Dictamen Núm. 103/2023

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 4 de mayo de 2023, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

"El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 10 de abril de 2023 -registrada de entrada el día 14 del mismo mes-, examina el expediente relativo al procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones de adjudicación del contrato del servicio de limpieza de la Unidad Docente Multiprofesional de Atención Familiar y Comunitaria de Asturias por el período comprendido entre el 16 de febrero de 2021 y el 19 de octubre de 2022.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de 3 de febrero de 2023, el Consejero de Salud acuerda "iniciar el procedimiento de revisión de oficio del acto presunto de preparación y adjudicación del contrato correspondiente al `servicio de limpieza de la Unidad Docente Multiprofesional de Atención Familiar y Comunitaria de Asturias´", así como nombrar instructora del procedimiento y ordenar la apertura de un trámite de alegaciones de 10 días.

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

a) Informe emitido el día 3 de noviembre de 2022 por el Jefe del Servicio de Transformación y Gestión del Conocimiento de la Consejería de Salud. En él indica que la Unidad Docente Multiprofesional de Atención Familiar y Comunitaria -adscrita en la actualidad al Servicio de Transformación y Gestión del Conocimiento de la Consejería de Salud- dependía orgánica y funcionalmente del Área de Formación existente en la Dirección de Atención Sanitaria del Servicio de Salud del Principado de Asturias hasta el año 2011, y que las dependencias de la misma se ubican desde el año 2009 en los espacios físicos (aulas y oficinas) del área docente del Centro de Salud de La Fresneda, en un edificio adscrito a la Gerencia del Área Sanitaria IV, y precisa que la limpieza de estas dependencias figuraba incluida en el contrato general de limpieza de los Servicios Centrales del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Señala que estando próxima la finalización del contrato del servicio de limpieza de los Servicios Centrales del Servicio de Salud del Principado de Asturias, se procedió a finales de 2020 a tramitar un nuevo contrato, y que el objeto del mismo no contemplaba las dependencias de la Unidad Docente. Esta circunstancia llevaba aparejada, como consecuencia inevitable, que desde el mismo momento en que se produjera la vigencia del nuevo contrato dichos locales se verían privados del imprescindible servicio de limpieza, a pesar de que en los mismos continuaba prestando servicios, sin posibilidad de desplazamiento a otras instalaciones, el personal de la Unidad Docente.

Puesta la situación en conocimiento del Servicio de Transformación y Gestión del Conocimiento, se advierte la inexistencia en el presupuesto de la Consejería de Salud de asignación que permitiera tramitar un nuevo contrato y asumir de forma inmediata el servicio de limpieza de las referidas dependencias.

Inicialmente, la Gerencia del Área Sanitaria IV se mostró dispuesta a realizar las gestiones necesarias para incluir en el nuevo contrato esos locales y

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

propuso la modificación del ya adjudicado. No obstante, el Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias emite, con fecha 7 de abril de 2021, informe desfavorable con el argumento de que la citada Unidad Docente no se encuentra adscrita al Área Sanitaria.

A la vista de ello, el Servicio de Transformación y Gestión del Conocimiento procede al inicio de la contratación del servicio de limpieza de las dependencias de la Unidad Docente, que ha de comenzar con la apertura y dotación del imprescindible concepto presupuestario que posibilite la licitación del servicio, para lo cual redacta con fecha 18 de octubre de 2021 la correspondiente memoria o documento de necesidades previas y de prescripciones técnicas. El 11 de noviembre de 2021 se realiza el encargo para iniciar la fase de preparación, licitación y adjudicación del contrato y, licitado el servicio el 19 de abril de 2022, se adjudica con fecha 4 de octubre de 2022, iniciándose la prestación del servicio de limpieza el 20 de octubre de 2022.

Señala que a lo largo del período transcurrido entre el 16 de febrero de 2021 y el 19 de octubre de 2022 #reclamante#, la empresa adjudicataria del nuevo contrato del servicio de limpieza de los Servicios Centrales del Servicio de Salud del Principado de Asturias estuvo realizando estos trabajos, y facturó por ello un total de 59.281,57 euros, IVA incluido, a razón de 2.947,44 euros mensuales, por lo que solicita "se inicien los trámites necesarios para proceder al pago de las facturas emitidas por la mercantil".

b) Propuesta de resolución de "reconocimiento extrajudicial de crédito y autorización, disposición y reconocimiento de la obligación a favor de la empresa (…) por enriquecimiento injusto o sin causa", suscrita el 10 de noviembre de 2022 por la Directora General de Calidad, Transformación y Gestión del Conocimiento.

c) Informe de fiscalización previa emitido por la Interventora Delegada el 16 de noviembre de 2022. En él se ponen de manifiesto diversos extremos: "Ausencia del procedimiento contractual regulado en la Ley de Contratos del Sector Público (…). Incumplimiento de lo previsto en el artículo 38 de la

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Resolución de 16 de mayo de 2005, de la Consejería de Economía y Administración Pública, por la que se aprueban las normas sobre gestión, tramitación y régimen de contabilidad en la ejecución del presupuesto de gastos (…). Incumplimiento de lo preceptuado en el artículo 56.1.a) del TRREPPA, que establece la obligada fiscalización previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir obligaciones de contenido económico (…). Incumplimiento del principio de anualidad presupuestaria, no siendo un gasto imputable al ejercicio 2022, conforme a lo dispuesto en los artículos 24.1 y 28.1 del TRREPPA, las facturas relacionadas correspondientes al ejercicio 2021".

Concluye que, "de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 70/2004, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General del Principado de Asturias procede someter el presente expediente de omisión al Consejo de Gobierno, previa comunicación a la Consejería competente en materia económica y presupuestaria, por conducto de la Intervención General".

d) Informe del Interventor General de 15 de diciembre de 2022. En él, tras señalar la imposibilidad de verificar que los servicios facturados responden a "idénticos importes a los contemplados en el contrato vigente hasta 2020", toda vez que -según se razona- hasta esa fecha "el abono se hacía de forma conjunta para todas las dependencias incluidas en el contrato", concluye que "se ha producido una omisión de la fiscalización previa, regulada en el artículo 16 del Decreto 70/2004, de 10 de septiembre (…). Teniendo en cuenta lo anterior, esta Intervención General considera que no procederá la convalidación por el Consejo de Gobierno de esta omisión de fiscalización previa si no se incorpora al expediente (…) la documentación que acredite que el precio de los servicios facturados se ajusta a los precios de mercado./ De no ser ello posible, será necesario acudir al procedimiento de revisión de actos en vía administrativa previsto en la Ley 39/2015 (…). Si la Consejería de la que procede este expediente decidiera someter lo actuado al Consejo de Gobierno,

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

deberá unir este informe a las actuaciones para que, si éste lo estima conveniente, proceda a la convalidación de las mismas en virtud de lo establecido en el artículo 16.3 del citado Decreto 70/2004".

e) Informe del Jefe del Servicio de Transformación y Gestión del Conocimiento, de 20 de diciembre de 2022, sobre ajuste de los servicios facturados por la mercantil interesada "a los precios de mercado".

f) Informe del Jefe del Servicio de Transformación y Gestión del Conocimiento, de 30 de enero de 2023, sobre el inicio del procedimiento de revisión de oficio de las referidas actuaciones con el fin de abonar a la empresa los servicios prestados.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

3. Notificada la resolución de inicio del procedimiento de revisión de oficio a la mercantil interesada, el día 7 de ese mismo mes esta presenta en el Registro Electrónico un escrito en el que manifiesta que no realizará "alegación alguna al respecto".

4. Mediante oficio de 7 de febrero de 2023, la Secretaria General Técnica de la Consejería de Salud solicita informe preceptivo al Servicio Jurídico del Principado de Asturias, de conformidad con lo previsto en el artículo 6.1.f) del Decreto 20/1997, de 20 de marzo, por el que se regula la Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Principado de Asturias.

5. Con fecha 24 de febrero de 2023, el Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias advierte, con referencia a lo razonado por el Consejo de Estado en los Dictámenes 606/2020 y 706/2021, que "la declaración de la nulidad de una adjudicación contractual formalmente inexistente puede resultar de compleja articulación en los casos en los que no hay rastro alguno de esos supuestos actos o decisiones por las que se encarga al contratista continuar con la prestación de un servicio. De esta forma, y dado el carácter excepcional de la revisión de oficio, sólo 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 acudirse 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". En esta misma línea, deja constancia de la existencia de "sentencias del Tribunal Supremo en las que se evidencia la exigencia de actos administrativos expresos, formalizados y firmes como condición de aplicabilidad del régimen de revisión de oficio", citando entre otras las Sentencias de 1 de julio de 1999 y 22 de octubre de 2021.

Respecto al caso examinado, señala que "lo que subyace (…) no es la revisión de un acto administrativo para eliminarlo del ordenamiento jurídico, sino amparar los pagos a que se refiere el mismo". En apoyo de esta afirmación, indica que "en estos supuestos son también numerosos los Consejos Consultivos que han negado la procedencia de la revisión de oficio ya que ello conlleva desvirtuar el concepto y la finalidad propios de la institución revisora, tal y como ha dictaminado, entre otros, el Consejo Consultivo de Canarias en (el) Dictamen 14/2021 al señalar" que "aquí la revisión de oficio se incardina en un procedimiento de convalidación de gasto para dar salida legal al pago debido al suministrador; se convierte así en un trámite más al servicio de tal procedimiento. No se revisa de oficio, propiamente, para eliminar del sistema jurídico unos actos viciados, sino para convalidar un contrato verbal, dotándolo de efectos amparados en la ley; y este objetivo se alcanza por el juego del artículo 42.1 de la LCSP, que sirve de broche de cierre de la operación de convalidación del gasto. Ese es el propósito claramente manifestado (…). El instituto de la revisión de oficio queda así desdibujado en su concepto y en su finalidad propios (…), es por ello que puede afirmarse que la descrita utilización podría constituir un supuesto fraude de ley".

A la vista de ello, considera que no procede que "el abono de las facturas correspondientes al servicio de limpieza de la Unidad Docente Multiprofesional de Atención Familiar y Comunitaria de Asturias desde el 16 de febrero de 2021 al 19 de octubre de 2022 se articule a través de un procedimiento de revisión de oficio ya que, por un lado, de los antecedentes no resulta un acto

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

`mínimamente formalizado´ cuya declaración de nulidad pueda servir de base a un pago y, por otro (…), porque acudir a la revisión de oficio en este supuesto conllevaría desnaturalizar su finalidad ya que lo realmente pretendido, a la vista de los antecedentes remitidos, es amparar los pagos de las facturas pendientes de abono y no remover del ordenamiento jurídico un acto afectado por un vicio de nulidad de pleno derecho, máxime cuando para amparar los citados pagos existe un cauce adecuado y expresamente previsto en el ámbito del Principado de Asturias, que es el de su convalidación por el Consejo de Gobierno en virtud de lo establecido en el artículo 16.3 del citado Decreto 70/2004".

En consecuencia, se "informa desfavorablemente el expediente de revisión de oficio del contrato correspondiente al servicio de limpieza de la Unidad Docente Multiprofesional de Atención Familiar y Comunitaria de Asturias".

6. El día 22 de marzo de 2023, la Instructora del procedimiento elabora propuesta de resolución en el sentido de declarar "la nulidad de oficio de los actos presuntos de preparación y adjudicación del contrato correspondiente al `servicio de limpieza de la Unidad Docente Multiprofesional de Atención Familiar y Comunitaria de Asturias´", y declarar "procedente la restitución de las prestaciones realizadas en el marco del contrato que se declara nulo y que, al no ser posible, se debe materializar en el pago de las facturas por los servicios prestados (…), por importe de 59.281,57 €, IVA incluido, sin que conste la causación de daños y perjuicios por ninguna de las partes".

En ella reseña la incidencia que tuvo la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 que, según expone, supuso una alteración en "el funcionamiento ordinario de los servicios públicos, especialmente en esta Consejería", e indica que "el tiempo indispensable que medió entre la finalización del contrato suscrito" por el Servicio de Salud del Principado de Asturias "y la formalización del contrato con la Consejería de Salud tuvo como consecuencia la necesidad de seguir prestando el citado servicio de limpieza, siendo este claramente necesario y fundamental para garantizar el funcionamiento de la Unidad

Docente Multiprofesional de Atención Familiar y Comunitaria de Asturias y, por ello, la formación de MIR y EIR".

Afirma que "la Administración ha recibido unas prestaciones y que existe una manifestación de voluntad coincidente entre la empresa y la Administración en relación con el contenido y objeto de las mismas, así como en el precio, de modo que existe un acto tácito o presunto que, a pesar de no haber sido formalizado, se manifiesta en la presentación de las facturas por la empresa y su aceptación por la Administración./ A ello se une que el contrato que daba soporte a la prestación con anterioridad era entre la misma empresa y el (Servicio de Salud del Principado de Asturias), ente adscrito a la Consejería de Salud, y el objeto era exactamente el mismo (la limpieza de los mismos locales), lo que supone cierta continuidad y da una apariencia de legalidad que se pretende destruir a través de la revisión de oficio, máxime cuando como consecuencia de esta situación de continuidad ante las circunstancias sobrevenidas que impidieron licitar inmediatamente un nuevo contrato resultó afectado el principio de libre concurrencia en la contratación pública./ Así, una vez revisado el vínculo contractual incorrectamente contraído, debería procederse a la restitución de las prestaciones realizadas o, si esto no fuese posible, a devolver su valor. Además, la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido".

Concluye que "los actos presuntos de preparación y adjudicación del contrato están incursos, al menos, en las causas de nulidad previstas en el apartado 1.e) del art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (…), por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido".

7. Trasladada la propuesta de resolución a la mercantil interesada, el día 29 de marzo de 2023 presenta esta en el Registro Electrónico un escrito en el que hace constar que "no realizaremos alegación alguna al respecto".

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 10 de abril de 2023, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones de adjudicación del contrato del servicio de limpieza de la Unidad Docente Multiprofesional de Atención Familiar y Comunitaria de Asturias por el período comprendido entre el 16 de febrero de 2021 y el 19 de octubre de 2022.

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

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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 del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), la Administración del Principado de Asturias se halla debidamente legitimada, toda vez que a ella pertenece el órgano que ha dictado el acto cuya declaración de nulidad es objeto del procedimiento de revisión de oficio iniciado.

TERCERA.- En cuanto al plazo para proceder a la revisión de oficio, el artículo 106.1 de la LPAC dispone que las "Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (…), declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía

administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1".

No obstante, el artículo 110 de la referida norma establece que la revisión de oficio no podrá ser ejercitada "cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes". En el caso que examinamos, entendemos que no concurre ninguno de dichos límites.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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

En tal sentido, debemos comenzar por examinar la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio, teniendo en cuenta que la LPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a efectuar una referencia al "órgano competente". El artículo 25.1 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias (en adelante Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias), establece que la "revisión de oficio de las disposiciones y actos nulos se realizará por el órgano autor de la disposición o del acto". Por otra parte, el artículo 41.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), establece que, "Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos a que se refieren los apartados anteriores el órgano de contratación,

cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando esta no tenga el carácter de Administración Pública". En el caso que nos ocupa, la actuación ahora revisada se atribuye, como órgano de contratación, en atención a lo establecido en el artículo 37.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias, al titular de la Consejería de Salud, por lo que es también en este órgano donde radica la competencia para iniciar y resolver el procedimiento de revisión de oficio.

En cuanto a la instrucción del procedimiento, se han observado sus trámites esenciales, puesto que se ha adoptado un acuerdo de iniciación, se ha dado audiencia y vista del expediente a la mercantil interesada y se ha dictado una propuesta de resolución que da adecuada satisfacción a la obligación legal de motivación, impuesta a los actos que pongan fin a este tipo de procedimientos por el artículo 35.1.b) de la LPAC. Igualmente, se ha incorporado a aquel el preceptivo informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, exigido para los procedimientos de revisión de oficio con tal carácter por el artículo 6.1.f) del Decreto 20/1997, de 20 de marzo, por el que se regula la Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Principado de Asturias.

Finalmente, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 106.5 de la LPAC, el procedimiento de revisión de disposiciones o actos nulos deberá resolverse en el plazo de seis meses desde su inicio, transcurridos los cuales sin dictarse resolución, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, tal y como acontece en el presente supuesto, se producirá su caducidad. En el procedimiento examinado, incoado por Resolución del Consejero de Salud de 3 de febrero de 2023, dicho plazo no ha transcurrido aún.

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

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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 que posibilitaron la continuidad, sin interrupción, entre el 16 de febrero de 2021 y el 19 de octubre de 2022, de la prestación del servicio de limpieza de las dependencias que la Unidad Docente Multiprofesional de Atención Familiar y Comunitaria de Asturias comparte con el Centro de Salud de La Fresneda, dependiente del Servicio de Salud del Principado de Asturias, ente público dotado de personalidad jurídica propia y diferenciada de la de la Administración del Principado de Asturias, y ello como consecuencia de la exclusión de las citadas dependencias, a partir del 16 de febrero de 2021, del objeto del nuevo contrato para la prestación del servicio de limpieza de los Servicios Generales del Servicio de Salud del Principado de Asturias. Esta situación se mantendría hasta el 20 de octubre de 2022, día en el que comenzó a desplegar sus efectos el nuevo contrato regularmente licitado y adjudicado ya por la Consejería de Salud para la limpieza de los locales de la citada Unidad Docente.

Conviene significar, por cuanto pueda contribuir a una mejor comprensión de la problemática de fondo que se plantea, que de la documentación incorporada al expediente remitido parece desprenderse que la mercantil afectada por todas estas circunstancias ha sido siempre una y la misma; esto es, la empresa que hasta el 16 de febrero de 2021 realizaba las labores de limpieza para el Servicio de Salud del Principado de Asturias en el Centro de Salud de La Fresneda, al amparo de un contrato en el que hasta entonces se incluían las dependencias de la Unidad Docente ubicadas en el mismo edificio, y ello a pesar de que dicha Unidad estaba adscrita a la Consejería de Salud desde el año 2011. Por lo demás, esta mercantil resulta ser la adjudicataria a partir del 16 de febrero de 2021 del servicio de limpieza del Centro de Salud de La Fresneda, dependiente del Servicio de Salud del Principado de Asturias, y también desde el 20 de octubre de 2022 de las

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

labores de limpieza de las dependencias de la Unidad Docente -ahora ya con contrato regularmente adjudicado y en vigor-, adscrita a la Consejería de Salud. Finalmente debemos señalar que dicha mercantil fue, asimismo, la que posibilitó la continuidad del servicio de limpieza en estos locales que la Unidad Docente comparte con el Centro de Salud de La Fresneda entre el 16 de febrero de 2021 y el 19 de octubre de 2022, emitiendo por tal concepto las facturas cuya falta de pago, al ser este rechazado por la Intervención General del Principado de Asturias, se encuentra en el origen del presente procedimiento de revisión de oficio.

Tras esta acotación, y volviendo al análisis del procedimiento de revisión que nos ocupa, debemos comenzar el mismo indicando que se inicia por acuerdo del órgano de contratación, en este caso el titular de la Consejería de Salud, una vez constatada la prestación del servicio sin la debida cobertura contractual y tras haber presentado la empresa las correspondientes facturas.

Antes de analizar la procedencia de regularizar la contratación irregular aquí examinada por el cauce revisor, debemos resolver la cuestión previa que apunta el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias al señalar que "de los antecedentes no resulta un acto `mínimamente formalizado´ cuya declaración de nulidad pueda servir de base a un pago". Al respecto, el órgano instructor del procedimiento indica que "la Administración ha recibido unas prestaciones y que existe una manifestación de voluntad coincidente entre la empresa y la Administración en relación con el contenido y objeto de las mismas, así como en el precio, de modo que existe un acto tácito o presunto que, a pesar de no haber sido formalizado, se manifiesta en la presentación de las facturas por la empresa y su aceptación por la Administración./ A ello se une que el contrato que daba soporte a la prestación con anterioridad era entre la misma empresa y el (Servicio de Salud del Principado de Asturias), ente adscrito a la Consejería de Salud, y el objeto era exactamente el mismo (la limpieza de los mismos locales), lo que supone cierta continuidad y da una apariencia de legalidad".

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Como hemos señalado en supuestos similares (entre otros, Dictamen Núm. 307/2022), las actuaciones contractuales que pretenden revisarse -el encargo verbal e informal de proseguir con el servicio de limpieza con la misma empresa que venía prestándolo- constituyen una exteriorización tácita de la voluntad de la Administración de mantener el vínculo contractual. 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 contaban con la conformidad del órgano de contratación que venía asumiendo la gestión de los servicios y el conocimiento de la irregular situación de prestación del servicio por el órgano de contratación a quien debía corresponderle los mismos; 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) la Intervención General admite el vínculo contractual tácito e informa sobre la necesidad de verificar que los servicios facturados responden a "idénticos importes a los contemplados en el contrato vigente hasta 2020", toda vez que -según razona- hasta esa fecha "el abono se hacía de forma conjunta para todas las dependencias incluidas en el contrato".

Entrando ya en el análisis de la idoneidad del cauce revisor, debemos señalar que 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

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Dictámenes Núm. 7/2022, 307/2022 y 79/2023, una posición uniforme ni entre los órganos consultivos ni en la jurisprudencia. Tal como hemos señalado en la Memoria 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. 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

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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.

En el supuesto examinado resulta que las actuaciones contractuales que pretenden revisarse -las gestiones realizadas para garantizar la imprescindible continuidad de la prestación del servicio de limpieza de las dependencias que la Unidad Docente Multiprofesional de Atención Familiar y Comunitaria de Asturias, adscrita a la Consejería de Salud, comparte con el Centro de Salud de La Fresneda, dependiente del Servicio de Salud del Principado de Asturias, entre el 16 de febrero de 2021 y el 19 de octubre de 2022- se han desarrollado sin atender a las formalidades establecidas por la normativa de contratación pública. En este contexto, el negocio contraído de espaldas a las exigencias esenciales del procedimiento de contratación, así como, en el caso examinado, contrariando requisitos básicos de la gestión presupuestaria, 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-, procede 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

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

contrato (que ya no subsistía pese a la apariencia generada), sino que deriva del funcionamiento -anormal en este caso- de las Administraciones públicas concurrentes -la Administración del Principado de Asturias, a través de la Consejería de Salud, por un lado, y el Servicio de Salud del Principado de Asturias, ente público dotado de personalidad jurídica propia y diferenciada de la de la Administración del Principado de Asturias, por otro-, que no supieron anticiparse a las consecuencias negativas que podrían derivarse del hecho de que el Servicio de Salud del Principado de Asturias decidiera dejar, a partir de un momento determinado y rompiendo con la práctica precedente, de contemplar como objeto incluido en el contrato de limpieza del Centro de Salud de La Fresneda las dependencias que en ese edificio ocupa la Unidad Docente. 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, 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

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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.

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. Al respecto, en el informe de fiscalización previa emitido por la Interventora Delegada el 16 de noviembre de 2022 se ponen de manifiesto diversos extremos: "Ausencia del procedimiento contractual regulado en la Ley de Contratos del Sector Público (…). Incumplimiento de lo previsto en el artículo 38 de la Resolución de 16 de mayo de 2005, de la Consejería de Economía y Administración Pública, por la que se aprueban las normas sobre gestión, tramitación y régimen de contabilidad en la ejecución del presupuesto de gastos (…). Incumplimiento de lo preceptuado en el artículo 56.1.a) del TRREPPA, que establece la obligada fiscalización previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir obligaciones de contenido económico (…). Incumplimiento del principio de anualidad presupuestaria, no siendo un gasto imputable al ejercicio 2022, conforme a lo dispuesto en los artículos 24.1 y 28.1 del TRREPPA, las facturas relacionadas correspondientes al ejercicio 2021".

En este contexto, 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). Con relación a este supuesto, 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

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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 merecería esa tacha cuando la omisión denunciada no atente, 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 que acabamos de exponer.

En efecto, los antecedentes descritos evidencian que el contrato celebrado en legal forma por el Servicio de Salud del Principado de Asturias para atender la prestación de los servicios de limpieza, entre otros del Centro de Salud de La Fresneda, en el que ya no se contemplaba como objeto del mismo las dependencias que la Unidad Docente -adscrita a la Consejería de Salud- ocupa en ese edificio, comenzó a desplegar sus efectos a partir del 16 de febrero de 2021, sin que llegada ese fecha por parte del Servicio de Transformación y Gestión del Conocimiento de la Consejería de Salud, al que figura adscrita dicha Unidad, se hubiera puesto en marcha el procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato propio que permitiera la continuidad de los trabajos de limpieza de sus instalaciones de manera diferenciada de las del resto de ese mismo edificio ocupadas por el Centro de Salud de la Fresneda, que corren a cargo y por cuenta del Servicio de Salud del Principado de Asturias. Prueba de esta falta de previsión de los órganos gestores implicados la encontramos en el reconocimiento que el Jefe del referido Servicio efectúa en el informe de 15 de diciembre de 2022 de que, no ya el 16 de febrero de 2021, sino a fecha 30 de junio de 2021, no se habían ni

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

siquiera iniciado "las tramitaciones necesarias para la regularización de la contratación del mencionado servicio de limpieza, incluyendo la apertura y dotación del concepto presupuestario 227.000 en la Dirección General de Calidad, Transformación y Gestión del Conocimiento, para poder hacer frente a esas obligaciones en la aplicación (…) `limpieza y aseo´, y la redacción de la correspondiente memoria o documento de necesidades previas y de prescripciones técnicas con el fin de proceder a la licitación del servicio, finalizando dicha actuación el 18 de octubre de 2021".

En estas condiciones resulta correcto estimar, tal y como sostiene la Administración consultante en la propuesta de resolución sometida a nuestra consideración, que aparte de las irregularidades derivadas de la gestión presupuestaria (omisión de fiscalización previa e insuficiencia de cobertura presupuestaria de la contratación irregularmente contraída), ha existido una adjudicación huérfana de cualquiera de los procedimientos previstos al efecto en la LCSP, que se ha prolongado en total durante más de dieciocho meses, por lo que se aprecia la concurrencia del vicio de nulidad radical establecido en el apartado e) del artículo 47.1 de la LPAC, sin que se advierta la concurrencia de los límites a las facultades revisoras que consagra el artículo 110 de dicha Ley. No ofrece duda que se ha omitido de forma clara, manifiesta y ostensible el procedimiento legalmente exigible para la adjudicación, y que esa infracción atenta contra la finalidad que inspira la ordenación de los procedimientos de contratación al haberse sustraído el negocio a la libre concurrencia.

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

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido". En todo caso, la compensación 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.

La irregular actuación administrativa aquí examinada nos aboca a 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 a la Administración consultante (por todas, Dictamen Núm. 7/2022). Al respecto, procede advertir sobre la conveniencia de dar un adecuado cumplimiento a la exigencia legal de programar la actividad de contratación pública prevista 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 su propuesta de resolución la Consejería de Salud 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 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 (…) 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

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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 aquella 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 ilíquido 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).

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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 del contrato del servicio de limpieza de la Unidad Docente Multiprofesional de Atención Familiar y Comunitaria de Asturias por el período comprendido entre el 16 de febrero de 2021 y el 19 de octubre de 2022."

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

Gijón, a ……

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.