

Dictamen Núm. 306/2022

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 29 de diciembre de 2022, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 21 de octubre de 2022 -registrada de entrada el día 28 de ese mismo mes-, y una vez atendida con fecha 28 de noviembre de 2022 la diligencia para mejor proveer, examina el expediente de revisión de oficio de las actuaciones de adjudicación del servicio de mantenimiento integral de la Biblioteca de Asturias “Ramón Pérez de Ayala” durante el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2020 y el 18 de noviembre de 2021.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Por Resolución de la Consejera de Cultura, Política Lingüística y Turismo de 22 de septiembre de 2022, se dispone “declarar la caducidad” del procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones de adjudicación del servicio de “mantenimiento integral de la Biblioteca de Asturias `Ramón Pérez de Ayala´ desde el 1 de junio de 2020 hasta el 18 de noviembre de 2021”; ordenar el “reinicio del procedimiento de conformidad con lo establecido en el

artículo 95.3 de la LPACAP, incorporándose al nuevo (...) todos los actos y trámites del (...) caducado, con excepción del trámite de audiencia”, y comunicar a la interesada la apertura de un trámite de alegaciones para que formule las que estime oportunas.

En sus antecedentes se señala que “desde la expiración el día 31 de mayo de 2020 del anterior contrato de mantenimiento integral de la Biblioteca de Asturias ‘Ramón Pérez de Ayala’, formalizado conforme a las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, se han prestado los servicios de mantenimiento del edificio durante el periodo indicado, por los que la empresa ha emitido un total de dieciocho facturas -todas ellas por importe de 721,16 €, excepto la última, de 432,70 €-, ascendiendo todas ellas a un total de doce mil seiscientos noventa y dos euros con cuarenta y dos céntimos (12.692,42 €). Se precisa que “la necesidad administrativa que se pretendía satisfacer ha sido continuar prestando los servicios de mantenimiento integral del citado equipamiento cultural una vez finalizada la vigencia del anterior contrato”, que se considera “un servicio básico para el mantenimiento de los equipamientos adscritos a la Dirección General de Cultura y Patrimonio, y que con la contratación verbal del servicio se pretendió garantizar óptimamente aquel de forma temporal hasta la adjudicación del vigente contrato plurianual de mantenimiento en el mes de noviembre de 2021 (en tramitación desde el año 2020), y obviamente en el ánimo de mitigar que continuos cambios de empresas de servicios generaran problemas en el funcionamiento de la Biblioteca (...). A la vista de lo anterior se continuó recibiendo la prestación del servicio de mantenimiento (...) en las mismas condiciones y parámetros que rigieron en el contrato finalizado (...) hasta el día 19 de noviembre de 2021, fecha a partir de la cual comenzó la vigencia del nuevo contrato adjudicado mediante procedimiento abierto y conforme a las previsiones de la citada LCSP”, prestando la contratista los “servicios no abonados y reflejados en las facturas (...) de plena conformidad”.

Añade que por Resolución de la Consejera de Cultura, Política Lingüística y Turismo de 31 de enero de 2022 se inicia el procedimiento de revisión de

oficio de las actuaciones de adjudicación del servicio al que corresponden las facturas que se especifican, al considerar que podrían estar incursas “en la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”. Se especifica que concedido trámite de audiencia a la interesada, esta presentó alegaciones con fecha 8 de febrero de 2022 en las que muestra “su total conformidad con el importe de las cantidades adeudadas”.

Obra incorporado al expediente a continuación, entre otra documentación, el informe elaborado el 3 de marzo de 2022 por una Letrada del Servicio Jurídico del Principado de Asturias en el que se “informa desfavorablemente el procedimiento de revisión de oficio” al considerar que “no consta incorporado acto expreso y mínimamente formalizado susceptible de ser revisado de oficio”, según el criterio expresado en el Dictamen 606/2020 del Consejo de Estado, pues si bien “en el caso que nos ocupa se alude a un acto verbal de adjudicación (...) ninguna constancia existe, ni se concreta mínimamente; así, se desconoce si se ha producido algún tipo de exteriorización, el órgano del que emana o la fecha de adopción”.

2. Notificada la Resolución de la Consejera de Cultura, Política Lingüística y Turismo de 22 de septiembre de 2022 a la mercantil adjudicataria, el día 26 de septiembre de 2022 presenta esta un escrito de alegaciones. En él el representante de la mercantil manifiesta su conformidad con el importe de las cantidades adeudadas, solicitando asimismo el abono de los intereses legales que resulten procedentes.

3. Con fecha 7 de octubre de 2022, el Director General de Cultura y Patrimonio suscribe propuesta de resolución en la que se estima concurre la causa de nulidad prevista en la letra e) del artículo 47.1 de la LPAC. Al respecto indica que el acto podría estar incurso, “al menos, en la causa de nulidad prevista en el apartado e) del artículo 47 de la LPACAP, por los siguientes motivos (...): Inaplicación y, por tanto, incumplimiento de las reglas de preparación y

adjudicación de los contratos administrativos contenidas en la LCSP, vulnerándose así las previsiones del artículo 34 de la LPACAP./ Conforme regula el artículo 38 de la LCSP, resultan inválidos los contratos celebrados cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación (...). Falta de existencia de crédito adecuado y suficiente”, al tratarse de un “expediente de contratación (...) sin que haya tenido refrendo en documento contable alguno, ni de retención de crédito ni de autorización y disposición del gasto correspondiente”, en relación con el artículo 39 de la LCSP, así como “incumplimiento del principio de anualidad presupuestaria (...). Todo ello evidencia que nos encontramos ante un acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, propone “autorizar, disponer un gasto y reconocer una obligación” por un importe de 12.692,42 € a favor de la interesada, cantidad “correspondiente al importe de las facturas emitidas por (...) los servicios (...) de mantenimiento integral de la Biblioteca de Asturias `Ramón Pérez de Ayala´ desde el 1 de junio de 2020 hasta el 18 de noviembre de 2021”.

4. En este estado de tramitación, mediante escrito de 21 de octubre 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 las actuaciones de adjudicación del servicio de mantenimiento integral de la Biblioteca de Asturias “Ramón Pérez de Ayala” durante el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2020 y el 18 de noviembre de 2021.

Con fecha 9 de noviembre de 2022, la Presidenta del Consejo Consultivo del Principado de Asturias solicita, como documentación para mejor proveer, el “contrato primigenio” y las vicisitudes relativas al procedimiento de licitación iniciado en el año 2020 y al sometimiento de las facturas al ejercicio de la función interventora.

El día 28 de noviembre de 2022 se remite a este órgano, entre otra, la siguiente documentación: a) Solicitud de oferta para el contrato de

mantenimiento integral de la Biblioteca de Asturias "Ramón Pérez de Ayala" desde el 1 de enero hasta el 31 de mayo de 2020, formulada el 16 de diciembre de 2019 y en la que figura como presupuesto máximo de licitación la cantidad de 4.995 €. b) Resolución de 26 de diciembre de 2019, por la que se adjudica el referido contrato a la empresa adjudicataria por importe de 3.605,80 €. c) Resolución de 18 de octubre de 2021, de adjudicación del contrato del servicio de mantenimiento integral para el lote 2 (Biblioteca de Asturias `Ramón Pérez de Ayala´) y se dispone el gasto preciso para su financiación. d) Informes emitidos por la Intervención Delegada y la Intervención General del Principado de Asturias con fechas 10 y 28 de octubre de 2022, respectivamente, en relación con la omisión de fiscalización previa del expediente. e) Informe elaborado por la Jefa del Servicio de Instituciones Culturales el 16 de noviembre de 2022 realizando diversas aclaraciones a la solicitud de ampliación de información efectuada por el Consejo Consultivo.

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

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

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), la Administración del Principado

de Asturias se halla debidamente legitimada, toda vez que a ella pertenece el órgano que ha realizado las actuaciones de contratación cuya declaración de nulidad es objeto del procedimiento de revisión de oficio incoado.

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.- 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, establece que la “revisión de oficio de las disposiciones y actos nulos se realizará por el órgano autor de la disposición o del acto”. Por otra parte, el artículo 41.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), dispone que “Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano

cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos a que se refieren los apartados anteriores el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando esta no tenga el carácter de Administración Pública". En el presente supuesto el órgano autor de la actuación contractual sujeta a revisión es la titular de la Consejería de Cultura, Política Lingüística y Turismo, por lo que la misma resulta ser la competente 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, figura en 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, cuya incorporación se produce de conformidad con lo previsto en el artículo 95.3 de la LPAC, que la permite para aquellos "actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad".

Ahora bien, advertimos que al dar traslado del acuerdo de incoación la Administración no ha informado a la empresa interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 21.4 de la LPAC, del plazo máximo establecido para la resolución del procedimiento -seis meses desde su inicio- ni sobre los efectos del silencio administrativo -caducidad-. En efecto, el artículo 21.4 *in fine* de la LPAC señala que, "En todo caso, las Administraciones Públicas informarán a los interesados del plazo máximo establecido para la resolución de los procedimientos y para la notificación de los actos que les pongan término, así

como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo. Dicha mención se incluirá en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio". Este Consejo ha venido insistiendo en que tal trámite no es un mero formalismo, dada la necesidad de ofrecer al interesado una correcta información acerca del cómputo del plazo máximo para resolver el procedimiento y notificarlo (entre otros, Dictámenes Núm. 180/2014 y 186/2021).

En cuanto al plazo para resolver, 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. En el caso de que se trata, debemos concluir que a la fecha de emisión del presente dictamen el citado plazo de caducidad no ha transcurrido aún, dado que el inicio del procedimiento se remonta al 22 de septiembre de 2022.

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.

Se somete a nuestro dictamen un procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones contractuales relativas al servicio de mantenimiento integral del edificio de la Biblioteca de Asturias "Ramón Pérez de Ayala" en el periodo

comprendido entre el 1 de junio de 2020 y el 18 de noviembre de 2021. Como antecedente a la adjudicación ahora cuestionada, consta la existencia de un contrato menor válidamente celebrado, tras la solicitud de oferta a cuatro empresas, por importe de 3.605,80 €, por un periodo de duración de cinco meses y cuyo objeto es el servicio de mantenimiento integral de la Biblioteca de Asturias "Ramón Pérez de Ayala".

El expediente revisor se inicia por Resolución de la titular de la Consejería instructora, una vez constatada la prestación del servicio sin la debida cobertura contractual y tras haber presentado la empresa las correspondientes facturas. Se deja constancia en él de que previamente se había iniciado un procedimiento con el mismo objeto por Resolución de 31 de enero de 2021, caducado, y cuya documental obra incorporada al presente. Entre dicha documentación consta el preceptivo informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, si bien con ocasión del actual procedimiento, y una vez solicitada como documentación para mejor proveer, se ha elaborado informe por la Intervención General con fecha 28 de octubre de 2022 en el que se constata la omisión de la función interventora sobre las facturas emitidas en relación con la prestación contractual objeto de revisión.

A la vista de tales documentos, es notoria la discrepancia entre los distintos órganos informantes sobre la necesidad o idoneidad de tramitar un procedimiento de revisión de oficio de la contratación irregular objeto de análisis.

El Servicio Jurídico del Principado de Asturias informa desfavorablemente la revisión de oficio y razona al respecto que, partiendo de su carácter excepcional, no ha podido rastrearse el acto cuya revisión se pretende; esto es, que nos encontramos ante un acto verbal de cuya existencia expresa o mínimamente formalizada no hay constancia alguna en el expediente administrativo. Argumenta que, no pudiendo ni tan siquiera identificarse el órgano del que ha emanado dicho acto o encargo verbal, faltaría el presupuesto de hecho necesario que permitiría acudir a la revisión de oficio -acto expreso o

mínimamente formalizado que sirvió de fundamento a la empresa para continuar prestando el servicio fuera del contrato-.

En esta tesitura, procede 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. Tal como señalamos en ellos, y 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 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 los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda merece una tacha de nulidad radical. Así pues, desde este órgano consultivo se defiende una interpretación estricta de las causas legales de nulidad, evitando su hipertrofia, puesto que en la calificación de los vicios de los actos administrativos la anulabilidad es la regla y la nulidad la excepción.

Sentado lo anterior, procede elucidar si en casos como el que ahora analizamos 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 a tenor de lo dispuesto en el artículo 107.1 de la misma norma 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", si bien ubica en un mismo precepto al principio de legalidad junto a otros principios de actuación administrativa no por ello los está situando en un mismo plano cualitativo, siendo el de legalidad el que ha de gozar de posición predominante, de modo que resulta improcedente proyectar los principios de eficacia o 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 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 el supuesto examinado resulta que el acto administrativo que pretende revisarse -el encargo verbal de proseguir con el servicio de mantenimiento por la misma empresa al amparo de una contratación menor-, que constituye una exteriorización tácita de la voluntad de la Administración de mantener el vínculo contractual, ha sido acordado sin atender a las formalidades establecidas por la normativa de contratación pública. Es evidente que, en todo caso, estaríamos ante un acto 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 por la Administración prestaciones que disponían de cobertura presupuestaria y que cuentan con la conformidad del órgano de contratación; b) existe una manifestación de voluntad coincidente entre la mercantil y la Administración respecto a una prestación 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, expresada 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 convenida entre ambas partes; d) consta la conformidad de la Intervención General con el importe facturado, coincidente con los importes del contrato finalizado. En este contexto, la Instructora del procedimiento aprecia la concurrencia de un "acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, lo que conlleva la nulidad de pleno derecho del mismo en virtud de lo establecido en el artículo 47.1.e) de la mencionada Ley 39/2015, de 1 de octubre". Son cuestiones distintas, en suma, la existencia de una declaración de voluntad y la forma en la que esta se haya exteriorizado, tal como reseñamos en el Dictamen Núm. 298/2022.

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, concebida para restringir el recurso abusivo a la revisión de oficio como cauce "ordinario" para el resarcimiento de las prestaciones ejecutadas sin cobertura contractual. El propio Consejo de Estado reseña en esos pronunciamientos, "a modo de conclusión", que las vías de la responsabilidad contractual o la declaración de nulidad "no deberían emplearse de forma recurrente por la Administración, a quien corresponde adoptar las medidas necesarias para evitar el tipo de

irregularidades que se aprecian". 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 revisión del vínculo contractual contraído al margen del derecho.

Expuesta esa doctrina general, procede ahondar en 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”.

Asumida la existencia de un acto administrativo revisable, procede recordar que la previa declaración de nulidad constituye la vía específica y adecuada para compensar al contratista que atiende 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 con infracción manifiesta del procedimiento contractual.

En el caso aquí examinado, la nulidad se fundamenta en la causa del artículo 47.1.e) de la LPAC, esto es, en la ausencia total de procedimiento. 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).

Al respecto, ya hemos razonado la procedencia de declarar la nulidad ante aquellas omisiones de procedimiento que infringen de forma manifiesta los procedimientos de contratación pública erosionando con ello la libre concurrencia en la contratación pública (entre otros, Dictámenes Núm. 29/2018, 276/2018 y 115/2019), pues las reglas del procedimiento de contratación operan como garantía de unas concretas finalidades -preservar la concurrencia en condiciones de igualdad-, de modo que la quiebra de los

requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda merece una tacha de nulidad radical.

A la inversa, la actuación administrativa irregular no merece esa tacha cuando la omisión denunciada no atenta, atendidas las circunstancias del caso, contra ese principio de concurrencia. Tratándose de contratación menor, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado lo concibe como “un supuesto de adjudicación directa del contrato” (Informe 14/20, de 29 de julio), debiendo subrayarse que el fraccionamiento del contrato se prohíbe en la ley precisamente en cuanto con él se pretendan eludir “los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan” (artículo 99.2 de la LCSP); esto es, cuando encierre un supuesto de alteración del procedimiento legalmente aplicable. En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado viene razonando (Informes 73/2018, 86/2018 y 17/2020) que “si la no celebración de un contrato por la vía de un procedimiento más sencillo puede dar lugar a la merma o a la suspensión de un servicio absolutamente necesario (...) parece que el interés público subyacente a la ejecución de este tipo de contratos debe primar sobre otras consideraciones, especialmente cuando el periodo de tiempo durante el que el contrato va a estar vigente se va a limitar a solo el que reste hasta que se concluya la licitación del contrato, porque en tales casos no parece que la finalidad de la utilización de un contrato previo pueda ser la de fraccionar el objeto del contrato para burlar los umbrales o los requisitos de publicidad”. Por nuestra parte, hemos advertido (entre otros, Dictamen Núm. 298/2022) que “no se deduce una quiebra manifiesta del principio de libre concurrencia cuando la Administración se retrasa por razones atendibles y promueve la concurrencia ya antes del momento en el que se procede a la prórroga irregular”, ponderándose asimismo que el contrato extinguido “admitiría legalmente una duración comprensiva del tiempo de la prórroga irregular”, ya que pudo de inicio extenderse a un año.

Pues bien, los elementos de juicio presentes en el supuesto ahora sometido a nuestra consideración impiden apreciar la existencia de los criterios

expuestos. Así, los antecedentes descritos evidencian que, pese a que la Resolución de 22 de septiembre de 2022, de inicio del procedimiento, aluda a que “la contratación verbal del servicio” pretendía “garantizar óptimamente” el mismo “de forma temporal hasta la adjudicación del vigente contrato plurianual de mantenimiento en el mes de noviembre de 2021 (en tramitación desde el año 2020) y, obviamente, en el ánimo de mitigar que continuos cambios de empresas de servicios generaran problemas en el funcionamiento de la Biblioteca adscrita a esta Dirección General de Cultura y Patrimonio” -expresión que sugiere una continuidad de la adjudicataria-, lo cierto es que existieron dos empresas distintas que atendieron la prestación en periodos consecutivos y que la contratación irregular se extendió durante un tiempo dilatado (diecisiete meses).

En efecto, aunque durante la instrucción del procedimiento se identifica como “contrato primigenio” exclusivamente al contrato menor desarrollado durante el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de mayo de 2020, omitiendo toda referencia al vencido y que antecede a este, relativo al servicio de mantenimiento integral de los edificios que albergan centros dependientes de la Viceconsejería de Cultura y Deporte: Biblioteca de Asturias “Ramón Pérez de Ayala”, Biblioteca “Jovellanos” y Archivo Histórico de Asturias, cuya duración se extendió desde el 1 de enero de 2018 hasta el 29 de diciembre de 2019, según la documentación obrante en el expediente correspondiente al Dictamen Núm. 297/2022, no cabe despreciar o ignorar la realidad de la existencia de este último.

Por tanto, y pese a que en la Resolución de 26 de diciembre de 2019, por la que se adjudica la contratación menor para el servicio de mantenimiento integral de la Biblioteca de Asturias “Ramón Pérez de Ayala”, se manifieste que “se trata de una contratación temporal hasta la adjudicación del contrato de mantenimiento integral de la Biblioteca”, esta última adjudicación se refería a un objeto que comprendía, antes y después de la contratación menor, otros edificios, y lo cierto es que el expediente de contratación no se inició hasta el 29 de octubre de 2020, según se recoge en la Resolución de 18 de octubre de

2021, por la que se adjudica el contrato del servicio de mantenimiento integral del lote 2 (Biblioteca de Asturias "Ramón Pérez de Ayala"), y remitida tras la solicitud para mejor proveer formulada por este Consejo, informando la Jefa del Servicio de Instituciones Culturales con fecha 16 de noviembre de 2022 que "los trabajos preparatorios" de la licitación se remontarían a noviembre de 2019, solo un mes antes del vencimiento del contrato.

En suma, observamos que en el caso que nos ocupa la contratación menor desarrollada entre el 1 de enero y el 31 de mayo de 2020, cuya validez no cabe objetar, ha sucedido a un contrato vencido cuyo objeto comprende varios edificios en los que se desarrolla la prestación, correspondiendo con la división en lotes del contrato actualmente vigente. Sin embargo, la contratación menor que inicialmente antecede al servicio prestado sin cobertura contractual se realiza por una empresa distinta a la adjudicataria de la contratación vigente hasta el inicio de aquella, y declara realizarse, además, para cubrir un periodo coincidente con la duración del procedimiento de una licitación que aún no había comenzado.

Sentado lo anterior, resulta obvio que el importe total de las facturas pendiente de cobro, ascendiente a 12.692,42 €, sumado al precio de adjudicación del contrato menor válidamente celebrado, 3.605,80 €, excede de la cuantía estipulada como contrato menor de servicios, establecido en el artículo 118.1 de la LCSP. Y es igualmente evidente la irregularidad notoria vinculada a la aparente prórroga ilegal de la contratación menor, dado que la extensión final de la contratación verbal prácticamente ha triplicado la del contrato menor original, vulnerando sin ambages la prescripción relativa a la duración del contrato menor, limitada a un año *ex* artículo 29.8 de la LCSP.

En estas condiciones, y dado que no cabe considerar que nos hallemos siquiera ante una prórroga ilegal del contrato menor original, ponderando en consecuencia la indemnidad del principio de concurrencia, resulta más correcto estimar que, tal y como sostiene el órgano proponente, ha existido una adjudicación huérfana de cualquiera de los procedimientos previstos al efecto en la LCSP, por lo que incurre en el vicio de nulidad radical denunciado. No

ofrece duda, por tanto, que se ha omitido de forma clara, manifiesta y ostensible el procedimiento legalmente exigible para la adjudicación, en clara contravención por parte de la Consejería actuante de las prescripciones establecidas en la LCSP, cuyo artículo 38 establece que los contratos “celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, serán inválidos: (...) b) Cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes”, y, finalmente, el artículo 39, en su apartado 1, determina que “Son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

En consecuencia, este Consejo estima que por las razones señaladas concurre el supuesto de nulidad radical establecido en el apartado e) del artículo 47.1 de la LPAC, sin que se aprecie la concurrencia de los límites a las facultades revisoras que consagra el artículo 110 de dicha Ley. El referido artículo 47 de la LPAC establece en su apartado 1, letra e), que son nulos de pleno derecho los actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.

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”. En todo caso, el pago de las facturas correspondientes al contrato declarado nulo requiere su preceptivo y previo sometimiento al

ejercicio de la función interventora, de conformidad con lo establecido en los artículos 54.1 y 56.1.a) del Decreto Legislativo del Principado de Asturias 2/1998, de 25 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido del Régimen Económico y Presupuestario.

Ahora bien, lo anterior no impide reiterar la necesidad de evitar la repetición de prácticas irregulares como las que suscita la actual revisión de oficio, como ya hemos señalado en ocasiones anteriores (por todas, Dictamen Núm. 266/2020). Al respecto, procede advertir sobre la conveniencia de dar un adecuado cumplimiento a la exigencia legal de programar 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. Todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse para funcionarios y autoridades (disposición adicional vigésima octava de la LCSP).

Por último, en la propuesta de resolución la Consejería instructora acude al importe de las facturas sin detracción del beneficio industrial, extremo que se estima justificado en la medida en que estamos ante una prestación de servicios que se extiende por circunstancias atendibles, sin que se aprecie en ninguna de las partes un propósito de sustraer interesadamente el negocio a la libre concurrencia. Es patente, tal como pone de manifiesto el Dictamen 55/20 del Consejo Consultivo de La Rioja, que reconocida la esencial responsabilidad de la Administración en la irregularidad cometida, "si el valor pecuniario que se atribuyera a la prestación irrestituible fuera menor (que el de la factura) se produciría el contrasentido de que a la Administración municipal le habría resultado más ventajoso contratar de manera irregular que hacerlo correctamente", debiendo coincidir en estos supuestos las valoraciones del enriquecimiento y el correlativo empobrecimiento de una y otra parte. Esta conclusión -que encierra el abono de un beneficio industrial al tiempo que descarta el de un interés moratorio- se estima acorde con la jurisprudencia que cuestiona la responsabilidad cuando media por parte del contratista "una participación esencial y voluntaria en la generación de la causa de

la nulidad” (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2021 -ECLI:ES:TS:2021:4932-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), y que la acoge cuando el desequilibrio viene ocasionado por “prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración” (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:8362-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª). La mercantil atiende aquí a un requerimiento de la Administración y es ajena a la génesis de la actuación irregular, que atañe llanamente a las carencias en la programación de la actividad contractual por parte de la Administración y a las incidencias suscitadas en la nueva licitación.

Resta por señalar, finalmente, que de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo este Consejo viene considerando improcedente el abono de intereses de demora al contratista en aquellos casos en los que el pago deriva de una previa anulación de lo actuado y en tanto que su devengo no puede asociarse a un débito ilícito y privado de soporte contractual (por todos, Dictámenes Núm. 133/2021 y 7/2022), 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).

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 las actuaciones de adjudicación a del servicio de mantenimiento integral

de la Biblioteca de Asturias “Ramón Pérez de Ayala” durante el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2020 y el 18 de noviembre de 2021.”

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.