

Dictamen Núm. 79/2023

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 30 de marzo 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 Oviedo de 14 de febrero de 2023 -registrada de entrada el día 15 del mismo mes-, examina el expediente de revisión de oficio de las actuaciones de adjudicación de los servicios de limpieza y conserjería de los edificios, dependencias e instalaciones municipales en el período comprendido entre el 1 de junio y el 31 de diciembre de 2022.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 15 de septiembre de 2022, la Adjunta al Jefe de Servicio para Edificios y Patrimonio del Ayuntamiento de Oviedo libra un informe en el que señala que por acuerdo de la “Junta de Gobierno de fecha 25-09-2015 se adjudicó definitivamente el contrato del servicio de limpieza y conserjería de los edificios, dependencias e instalaciones municipales (...), produciéndose el inicio del citado servicio el 01-12-2015 y siendo el plazo de ejecución de cuatro años, prorrogable en dos años más, por lo que el referido contrato finalizó el 30 de

noviembre de 2021./ En Junta de Gobierno celebrada el 29 de noviembre de 2021 se acordó, por razones de interés público, `la continuidad en la prestación del servicio (...) en los mismos términos contractuales vigentes, desde el 1 de diciembre de 2021 y hasta la fecha de entrada en vigor del nuevo contrato, que se estima en 6 meses desde el 1 de diciembre, sin perjuicio de que, una vez alcanzada dicha fecha, se adopten los acuerdos precisos que den cobertura al servicio si no estuviera aún en plena ejecución (...)´. A día de hoy el nuevo contrato de limpieza y conserjería se encuentra en proceso de licitación, estimando que pueda estar adjudicado antes del próximo 1 de noviembre./ En concordancia con el referido acuerdo, en su día se habilitaron los créditos necesarios correspondientes a los meses de diciembre de 2021 a mayo de 2022 (ambos incluidos) (...). Desde el 1 de junio del presente año hasta la fecha la prestación del servicio sigue realizándose en los mismos términos contractuales referidos en el mencionado acuerdo (...), por lo que resulta necesario proceder al pago de dichos servicios mediante la tramitación y aprobación de la facturación pendiente desde el 01-06-22 en adelante”.

2. El día 7 de octubre de 2022, la Adjunta a la Jefa de la Oficina Presupuestaria, la Jefa de Servicio de la Oficina Presupuestaria y el Concejal de Gobierno de Economía y Transformación Digital del Ayuntamiento de Oviedo suscriben una memoria en la que expresan que “en este momento se hallan pendientes de tramitación y pago 27 facturas (...) por importe total de 846.715,46 €, por el concepto de trabajos de limpieza y servicios de conserjería para edificios municipales, período del 1 de junio al 31 de julio de 2022 (ambos inclusive)./ El gasto no ha sido aprobado de acuerdo con el procedimiento establecido; sin embargo, teniendo en cuenta que consta en el expediente informe del Servicio explicativo de la necesidad del mismo y sin que se aprecie vulneración del principio de buena fe por parte del acreedor, se propone continuar con la tramitación del presente expediente de reconocimiento extrajudicial de obligaciones y, en su caso, del correspondiente procedimiento de revisión de oficio”.

3. Con fecha 25 de octubre de 2022, el Interventor General emite un informe de omisión de la función interventora en el que pone de relieve que la prestación del servicio se ha realizado “obviando el acuerdo del órgano de contratación y el trámite de fiscalización previa al mismo, por lo que, conforme al artículo 28.1 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 los supuestos en los que, con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se conozca y resuelva dicha omisión en los términos previstos en este artículo”.

Asimismo, entiende que “no procede en este caso acudir directamente a la vía del reconocimiento extrajudicial de créditos, puesto que en la tramitación seguida se aprecia la posible concurrencia de un supuesto de nulidad radical conforme al apartado 1 del artículo 39 de la LCSP, que determinaría la nulidad del contrato./ Por tanto (...), y conforme a lo previsto en el artículo 106 de la Ley 39/2015, procede que se inicie el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal”.

4. Mediante Acuerdo adoptado en sesión celebrada el 17 de noviembre de 2022, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo aprueba la propuesta de incoación del procedimiento de revisión de oficio, haciendo constar que “a la fecha de adopción del presente acuerdo el servicio se sigue prestando sin que el nuevo contrato haya sido adjudicado todavía al objeto, en su caso, de que las facturas que puedan emitirse con posterioridad a las recogidas en la declaración de nulidad y relativas al mismo servicio pudieran quedar amparadas por este procedimiento de revisión”.

El citado acuerdo es notificado a la empresa prestadora del servicio concediéndole audiencia por un plazo de diez días.

5. El día 13 de diciembre de 2022, el representante de la contratista presenta un escrito de alegaciones en el registro municipal en el que solicita que se “acuerde la anulación de la adjudicación verbal producida con efectos al 1 de junio de 2022 (...) y declare el derecho de dicha sociedad a ser compensada o indemnizada por el valor de los servicios de limpieza y conserjería ejecutados”.

En cuanto al coste de los servicios, refiere “la insuficiencia económica del precio pactado en 2015 para sufragar el coste del servicio actual”, pese a lo cual se ha “convenido en mantener la facturación, sin perjuicio de (...) proceder posteriormente a una compensación de las pérdidas acaecidas en dicho período”.

Entiende, respecto a la “procedencia e inclusión en el *quantum* indemnizatorio de un porcentaje de gastos generales y de beneficio industrial”, que “su no incorporación a los cálculos supondría un enriquecimiento injusto para el Ayuntamiento de Oviedo, pues se trata de costes inherentes a cualquier servicio que hubiera podido contratarse en sustitución del prestado (...) e implicaría un ahorro improcedente para el Consistorio”. Señala que “diferentes resoluciones judiciales amparan la inclusión de estas partidas en los cálculos de la contratista en situaciones similares a la actual, en las que la falta de previsión del propio Ayuntamiento ha sido el motivo fundamental que ha impedido que el servicio pueda estar ejecutándose dentro del marco legal de un contrato administrativo (...). Por lo que se refiere al porcentaje aplicado en ambas partidas, se ha tenido en cuenta el estudio de los costes económicos para la nueva licitación incorporado como anexo A y B del informe de necesidades administrativas a satisfacer”, indicando por último que “a la indemnización finalmente aplicada correspondería aplicar los intereses de demora, tal y como reconoce la sentencia (...) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2016”.

6. Con fecha 11 de enero de 2023, la Adjunta al Jefe de Servicio para Edificios y Patrimonio libra un informe-propuesta en el que indica que a esa fecha “ya se ha formalizado la nueva contratación de las prestaciones que son objeto del

procedimiento de revisión de oficio, con efectos a partir del día 1 de enero de 2023. Con lo cual se puede determinar que el período al que se extiende la contratación verbal abarca desde el día 1 de junio de 2022 hasta el día 31 de diciembre de 2022”.

Por otra parte, señala que “no es este el momento en el que se pueda proceder a la cuantificación de los costes realmente soportados por la contratista con motivo de su continuidad en la realización de trabajos de limpieza y servicios de conserjería para edificios municipales (...). Y por más que, por razones de economía procesal y de eficacia, pueda resultar loable acumular y/o simultanear la liquidación del contrato con el procedimiento para su revisión de oficio, en este caso no es posible si se tiene en cuenta que a la fecha del inicial acuerdo de revisión aún se ignoraba cuándo entrarían en vigor las nuevas contrataciones (...). Circunstancia que se refuerza ahora más tras la Sentencia (...) del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de 14 de diciembre de 2022, que anula el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 29 de noviembre de 2021, por el que se dispuso la continuidad en la prestación de estos servicios en los términos contractuales vigentes, por razones de interés público. La eventual firmeza de dicha sentencia determinará la obligación de dar curso al procedimiento de liquidación también del período amparado por el acuerdo anulado./ Y será en los subsiguientes procedimientos contradictorios de liquidación de la continuidad y de la posterior contratación verbal en los que se habrán de acreditar, cuantificar y determinar los costes realmente soportados, indemnización que pudiera proceder y conceptos a incluir en la misma. En su caso si se han de considerar o adicionar importes en concepto de daños y perjuicios, gastos generales o beneficio industrial, así como la cuantía y el tipo de interés que finalmente corresponda aplicar. Todo ello de conformidad con las disposiciones legales, así como la doctrina de los tribunales de justicia y de los órganos consultivos en materia de contratación administrativa”.

Propone remitir el expediente al Consejo Consultivo, significando que “por la solicitud de dictamen (...) se suspende el plazo para resolver”, notificar el acuerdo a la empresa y solicitar informe a la Asesoría Jurídica municipal.

7. El día 13 de enero de 2023, la Directora General de la Asesoría Jurídica suscribe un informe en el que aprecia “la concurrencia de un supuesto de nulidad radical conforme al art 47.1.e) de la Ley 39/2015”, según el cual “son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (...). Por ello, una vez desistido del expediente de reconocimiento extrajudicial de créditos (...) e informado por esta Asesoría Jurídica el expediente, debe continuarse el procedimiento de revisión de oficio de los contratos verbales de los que se deriven las facturas indicadas (...), siendo objeto de liquidación posterior una vez firme”.

8. En sesión celebrada el 26 de enero de 2023, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo acuerda contestar al escrito de alegaciones de la empresa, solicitar el preceptivo dictamen al Consejo Consultivo y notificar el acuerdo a la mercantil interesada indicándole que “por la solicitud del dictamen (...) se suspende el plazo para resolver, de conformidad y en los términos que se establecen en el artículo 22.1.d) de la (...) Ley 39/2015, de 1 de octubre”.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 14 de febrero de 2023, esa Alcaldía 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 de los servicios de limpieza y conserjería de los edificios, dependencias e instalaciones municipales en el período comprendido entre el 1 de junio y el 31 de diciembre de 2022, objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin el enlace para acceder electrónicamente al mismo.

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 l), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra l), 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 Oviedo, 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 Oviedo 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.

Al procedimiento de revisión de oficio se ha incorporado el informe emitido por la Oficina Presupuestaria, y el exigido a la Intervención Municipal en aplicación de lo dispuesto en el artículo 28.2 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.

Respecto al preceptivo informe de Secretaría previsto 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 Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, obra en el expediente un informe de la Directora General de la Asesoría Jurídica municipal que, entendemos, ha sido emitido al amparo y de conformidad con lo establecido para los Municipios de Gran Población en la disposición adicional cuarta del referido Real Decreto, dando satisfacción de esta manera a las exigencias legales.

Advertimos, no obstante, que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la mercantil interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 21.4 de la LPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

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 el caso examinado, dado que se persigue la nulidad de un contrato concertado verbalmente en un municipio de gran población, hemos de entender que el órgano competente para decidir la revisión de oficio es la Junta de Gobierno Local, por ser este el órgano al que habría correspondido la competencia para celebrarlo de conformidad con lo establecido en la disposición adicional segunda, apartado 4, de la LCSP, a cuyo tenor en “los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las competencias del órgano de contratación que se describen en los apartados anteriores se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo”.

Finalmente, en cuanto al plazo máximo para resolver el procedimiento, procede señalar que, 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 Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de 17 de noviembre de 2022, a la fecha de emisión del presente dictamen dicho plazo no ha transcurrido aún, puesto que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, la Junta de Gobierno Local decidió su suspensión con motivo de la solicitud del dictamen, lo que tuvo lugar el día 14 de febrero de 2023. Por otra parte, se advierte al respecto que el Tribunal Supremo ha resuelto que la fecha que debe

considerarse para apreciar la eventual caducidad es aquella en 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 este caso, se somete a dictamen un procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación de los servicios de limpieza y conserjería de los edificios, dependencias e instalaciones municipales en el período comprendido entre 1 de junio y el 31 de diciembre de 2022, ya que el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 29 de noviembre de 2021, por el que se había ordenado inicialmente la continuidad de la prestación durante el plazo de 6 meses, que se extendía desde el 1 de diciembre de 2021 -el contrato regularmente adjudicado expiraba el 30 de noviembre de 2021- hasta el 31 de mayo de 2022, fue declarado nulo por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de Oviedo de 14 de diciembre de 2022.

El procedimiento revisor se inicia por Acuerdo del órgano de contratación, una vez constatada la prestación del servicio sin la debida cobertura contractual y tras haber presentado la empresa las correspondientes facturas.

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 307/2022, una posición uniforme ni entre los órganos consultivos ni en la jurisprudencia. Tal como hemos señalado en la Memoria de este Consejo correspondiente a 2022, en el apartado relativo a Selección de Doctrina, dedicado a la revisión de oficio de actuaciones contractuales irregulares, "El Consejo Consultivo mantiene, con carácter general y sin perjuicio del análisis particular de cada expediente, que procede la declaración de nulidad ante omisiones claras de procedimiento que erosionan los principios de la contratación pública, en particular, la libre concurrencia, pero la rechaza en los supuestos en que la infracción procedimental no es patente u ostensible ni menoscaba los principios que presiden la contratación del sector público. En el entendido de que 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. De este modo, el Consejo 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". De ahí que este Consejo haya 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, 270/2022 y 297/2022) 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. 53/2019, 298/2022 y 302/2022).

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 concurran causas patentes y notorias de nulidad la vía que procede es la de la revisión de oficio. Posición que obedece al mandato expreso de la LCSP y al carácter de orden público de la nulidad radical y la subsiguiente obligación legal de la Administración de proceder a su declaración.

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 las actuaciones contractuales que pretenden revisarse -el encargo verbal e informal de proseguir con la prestación del servicio de limpieza y conserjería por la misma empresa que había resultado adjudicataria de un contrato ya finalizado- han sido acordadas sin atender a las formalidades establecidas por la normativa de contratación pública. Y lo han sido, además, tras una prórroga del contrato cuya nulidad ya ha sido declarada por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de Oviedo de 14 de diciembre de 2022. En este contexto, el negocio contraído de espaldas a las exigencias esenciales del procedimiento de contratación no deja de revestir una apariencia de legalidad que es preciso destruir, 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, y dejando al margen otros mecanismos de depuración de la contratación irregular que suscitan sus propios reparos (como el reconocimiento extrajudicial de créditos o la vía de la responsabilidad patrimonial, a los que nos hemos referido en ocasiones anteriores, así en los Dictámenes Núm. 7/2022 o 302/2022), procede ahondar en el caso examinado 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 (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”. Y en este sentido nos hemos pronunciado en los Dictámenes Núm. 298/2022, 302/2022, 17/2023 y 54/2023, supuestos en los que la prestación contractual se prolongó en los mismos términos que la inicial y en los que no apreciamos una infracción del principio de concurrencia, entre otras circunstancias, porque la extensión

del vínculo contractual no resultaba excesiva ni desproporcionada y, además, la Administración ya había iniciado la tramitación del correspondiente procedimiento de contratación en un tiempo razonable.

Ahora bien, debemos insistir en que la posible depuración de las contrataciones irregulares a través de la vía de la responsabilidad contractual no obsta para 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 plazo contractual y de las reglas procedimentales que rigen la contratación pública.

En el caso examinado, la nulidad que se persigue 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 (entre otros, Dictámenes Núm. 29/2018, 276/2018 y 270/2022), 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. Como hemos señalado en anteriores ocasiones (entre otros, Dictámenes Núm. 298/2022 y 302/2022), “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 circunstancias tales como la admisión por el contrato extinguido de una duración “comprensiva del tiempo de la prórroga irregular”.

En el caso que nos ocupa, los elementos de juicio presentes impiden apreciar la existencia de los criterios expuestos. Así, los antecedentes descritos evidencian que el contrato celebrado en legal forma para atender la prestación de los servicios finalizó el 30 de noviembre de 2021, sin que se hubiera puesto en marcha el procedimiento de licitación para la adjudicación del nuevo contrato. Asimismo, el Acuerdo inicial de la Junta de Gobierno Local de 29 de noviembre de 2021, por el que se acordaba la continuidad del contrato por razones de interés público y por una duración de 6 meses, tiempo que el Ayuntamiento estimaba suficiente para tramitar el correspondiente procedimiento de licitación, fue declarado nulo por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de Oviedo de 14 de diciembre de 2022, lo que significa que el primer período de prolongación del contrato (desde el 1 de diciembre de 2021 hasta el 31 de mayo de 2022) fue anulado judicialmente; y, sin embargo, este continuó prestándose de forma irregular entre el día 1 de junio y el 31 de diciembre de 2022, por un importe que excede los 846.715,46 €, siendo la actuación administrativa referida a este período la que es objeto de revisión de oficio en el procedimiento que ahora dictaminamos.

En estas condiciones resulta correcto estimar, tal y como sostiene la Administración consultante, que ha existido una adjudicación huérfana de cualquiera de los procedimientos previstos al efecto en la LCSP, que se ha prolongado, en total, durante trece meses, 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 entidad local 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, conforme al cual son nulos de pleno derecho los actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”, y sin que se aprecie en el caso examinado la concurrencia de los límites a las facultades revisoras que consagra el artículo 110 de dicha Ley.

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 el caso de que se trata, la liquidación de la prestación de servicios pretende diferirse, según se expresa en la propuesta de resolución, a un posterior procedimiento contradictorio en el que se considerará la procedencia del abono de las cantidades correspondientes “en concepto de daños y perjuicios, gastos generales o beneficio industrial, así como la cuantía y el tipo de interés que finalmente corresponda aplicar”. Sin que proceda formular objeción alguna a tal forma de actuar, debemos recordar el criterio que

venimos manteniendo en este tipo de procedimientos y que se recoge en la Memoria de este Consejo de 2022, en el apartado relativo a Selección de Doctrina, al señalar, en cuanto a “los efectos que deben seguirse de la declaración de nulidad”, que el Consejo Consultivo, “de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 12 de diciembre de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:8362- y 21 de diciembre de 2021 -ECLI:ES:TS:2021:4932-) considera adecuado el pago del importe de las facturas sin detracción del beneficio industrial, siempre que no se aprecie en ninguna de las partes el propósito de sustraer interesadamente el negocio a la libre concurrencia. Asimismo, el Consejo, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, considera improcedente el abono de los 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 (Sentencia de 28 de mayo de 2020 -ECLI:ES:TS:2020:1371-, dictada en el contexto de contrataciones irregulares de servicios convalidadas)”. Tal como se razona en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 22 de febrero de 2023 -ECLI:ES:TSJAS:2023:442- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), el Tribunal Supremo ha estimado el carácter de indemnización -y no de precio- de lo que haya de abonarse por obras o servicios que ya no encuentran amparo en una relación contractual (Sentencia de 13 de junio 2022 -ECLI:ES:TS:2022:2426-), por lo que “sólo de haberse mantenido la eficacia del contrato” procedería el abono de intereses de demora, que no caben cuando lo que se fija es “una indemnización en favor del contratista con expreso fundamento en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto de la Administración”.

Por último, debemos 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. 17/2023). Al respecto, procede advertir sobre la conveniencia de dar un adecuado cumplimiento a la exigencia legal de programar la actividad de contratación

pública establecida en el artículo 28.4 de la LCSP, con el fin de evitar la reiteración de contrataciones irregulares, pero previsibles, por falta de una correcta 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).

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 de los servicios de limpieza y conserjería de los edificios, dependencias e instalaciones municipales en el período comprendido entre el 1 de junio y el 31 de diciembre de 2022.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.