concurrencia, si bien los casos en que un contrato menor incurra en nulidad radical por omisión procedimental serán excepcionales pues la disciplina adjetiva que se vulnera no se establece al servicio de la concurrencia en condiciones de igualdad, de la que el legislador ha sustraído a esta clase de contratos en aras de la necesaria eficacia administrativa.

En el asunto examinado entendemos que la ausencia de justificación en un informe previo de la necesidad del contrato y de que no se está alterando su objeto a fin de fraccionarlo indebidamente carece de una trascendencia que comporte la nulidad de la adjudicación, en tanto no se aprecia una causa viciada ni puede hablarse de fraccionamiento indebido (hubo una única prestación y no una pluralidad de entregas), y desde luego entendemos que el incumplimiento del procedimiento contable y la ausencia de aprobación del gasto tampoco transmiten al acto esa tacha (acreditándose que había crédito suficiente), constituyendo la incorporación de la factura al expediente, una actuación posterior. En definitiva, puede colegirse razonablemente que, de haberse observado los trámites omitidos, el acto de cuya revisión se trata no hubiera variado. Por todo ello, hemos de concluir que no concurre en él el vicio al que se refiere el artículo 47.1 e) de la LPAC.

Al no apreciarse en la adjudicación del contrato ningún vicio de nulidad cuya depuración justifique el ejercicio de la prerrogativa revisora, procede tramitar el oportuno expediente de convalidación que puede sustanciarse de forma análoga a un supuesto de omisión de la fiscalización previa como sugiere el Consejo de Estado en el Dictamen 1592/2022, en el que también señala que el mismo no ha de erigirse en "un expediente que permita enervar las infracciones administrativas que se hayan podido cometer ni las responsabilidades de todo orden que de las mismas pudieran derivarse para quienes hayan intervenido de su comisión, ni tampoco es un procedimiento que

pueda ser utilizado por las Administraciones públicas para eludir la reglas de la contratación pública o las que resulten aplicables en otros ámbitos de actuación administrativa”, tratándose de “una garantía presupuestaria que, partiendo de la existencia de una previa situación irregular, cumple una doble función: por una parte, controlar la procedencia y cuantía de los abonos procedentes por obligaciones contraídas sin fiscalización previa, comprobando que se corresponden con servicios efectivamente prestados y debidamente valorados al precio que corresponda en cada caso; por otra, identificar las infracciones cometidas de cara a dilucidar las eventuales responsabilidades de los sujetos intervinientes y evitar que se vuelvan a producir en el futuro”.

Se advierte, por último, que en el contexto de contrataciones irregulares convalidadas la jurisprudencia ha señalado 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 perjuicio de los intereses que procedan para la actualización de valores monetarios. No obstante, con relación al devengo de intereses de demora en supuestos de contratación irregular, debe advertirse la pendencia de dos cuestiones de interés casacional relacionadas. Una relativa a “si la prestación obligatoria de un suministro esencial a la Administración, sin contrato administrativo, es una operación comercial en el sentido de los artículos 1 y 3 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; y si la mora en el pago de dicha prestación por parte de la Administración obliga a ésta al pago de los intereses moratorios y/o la compensación por costes de cobro previstos, respectivamente, en los artículos 5 y 8 de dicha Ley”, (Auto del Tribunal Supremo ,de 31 de enero de 2024, -ECLI:ES:TS:2024:814A-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), y otra referida al día inicial para el cómputo de los intereses de demora en los supuestos en los que la prestación de un servicio continua una vez finalizada

la duración del contrato (Auto del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2024 -ECLI:ES:TS:2024:1084A-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede revisar de oficio las actuaciones de adjudicación del contrato de suministro de obsequios navideños a las personas mayores ocupantes de plazas residenciales en régimen de concierto con la Administración del Principado de Asturias, pero sí regularizar su abono en los términos expresados en el cuerpo del presente 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.