

Dictamen Núm. 298/2022

**V O C A L E S :**

*Sesma Sánchez, Begoña,*  
Presidenta  
*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 1 de diciembre de 2022, 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 4 de noviembre de 2022 -registrada de entrada el día 9 del mismo mes-, examina el expediente relativo al procedimiento de revisión de oficio de la nulidad del contrato del servicio de mantenimiento y soporte de las licencias Alfresco desde el 1 de octubre al 29 de diciembre de 2020.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Mediante Resolución de la Consejera de Presidencia de 5 de septiembre de 2016, se adjudica a ..... el contrato de los servicios de mantenimiento y soporte de licencias de los productos Alfresco propiedad de la Administración del Principado de Asturias por un plazo de 36 meses a contar desde el día siguiente al de la formalización del contrato, que se produjo el 30 de septiembre de 2016. Con anterioridad a su vencimiento, el contrato fue prorrogado por Resolución

de 15 de julio de 2019 por un periodo de 12 meses, desde 1 de octubre de 2019 hasta el 30 de septiembre de 2020.

El 26 de noviembre de 2020 se adjudicó el contrato a un nuevo contratista, formalizándose el mismo con fecha 29 de diciembre de 2020.

**2.** Toda vez que durante el periodo comprendido entre el 1 de octubre y el 29 de diciembre de 2020 la mercantil continuó prestando, en tanto se procedía a la nueva adjudicación y posterior formalización del contrato, los servicios a los que se había comprometido el 30 de septiembre de 2016, con fecha 22 de febrero de 2021 dicha empresa emite la factura correspondiente a dichos servicios por importe de 28.119,34 euros (IVA incluido).

**3.** Sometida a fiscalización, el día 24 de junio de 2021, la propuesta de autorización y disposición del gasto, de reconocimiento de la obligación y de pago de la factura presentada por la empresa interesada por los servicios prestados entre el 1 de octubre y el 29 de diciembre de 2020, el Interventor Delegado emite informe el 5 de agosto de 2021 en el que advierte la "omisión de fiscalización previa" en el pago que se propone. Señala que "se han producido las siguientes infracciones al ordenamiento jurídico (...): Ausencia del procedimiento contractual regulado en la Ley de Contratos del Sector Público (...). Incumplimiento de lo 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 (...). Se han recibido prestaciones a favor de la Administración del Principado de Asturias por el servicio de mantenimiento y soporte de las licencias de los productos Alfresco que cuentan con la conformidad del mismo (...). Según consulta en el sistema económico-financiero, el importe facturado es el mismo que los importes del contrato finalizado (...). Existe crédito adecuado y suficiente en los

Presupuestos Generales del Principado de Asturias para el ejercicio 2021 en la aplicación 1203-121D-216000”.

Concluye el Interventor Delegado que, “de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 70/2004, por el que se desarrolla el Régimen de Control Interno ejercido por la Intervención General del Principado de Asturias, procede someter el presente expediente al Consejo de Gobierno, previa comunicación a la Consejería competente en materia económica y presupuestaria, por conducto de la Intervención General”.

**4.** En relación con este mismo pago, obra incorporado al expediente remitido un informe del Interventor General de fecha 1 de septiembre de 2021. En él, tras constatar “que se ha producido una omisión de la fiscalización previa”, concluye que, “por razones de economía procesal, no considera necesario que se acuda al procedimiento de revisión de actos en vía administrativa previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

**5.** También obra en el expediente un informe elaborado el 7 de octubre de 2021 por la Jefa del Servicio de Contratación de la Consejería de Presidencia. Dicho informe forma parte del expediente relativo a la propuesta de acuerdo que se somete a la consideración del Consejo de Gobierno, por la que “se autoriza la tramitación del expediente de gasto correspondiente a los servicios de mantenimiento y soporte de licencias Alfresco propiedad de la Administración del Principado de Asturias”.

**6.** Con fecha 2 de junio de 2022, la Consejera de Presidencia dicta resolución por la que se declara “la caducidad del procedimiento de revisión de oficio del contrato correspondiente al servicio de mantenimiento y soporte de las licencias de los productos del fabricante Alfresco, propiedad la Administración del

Principado de Asturias (...), iniciado por resolución de 12 de noviembre de 2021”.

**7.** Mediante Resolución de 15 de julio de 2022, la Consejera de Presidencia acuerda “iniciar la revisión de oficio del contrato correspondiente al servicio de mantenimiento y soporte de las licencias de los productos del fabricante Alfresco, propiedad de la Administración del Principado de Asturias” y “nombrar (...) instructora del procedimiento”.

Consta en el expediente su notificación a la empresa interesada el 18 de julio de 2022.

**8.** El día 29 de julio de 2022, la Instructora del procedimiento elabora un “informe de instrucción” en el que indica que “las actuaciones administrativas que son objeto de este procedimiento se inician como consecuencia de un informe de la Intervención General de la Administración del Principado de Asturias de fecha 1 de septiembre de 2021, en el que tras analizar la factura (...) emitida por la mercantil (...) advierte la existencia de omisión de fiscalización previa y manifiesta que se han producido infracciones del ordenamiento jurídico, entre ellas la ausencia de tramitación del procedimiento contractual regulado en la LCSP./ De los antecedentes de hecho expuestos, se advierte que la Consejería de Presidencia encargó a la mercantil expresada que continuara prestando el servicio de mantenimiento y soporte de las licencias de los productos del fabricante Alfresco propiedad de la Administración del Principado de Asturias tras la conclusión del periodo de vigencia del contrato administrativo y su prórroga que, con anterioridad, mediaba entre ambas partes”.

En cuanto a la naturaleza del servicio prestado, señala que “disponer de soporte y mantenimiento del *software* de gestión documental Alfresco es imprescindible para la Administración del Principado de Asturias (...), ya que

sobre este *software* se ha construido la Plataforma Corporativa de Gestión Documental que constituye el repositorio donde se almacenan, archivan, indexan y registran grandes cantidades de documentos electrónicos generados por distintos sistemas de información (...). Asimismo, es de reseñar que el precio que se debe abonar por el servicio prestado es el mismo que el del último contrato adjudicado para ese mismo servicio. En tal sentido, el apartado 5 (verificación de que el precio del servicio se ajusta al del mercado) del informe de Intervención General de 1 de septiembre de 2021 señala que `se ha verificado, según consulta en el sistema económico-financiero, que el importe facturado es el mismo que los importes del contrato finalizado´./ Por contrato verbal entendemos aquella adjudicación de un encargo por la entidad contratante al empresario efectuada de manera directa sin seguir ningún procedimiento formal para la definición del objeto o la determinación del precio o demás condiciones de aquel, ni para la selección del contratista./ Que ese encargo verbal tuvo realmente lugar es indiscutible; la presentación de la factura por los servicios prestados y la aceptación por la propia Administración, que reconoce también que esos servicios han sido realizados, por lo que es claro que nunca se opuso a esa prestación de servicios por la mercantil, lo que, a su vez, resulta coherente con la existencia de aquella encomienda verbal./ A criterio de quien suscribe, es claro que tal encargo verbal constituye un auténtico acto (...) de adjudicación de un contrato (...) administrativo. Y ello es así por graves que sean los vicios que aquejen a ese acto, y por mucho que tal acto se haya exteriorizado o manifestado de manera verbal y no escrita (...). En definitiva, el encargo verbal constituyó materialmente un acto de adjudicación de un contrato administrativo, sin que sea obstáculo a tal apreciación el que en este caso ese acto administrativo se expresara de forma verbal. En efecto, aunque ordinariamente `los actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos´ (art. 36.1 LPAC), la constancia escrita de un acto administrativo no constituye un requisito necesario para su existencia (...).

De (...) lo anterior resulta que, en este caso, la Consejería de Presidencia efectuó una contratación verbal, lo que supone, a nuestros efectos, que existe materia revisable, esto es, un acto administrativo susceptible de ser sometido a la potestad revisora de la Administración si incurre en alguno de los vicios que”, conforme a los artículos 106 y siguientes de la LPAC “justifican el ejercicio de esa potestad”.

Concluye que “queda claro que en los casos de adjudicaciones irregulares o *de facto* el acto administrativo susceptible de revisión de oficio (...) será el acto de adjudicación del contrato, deviniendo nulo, en consecuencia, todo el contrato adjudicado./ Procede, por tanto, llevar a cabo la revisión de oficio del acto verbal de adjudicación del contrato, no sin antes precisar, respecto de los límites que el artículo 110 de la LPAC establece para el ejercicio de las facultades de revisión, que en el presente caso no ha transcurrido en absoluto un tiempo que permita limitar el ejercicio de la facultad revisora, ni tampoco se evidencia ninguna circunstancia que haga su ejercicio contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

**9.** Mediante oficio notificado a la interesada el 1 de agosto de 2022, la Instructora del procedimiento le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días.

No consta en el expediente que se hayan presentado alegaciones.

**10.** El día 24 de agosto de 2022, la Secretaria General Técnica de la Consejería de Presidencia solicita informe preceptivo al Servicio Jurídico del Principado de Asturias, de conformidad con lo previsto en 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.

Con fecha 19 de septiembre de 2022, el Jefe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias solicita a la Secretaria General Técnica de la Consejería de Presidencia que se proceda a la subsanación de los defectos puestos de

manifiesto por la Letrada actuante. En concreto, señala que “se aporta una Resolución de la Consejera de Presidencia de 2 de junio de 2022, por la que se declara la caducidad de otro procedimiento de revisión de oficio de actos nulos del que no se aporta ninguna documentación. Debe acompañarse copia completa del expediente (indexada y foliada) del procedimiento declarado caducado por Resolución de 2-06-2022, por cuanto el iniciado mediante posterior Resolución de 15-07-2022 trae causa del anterior (...). Debe remitirse la constancia de la orden de contratación verbal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.2 de la Ley 39/2015 (...). Remisión del expediente de contratación, en la medida (en) que aunque el contrato sea verbal no es óbice para que deban existir actuaciones previas por escrito (informe de necesidad, propuesta de contratación, estimación del presupuesto, etc.)”.

**11.** El día 26 de septiembre de 2022, la Instructora del procedimiento solicita a la Dirección General de Seguridad y Estrategia Digital que en el plazo máximo de 3 días se adjunte “constancia de la orden de contratación verbal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.2 de la Ley 39/2015 (...). Remisión de expediente de contratación en la medida (en) que aunque el contrato sea verbal no es óbice para que deban existir actuaciones previas por escrito (informe de necesidad, propuesta de contratación, estimación del presupuesto etc.)”.

En respuesta a dicha solicitud, con fecha 14 de octubre de 2022 el Director General de Seguridad y Estrategia Digital informa que “la tramitación de la factura (...) no se corresponde con ningún contrato verbal que se haya tramitado por esta Dirección General. En este sentido, las entidades del sector público no pueden contratar verbalmente de conformidad con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (...). Dicha factura corresponde a los servicios de mantenimiento y soporte de las licencias de los productos del fabricante Alfresco desde que finalizó el contrato de mantenimiento anterior (...) hasta que entró en vigor el nuevo contrato de

servicios que se tramitaba en esos momentos, por lo que puede considerarse *de facto* una prórroga tácita del mismo durante ese periodo de tres meses entre la finalización de un contrato y el comienzo de la ejecución del otro”. Añade que, “aunque pudiera resultar discutible porque con anterioridad han sido varios los dictámenes de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas que se han pronunciado sobre este particular con disparidad de criterios, recientemente el Consejo de Estado (...) hace un análisis muy claro de cuáles son las vías para afrontar el mantenimiento de servicios fuera de contrato por razones de interés público. Este dictamen es de mayo de 2021 (...). Pues bien, en primer lugar, el Consejo de Estado niega que la opción de la revisión de oficio sea la opción correcta (la propuesta de la Secretaria General Técnica en nuestro caso). Dice el Consejo de Estado (que) `esta solución -declarar la nulidad de una adjudicación contractual formalmente inexistente- puede resultar de compleja articulación en los casos en los que no hay rastro alguno de esos supuestos actos o decisiones por los que se encarga al contratista continuar con la prestación. Solo en los casos en que exista algún tipo de acto expreso y mínimamente formalizado que haya servido de fundamento a la empresa para llevar a cabo el servicio fuera de contrato podría eventualmente acudir a la vía de la revisión de oficio, al poder identificarse fácilmente un acto administrativo irregular para que su nulidad sirva de base al pago. Fuera de tales casos, esta primera vía exige un intenso esfuerzo de argumentación para acomodar el supuesto a un instituto -el de la revisión de oficio- que está diseñado para acoger, con mayor naturalidad, otros supuestos´./ El Consejo de Estado considera que la vía más adecuada para resolver estos casos bastante frecuentes es la responsabilidad contractual, y lo hace en los (...) términos que se transcriben, `este Consejo entiende que es muy relevante notar que, en los casos descritos (...), el supuesto causante de la indemnización frecuentemente proviene de una relación contractual que previamente unía a la Administración y al contratista, o de un contrato que estaba en una avanzada fase de preparación -aunque sin llegarse a su

adjudicación y formalización- y que, en todos estos supuestos, las prestaciones que deben compensarse están claramente vinculadas o relacionadas con ese previo contrato o con el que estaba culminándose. En tales circunstancias, frente a las vías anteriormente analizadas, resulta mucho menos forzado que el pago de los servicios o trabajos adicionales realizados por el contratista «a vista, ciencia y paciencia» de su antigua Administración contratante, se ponga en referencia con el previo contrato que ligó a las partes, desembocando en una responsabilidad de naturaleza contractual./ En definitiva, el incuestionable contexto contractual que presentan supuestos como el aquí dictaminado, caracterizado por la persistencia en la prestación de un servicio sin solución de continuidad una vez extinguido y no prorrogado un previo contrato, o sin haberse culminado el contrato que estaba tramitándose, obliga a conceder una clara preferencia a la vía de la responsabilidad contractual”. Y concluye que, “en atención a lo expuesto, se solicita que se proceda a la regularización del pago de los servicios realizados mediante la aplicación de lo dispuesto en el artículo 16.3 del Decreto 70/2004 (...), que, en suma, supone la tramitación del correspondiente expediente de reconocimiento de responsabilidad contractual, en la línea indicada por el Consejo de Estado”.

**12.** Requerido nuevamente el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, este se emite con fecha 17 de octubre de 2022. En él se indica que “la declaración de la nulidad de una adjudicación contractual formalmente inexistente puede resultar de compleja articulación en los casos en los que no hay rastro alguno de esos supuestos actos o decisiones por las que se encarga al contratista continuar con la prestación de un servicio(...). Y en esta situación, entiende el Consejo de Estado que, como indicara, entre otros, el Dictamen N.º 1.019/98, `a nada conduce -antes bien, sería una formulación artificiosa- declarar la nulidad de una inexistente adjudicación contractual (...). Existen, asimismo, sentencias del Tribunal Supremo en las que se evidencia la exigencia de actos administrativos expresos, formalizados y firmes como condición de

aplicabilidad del régimen de revisión de oficio -entre otras, Sentencias de 1-07-199 (...) y de 22 de octubre de 2021 (...)-. Y referido al caso examinado, concluye que “aquí la revisión de oficio se incardina en un procedimiento de convalidación de gasto para dar salida legal al pago debido al suministrador; se convierte así en un trámite más al servicio de tal procedimiento. No se revisa de oficio, propiamente, para eliminar del sistema jurídico unos actos viciados, sino para convalidar un contrato verbal, dotándolo de efectos amparados en la ley; y este objetivo se alcanza por el juego del artículo 42.1 de la LCSP, que sirve de broche de cierre de la operación de convalidación del gasto. Ese es el propósito claramente manifestado (...). El instituto de la revisión de oficio queda así desdibujado en su concepto y en su finalidad propios (...); es por ello que puede afirmarse que la descrita utilización podría constituir un supuesto fraude de ley’ (...). En virtud de lo expuesto, no procede, a juicio de quien suscribe, que el abono de la factura correspondiente al servicio de contrato del servicio de mantenimiento y soporte de licencias de los productos del fabricante Alfresco, periodo 1 de octubre a 29 de diciembre de 2020, se articule a través de un procedimiento de revisión de oficio ya que, por un lado, de los antecedentes no resulta un acto ‘mínimamente formalizado’ cuya declaración de nulidad pueda servir de base a un pago que, no por ser procedente, exime de la exigencia de la responsabilidad a que, en su caso, hubiera lugar como consecuencia de haber prolongado indebidamente la prestación del servicio una vez expirado el contrato y, por otro lado, porque acudir, en este caso, a la revisión de oficio conllevaría desnaturalizar su finalidad ya que lo pretendido (...) es amparar los pagos de las facturas pendientes de abono”.

En atención a lo razonado, el Servicio Jurídico del Principado de Asturias “informa desfavorablemente la revisión de oficio del (...) acto verbal de adjudicación a la mercantil (...) del contrato del servicio de mantenimiento y soporte de licencias de los productos del fabricante Alfresco, periodo 1 de octubre a 29 de diciembre de 2020”.

**13.** El día 28 de octubre de 2022, la Instructora del procedimiento elabora propuesta de resolución en el sentido de “declarar la nulidad del contrato correspondiente al mantenimiento y soporte de licencias de los productos del fabricante Alfresco, tramitado por la Consejería de Presidencia./ Declarada en su caso dicha nulidad, procedería la liquidación del contrato con la tramitación del correspondiente expediente de gasto”.

Tras referirse a “la determinación e identificación del acto administrativo objeto de revisión de oficio” señala, en contraposición con el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, que “desde esta Secretaría General Técnica se ha seguido el criterio de considerar que existió una contratación verbal, lo que supone, a nuestros efectos, que existe materia revisable, esto es, un acto administrativo susceptible de ser sometido a potestad revisora de la Administración. A tales efectos, hay que entender que hay un encargo a la mercantil expresada para garantizar la necesaria continuidad de la prestación del servicio (...). Concurren, asimismo, en el presente supuesto una serie de requisitos que debemos resaltar:/ La necesaria continuidad de la prestación del servicio al objeto de no privar a la Administración de un servicio básico para su correcto funcionamiento y para la necesaria prestación de servicios a los ciudadanos./ La conformidad de la Administración con la factura presentada por la empresa por la prestación del servicio./ El importe facturado es el mismo que los importes del contrato anterior finalizado (extremo que se pone de manifiesto en el informe de la Intervención General de la Administración del Principado de Asturias)./ La no apreciación de mala fe en ambas partes, sin que se aprecie en ninguna de ellas una intención de sustraer interesadamente el contrato a la libre competencia”.

Admitida la existencia de una actuación revisable de oficio, analiza las “causas de nulidad y sus efectos”, y considera que “en el presente caso, de acuerdo con el criterio de la Intervención General de la Administración del Principado de Asturias, previsto en el informe de 1 de septiembre de 2021, se ha prestado un servicio a la Administración, obtenido prescindiendo total y

absolutamente del procedimiento contractual y contable, de obligado cumplimiento, por lo que nos encontraríamos ante un acto viciado de nulidad previsto en el artículo 47 de la LPAC, cuyo apartado 1.e) se refiere a “los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”. Añade que “en el presente supuesto no cabe entender que estamos ante una prórroga del contrato previamente adjudicado, en tanto que se había ya superado la duración del mismo y de sus prórrogas. En todo caso, el artículo 29.1” de la LCSP “excluye la prórroga tácita./ Así estaríamos ante la adjudicación de un contrato anteriormente extinguido sin sujeción a procedimiento alguno, ante lo que cabe recordar que el artículo 37” de la LCSP, “proscribe la contratación verbal (...). El análisis de lo actuado revela que la Consejería de Presidencia procedió a adjudicar *de facto* a la empresa (...) el servicio de mantenimiento y soporte de licencias de los productos del fabricante Alfresco, durante el periodo comprendido entre el 1 de octubre hasta el 29 de diciembre de 2020, y se adjudicó sin seguir los procedimientos previstos en la LCSP, lo que significa una clara infracción de la prohibición de contratar verbalmente que prevé el artículo 37.1 de la LCSP./ Aplicando los razonamientos jurídicos que se han expuesto anteriormente al supuesto de hecho analizado se ha de concluir que la actuación administrativa incurre de forma clara, manifiesta y ostensible en la causa de nulidad del artículo 47 de la LPAC (actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido)”.

Finalmente, estima que “la declaración de nulidad del contrato obliga a deshacer el intercambio de prestaciones que tuvo lugar entre las partes por virtud de ese contrato; debiendo cada una de ellas, o bien devolver a la otra lo que de ella recibió, o bien, si tal devolución *in natura* fuese imposible, entregarle el valor económico de aquella prestación recibida ya de forma irrestituible./ En consecuencia, habiéndose prestado el mantenimiento y soporte de licencias de los productos del fabricante Alfresco, propiedad de la Administración del Principado de Asturias, en el periodo comprendido entre el 1

de octubre hasta el 29 de diciembre de 2020, a conformidad de la Administración, y no siendo posible la restitución por razones obvias, cabe determinar la nulidad del acto de adjudicación del contrato, que entendemos que es el acto verbal por el que se encarga a la empresa seguir prestando el servicio, para posteriormente proceder a la liquidación del mismo, de acuerdo con la correspondiente factura presentada y conformada por la Administración, que asciende a veintiocho mil ciento diecinueve euros con treinta y cuatro céntimos (28.119,34 €). Se excluye tanto la indemnización por daños y perjuicios como la detracción del beneficio industrial, y ello por cuanto no es asumible que quien participe en una contratación obtenga beneficio y se enriquezca con actuaciones nulas que, en la práctica, generan un claro fraude de ley en detrimento de otros eventuales concursantes o competidores en la licitación”.

**14.** Con fecha 25 de octubre de 2022, la Consejera de Presidencia ordena la remisión del expediente a la Presidencia del Principado de Asturias al objeto de recabar el correspondiente informe del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Mediante Resolución de 28 de octubre de 2022, la Consejera de Presidencia acuerda “suspender el plazo máximo para resolver y notificar (...) el procedimiento (...) desde la fecha de solicitud de dictamen al Consejo Consultivo del Principado de Asturias hasta la fecha en que se reciba dicho dictamen, y en todo caso como máximo tres meses desde la citada fecha de solicitud”, así como notificar la suspensión a la contratista, lo que tiene lugar el 2 de noviembre de 2022.

**15.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 4 de noviembre de 2022, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de

oficio de la nulidad del contrato del servicio de mantenimiento y soporte de las licencias Alfresco desde el 1 de octubre al 29 de diciembre de 2020.

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 dictado el acto 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, 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 de la Administración 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), establece 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 ahora revisada se atribuye, como órgano de contratación, en atención a lo establecido en el artículo 37.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias, a la titular de la Consejería de Presidencia, por lo que es también en este órgano donde radica la competencia para iniciar y resolver el procedimiento de revisión de oficio.

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 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 la Consejera de Presidencia de 15 de julio de 2022 dicho plazo no ha transcurrido aún, a lo que ha de añadirse la suspensión del plazo por un máximo de tres meses con ocasión de la petición del presente dictamen, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC -acordada por Resolución de la Consejera de Presidencia de 28 de octubre de 2022-, por lo 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 el presente supuesto, se somete a dictamen un procedimiento de revisión de oficio de las circunstancias que posibilitaron la continuación de la prestación de los servicios de mantenimiento y soporte de la licencias de los productos Alfresco propiedad del Principado de Asturias, durante el periodo comprendido entre el 1 de octubre y el 29 de diciembre de 2020, por parte de la misma empresa y en las condiciones en que se venía haciendo una vez llegado el vencimiento del plazo máximo de duración del contrato en su día formalizado, incluida su prórroga, y ello en tanto se culminaba el procedimiento de selección de un nuevo contratista que garantizara la continuidad del servicio sin interrupción.

El procedimiento de revisión de oficio se inicia por Resolución de la Consejera de Presidencia, tras la declaración de caducidad de un procedimiento de revisión de oficio previo con idéntica finalidad. Por otro lado, la documentación incorporada al expediente remitido pone de manifiesto que, con carácter previo a la incoación de ese primer procedimiento de revisión de oficio

caducado, en el seno de la propia Consejería contratante se habría contemplado la posibilidad -finalmente descartada- de acudir para hacer frente al pago de la factura presentada al procedimiento regulado en el artículo 16 -"De la omisión de la intervención previa"- 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.

Centrados en el procedimiento de revisión de oficio que ahora nos ocupa, la idoneidad y pertenencia del mismo está lejos de ser una cuestión pacífica para los distintos órganos preinformantes.

Así se desprende de lo informado por el Director General de Seguridad y Estrategia Digital, para el que, "dado que se ha reparado la tramitación de la factura por omisión de la fiscalización, lo procedente ahora para regularizar el abono de esta factura por los servicios de mantenimiento realizados es aplicar lo establecido en el artículo 16.3 del Decreto 70/2004, de 10 de septiembre (...), tal y como viene recomendando el propio Interventor General del Principado de Asturias en sus distintos informes para (...) casos de facturas generadas por la persistencia en la prestación de un servicio sin solución de continuidad por razones de interés público, máxime cuando existe crédito adecuado y suficiente en los Presupuestos Generales del Principado de Asturias para el ejercicio 2022 en la aplicación propuesta para afrontar este gasto".

Postura parecida defiende el Servicio Jurídico del Principado de Asturias al argumentar el sentido desfavorable de su preceptivo informe en que "el acto cuya revisión se pretende es un acto verbal de cuya existencia `expresa o mínimamente formalizada´ (en términos del Consejo de Estado) no hay constancia alguna en el expediente administrativo, no pudiendo ni tan siquiera identificarse el órgano del que ha emanado dicho acto o encargo verbal; de este modo (...), faltando el presupuesto de hecho necesario -acto expreso o mínimamente formalizado que sirvió de fundamento a la empresa para continuar prestando el servicio fuera del contrato- no cabe acudir a la revisión de oficio", y subraya que "estas circunstancias se han puesto de manifiesto por

la Intervención General al exponer su parecer sobre la posibilidad y conveniencia de revisar los actos dictados con infracción del ordenamiento, considerando que dicho procedimiento podría carecer de utilidad, por razones de economía procesal, al existir en el ámbito del Principado de Asturias un procedimiento de convalidación para amparar los pagos”.

No comparte este razonamiento la Instructora del procedimiento, para quien -frente a lo informado por el Director General de Seguridad y Estrategia Digital y las objeciones que se recogen en el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias- la existencia del encargo verbal “es indiscutible”, lo que supone “que existe materia revisable, esto es, un acto administrativo susceptible de ser sometido a la potestad revisora de la Administración”, concurriendo en el caso examinado causa de nulidad de la actuación contractual.

Consta asimismo en el expediente el informe de 14 de octubre de 2022 del Director General de Seguridad y Estrategia Digital en el que, con base en el Dictamen del Consejo de Estado 606/2020, “solicita que se proceda a la regularización del pago de los servicios realizados mediante la aplicación de lo dispuesto en el artículo 16.3 del Decreto 70/2004 (...) que, en su suma, supone la tramitación del correspondiente expediente de reconocimiento de responsabilidad contractual, en la línea indicada por el Consejo de Estado”.

En esta tesitura, y con carácter previo al análisis del fondo del asunto, debemos ahondar en la procedencia o no del procedimiento de revisión de oficio en el concreto supuesto que ahora se plantea.

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, solo 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).

Por otra parte, 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 recientemente (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.

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 92/18 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 (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 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 claras 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-, 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 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 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 efecto, la nulidad de pleno derecho afecta "al orden general" y, por ello, no desaparece ni por el transcurso del tiempo ni por la aquiescencia de los afectados. Esta consideración explica la obligación que pesa sobre la Administración de proceder a la declaración de nulidad -pues la presunción de validez de los actos administrativos (artículo 39.1 de la LPAC) requiere, incluso en los casos de nulidad, de tal declaración para evitar que sigan surtiendo efectos- tan pronto como sea consciente de ella. Así, según el artículo 106.1 de la LPAC, las Administraciones públicas "declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos (...) en los supuestos previstos en el artículo 47.1", mientras que el artículo 107.1 de la misma norma establece que las Administraciones públicas "podrán impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 48"; es decir, cuando la Administración tenga ante sí un acto administrativo nulo -y no susceptible por tanto de convalidación- "debe", no solo "puede", declararlo como tal. Y es que cuando el artículo 103.1 de la Constitución señala que la "Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho", aunque ubica en un mismo precepto al principio de legalidad y a otros principios de actuación administrativa no por ello los está situando en un mismo plano cualitativo, sino que el de legalidad ha de gozar de una posición predominante, de modo que resulta improcedente proyectar los principios de eficacia o de eficiencia prescindiendo del ajuste a la legalidad de la actuación de que se trate. Se advierte, a su vez, que la revisión de oficio cuenta con límites específicos destinados a atemperar su ejercicio (artículo 110 de la LPAC), pero entre tales

límites no se mencionan los principios de eficacia y de economía, que no alcanzan así a amparar el sacrificio de la legalidad. Es por ello que, a nuestro entender, resulta impropio que la Administración proceda a resolver la situación de los afectados a través del expediente más ágil a su alcance sin depurar aquellos actos viciados por las más graves causas de invalidez, respecto de las cuales el legislador ordena proceder de oficio sin dispensa por criterios de economía.

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

En todo caso debe advertirse de la dificultad de extraer de concretos pronunciamientos de los órganos consultivos conclusiones aplicables *semper et ubique*, prescindiendo de aproximarse a las circunstancias del caso y a la lógica que, más allá de la mera literalidad del texto, subyacen en sus consideraciones.

En definitiva, tal y como venimos señalando (por todos, Dictamen Núm. 289/2019), a la vista de lo dispuesto en el artículo 42 de la LCSP la previa declaración de nulidad constituye la vía específica y adecuada para compensar al contratista que -atendiendo a los encargos verbales que le fueron efectuados desde la Administración contratante para la prestación de unos servicios que esta consideró como esenciales e inaplazables- actúa de buena fe.

En el supuesto examinado se invoca por los preinformantes una doctrina, no pacífica ni mayoritaria, por la que se excluye la revisión de oficio ante la carencia de “un acto administrativo expreso, escrito, declarativo y con un contenido determinado, dictado por el titular del órgano de contratación”. No se

discute que en este caso ese acto, de existir, sería ya firme en vía administrativa (agotado el plazo para la interposición de recurso de alzada sin que conste su presentación) y susceptible, por tanto, de revisión de oficio.

Ahora bien, partiendo de que el acto administrativo consiste, *in essentia*, en una declaración de voluntad de una Administración actuando como tal -esto es, en el ejercicio de potestades administrativas y, por ende, en el régimen de Derecho Administrativo-, es claro que en el asunto que nos ocupa: a) Se han recibido prestaciones a favor de la Administración del Principado de Asturias por el servicio de mantenimiento y soporte de las licencias de los productos Alfresco, que disponían de cobertura presupuestaria para el ejercicio 2021 en la aplicación 1203-121D-21600 y que cuentan con la conformidad del órgano de contratación; b) existe una declaración de voluntad coincidente entre la mercantil y la Administración contratista con relación a una prestación contractual con un contenido y objeto definidos, de modo que se está en presencia de un acto tácito, con independencia de la ausencia de formalización; c) la actuación en la que se enmarca la antedicha declaración de voluntad de naturaleza contractual, convenida informalmente pero reconocida por ambas partes, se halla sometida al régimen exorbitante del Derecho Administrativo (en este caso, la LCSP) y se lleva a cabo como prolongación de una previa relación contractual acordada entre ambas partes, y d) consta la conformidad de la Intervención General con el importe facturado, coincidente con los importes del contrato finalizado, así como la acreditación de crédito presupuestario.

Son cuestiones distintas, en suma, la existencia de una declaración de voluntad y la forma en la que esta se haya exteriorizado. En este sentido, la reducción de la pertenencia a la categoría de acto administrativo tan solo a los expresos y escritos dejaría a extramuros de tal condición, y por tanto huérfanos de eficacia, a los encargos verbales lícitamente adoptados en el marco de la contratación de emergencia, así como a otros actos que por su naturaleza suelen presentar formas no escritas de plasmación o constancia. De hecho, no puede obviarse que el artículo 36.2 de la LPAC admite que "En los casos en que

los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido". Así pues, la elusión de su ulterior plasmación por escrito abundaría en el plano de las irregularidades cometidas por la Administración, pero no en la existencia del acto.

Ciertamente, en los Dictámenes 606/2020 y 706/2021 el Consejo de Estado ha manifestado que "solo en los casos en que exista algún tipo de acto expreso y mínimamente formalizado que haya servido de fundamento a la empresa para llevar a cabo el servicio fuera de contrato podría eventualmente acudir a la vía de la revisión de oficio, al poder identificarse fácilmente un acto administrativo irregular para que su nulidad sirva de base al pago". Sin embargo, debemos insistir en la singularidad de esta doctrina en los casos allí examinados, concebida para restringir el recurso abusivo a la revisión de oficio como cauce "ordinario" para el resarcimiento de los servicios prestados a través de contrataciones irregulares. En rigor, tratándose de la gestión de "negocios" o servicios, si entendemos que no concurre la voluntad de la Administración o su "mandato" la actuación de la empresa quedaría incardinada en la figura del cuasicontrato -dentro de las categorías conocidas en nuestro Derecho-, resultando sin embargo evidente que no puede hablarse aquí de hechos "lícitos y puramente voluntarios" (artículo 1887 del Código Civil), pues ni se ajustan a derecho ni pueden concebirse al margen del encargo de la Administración o la concurrencia de voluntades. El negocio contraído de espaldas a las exigencias esenciales del procedimiento no deja de revestir una apariencia de legalidad que es preciso destruir (en la mayoría de los supuestos se parte de una previa relación contractual que unía al contratista y a la Administración, y que lleva a que se libren unas facturas acordes a las condiciones de aquel contrato

extinguido), y asumido que lo que ha de abonarse al contratista es un resarcimiento y no el precio del contrato -presupuesto para que puedan cuestionarse los intereses debidos o el beneficio industrial- la lógica impone la previa declaración de nulidad del vínculo contractual contraído al margen del derecho. De este modo, no habiendo ya contrato, ni cuasicontrato, procede el abono de las prestaciones en concepto de restitución recíproca o de indemnización, tal como ordena la legislación contractual (artículo 42.1 de la Ley), enfrentándonos a un enriquecimiento sin causa que es fuente de obligaciones en nuestro ordenamiento y permite apreciar *ad casum* la cuantía que ha de abonarse por el favorecido.

De hecho, cuando se plantea la adecuación del recurso contencioso-administrativo por enriquecimiento injusto deducido por un contratista para el abono de las facturas pendientes derivadas de un encargo verbal (Auto del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2022 -ECLI:ES:TS:2022:1408A-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección, 1.ª), lo que trata de despejarse es si procede acudir en estos casos a la vía del artículo 29 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la cual tiene por presupuesto que haya mediado “un acto, contrato o convenio administrativo”, quedando excluida sin controversia cuando ese acto previo se ha depurado.

Conviene insistir en que el enriquecimiento sin causa opera aquí como título o fuente de la obligación de compensar, pero no es en sí mismo un procedimiento o cauce conocido en nuestro Derecho Administrativo, por lo que debe sustanciarse a través de los que la normativa procedimental articula (ya sea en el seno de la liquidación de un contrato anulado o a través de una reclamación de responsabilidad patrimonial o contractual o de un procedimiento *ad hoc* establecido legalmente para este fin).

No procede invocar una supuesta “inexistencia” del acto administrativo de cobertura -como categoría separada de su nulidad-, pues si se configura como vía de hecho la actuación administrativa lo que se habilita es un cauce

para que el contratista reclame sumariamente su cesación material -improcedente en este orden de relaciones-; en cualquier caso, es preciso destruir una apariencia, como hemos razonado, y ninguna consecuencia distinta se deriva aquí de un contrato anulado frente a uno ausente, en la medida en que la declaración de nulidad comporta precisamente la falta de soporte contractual.

Procede a continuación un mayor detenimiento sobre el carácter contractual o extracontractual de la compensación debida. Al respecto, no puede obviarse que, faltando un vínculo específico, la responsabilidad no nace del incumplimiento por la Administración de un contrato (no pagó porque no debió pagar en ejecución del contrato al que se asocian las facturas, que ya no subsistía pese a la apariencia generada) sino que deriva del funcionamiento -anormal en este caso- de los servicios públicos. Pero el ámbito de aplicación de uno y otro régimen de responsabilidad debe aquilatarse cuando nos enfrentamos a supuestos cuyo contexto delata su pertenencia a uno u otro género, ponderándose además que la responsabilidad patrimonial o extracontractual está llamada a operar a modo de cláusula residual que garantice la indemnidad de quienes no cuenten con otro medio. El Consejo de Estado, en doctrina que compartimos, viene ahora estimando (por todos, Dictámenes 606/2020 y 706/2021) que, dado que en la mayoría de los supuestos de contratación irregular se parte de una previa relación contractual que unía al contratista y a la Administración, las prestaciones que deban compensarse están claramente vinculadas con ese previo contrato, de modo que resulta mucho menos forzado que el pago se canalice en el contexto de una responsabilidad de naturaleza contractual, concluyendo que “el incuestionable contexto contractual que presentan supuestos como el aquí dictaminado, caracterizado por la persistencia en la prestación de un servicio sin solución de continuidad una vez extinguido y no prorrogado un previo contrato, o sin haberse culminado el contrato que estaba tramitándose, obliga a conceder una clara preferencia a la vía de la responsabilidad contractual”.

En el caso examinado partimos de la existencia de un contrato de servicios formalizado el 30 de septiembre de 2016 entre la Administración del Principado de Asturias y la mercantil interesada, cuyo objeto es el “mantenimiento y soporte de licencias de los productos Alfresco propiedad del Principado de Asturias”. Si bien la Administración del Principado de Asturias no ha incorporado al presente procedimiento los antecedentes de este contrato, todo indica que estipulado el mismo en principio por un plazo de tres años era susceptible, tal y como aconteció, de ser prorrogado un año. La documentación obrante en el expediente nos lleva a suponer que, con anterioridad al vencimiento del contrato -que habría de tener lugar, considerando la prórroga pactada, el 30 de septiembre de 2020-, por parte de la Administración del Principado de Asturias, en una fecha que tampoco ha quedado determinada en el expediente, ya se habría dado inicio al procedimiento de contratación necesario para seleccionar un nuevo contratista y de esta forma garantizar la concurrencia en la prestación del servicio. Así se deduce del dato de que el 26 de noviembre de 2020 -esto es, transcurridos 57 días del vencimiento del contrato firmado en 2016 con la mercantil interesada- la Administración del Principado de Asturias ya había seleccionado a un nuevo contratista, cuya definitiva incorporación a la prestación del servicio no se produciría hasta el 30 de diciembre de 2020. En la factura emitida por la empresa interesada el 22 de febrero de 2021, y que se encuentra en el origen del procedimiento que nos ocupa, el concepto facturado se corresponde con los “servicios de mantenimiento y soporte de licencias de productos Alfresco propiedad de la Administración del Principado de Asturias” en el periodo que va del “1 de octubre al 29 de diciembre de 2020”. En relación con esta factura el Director General de Seguridad y Estrategia Digital, tras “significar que la tramitación de la factura (...) no se corresponde con ningún contrato verbal que se haya tramitado por esta Dirección General”, no duda en afirmar que se refiere “a los servicios de mantenimiento y soporte de las licencias de los productos del fabricante Alfresco desde que finalizó el contrato de mantenimiento anterior (...)

hasta que entró en vigor el nuevo contrato de servicios que se tramitaba en esos momentos". En el mismo informe el Director General de Seguridad y Estrategia Digital indica que "el Principado de Asturias utiliza el gestor documental Alfresco en su Módulo Común de Documentación, módulo que es empleado, a su vez, por varias aplicaciones críticas, como el Sistema Integral de Tramitación Electrónica (SITE) o las últimas versiones del Escritorio Único del Gestor (EUG). En este gestor documental se almacenan todos los documentos electrónicos del Principado de Asturias, resultando una infraestructura vital que precisa ser mantenida de forma permanente y no permitiendo el fabricante su discontinuidad o interrupción del servicio".

Es claro que los hechos que acabamos de describir acreditan sobradamente que la Administración del Principado de Asturias ha podido garantizar la continuidad, en unas fechas críticas por coincidir con el punto álgido de la crisis sanitaria desencadenada tras la aparición del COVID-19, en la prestación de un servicio que el Director General de Seguridad y Estrategia Digital califica como "vital", con el imprescindible concurso de la misma empresa y en las mismas condiciones en que se venía realizando hasta que se produjo el vencimiento del contrato en su día celebrado, y en tanto se culminaba el procedimiento puesto ya en marcha de selección de un nuevo contratista. Este supuesto de hecho no difiere sustancialmente del contemplado en el párrafo quinto del artículo 29.4 de la LCSP, a cuyo tenor "No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya

publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario”.

En efecto, si bien en el supuesto examinado consta que el anuncio de licitación del nuevo contrato se publicó dos días después del vencimiento del plazo máximo de duración del contrato anterior, y que a tenor de los datos obrantes en el expediente este se prorrogó informalmente de mutuo acuerdo por ambas partes, este Consejo considera que esa demora, en el presente caso, no puede erigirse en una causa de invalidez radical de las actuaciones contractuales proseguidas con la empresa hasta que tuvo lugar la adjudicación del nuevo contrato a otro contratista. En el escenario contractual analizado -a diferencia de otros expedientes que ha dictaminado este Consejo-, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.3 de la LPAC, se estima que la “realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo”, y que concurrían además circunstancias extraordinarias durante el plazo de vigencia del contrato asociadas al tránsito entre el primer y el segundo estado de alarma declarados por el impacto del COVID-19 que deben atemperar la rigidez del cumplimiento de los plazos previstos en la normativa de contratación.

De una parte, no puede obviarse la norma especial contenida en el artículo 34.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de Medidas Urgentes Extraordinarias para hacer frente al Impacto Económico y Social del COVID-19, conforme al cual, “en aquellos contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación como consecuencia de la paralización de los procedimientos de contratación derivada de lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y no pudiera formalizarse el correspondiente nuevo contrato, podrá aplicarse lo previsto en el último párrafo

del artículo 29.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con independencia de la fecha de publicación de la licitación de dicho nuevo expediente”. En el caso examinado, la paralización de los procedimientos de contratación durante la vigencia del primer estado de alarma se reguló como circunstancia excepcional para atemperar el cumplimiento del plazo de tres meses previsto en el artículo 29.4 de la LCSP, al admitir la continuación de los contratos afectados por aquella suspensión a los que a su vencimiento no estuviera formalizado el nuevo contrato. En estos supuestos resultaba admisible la prórroga excepcional del artículo 29.4 de la LCSP, “con independencia de la fecha de publicación de la licitación de dicho nuevo expediente”.

De otra parte, si bien la demora de la Administración en publicitar el anuncio de licitación constituye una infracción de la normativa de contratación pública, que además proscribe las prórrogas tácitas, la naturaleza del plazo de tres meses que establece el artículo 29.4 de la LCSP no deviene, en las circunstancias examinadas, causa notoria de nulidad radical del compromiso contractual convenido entre Administración y contratista. Esto es, a diferencia de las circunstancias concurrentes en otros supuestos (prestación del servicio por empresa distinta, ausencia de crédito presupuestario, excesiva dilación en la nueva licitación o desproporción entre los importes facturados durante la contratación irregular y el presupuesto del contrato original), no se deduce una quiebra manifiesta del principio de libre concurrencia cuando la Administración se retrasa por razones atendibles y promueve la concurrencia ya antes del momento en el que se procede a la prórroga irregular. Es además patente que este contrato de servicios admitiría legalmente una duración comprensiva del tiempo de la prórroga irregular, al poder extenderse por cuatro años, aunque en este caso los pliegos no lo contemplaran así. Se trata de un servicio ordinario, esencial y de interés general que no podía quedar interrumpido, que no habiendo manifestado oposición expresa a la continuación del mismo el contratista estaba obligado a continuar en su ejecución hasta la formalización del nuevo contrato, que la preparación de los pliegos y demás requisitos de la

nueva contratación hubo de desarrollarse durante el periodo final de ejecución del contrato en un contexto pandémico y que, en todo caso, la prestación y facturación de los servicios se ejecutó durante un limitado periodo temporal y de conformidad con las condiciones y precios pactados en el extinto contrato.

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), en el sentido de que “el pago de los servicios o trabajos adicionales realizados por el contratista `a vista, ciencia y paciencia´ de la Administración contratante, se ponga en referencia con el previo contrato que ligó a las partes, desembocando en una responsabilidad de naturaleza contractual”.

Encauzada de esta forma la solución al problema de fondo que se plantea al procedimiento regulado en el artículo 191 de la LCSP, ascendiendo la factura pendiente de abono a la cantidad total de 28.119,34 euros y 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 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), en aplicación de lo establecido en el apartado 3, letra c) del citado artículo 191 de la LCSP, no resulta preceptivo el dictamen de este Consejo.

No obstante debemos reiterar una vez más la necesidad de evitar la repetición de prácticas irregulares como las que suscita el presente supuesto, como ya hemos señalado en ocasiones anteriores a la Administración contratante (por todas, Dictamen Núm. 266/2020). Al respecto, procede advertir sobre la conveniencia de dar un adecuado cumplimiento a la exigencia legal de programar y planificar la actividad de contratación pública exigida en el artículo 28.4 de la LCSP, con el fin de evitar la reiteración de contrataciones irregulares, pero previsibles, por falta de una adecuada ordenación de los plazos y procedimientos. Y todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades que

podieran derivarse para funcionarios y autoridades de conformidad con lo establecido en la disposición adicional vigésima octava de la LCSP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la revisión de oficio de la nulidad del contrato del servicio de mantenimiento y soporte de las licencias Alfresco desde el 1 de octubre al 29 de diciembre de 2020.”

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.