

Dictamen Núm. 17/2023

V O C A L E S :

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

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 26 de enero de 2023, 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 la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés de 1 de diciembre de 2022 -registrada de entrada el día 14 del mismo mes-, examina el expediente de revisión de oficio de las actuaciones relativas al contrato del servicio de comedores en escuelas infantiles municipales durante los meses de septiembre, octubre y tres días de noviembre de 2022.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 10 de noviembre de 2022, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés dicta Decreto por el que se acuerda “iniciar el procedimiento de revisión de oficio de (...) las actuaciones relativas al servicio de comedores escolares en centros educativos públicos de Avilés con cargo a las facturas” que reseña, incorporadas al expediente.

En él se explica que “finalizado el contrato del servicio de cocina de las escuelas de titularidad municipal del Primer Ciclo de Educación Infantil del Ayuntamiento de Avilés reservado a centros especiales de empleo de iniciativa

social o empresas de inserción, se puso en conocimiento de la anterior prestadora del servicio que esta Administración no había concluido aún la licitación del nuevo contrato. En tal sentido, y tratándose de un servicio público esencial para la conciliación de la vida laboral y familiar de la ciudadanía de Avilés que no puede interrumpirse sin causar graves perjuicios al interés público, se solicitó a dicha entidad prestadora, en tanto que actual adjudicataria del servicio”, la continuidad de la prestación del mismo “en las mismas condiciones que las establecidas en el contrato administrativo que se adjudicó por Resolución (...) de 27 de octubre de 2021, y por el tiempo estrictamente indispensable hasta que se produzca la adjudicación y formalización del nuevo contrato administrativo en tramitación”, por los mismos precios que los “ofertados en los anteriores cursos escolares”, constando la “aceptación expresa de continuidad en la prestación del servicio por la entidad”.

Añade que al supuesto citado le “es de aplicación el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establece que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.

2. Como antecedentes, obra en el expediente la siguiente documentación:

a) Decreto de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés de 27 de octubre de 2021, de adjudicación del contrato del servicio de cocina de las escuelas de titularidad municipal del Primer Ciclo de Educación Infantil del Ayuntamiento de Avilés reservado a centros especiales de empleo de iniciativa social o empresas de inserción a

b) Decreto de la Alcaldesa de 29 de septiembre de 2022, por el que se adjudica a la misma empresa el “contrato del servicio de comedor escolar en las escuelas de Primer Ciclo de Educación Infantil del Ayuntamiento de Avilés reservado a centros especiales de empleo de iniciativa social y empresas de inserción”, con una “duración inicial” de “dos cursos escolares (2022/2023 y 2023/2024)”.

c) Facturas emitidas por la contratista con fechas 3 de octubre y 7 de noviembre de 2022, por importe de 13.423,44 € y 15.617,46 €, respectivamente, y correspondientes a los servicios de “cocina de escuelas de titularidad municipal de Primer Ciclo de Educación Infantil” durante septiembre, octubre y 3 días de noviembre de 2022.

3. Previa petición formulada al efecto por la Instructora del procedimiento, con fecha 14 de noviembre de 2022 emiten informe la Jefa de la Sección de Educación y la Concejala Responsable del Área de Promoción Social. En él reiteran que “finalizado el contrato del servicio de cocina (...) se puso en conocimiento de la anterior prestadora del servicio que esta Administración no había concluido aún la licitación del nuevo contrato”.

Tras expresar el carácter esencial del servicio y referir la solicitud de continuidad en la prestación a la empresa que venía desarrollándolo “en las mismas condiciones (...) y por el tiempo estrictamente indispensable hasta que se produzca la adjudicación y formalización del nuevo contrato administrativo en tramitación”, indican que “la formalización del nuevo contrato de prestación de servicios tuvo lugar el 4 de noviembre de 2022, lo que conllevó la presentación” de las dos facturas que se identifican.

Por último, manifiestan que “no ha sido intención de esta Sección la ejecución del servicio sin amparo contractual, habiéndose por ello procedido a la apertura del nuevo expediente de licitación el 14 de marzo de 2022, por lo que la petición a la mercantil de la continuación en la prestación del servicio vino amparada por la necesidad de no interrupción de un servicio esencial para la conciliación familiar y siempre actuando bajo el principio de la buena fe, sin intención de evitar las reglas de la contratación pública”.

4. Con fecha 15 de noviembre de 2022, la Concejala Responsable del Área de Promoción Social comunica a la contratista la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días, “con carácter previo a la propuesta de resolución (...) y a la solicitud de dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

Dentro del plazo conferido, la contratista presenta un formulario en el registro municipal en el que manifiesta su intención de no formular alegaciones.

5. El día 17 de noviembre de 2022, la Instructora del procedimiento emite “informe propuesta” en el que concluye que procede la declaración de nulidad “del acto revisado”.

En él indica que “el importe total de las facturas que se conformaron por la Sección de Educación (...) y que se someten a revisión de oficio por indicación de la Intervención Municipal asciende a 29.040,90 €”, y señala que “las actuaciones revisadas fueron realizadas prescindiendo del procedimiento de contratación legalmente establecido, si bien la actuación del servicio gestor, así como del empresario que acude al encargo, se producen bajo el principio de buena fe y confianza legítima, sin pretensión de obviar el procedimiento de publicidad, igualdad y libre concurrencia”.

6. Con fecha 18 de noviembre de 2022, el Secretario General del Ayuntamiento de Avilés emite informe de conformidad con lo dispuesto en “el artículo 3.3.d).3.º del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el Régimen Jurídico de los Funcionarios de la Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, que dispone que la función de asesoramiento legal preceptivo comprende la emisión de informe previo en los procedimientos de revisión de oficio de actos de la entidad local, a excepción de los actos de naturaleza tributaria”.

Tras precisar que “la citada disposición, en el apartado 4 del mismo precepto, dispone que la emisión del informe del Secretario podrá consistir en una nota de conformidad en relación con los informes que hayan sido emitidos por los servicios del propio Ayuntamiento y que figuren como informes jurídicos en el expediente (...), se conforma el informe jurídico” emitido por la Instructora del procedimiento con fecha 17 de noviembre de 2022.

7. Mediante Decreto de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés de 23 de noviembre de 2022, se acuerda solicitar el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias y la suspensión del cómputo del plazo para resolver el procedimiento y notificar su resolución, al amparo de lo previsto en el artículo 22 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, “por el tiempo que medie entre la emisión de la presente resolución y la recepción del dictamen solicitado”.

Consta en el expediente su notificación a la mercantil interesada, que acusa recibo de la misma el día 24 de noviembre de 2022.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 1 de diciembre de 2022, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva en el procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones relativas al contrato del servicio de comedores en escuelas infantiles municipales durante los meses de septiembre, octubre y tres días de noviembre de 2022.

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

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las

Administraciones Públicas (en adelante LPAC), el Ayuntamiento de Avilés se halla debidamente legitimado como autor de las actuaciones cuya declaración de nulidad es objeto de este procedimiento de revisión de oficio.

TERCERA.- En cuanto al plazo para proceder a la revisión de oficio, el artículo 106.1 de la LPAC dispone que las "Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (...), declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1".

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

En el presente caso se han observado los trámites esenciales del procedimiento, puesto que se ha dado audiencia y vista del expediente a la mercantil interesada, se ha adoptado una resolución de iniciación y se ha elaborado una propuesta de resolución que responde a la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 35.1.b) de la LPAC. Asimismo, consta la conformidad por parte del Secretario General municipal con relación al informe jurídico emitido por la instructora del procedimiento en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.3.d).4.º del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el

Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional.

Sin embargo, reparamos en que no se ha incorporado al expediente remitido el informe de la Intervención, *ex* artículo 28.2.e) del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el Régimen Jurídico del Control Interno en las Entidades del Sector Público Local. En estas condiciones debemos insistir en que, si bien en supuestos similares sobre actuaciones y vicios idénticos en los que se ha pronunciado este Consejo Consultivo el criterio manifestado por la Intervención ha sido favorable a la revisión de oficio, nos encontramos ante un expediente de contratación en el que se esgrime la omisión del procedimiento legalmente establecido y, por consiguiente, también la función interventora del correspondiente expediente de gasto, y tratándose de expedientes de revisión de oficio de contrataciones irregulares resulta especialmente relevante conocer el criterio de la Intervención a los efectos de acreditar, entre otros extremos, el ajuste a precios de mercado y la realidad de las prestaciones que subyacen en la actuación que se revisa. Por ello, en caso de estimarse procedente la revisión de oficio, en el trámite de liquidación debe existir un pronunciamiento de la Intervención sobre estos extremos, como ya hemos manifestado en ocasiones anteriores a la autoridad consultante (por todas, Dictamen Núm. 291/2020). Y, de no estimarse procedente la revisión de oficio, habrá de procederse en todo caso a la fiscalización del gasto.

Sobre la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio de los actos de adjudicación de contratos del sector público, el artículo 41.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), manteniendo el criterio establecido para la revisión de oficio de los actos de las entidades locales en el artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, dispone que "serán competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos a que se refieren

los apartados anteriores el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública”. En este caso, resulta competente la Alcaldía atendiendo a lo establecido en la disposición adicional segunda de la LCSP, aplicable al presente supuesto, a cuyo tenor “Corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos (...) de servicios (...) cuando su valor estimado no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, eventuales prórrogas incluidas siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada”.

Por último, con arreglo a lo previsto en el artículo 106.5 de la LPAC, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán resolverse en el plazo de seis meses desde su inicio, transcurridos los cuales sin dictarse resolución, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá su caducidad. Incoado el que analizamos por Decreto de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés de 10 de noviembre de 2022, es evidente que dicho plazo no ha transcurrido aún; operando además la suspensión del procedimiento hasta la emisión de dictamen por este Consejo acordada por Decreto de la Alcaldía de 23 de noviembre de 2022, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC. En todo caso, se advierte a la Administración consultante que el Tribunal Supremo ha resuelto que la fecha que debe considerarse para apreciar esa caducidad es aquella en la que se dicta la resolución que pone fin al procedimiento y no la de su notificación (Sentencia de 12 de marzo de 2020 -ECLI:ES:TS:2020:866-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

QUINTA.- Entrando en el fondo del asunto, para la correcta valoración del supuesto que analizamos debemos partir de una consideración de tipo general, y es que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título V de la LPAC, constituye un procedimiento excepcional, puesto que este instrumento sitúa a la

Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, sin intervención judicial y en cualquier momento, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad.

En el presente supuesto, se somete a dictamen un procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones contractuales que posibilitaron la continuación de la prestación del servicio de comedores en escuelas infantiles municipales de Avilés durante los meses de septiembre, octubre y “tres días” del mes de noviembre de 2022 -que, presumimos, corresponden a los días 1, 2 y 3 de ese mes dado que, según se informa, la formalización del actual contrato tuvo lugar el día 4-, por parte de la misma empresa y en idénticas condiciones a las que se venía haciendo una vez llegado el vencimiento del plazo máximo de duración del contrato en su día suscrito (que, en apariencia, no se prorrogó), 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 Decreto de la Alcaldesa de Avilés de 10 de noviembre de 2022, proponiendo la Instructora del mismo la declaración de nulidad de “las actuaciones revisadas” al haberse realizado “prescindiendo del procedimiento de contratación legalmente establecido”, y descartando expresamente cualquier pretensión de soslayar las normas sobre publicidad, igualdad y libre concurrencia.

Sentado lo anterior, y con carácter previo al análisis del fondo del asunto, debemos ahondar en la procedencia o no del procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones contractuales que ahora se examinan.

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).

Asimismo, el Alto Tribunal ha asumido con frecuencia la procedencia de la previa declaración de nulidad en diversos supuestos de contratación irregular, incluidos los encargos verbales, habiendo señalado 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.

Por su parte, los órganos consultivos autonómicos han mantenido también diferencias de criterio, aceptando mayoritariamente la vía de la revisión de oficio cuando han examinado expedientes de contratación irregular (entre otros, Dictamen 270/2002 del Consejo Consultivo de Andalucía, Dictamen 92/18 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 manifiestas 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, 298/2022 y 302/2022). No puede obviarse que las reglas del procedimiento de contratación pública operan como garantía de unas concretas finalidades -preservar la concurrencia en condiciones de igualdad-, por lo que la quiebra de los requisitos de publicidad o de los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda merece una tacha de nulidad radical. Así pues, desde este órgano consultivo se procura una interpretación estricta de las causas legales de nulidad, evitando su hipertrofia, puesto que en la calificación de los vicios de los actos administrativos la anulabilidad es la regla y la nulidad la excepción.

Sentado lo anterior, procede elucidar si en el caso que ahora examinamos es preciso acudir al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos, o si la extensión de este cauce procedimental a las actuaciones aquí controvertidas implicaría forzarlo de forma improcedente extendiéndolo más allá del estricto margen al que ha de ceñirse, dado su carácter excepcional. Al respecto este Consejo entiende, como ha venido haciendo hasta el presente, como postulado general, que para depurar supuestos de contratación irregular en los que concurren causas de nulidad patentes la vía que procede es la de la revisión de oficio; posición que obedece al mandato expreso de la LCSP y al carácter de orden público de la nulidad radical y la subsiguiente obligación legal de la Administración de proceder a su declaración.

En 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”.

Ahora bien, 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 no se suscita, como en otros expedientes sometidos recientemente a nuestra consideración (por todos, Dictamen Núm. 302/2022), discusión acerca de la existencia de la actuación de contratación cuya revisión se insta, pues el propio Servicio competente declara que existió solicitud expresa sobre la continuidad de la prestación, y aceptación también inequívoca por parte de la empresa.

Sentado lo anterior, procede entonces abordar con detenimiento 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 adjudicado el 27 de octubre de 2021 por el Ayuntamiento de Avilés a la mercantil interesada, cuyo objeto es el “servicio de cocina de las escuelas de titularidad municipal del Primer Ciclo de Educación Infantil del Ayuntamiento de Avilés reservado a centros especiales de empleo de iniciativa social o empresas de inserción”. Si bien la Administración municipal no ha incorporado al presente procedimiento los antecedentes de este contrato, atendiendo a la duración del contrato vigente expresada en su Decreto de adjudicación de 29 de septiembre de 2022 (en el que se indica que su “duración inicial” abarca los cursos escolares 2022/2023 y 2023/2024), puede razonablemente presumirse que el contrato vencido tenía como objeto la prestación del servicio durante el curso escolar

2021/2022, careciendo de datos adicionales sobre la posibilidad de haber llevado a cabo una eventual prórroga que, evidentemente, no habría tenido lugar.

La documentación obrante en el expediente permite concluir que la apertura del nuevo expediente de licitación tuvo lugar el 14 de marzo de 2022 y, formalmente, el inicio de la licitación (efectuado por Resolución de 23 de agosto de 2022, según consta en el Decreto de adjudicación de 29 de septiembre de 2022) fue anterior al inicio del curso escolar 2022/2023, que se produjo el día 1 de septiembre de 2022 (según Resolución de 5 de abril de 2022, de la Consejería de Educación, por la que se aprueba el Calendario Escolar para el curso 2022-2023 y las instrucciones necesarias para su aplicación), lapso temporal que evidencia la clara voluntad municipal de concluir el procedimiento de contratación necesario para seleccionar un nuevo contratista y de esta forma garantizar la concurrencia en la prestación del servicio. En este sentido, consta en el expediente que el día 29 de septiembre de 2022 la Administración ya había seleccionado a la misma empresa como adjudicataria, formalizándose la nueva contratación el 4 de noviembre de 2022.

En las facturas emitidas por la mercantil interesada los días 3 de octubre y 7 de noviembre de 2022, origen del procedimiento que ahora nos ocupa, el concepto facturado se corresponde con el de "servicio de cocina de escuelas de titularidad municipal de Primer Ciclo de Educación Infantil" para los meses de septiembre y octubre (con tres días adicionales del mes de noviembre) de 2022. Tal y como se ha reflejado en los antecedentes, el informe emitido por el centro gestor (la Sección de Educación) explica que "finalizado el contrato del servicio" precedente sin haber concluido el procedimiento de licitación del nuevo, y considerando la condición de "servicio público esencial para la conciliación de la vida laboral y familiar de la ciudadanía de Avilés que no puede interrumpirse sin causar graves perjuicios al interés público, se solicitó" a la misma entidad prestadora (y "actual adjudicataria del servicio") la continuidad en tal posición "en las mismas condiciones (...) y por el tiempo estrictamente indispensable hasta que se produzca la adjudicación y formalización del nuevo contrato administrativo en tramitación". A mayor abundamiento, se explicita la falta de

“intención” de ejecutar el servicio sin amparo contractual, precisando que “la apertura del nuevo expediente de licitación” tuvo lugar “el 14 de marzo de 2022” -si bien en el Decreto de adjudicación de la nueva contratación consta que la aprobación e inicio del expediente de licitación tuvo lugar “por Resolución de la Alcaldía” de 23 de agosto-.

Lo expuesto permite acreditar suficientemente que la Administración municipal ha podido garantizar la continuidad en la prestación de un servicio que el Decreto de inicio del procedimiento de revisión de oficio califica como “esencial”, 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 que se ya se había puesto en marcha de selección de un nuevo contratista, que resultó ser la misma mercantil. A nuestro juicio, 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 los datos disponibles permiten inferir que el anuncio de licitación del nuevo contrato se habría publicado con posterioridad al vencimiento del plazo máximo de duración del contrato anterior -pues, tomando como referencia el vigente, la duración del predecesor habría concluido con el curso escolar 2021/2022, esto es, el día 30 de junio de 2022, de conformidad con la Resolución de 5 de mayo de 2021, de

la Consejería de Educación, por la que se aprueba el calendario escolar para el curso 2021-2022 y las instrucciones necesarias para su aplicación-, 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 la misma contratista. Resulta evidente la existencia de una continuidad en la prestación, con identidad de sujetos y objeto, que por otra parte permite la asimilación de la actuación carente de cobertura contractual a una eventual prórroga, cuya viabilidad no cabe rechazar a la vista de los elementos de juicio disponibles.

Por tanto, tal y como advertimos en el Dictamen Núm. 298/2022, 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", contribuyendo las circunstancias concurrentes relativas a la continuidad de la prestación entre los dos contratos y el servicio y tiempo durante el que se desarrolla a atemperar la rigidez del cumplimiento de los plazos previstos en la normativa de contratación.

Ciertamente, si bien la demora de la Administración en publicar el anuncio de licitación constituye una infracción de la normativa de contratación pública, que además proscribía 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 competencia cuando la Administración se retrasa por razones atendibles y promueve la competencia ya antes del momento en el que se procede a la prórroga irregular. Debe también

considerarse que además, al menos indiciariamente, este contrato de servicios admitiría legalmente una duración comprensiva del tiempo de la prórroga irregular, al poder extenderse por otro curso escolar, aunque en este caso desconozcamos si los pliegos lo contemplaban 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 la contratista estaba obligada a continuar en su ejecución hasta la formalización del nuevo contrato 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 29.040,90 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. 212/2020). 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 pudieran 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 revisar de oficio las actuaciones relativas al contrato del servicio de comedores en escuelas infantiles municipales del Ayuntamiento de Avilés durante los meses de septiembre, octubre y tres días de noviembre de 2022.”

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE AVILÉS.