

Dictamen Núm. 7/2022

V O C A L E S :

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

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 13 de enero de 2022, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 16 de noviembre de 2021 -registrada de entrada el día 24 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio del contrato de ejecución de obras de renovación de falsos techos y pintura en un centro educativo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Consejera de Educación de 2 de julio de 2021, se dispone la incoación del procedimiento de revisión de oficio del contrato de ejecución de obras de renovación de falsos techos y pintura en la Escuela de Educación Infantil, al haber incurrido en la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y la concesión de trámite de audiencia a la interesada.

2. Como antecedentes, obran incorporados al expediente los siguientes documentos:

a) "Informe valorado de las actuaciones complementarias que han sido ejecutadas" en la Escuela de Educación Infantil "para poder reanudar la actividad lectiva", suscrito con fecha 16 de abril de 2021 por el Arquitecto Jefe de Sección de la Oficina Técnica del Servicio de Infraestructuras Educativas de la Consejería de Educación. En él se deja constancia de que con carácter "urgente y por interés general" se han realizado diversas "actuaciones" con la finalidad de que "estancias del centro que se encontraban afectadas por humedades de filtración reunieran condiciones adecuadas de habitabilidad, salubridad y ornato, además de las partidas relativas a la reforma de la cubierta del centro que se encuentran definidas en el proyecto con el que se licitó la obra". En concreto, explica que "fue necesario proceder a la retirada y reposición de falsos techos, así como el tratamiento de paramentos y reposición de suelos, de todas aquellas estancias que se encontraban dañadas por el paso del tiempo y por las humedades de filtración procedentes de la cubierta". Se añade que en "la visita realizada al centro se comprueba que las obras eran necesarias e imprescindibles para el adecuado funcionamiento de la actividad escolar, y que la urgencia en su ejecución se encuentra justificada por la necesidad de reanudar la actividad escolar lo antes posible en dicho centro (enero de 2021)"; premura que "motivó la decisión de que el adjudicatario de las obras de reforma y rehabilitación de la cubierta (...) que estaba procediendo a la ejecución de las mismas en esos momentos, por economía de medios y necesidad de una pronta ejecución, procediera a la sustitución de los falsos techos de la edificación que se encontraban afectados, así como al emplastecido de paramentos de las estancias" que adolecían de dichos desperfectos. Se cuantifican las obras realizadas en un importe de 47.501,85 €, IVA incluido, cantidad "resultado de la medición y valoración de todas las unidades de obra complementarias que han sido ejecutadas", tomando como referencia "los precios unitarios correspondientes a la Base de Datos Asturiana

de la Construcción (FECEA) que han sido ponderados de forma estimativa en un 26 %, puesto que la intervención descrita comprende unidades de obra de reparación de una edificación existente que forma parte del Patrimonio Cultural de Asturias”. Se adjunta un desglose de la valoración de las referidas obras complementarias, así como un “reportaje fotográfico de alguna de las áreas afectadas por las humedades de filtración en el que se aprecia el estado anterior y posterior a la ejecución de las obras”, los planos de planta con indicación de las zonas intervenidas y un resumen del presupuesto (de 4 de abril de 2021) y mediciones. Señala, asimismo, que con fecha 15 de abril de 2021 la empresa ha emitido factura relativa a los trabajos.

b) Propuesta de resolución, por la que se autoriza y dispone un gasto para el pago de la factura de las obras de reposición de falsos techos, pintura de estancias y suelos de zona de acceso en la escuela de Educación Infantil, suscrita por el Jefe del Servicio de Infraestructuras Educativas el 19 de abril de 2021. En sus antecedentes de hecho se indica que con fecha 28 de marzo de 2020 se adjudican, por procedimiento abierto, las obras de reforma y rehabilitación de la cubierta en la Escuela de Educación Infantil, por un importe total, IVA excluido, de 135.306 €; importe al que le corresponde un IVA (21 %) de 28.414,26 €, por lo que el presupuesto de licitación, IVA incluido, asciende a la cantidad de 163.720,26 €, con un plazo de ejecución de 3 meses. Se añade que el acta de replanteo se firma con fecha 15 de mayo de 2020, iniciándose las obras al día siguiente. Se reseña que “durante la ejecución de las obras se observa que el mal estado en el que se encontraban los falsos techos y las paredes de las diferentes aulas y dependencias del centro, así como parte del suelo en el acceso, muy dañados por el paso del tiempo y las condiciones de humedades y filtraciones que tuvieron que soportar durante la espera (...), requerían una intervención inmediata y simultánea a la obra principal, y su ejecución era necesaria e imprescindible para el adecuado funcionamiento de la actividad escolar y la urgencia en su ejecución estaba justificada para que los alumnos pudieran reanudar la actividad escolar lo antes posible en dicho centro en las debidas condiciones de seguridad y salubridad”.

Señala que, “ante tal imprevisto, la entonces D. G. de Planificación e Infraestructuras Educativas encomienda a la empresa la ejecución de dichas actuaciones adicionales, toda vez que las mismas son urgentes, responden a un interés público y son encuadrables en una contratación menor”, y que “en este caso se consideró que no procedía la solicitud de tres ofertas por no contribuir al fomento del principio de la competencia, pudiendo constituir un serio obstáculo para cubrir de forma inmediata las necesidades a satisfacer dado que técnicamente no sería compatible la existencia de dos empresas trabajando de manera simultánea en la misma obra y que económicamente el presupuesto de ejecución sería mucho más ventajoso para la Administración al poder optimizar económicamente los medios materiales y humanos ya adscritos a la obra principal”. Tras aludir al informe del Jefe de la Oficina Técnica del Servicio de Infraestructuras Educativas, significa que “con esta contratación no se está alterando el objeto del contrato con el fin de evitar la aplicación de los umbrales de la contratación mayor, ya que la obra principal resulta de un procedimiento abierto y en ese momento se desconocía la existencia de las deficiencias reseñadas, que pueden ser acometidas a través de la contratación menor en el contexto que se explica sin que constituya un fraccionamiento indebido del contrato para evitar la concurrencia, por las razones expuestas”. Manifiesta que existe crédito adecuado y suficiente para hacer frente a la factura en la aplicación presupuestaria de los Presupuestos Generales para 2021 que especifica, proponiendo la autorización y disposición del gasto con cargo a la misma.

c) Nota de devolución, emitida por el Interventor Delegado el 12 de mayo de 2021, en la que se solicita la “calificación jurídica del gasto conforme a la tramitación que se utiliza”, habida cuenta que “los contratos menores se encuentran exentos de fiscalización según lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto del Principado de Asturias 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”. Requiere asimismo completar el expediente de obras “de forma que quede acreditado el cumplimiento de los artículos 231” y

siguientes de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, precisando que resulta especialmente “necesario que quede justificado que los precios se ajustan al valor del mercado”.

d) Informe del Interventor General, de 22 de junio de 2021, de omisión de la función interventora en el expediente relativo a la autorización del gasto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias. En él resume los antecedentes del supuesto, entre los que interesa reseñar que “remitido el expediente a la Intervención Delegada para su fiscalización esta, con fecha 10 de junio de 2021, emite un informe de omisión de la fiscalización previa” considerando que “de los hechos expuestos y documentación del expediente resulta manifiesto que (las) obras cuyo reconocimiento se propone, que resultaban necesarias para la utilización de las aulas del centro en enero de 2021, se tramitan con posterioridad a la recepción de la obra principal el 3 de diciembre de 2020./ No es posible calificar el expediente de contratación menor sino que nos encontramos ante una contratación irregular”. Analiza las “infracciones del ordenamiento jurídico en el momento en que se adoptó el acto”, identificando las siguientes: “Se ha producido un incumplimiento de lo preceptuado en los artículos 54.1 y 56.1.a) del TRREPPA sobre fiscalización previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir obligaciones de contenido económico./ Se observa la ausencia de tramitación del procedimiento contractual adecuado regulado en la LCSP 9/2017, de 8 de noviembre./ Se ha incumplido el procedimiento contable previsto en el artículo 38 de la Resolución de 16 de mayo de 2005, de la Consejería de Economía y Administración Pública, por la que se aprueban las normas sobre gestión, tramitación y régimen de contabilidad en la ejecución del presupuesto de gastos./ La propuesta de resolución no recoge el reconocimiento de la obligación para el abono de gasto”. Reseña seguidamente que “el artículo 39 de la LCSP señala como causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47” de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, “cuyo apartado 1.e) alude a los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. En tanto que la propuesta que se

fiscaliza pretende la tramitación contable para 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". Tras constatar la realización de la prestación, el ajuste del precio a los de mercado y la existencia de crédito suficiente concluye que, si bien "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 (...), por razones de economía procesal no considera necesario que se acuda al procedimiento de revisión de actos en vía administrativa".

3. Con fecha 22 de julio de 2021, el representante de la mercantil interesada presenta en el Registro Electrónico de la Administración un escrito de alegaciones. En él afirma que "la contratación fue efectuada de acuerdo con la tramitación que la LCSP determina para los contratos menores de obra (esto es, los de cuantía inferior a los 40.000 €, IVA excluido, *ex art. 118 LCSP*), por lo que, con independencia" del criterio de la Intervención General, no puede afirmarse la ausencia total de trámite, puesto que "sí se ha procedido a tramitar y justificar (acertadamente o no) un procedimiento contractual: el correspondiente al contrato menor regulado en la LCSP".

Considera que la factura debería ser abonada "a la mayor brevedad posible", así como que cabe entender como "daños y perjuicios" que "pueden ser cuantificados en razón del tiempo que hubiera de transcurrir entre la fecha de emisión de la factura y su efectivo cobro, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 198.4" de la LCSP, por lo que solicita la inclusión "en concepto de indemnización" de "los intereses de demora en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen Medidas de Lucha contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales".

4. Solicitada al Servicio Jurídico la emisión de informe de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.1 del Decreto 20/1997, de 20 de marzo, por el que se regula la Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, el día 17 de septiembre de 2021 una Letrada suscribe el mismo.

En él expone que la consideración de la existencia de un contrato menor carece de sustento legal al no existir “ninguna resolución de adjudicación (...), ni documento contable de autorización y disposición de gasto correspondiente al ejercicio presupuestario 2020”. Entiende que “la encomienda realizada por la D. G. de Planificación e Infraestructuras Educativas para la ejecución de las obras solo puede encuadrarse como una contratación verbal, siendo este un supuesto que la normativa de aplicación únicamente autoriza para situaciones de emergencia, circunstancia que no acaece en el supuesto sometido a informe”.

Razona que, “en definitiva, la realización de las obras supone una actuación al margen del procedimiento legal contractual, con omisión total y absoluta del procedimiento establecido, y por ello es nulo de pleno derecho”, procediendo aplicar la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.e) de la LPACP, “al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido”. Cita al respecto tanto doctrina del Consejo de Estado como del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, así como dos sentencias de la Audiencia Nacional, la última de las cuales se refiere a la exigencia de intereses de demora, rechazando su procedencia.

5. Con fecha 15 de octubre de 2021, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora formula “propuesta de resolución” en la que razona que, frente a las alegaciones del contratista, sí ha existido una “conculcación del procedimiento” de tal magnitud que supone “la concurrencia de anomalías en la tramitación que no consisten en defectos leves”. Considera que “en este sentido se ha pronunciado la Intervención General del Principado de Asturias, que expresamente recoge en su informe la ausencia del procedimiento contractual regulado en la Ley de Contratos del Sector Público como infracción del

ordenamiento jurídico que entra dentro de las causas de nulidad de derecho administrativo indicadas en el art. 39 LCSP en referencia al art. 47 LPACAP”, así como el Servicio Jurídico.

Tras afirmar que ha existido una contratación verbal determinante de nulidad, desestima la solicitud de “intereses de demora como daños y perjuicios” alegada por el contratista con base en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional citada por el Servicio Jurídico.

Concluye proponiendo la nulidad de “los actos que han dado lugar a la contratación” y el reconocimiento del derecho de la mercantil al abono de la cantidad de 47.501,85 €, que corresponden al importe de la factura emitida por la empresa.

La citada “propuesta de resolución” se notifica a la adjudicataria con fecha 19 de octubre de 2021, advirtiéndole que se le comunica “a los efectos del trámite de audiencia previsto en el art. 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre”.

6. El día 27 de octubre de 2021, el representante de la empresa presenta un escrito de alegaciones en el que muestra su “disconformidad” con el contenido de la propuesta de resolución. Razona al respecto que la jurisprudencia citada se refiere a supuestos en los que existe algún indicio de “culpabilidad” por parte del contratista, lo que no ocurre en el que le concierne, y cita jurisprudencia menor del año 2018 en la que se califica el “concepto económico reconocido (...) como el precio del contrato y no como una indemnización”, considerando aplicable “el interés descrito en el art. 7 de la Ley 3/2004”.

Interpreta, al respecto, que el Dictamen Núm. 133/2021 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en el que se transcribía la propuesta de resolución de un organismo perteneciente a la Administración autonómica en la que se reconocía la procedencia del abono de intereses de demora, estimaba “justificada la compensación del importe del encargo en los términos de la referida propuesta de resolución de 15 de mayo de 2021”. En este sentido,

sostiene que el pago “debe tener la naturaleza jurídica de ‘precio del contrato’ y no de ‘indemnización por daños y perjuicios’”.

Concluye solicitando el abono de la factura y de los intereses de demora.

7. Con fecha 8 de noviembre de 2021, la Secretaria General Técnica de la Consejería de Educación elabora propuesta de resolución en la que reitera la fundamentación y propuesta efectuadas en la de 15 de octubre de ese año.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 16 de noviembre de 2021, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio del contrato de ejecución de obras de renovación de falsos techos y pintura en la Escuela de Educación Infantil

El día 22 de noviembre de 2021, la Consejera de Educación dicta resolución por la que se acuerda la suspensión del plazo para resolver el procedimiento de revisión de oficio, conforme a lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC.

Consta en el expediente su remisión a la empresa interesada.

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 el acto de contratación cuya declaración de nulidad es objeto de este procedimiento de revisión de oficio.

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”, sin perjuicio de la eventual aplicación de los límites que establece el artículo 110 de la LPAC.

CUARTA.- Con relación a la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que este se configura como un instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, lo que exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por ello, hemos de examinar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En el presente caso se han observado los trámites esenciales del procedimiento, puesto que se ha dado audiencia y vista del expediente a la mercantil interesada, se ha adoptado una resolución de iniciación y se ha elaborado una propuesta de resolución que responde a la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 35.1.b) de la LPAC. Igualmente, se ha incorporado al expediente el preceptivo informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, exigido para estos procedimientos 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.

No obstante, consideramos que la denominación de “propuesta de resolución” en relación con el informe suscrito el 15 de octubre de 2021 por la Secretaria General Técnica de la Consejería de Educación no resulta correcta, toda vez que, en puridad, solo cabe emitir la misma una vez instruido el procedimiento e “inmediatamente” después del trámite de audiencia, tal y como se desprende del artículo 82.1 de la LPAC. La comunicación realizada al efecto a la empresa resulta, además, confusa porque se le indica que lo es al objeto de celebrar el trámite de audiencia, cuando lo cierto es que el expediente está integrado en ese momento únicamente por el acuerdo de iniciación -del que la empresa ya tiene conocimiento- y el informe del Servicio Jurídico.

Por otra parte, consideramos que debió incorporarse al expediente el informe de omisión de la fiscalización suscrito por la Intervención Delegada con fecha 10 de junio de 2021, al que efectúa referencia el emitido por el Interventor General.

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), señala 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 consecuencia, es claro que la

revisión de oficio corresponde en este caso a la titular de la Consejería de Educación.

Por último, con arreglo a lo establecido en el artículo 106.5 de la LPAC, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán 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. Incoado el que analizamos por Resolución de la Consejera de Educación de 2 de julio de 2021, es evidente que dicho plazo no ha transcurrido teniendo en cuenta la suspensión del procedimiento hasta la emisión de dictamen por este Consejo, ordenada con fecha 22 de noviembre de 2021 en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC. No obstante, procede recordar que el cómputo del plazo deberá reanudarse a la recepción del presente dictamen, o una vez transcurrido el plazo de 3 meses desde la suspensión. Al respecto, se advierte además que el Tribunal Supremo ha declarado que la fecha que debe considerarse para apreciar la caducidad de este procedimiento es aquella en que se dicta la resolución que pone fin al mismo, y no la de su notificación (Sentencia de 12 de marzo de 2020 -ECLI:ES:TS:2020:866-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

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 contractuales relativas a la ejecución de obras de renovación de falsos techos y pintura en un centro educativo. El expediente revisor se inicia por Resolución de la titular de la Consejería de 2 de julio de 2021, tras las indicaciones formuladas al respecto en los informes emitidos por

el Interventor Delegado y el Interventor General, informando también el Servicio Jurídico del Principado de Asturias durante la instrucción del mismo. Si bien todos ellos coinciden en apreciar causa para iniciar un procedimiento de revisión de oficio referido a dichas actuaciones contractuales, se advierte una diferencia de criterio entre el informe suscrito por el Interventor General, al concluir que “por razones de economía procesal no considera necesario que se acuda al procedimiento de revisión de actos en vía administrativa”, y el suscrito por el Servicio Jurídico del Principado de Asturias, favorable a la tramitación del procedimiento revisor; criterio este último que acoge la propuesta de resolución formulada por la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora.

Con relación a 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 reconocer las obligaciones contraídas por los contratistas, no existe una posición uniforme 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, singularmente en casos de contratación verbal (por todos, Dictámenes 1724/2011, 1056/2019 y 86/2021), pero también ha acudido al expediente de responsabilidad contractual *ex* artículo 191 de la LCSP, particularmente en casos de prórrogas indebidas de contratos (entre otros, Dictámenes 651/2005, 676/2014 y 1035/2018). Y si bien en ocasiones, a los mismos efectos, ha validado el cauce de la responsabilidad patrimonial como fórmula para abonar al contratista por los servicios prestados al amparo de una contratación irregular (por todos, Dictámenes 363/2000, 1842/2007 y 841/2010), recientemente ha rechazado esta vía cuando “estamos en presencia de un contrato que rige las prestaciones de las partes, el precio y los servicios contratados, con arreglo al que se ha desarrollado la actividad y se han expedido las facturas”, señalando que “para el abono de las cantidades debidas se ha seguido un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración que no resulta un cauce jurídico apropiado, 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). No obstante, debe advertirse al respecto que el Tribunal Supremo ha admitido en casación la cuestión de “determinar si 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 o, por el contrario, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad contractual” (Auto de 12 de febrero de 2021 -ECLI:ES:TS:2021:1170A-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.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, de 23 de octubre, del Consejo Consultivo de Andalucía; Dictamen 131/2020 de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, y Dictamen 92/2018 de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid), 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, a la buena fe del contratista y al carácter excepcional de la revisión de oficio para convalidar irregularidades contractuales (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, antes de acudir a una u otra vía para restaurar la contratación irregular 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 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 contractual irregular y hasta idónea en determinados supuestos en los que, atendidas las circunstancias del caso (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), la irregularidad no alcanza la categoría de nulidad radical o resulta desproporcionado acudir a una revisión de oficio, 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 n.º 112, sobre el reconocimiento extrajudicial de crédito en los Ayuntamientos, de 30 de junio de 2020).

En este contexto, este Consejo ha venido analizando casuísticamente cada expediente revisor de actuaciones contractuales irregulares que se somete a su consideración, dictaminando la procedencia de declarar la nulidad ante omisiones de procedimiento que erosionan la libre concurrencia en la contratación pública (entre otros, Dictámenes Núm. 29/2018, 276/2018 y 115/2019) 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 y 53/2019). No puede obviarse que las reglas del procedimiento de contratación operan como garantía de unas concretas finalidades -preservar la concurrencia en condiciones de igualdad, en particular, aparte de asegurar la objetividad, eficiencia, transparencia e integridad-, por lo que la quiebra de los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda merece una tacha de nulidad radical.

Enfrentándonos a la contratación menor, hemos apreciado (por todos, Dictámenes Núm. 180/2020 y 219/2020) que la tesis de que los contratos menores no se someten propiamente a un “procedimiento” para su adjudicación vino siendo asumida por los órganos consultivos bajo la vigencia de la legislación anterior a la LCSP de 2017, pero esta ley incorpora novedades sustanciales. En efecto, el artículo 118 de la vigente LCSP establece nuevos requisitos para la suscripción de contratos menores, con finalidades específicas

vinculadas a salvaguardar la transparencia, objetividad y concurrencia; así, a la exigencia del “informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato” se añade la imperativa justificación de que “no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales” aplicables a los mismos, y que “el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen” el umbral (extremo este último que ha sido suprimido por la disposición final primera del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero). A la luz de las nuevas exigencias del artículo 118 de la LCSP, este Consejo ha advertido que la norma arbitra determinadas cautelas procedimentales para la contratación menor orientadas a unas específicas finalidades y cuya omisión puede acarrear la nulidad radical de la adjudicación. De ahí que proceda valorar, en cada caso, el alcance de esa omisión en relación con las garantías a las que atienden los requisitos procedimentales impuestos. Ahora bien, tratándose de obras, la contratación menor siempre exigió unos requerimientos adicionales -en consonancia con el umbral más elevado aplicable en estos casos-, por lo que la ausencia total de procedimiento ha de abocar en estos supuestos a la nulidad radical.

En efecto, en el asunto que aquí se dictamina este Consejo entiende que la contratación verbal de obras de renovación de falsos techos y pintura en un centro educativo convenidas con la empresa que había ejecutado otras obras en la misma escuela al amparo de un contrato ya finalizado incurre en la causa de nulidad a que se refiere el artículo 47.1.e) de la LPAC por ausencia total de procedimiento. El artículo 37 de la LCSP proscribía la contratación verbal; el artículo 38 declara la invalidez de los contratos “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 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”. Finalmente, por remisión, el 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 de trámite” (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2006 -ECLI:ES:TS:2006:2789-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a). En el presente caso, nos hallamos ante un contrato de obras cuya realización habría tenido lugar, según las referencias indicadas en los diversos informes, en un momento indeterminado en el periodo comprendido entre el 3 de diciembre de 2020 (fecha de recepción de las ejecutadas en el mismo centro educativo objeto de contratación formalizada) y el 7 de enero de 2021 (último día de las vacaciones escolares). Así se desprende del informe emitido por la Intervención Delegada con fecha 10 de junio de 2021 y del suscrito el 16 de abril de ese año por el Arquitecto Jefe de Sección de la Oficina Técnica del Servicio de Infraestructuras Educativas de la Consejería de Educación, si bien en la propuesta de resolución emitida por el Jefe del Servicio el 19 de abril de 2021 se sugiere una posible simultaneidad del desarrollo de las actuaciones con el de la obra contratada con arreglo al procedimiento legalmente establecido; contradicción que resulta reprochable por aportar cierta confusión, aunque es irrelevante a efectos de determinar la existencia del vicio de nulidad, pues sí está claro que los trabajos ejecutados sin cobertura contractual no eran objeto de la obra de reforma contratada. Al respecto, en el informe de la Intervención General se deja constancia de que “se ha producido un incumplimiento de lo preceptuado en los artículos 54.1 y 56.1.a) del TRREPPA sobre fiscalización previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir obligaciones de contenido económico./ Se observa la ausencia de tramitación del procedimiento contractual adecuado regulado en la LCSP 9/2017, de 8 de noviembre./ Se ha incumplido el procedimiento contable previsto en el artículo 38 de la Resolución de 16 de mayo de 2005, de la Consejería de Economía y Administración Pública, por la que se aprueban las normas sobre gestión,

tramitación y régimen de contabilidad en la ejecución del presupuesto de gastos”.

Por tanto, el análisis de lo actuado revela que la Administración procedió a adjudicar a la misma empresa un contrato de obras a desarrollar en el mismo edificio en el que aquella había ejecutado una reforma integral, objeto del correspondiente contrato, siendo evidente que tal adjudicación se ha efectuado sin seguir ninguno de los procedimientos previstos al efecto en la LCSP. Del examen de las actuaciones contractuales realizadas resulta indudable que se ha omitido, de forma clara, manifiesta y ostensible, el procedimiento legalmente exigible, en clara contravención de la prohibición de contratar verbalmente impuesta por el artículo 37.1 de la LCSP y de las exigencias procedimentales arbitradas singularmente para la contratación de obras en el artículo 118.4 de la LCSP. En consecuencia, este Consejo estima que concurre la causa de nulidad radical establecida en el artículo 47.1 de la LPAC, pues no cabe la contratación verbal o tácita de las obras sin cumplimentar el mínimo de requisitos procedimentales exigidos por el artículo 118 de la LCSP, sin que se aprecie la concurrencia de los límites a las facultades revisoras que consagra el artículo 110 de la LPAC en la medida en que la empresa no ha sido ajena a la irregularidad cometida.

Sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse para funcionarios y autoridades (disposición adicional vigésima octava de la LCSP), la revisión de oficio de la actuación contractual irregular aquí examinada no impide reiterar la necesidad de evitar las prácticas irregulares como las que suscita la actual revisión de oficio, tal y como viene reiterando este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 266/2020). Al respecto, procede advertir sobre la conveniencia de dar el oportuno cumplimiento a la exigencia legal de adecuar “la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como de la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad”, estableciendo el artículo 28.1 de la LCSP que “deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la

documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”, así como la necesidad de que se cumplan los requisitos formales previstos en el artículo 118 de la LCSP que, para el caso de contratos de obras, se concretan en la exigencia de “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 del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente” y, en el caso del contrato menor de obras, “el presupuesto de las obras (...), el correspondiente proyecto cuando sea requerido por las disposiciones vigentes” y “el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra”.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 42 de la LCSP; regulación que constituye aquí el cauce legal específico para garantizar los derechos de quien hubiera prestado servicios a la Administración en unas condiciones como las examinadas. El artículo citado prescribe que la “declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

La propuesta de resolución acepta el pago por los importes facturados, sin minoración del beneficio industrial -criterio que compartimos en tanto que no se aprecia mala fe por parte del contratista ni se evidencia intención de sustraer la contratación a la libre competencia-, pero excluye el abono de intereses de demora, que el contratista considera procedente con base en una interpretación, tanto de la naturaleza jurídica del pago a realizar como de la doctrina de este Consejo, que no compartimos. Respecto a la primera cuestión, ya hemos advertido que el devengo de los intereses de demora exige la

preexistencia de un contrato administrativo válido sin que pueda proyectarse sobre un débito ilíquido y privado de soporte contractual (por todos, Dictamen Núm. 133/2021), habiéndose declarado por la jurisprudencia, en el contexto de contrataciones irregulares de servicios convalidadas, que el día inicial para el cómputo de los intereses de demora en los supuestos de prestaciones realizadas a solicitud de la Administración una vez finalizada la duración del contrato de servicios 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). Asimismo, hemos señalado que “el interés de demora invocado por la perjudicada (el de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen Medidas de Lucha contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales), se dirige a compensar la dilación en el pago de cantidades líquidas derivadas de una relación comercial válidamente celebrada, lo que no concurre aquí” (entre otros, Dictamen Núm. 168/2019); afirmación extrapolable al caso que nos ocupa y correspondiente a un criterio que el Dictamen Núm. 133/2021 -invocado por la interesada- no modifica. En consecuencia, no consideramos procedente el abono de los intereses de demora solicitados por la contratista. Conviene advertir, no obstante, de la pendencia de la cuestión de interés casacional admitida en virtud del Auto de 27 de mayo de 2021 -ECLI:ES:TS:2021:6988A- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), relativa al derecho al cobro del importe de unidades de obra ejecutadas al margen del contrato y sin mediar modificación alguno, que se reconoce en aplicación del principio de enriquecimiento injusto, a efectos de determinar si “tiene naturaleza indemnizatoria o es precio del contrato” y “si a los intereses de demora que genera le es de aplicación la Ley 3/2004, por la que se establecen Medidas de Lucha contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales”.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede revisar de oficio y declarar la nulidad de pleno derecho de los actos de adjudicación a del contrato de obras de renovación de falsos techos y pintura en la Escuela de Educación Infantil

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.