

Dictamen Núm. 177/2023

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 20 de julio de 2023, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por mayoría el siguiente dictamen. Formuló voto particular, que se adjunta como anexo, el Consejero don Pablo Baquero Sánchez:

«El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 15 de mayo de 2023 -registrada de entrada el día 19 de ese mismo mes-, examina el expediente de revisión de oficio de los actos de adjudicación de la prestación del servicio de dirección de orquesta en los conciertos de los días 19 y 20 de mayo de 2022, vinculado al programa de conciertos de la Orquesta Sinfónica del Principado de Asturias (OSPA).

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Consejera de Cultura, Política Llingüística y Turismo de 9 de marzo de 2023, se dispone “iniciar el procedimiento de revisión del acto nulo por el que se adjudica el contrato (...) para la prestación del servicio de

dirección de orquesta” del que se deriva la factura emitida por un importe total de doce mil cien euros (12.100 €).

Se reseña en ella que “se trata de una prestación necesaria para el desarrollo de la actividad de la OSPA conforme a la programación aprobada por el Consejo Rector del organismo, presidido por la Consejera de Cultura, Política Lingüística y Turismo. Evitarla hubiera generado serios problemas a la actividad de la Orquesta obligando a parar sus actividades” y “dañado la imagen del organismo, dificultando a su vez el logro de sus objetivos./ Debe tenerse en cuenta, además, que dicha prestación se acordó mediante correo electrónico” con, en “diciembre de 2020” y que se perfiló la participación de “a lo largo de 2021”.

Asimismo, se indica que “en el mes de junio desde la Administración de la Orquesta se informa a la Gerencia de que hay facturas sin pagar en la aplicación 227.006, sin que exista crédito suficiente para afrontarlas (...). No siendo viable la habilitación de un crédito extraordinario, desde la Gerencia se ponen en marcha las transferencias de crédito oportunas para atender a los gastos previstos y mantener la actividad normal de la Orquesta, sin que el volumen de ahorros en la aplicación emisora fuera siempre suficiente para disponer a tiempo de créditos adecuados y suficientes en las diferentes partidas. Se pide también a la Administración de la OSPA la valoración y puesta en marcha de la incorporación de remanentes de tesorería. Desde el mes de agosto la modificación presupuestaria se ha ido retrasando por diferentes motivos (...). Además la subida salarial en los meses de noviembre y diciembre con efecto retroactivo a enero de 2022 ha dificultado también la generación de ahorros suficientes y por tanto las transferencias de crédito entre los capítulos I y II”.

Se señala que el referido servicio “ha sido efectivamente prestado y de plena conformidad y, en consecuencia, su pago resulta legalmente exigible a la Administración, estando vencido el plazo para hacerlo efectivo”, y que “la empresa tiene capacidad de obrar y cuenta con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación correspondiente”.

Se razona que “el acto objeto de revisión podría estar incurso, al menos, en las causas de nulidad previstas en el apartado e) del artículo 47 de la LPACAP, por los siguientes motivos:/ 1) Inaplicación y, por tanto, incumplimiento de las reglas de preparación y adjudicación de los contratos administrativos contenidas en la LCSP, vulnerándose así las previsiones del artículo 34 de la LPACAP./ Conforme regula el artículo 38 de la LCSP, resultan inválidos los contratos celebrados cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación./ 2) Falta de existencia de crédito adecuado y suficiente./ 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, obliga a realizar una tramitación contable del gasto por fases, asociadas al avance de la tramitación administrativa del expediente de contratación./ Sin embargo, en el presente caso, nos encontramos ante un expediente de contratación que ya ha concluido en su ejecución, habiendo sido reclamado su abono a la Administración del Principado de Asturias por parte de la empresa contratista, sin que haya tenido refrendo en documento contable alguno, ni de retención de crédito ni de autorización y disposición del gasto correspondiente./ Por su parte, el citado artículo 38 de la LCSP refiere que resultan inválidos los contratos celebrados cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, disponiendo el (...) artículo 39 de la LCSP, como causas de nulidad, además de las indicadas en el artículo 47 de la LPACAP y, entre otras, “(...) la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia”./ 3) Incumplimiento del principio de anualidad presupuestaria./ Por otra parte, el expediente de gasto corresponde a obligaciones generadas en los ejercicios 2020 y 2021 que se pretenden imputar al ejercicio actual, sin que cumplan ninguno de los requisitos necesarios para que pudieran considerarse encuadrados dentro de las excepciones que, para la imputación de obligaciones

de ejercicios anteriores a ejercicio corriente, establece el artículo 28.2 del Texto Refundido del Régimen Económico y Presupuestario del Principado de Asturias, aprobado por Decreto Legislativo 2/98, de 25 de junio”.

Con base en lo expuesto, concluye que “nos encontramos ante un acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, lo que conlleva la nulidad de pleno derecho del mismo en virtud de lo establecido en el artículo 41.1.e) de la mencionada Ley 39/2015, de 1 de octubre, y reclama la iniciación de expediente de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho./ No obstante lo anterior, el abono de la prestación resulta legalmente exigible a la OSPA dado que los servicios han sido efectivamente prestados de plena conformidad”.

2. Notificada dicha resolución a la mercantil, sin oponerse al procedimiento revisor, manifiesta su conformidad con el pago retrasado que se pretende realizar.

3. El día 6 de mayo de 2023, un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias emite informe. En él expone que “no se plantea duda con respecto de la existencia de un contrato menor entre la OSPA y (la mercantil) de la prestación del servicio de dirección de orquesta (...), toda vez que aparece suscrito entre las partes en el expediente administrativo con fecha 16 de mayo de 2022, pero lo cierto es que no obra en la documentación remitida ninguna resolución de adjudicación de contrato menor, ni documento contable anterior coetáneo o posterior de autorización y disposición de gasto correspondiente al ejercicio presupuestario (...), careciendo, en consecuencia, de actos preparatorios del contrato suscrito./ En definitiva, la ejecución del contrato supone una actuación al margen del procedimiento legal contractual, con omisión total y absoluta del procedimiento establecido, y por ello es nulo de pleno de derecho, pues su ‘celebración’ no puede amparar o legalizar una situación de hecho, eludiendo los principios, requisitos y exigencias previstas por la LCSP. Por ello consideramos que procede aplicar la causa de nulidad prevista en el artículo

47.1.e) de la LPACAP al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento”.

Por lo que respecta a “la revisión de oficio del procedimiento contable del que se deriva la factura por importe de 12.100 € con cargo a la correspondiente aplicación presupuestaria de la OSPA en los Presupuestos Generales del Principado de Asturias”, se indica que “no cabe duda, y el propio órgano de contratación lo reconoce, que no se ha realizado documento contable alguno, ni de retención de crédito ni de autorización y disposición del gasto correspondiente. Disponiendo el artículo 38 de la LCSP la invalidez de los contratos celebrados cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación”, y el artículo 39 de la referida Ley, “como causas de nulidad, además de las indicadas en el artículo 47 de la LPACAP y, entre otras, (...) la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia”./ Por ello concurriría también la segunda causa de nulidad alegada por la OSPA, sin tener que entrar a valorar la tercera (omisión del principio de anualidad presupuestaria). Según se afirma en el expediente, no existía crédito presupuestario, concurriría la causa de nulidad prevista en el artículo 39.2.b) de la LCSP, lo que llevaría a la nulidad de pleno derecho de la contratación y obligaría a su declaración”.

Señala que “es evidente que no pueden atribuirse a quien contrata con la OSPA los vicios en la tramitación ni la falta de crédito presupuestario, y menos aún tenía por qué conocerlos, por lo que procede el abono del importe íntegro de la factura emitida. Por ello, con independencia del pago del valor de la prestación realizada, cualquier otra cuantía deberá ampararse, en su caso, en el inciso final del artículo 35.1”, conforme al cual “la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

Concluye que “procede la revisión de oficio, en plazo y previo informe favorable del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, del acto nulo de pleno derecho por haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del

procedimiento legalmente establecido y omitido el procedimiento contable, en los términos expuestos en el presente informe”.

4. Con fecha 12 de mayo de 2023, el Gerente de la OSPA elabora propuesta de resolución en la que se propone “declarar la nulidad del acto por el que se adjudica el contrato al que corresponde la factura (...) presentada por (la mercantil) para la prestación del servicio de dirección de orquesta (...) en los conciertos de abono de la OSPA celebrados los días 19 y 20 de mayo de 2022, considerando que se encuentra incurso en la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, al tratarse de actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (...). Reconocer el derecho de (la mercantil) a recibir el abono de doce mil cien euros (...), correspondiente al importe de la factura emitida por la citada empresa por los servicios de directora de orquesta (...) en los conciertos de abono de la OSPA de 19 y 20 de mayo de 2022 a la que se ha hecho mención (...) en concepto de liquidación de su contrato (...). Autorizar, disponer un gasto y reconocer una obligación por un importe de doce mil cien euros (...) a favor de (la mercantil), con cargo a la aplicación presupuestaria 92.01.455D.227.006 de los Presupuestos Generales del Principado de Asturias para 2023”.

5. En este estado de tramitación, mediante escrito de 15 de mayo de 2023, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio de los actos de adjudicación de la prestación del servicio de dirección de orquesta en los conciertos de los días 19 y 20 de mayo de 2022, vinculado al programa de conciertos de la Orquesta Sinfónica del Principado de Asturias (OSPA).

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

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

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), la Administración del Principado de Asturias se halla debidamente legitimada, toda vez que a ella se encuentra adscrita la entidad que ha dictado el acto cuya declaración de nulidad es objeto del procedimiento de revisión de oficio incoado, a tenor de lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley del Principado de Asturias 8/1988, de 13 de diciembre, por la que se autoriza la modificación de los Estatutos de la Fundación Pública “Centro Regional de Bellas Artes”, y se crea el Organismo autónomo “Orquesta Sinfónica del Principado de Asturias”.

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”; ello sin perjuicio de la eventual aplicación de los límites que establece el artículo 110 de la LPAC.

En consonancia con el sentido excepcional de esta potestad de autotutela, la revisión de oficio se restringe a los supuestos de nulidad radical previstos taxativamente en la ley -de interpretación restrictiva- y debidamente acreditados, y se le imponen unos límites específicos. Según constante jurisprudencia, que se reitera en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de

junio de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:2443- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), “la finalidad que está llamada a cumplir la revisión de los actos nulos (...) es facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen algunos actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva”, ampliando las posibilidades impugnatorias “en equilibrio con la seguridad jurídica”. De ahí que las facultades revisoras se sometan, desde las primeras formulaciones de este instituto, a ciertos límites, hoy consagrados en el artículo 110 de la LPAC, que señala 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”. Y es que, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 17 de enero de 2006 -ECLI:ES:TS:2006:365-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), la revisión de oficio requiere el necesario equilibrio entre “dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro”. De ahí que “la correcta aplicación del art. 106 de la LPAC (...) exige `dos requisitos acumulativos para prohibir la revisión de oficio, por un lado la concurrencia de determinadas circunstancias (prescripción de acciones, tiempo transcurrido u «otras circunstancias»); por otro el que dichas circunstancias hagan que la revisión resulte contraria a la equidad, a la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes´” (Sentencia de 26 de junio de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:2443-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

Pues bien, en el ámbito de la revisión de oficio de la contratación pública irregular, como han señalado otros órganos consultivos (entre otros, Dictamen 80/2020 del Consejo Consultivo de Canarias), no puede obviarse que la revisión de oficio seguida en el caso examinado debe ponderarse a la vista de la concurrencia de “otras circunstancias” si, como consecuencia de ella, la

anulación resulta contraria “a la equidad, a la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes”. Y en el supuesto que aquí se dictamina no cabe orillar la buena fe y confianza del contratista en la adecuación a las normas que disciplinan la contratación pública del compromiso contractual convenido, máxime tratándose de un contrato menor. El contratista aquí asumió y se comprometió a participar en determinadas actuaciones musicales que razonablemente se programan con cierta antelación, realizándolas en su momento a satisfacción y en las condiciones pactadas con el órgano de contratación, encontrándose con posterioridad, tras el transcurso de un margen de tiempo apreciable desde su ejecución, con el impago de sus servicios por apreciarse vicios de procedimiento e insuficiente cobertura presupuestaria, habiendo sido aquel notoriamente ajeno a las irregularidades administrativas subyacentes en su contratación.

En este contexto, la buena fe -que conforme a la interpretación jurisprudencial de este precepto lleva implícita la confianza legítima- y el derecho de los particulares se erigen en un eventual obstáculo al procedimiento de revisor pues, tratándose de un contrato menor, en el que no son exigibles especiales cautelas procedimentales -que no van más allá de justificar la necesidad del contrato, que no se infringen las normas de fraccionamiento y que de ordinario existe una previsión presupuestaria para atenderlo-, y no se atisba tampoco vulneración de la libre concurrencia dada la singularidad de la interpretación artística, no puede obviarse la legítima confianza del aquí perjudicado en la licitud del procedimiento contractual seguido por la Administración. A diferencia de otros supuestos de contratación irregular, en los que el contratista es partícipe o, cuando menos, conocedor del vicio contractual cometido (porque continúa, por ejemplo, con la prestación del servicio a sabiendas de la expiración de su plazo máximo de duración sin prórroga legal que lo ampare, o porque consiente y participa en una contratación verbal de plano a sabiendas de que debió promoverse la concurrencia), en el caso examinado nada puede reprocharse al contratista, ajeno por completo a las irregularidades contractuales cometidas que, además, como se expondrá

seguidamente, tampoco alcanzan la entidad suficiente para erigirse en supuestos de nulidad absoluta o radical.

La aplicación de los límites a la revisión no está exenta de cautelas. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que “la apreciación de una confianza que pueda justificar la valoración de una revisión de oficio como constitutiva de un proceder administrativo contrario a la buena fe exigirá algo más: que la Administración haya hecho cualquier otra clase de manifestaciones sobre la validez de un concreto aspecto o elemento de su actuación administrativa; que haya generado la apariencia de que esa era ya una cuestión previamente analizada y valorada por ella; y que, posteriormente, promueva la revisión de oficio con base en la invalidez de ese mismo elemento y en contradicción con su anterior manifestación sobre esa concreta cuestión” (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2006 -ECLI:ES:TS:2006:8726-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª). Tal es lo que acontece en el supuesto aquí examinado, pues el órgano de contratación acordó formal y regularmente una programación musical para la cual, de ordinario y cada año, cuenta con una partida presupuestaria para la contratación de instrumentistas y directores invitados; al concertarse los compromisos, razonablemente de forma anticipada, transcurre después un largo lapso temporal en el que la Administración sólo confirma sus actos y procede a la firma del contrato -generando una legítima expectativa del contratista en la regularidad de su proceder-, y llegado el día de la actuación se ejecutan las prestaciones convenidas de conformidad con los términos pactados, si bien por vicisitudes presupuestarias que no se resuelven a través de otros mecanismos disponibles al alcance de la Administración (como transferencias de crédito, incorporación de remanentes de tesorería o imputaciones presupuestarias pospuestas al ejercicio siguiente) llegado el momento de abonar los servicios se alega que no existe crédito suficiente, reconociéndose al mismo tiempo que se trata de una situación anómala y transitoria. De hecho, sólo en alguno de los compromisos puntualmente impagados se somete a revisión la actuación administrativa, mientras que en otros -sin elemento objetivo que lo justifique- se acude aparentemente y de

plano a un reconocimiento extrajudicial de la obligación económica contraída previa habilitación presupuestaria *ad hoc*.

La propia propuesta de resolución apela a la confianza legítima del contratista en el caso examinado al señalar que, no obstante las irregularidades cometidas, “el abono de la prestación resulta legalmente exigible a la OSPA dado que los servicios han sido efectivamente prestados de plena conformidad”, y aduciendo que “la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido proclamando la doctrina del principio de confianza legítima en numerosas sentencias. Este principio ha de ser aplicado, cuando se base (...) en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan (al contratista) razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego -interés individual e interés general- la revocación o la dejación sin efectos del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar’”. Se advierte así que la propuesta de resolución incurre incluso en cierta contradicción -pues asume la legalidad del “abono de la prestación” y promueve al mismo tiempo la depuración de su soporte, acudiendo a la confianza legítima para justificar ese abono cuando tal principio permitiría prescindir del procedimiento revisor-, poniendo de manifiesto la tensión o pugna entre la legalidad y los principios consagrados en el artículo 110 de la LPAC, que ha de despejarse con carácter previo al examen de fondo.

La invocación de los límites a la revisión de oficio en la contratación irregular está presente, por lo demás, también en la doctrina de otros órganos consultivos. Así, el Consejo Consultivo de Canarias ante la práctica reiterada de la Administración de acudir a la revisión de oficio para depurar todo tipo de contrataciones irregulares (especialmente las vinculadas a suministros de productos sanitarios), a sabiendas de su constante y manifiesta irregularidad, ha considerado que se trata de un uso de la potestad revisora contrario a la buena fe del contratista y a las leyes que disciplinan la contratación pública, llegando a estimar, incluso, fraudulenta la utilización de la vía revisora al señalar que “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 LCSP, que sirve de broche de cierre de la operación de convalidación del gasto (...). El instituto de la revisión de oficio queda así desdibujado en su concepto y en su finalidad propios, tal como se regula en los artículos 106 y siguientes LPACAP; es por ello que puede afirmarse que la descrita utilización podría constituir un supuesto de fraude de ley” (Dictámenes 80/2020, 81/2020 y 82/2020). También el Consejo Consultivo de Castilla y León ha invocado el tiempo transcurrido para la revisión de oficio de contratos formalizados con una antigüedad considerable, dada la confianza legítima que dicho lapso temporal habría generado en el contratista (Dictámenes 338/2016 y 393/2019). Y en la misma línea, la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid ha señalado que “instar ahora la revisión de oficio y la declaración de nulidad de la adjudicación de un contrato y de sus sucesivas modificaciones con la finalidad no de no abonar los servicios que se hayan prestado, según se manifiesta por la entidad local, sino de evitar perjuicios a las arcas municipales por considerar -desde abril de 2015- que hay sobrefacturación de los costes del contrato, choca y contraría la seguridad jurídica, y el tiempo transcurrido y la confianza legítima generada en el contratista deben operar como límites a la revisión de oficio” (Dictamen n.º 544/16).

En definitiva, cuando la actuación administrativa no consiste sólo en un mero acto de adjudicación irregular, sino en una sucesión de actos confirmatorios de aquel en el seno de una relación que se desenvuelve dentro de sus parámetros ordinarios, y tratándose de una prestación que se inserta de lleno en la actividad habitual de la Administración contratante -amparada además por una programación previa y pública-, sin que se atisbe negligencia o connivencia en la parte contratista, merece esta la protección que dispensan los principios plasmados en el artículo 110 de la LPAC, debiendo prevalecer su legítima expectativa al cobro del servicio regularmente prestado sin el sacrificio de su posición dentro de marco convenido.

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 para acordar la revisión de oficio, teniendo en cuenta que la LPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a efectuar una referencia al “órgano competente”. El artículo 25.1 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias, establece que la “revisión de oficio de las disposiciones y actos nulos se realizará por el órgano autor de la disposición o del acto”. Por otra parte, el artículo 41.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, 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 es preciso tener presente, asimismo, que los artículos 11 y 12 de la Ley 8/1988, de 13 de diciembre, por la que se autoriza la modificación de los Estatutos de la Fundación Pública “Centro Regional de Bellas Artes”, y se crea el Organismo autónomo “Orquesta Sinfónica del Principado de Asturias”, distribuyen las competencias en materia de contratación, según su cuantía, entre la Presidencia (titular de la Consejería competente en materia de cultura) y la Gerencia del organismo. Ahora bien, aun cuando la competencia para autorizar los contratos de un importe inferior a 30.050,61 € corresponda a la Gerencia del

organismo, resulta de aplicación el artículo 41.3 de la LCSP, de carácter básico de conformidad con lo señalado en el apartado 3 de la disposición final primera de la misma Ley, según el cual “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”. En consecuencia, ante la ausencia de una regla especial de competencia para la declaración de nulidad de los actos en materia de contratación administrativa dictados por organismos públicos -el artículo 25.1 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias, se limita a atribuir con carácter general la competencia al órgano autor del acto-, cabe concluir que en este caso la competencia corresponde a la titular de la Consejería de Cultura, Política Lingüística y Turismo, por cuanto sus actos ponen fin a la vía administrativa -artículo 26, letra a), en relación con el artículo 27.2 de la mencionada Ley del Principado de Asturias 2/1995, de 13 de marzo-, y es la Consejería a la que está adscrita la OSPA -artículo 1.1, letra b), apartado 2, del Decreto 86/2019, de 30 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Cultura, Política Lingüística y Turismo-.

En cuanto a la instrucción del procedimiento, se han observado sus trámites esenciales, puesto que se ha adoptado un acuerdo de iniciación, se ha dado audiencia y vista del expediente a la interesada y se ha dictado una propuesta de resolución que da adecuada satisfacción a la obligación legal de motivación, impuesta a los actos que pongan fin a este tipo de procedimientos por el artículo 35.1.b) de la LPAC. Igualmente, se ha incorporado a aquel el preceptivo informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, exigido para los procedimientos de revisión de oficio con tal carácter por el artículo 6.1.f) del Decreto 20/1997, de 20 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento del Servicio Jurídico del Principado de Asturias. Se advierte, no

obstante, que no consta informe de la Intervención que justifique la insuficiencia presupuestaria que se alega.

Asimismo se aprecia que, a la vista de la documentación remitida, no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 21.4 de la LPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución y notificación del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

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, se producirá su caducidad. En el supuesto examinado dicho plazo no ha transcurrido aún, pues el procedimiento fue incoado por Resolución de la Consejera de Cultura, Política Llingüística y Turismo de 9 de marzo de 2023. Al respecto, debemos recordar además que el Tribunal Supremo ha declarado que la fecha que debe considerarse para apreciar la caducidad de este procedimiento es aquella en que se dicta la resolución que pone fin al mismo, y no la de su notificación (Sentencia de 12 de marzo de 2020 -ECLI:ES:TS:2020:866-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

QUINTA.- Entrando en el fondo del asunto, para la correcta valoración del supuesto que analizamos debemos partir de una consideración de tipo general, y es que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título V de la LPAC, constituye un procedimiento excepcional, puesto que este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, sin intervención judicial y en cualquier momento, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad.

Se somete ahora a dictamen un procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones contractuales relativas a la prestación del servicio de dirección de orquesta en los conciertos de los días 19 y 20 de mayo de 2022.

El expediente de revisión se inicia por Resolución de la Consejera de Cultura, Política Llingüística y Turismo de 9 de marzo de 2023, informando también el Servicio Jurídico del Principado de Asturias durante su instrucción.

A la vista de tales documentos resulta notorio que los preinformantes coinciden en la necesidad de tramitar un procedimiento de revisión de oficio de actos nulos en relación con dichas actuaciones, al apreciar que concurren las causas de nulidad previstas en el artículo 47.1.e) de la LPAC, por tratarse de actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, y en el artículo 39.1.b) de la LCSP, por apreciar la carencia o insuficiencia de crédito.

En esta tesitura, y con carácter previo al análisis de la validez de la actuación administrativa a revisar, procede examinar la idoneidad del cauce revisor.

Al respecto 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 Dictámenes Núm. 7/2022, 307/2022 y 79/2023, una posición uniforme ni entre los órganos consultivos ni en la jurisprudencia. Tal como hemos indicado 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). No puede obviarse que las reglas del procedimiento de contratación operan como garantía de unas concretas finalidades -preservar la concurrencia en condiciones de igualdad-, por lo que la quiebra de los requisitos de publicidad o de los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda merece una tacha de nulidad radical. Así pues, desde este órgano consultivo se procura una interpretación estricta de las causas legales de nulidad, evitando su hipertrofia, puesto que en la calificación de los vicios de los actos administrativos la anulabilidad es la regla y la nulidad la excepción.

Sentado lo anterior, procede elucidar si en casos como el que ahora examinamos es preciso acudir al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos, o si la extensión de este cauce procedimental a tal tipo de actuaciones implicaría forzarlo de forma improcedente extendiéndolo más allá del estricto margen al que ha de ceñirse, dado su carácter excepcional.

Como premisa general, este Consejo entiende (por todos, Dictamen Núm. 270/2022) que para depurar supuestos de contratación irregular en los que concurren causas de nulidad patentes la vía que procede es la de la revisión de oficio; posición que obedece al mandato expreso de la LCSP y al carácter de

orden público de la nulidad radical y la subsiguiente obligación legal de la Administración de proceder a su declaración.

En el supuesto examinado, las actuaciones que se pretenden revisar preceden a un contrato cuyo objeto era la prestación del servicio de dirección de orquesta acordada anticipadamente en 2020, concretada en 2021 y formalizada en 2022, vinculada a la actividad de la Orquesta Sinfónica del Principado de Asturias. Consta en el expediente, y así se recoge en la propuesta de resolución, que “se trata de una prestación necesaria para el desarrollo de la actividad de la OSPA conforme a la programación aprobada por el Consejo Rector del organismo, presidido por la Consejera de Cultura, Política Lingüística y Turismo. Evitarla hubiera generado serios problemas a la actividad de la Orquesta obligando a parar sus actividades” y “dañado la imagen del organismo, dificultando a su vez el logro de sus objetivos”.

Teniendo en cuenta la limitación que supone el hecho de que la información remitida sea únicamente la relativa al procedimiento de revisión de oficio y no al expediente de contratación, procede advertir que en la resolución de inicio de este procedimiento se constata que dicha prestación se acordó mediante correo electrónico en diciembre de 2020, y que existe un contrato firmado con una empresa al respecto formalizado en 2022. Así pues, hemos de entender tanto que dicha mercantil ostenta la representación de la artista (en concordancia con esa resolución y el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias) como que se omitieron los actos preparatorios de un contrato menor por cuantía de 12.100 €.

En otro orden de cosas, y bajo idéntica limitación, procede reparar en que los contratos de índole artística se hallan afectados por lo previsto en el artículo 25.1.a).1.º de la LCSP -según el cual, tendrán carácter privado “Los contratos de servicios que tengan por objeto (...) la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6”-, tratándose, por tanto, de contratos privados. Esta consideración no se ve afectada por la circunstancia de que el contrato no se hubiese concluido

directamente con el artista, sino con su representante, puesto que, como ha tenido ocasión de señalar el Informe 50/06, de 11 de diciembre de 2006, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (actual Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado), tal circunstancia “a lo sumo determinará que no pueda celebrarse el contrato (...) con el propio artista, pero no afectará al régimen jurídico del contrato”.

Por otra parte, si, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26.2 de la LCSP los contratos privados se rigen, “en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley”, es notorio que el precepto relativo a los contratos menores (artículo 118 de la LCSP) se halla dentro de dichos márgenes (concretamente en la Sección 1.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP) por lo que, en consecuencia, resultaría procedente la aplicación de esta singular tramitación a los contratos cuyo objeto consista en la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, siempre que su valor estimado sea inferior a 15.000 euros (admitiendo expresamente tal posibilidad cabe citar, verbigracia, el expediente 36/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado). Este es el caso de la prestación de servicios ahora analizada.

En el caso examinado, dado el importe de la prestación, estamos ante un contrato menor que, de conformidad con lo previsto en el artículo 118 de la LCSP, precisa de un informe del órgano de contratación que justifique la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación del umbral de 15.000 euros (artículo 118.2 de la LCSP), así como la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente (artículo 118.3 de la LCSP). Con relación a esta tipología de contratos, debe señalarse el Acuerdo de 12 de marzo de 2021, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban las instrucciones sobre la tramitación de los contratos menores en el ámbito de la Administración del Principado de Asturias (*Boletín Oficial del Principado de Asturias* de 26 de marzo de 2021), que, al igual que han hecho otras Administraciones locales, desglosa como instrucciones diversos trámites

adicionales administrativos y contables para la tramitación de esta modalidad contractual.

Por otra parte, se repara también en que concurren en este expediente las características propias de una tramitación anticipada de gasto pues, de conformidad con lo previsto en los artículos 117.3 de la LCSP y 30.4 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, se trata de un expediente de contratación vinculado con obligaciones económicas contraídas o comprometidas en un ejercicio presupuestario anterior (2020 y 2021) al de la formalización y ejecución material de su prestación (2022). Y en estos expedientes, por su propia naturaleza, no es preciso certificar la existencia de crédito adecuado y suficiente en el momento de adquirir el compromiso económico, si bien su exigibilidad queda supeditada a la existencia de cobertura presupuestaria, siendo habitual en los gastos recurrentes una certificación del centro gestor asumiendo el compromiso de disponer de crédito adecuado y suficiente.

Pues bien, en este escenario contractual, la propuesta de resolución invoca como causas de nulidad radical de lo actuado, de una parte, “la inaplicación y, por tanto, incumplimiento de las reglas de preparación y adjudicación de los contratos administrativos contenidas en la LCSP, vulnerándose así las previsiones del artículo 34 de la LPACAP” y, de otra, por “la falta de existencia de crédito adecuado y suficiente”.

Con relación a la primera de las tachas de nulidad invocada, que se vincula a la tipificada en el artículo 47.1.e) de la LPAC, referida a la ausencia total del procedimiento, el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias señala que “que no obra en la documentación remitida ninguna resolución de adjudicación de contrato menor, ni documento contable anterior coetáneo o posterior de autorización y disposición de gasto correspondiente al ejercicio presupuestario (...), careciendo, en consecuencia, de actos preparatorios del contrato suscrito”, lo que se considera “una actuación al margen del procedimiento legal contractual, con omisión total y absoluta del procedimiento

establecido, y por ello es nulo de pleno de derecho, pues su ‘celebración’ no puede amparar o legalizar una situación de hecho, eludiendo los principios, requisitos y exigencias previstas por la LCSP”. 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), habiendo precisado además “que para apreciar esta causa de nulidad de pleno derecho no basta con la infracción de alguno de los trámites del procedimiento, sino que es necesario la ausencia total de éste o de alguno de los trámites esenciales o fundamentales, de modo que el defecto sea de tal naturaleza que sea equiparable su ausencia a la del propio procedimiento, como ha entendido esta Sala en Sentencias, entre otras, de 5 de mayo de 2008 (...) y de 9 de junio de 2011” (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:8482-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª).

Es notorio que en el ámbito de la contratación administrativa la legislación es especialmente rigurosa con la exigencia de determinados trámites procedimentales en las fases de preparación y adjudicación del contrato a fin de asegurar los principios nucleares que presiden la contratación administrativa y los que rigen la disciplina presupuestaria.

En el caso de los contratos menores, sin embargo, y más en supuestos como el examinado donde la libre concurrencia se atempera por razón de la propia singularidad de la interpretación artística, el legislador ha querido simplificar al máximo los requisitos formales eximiéndolos de fiscalización previa y permitiendo simultanear la fase de aprobación del gasto con la incorporación de la factura correspondiente. La contratación menor -como heredera de la vieja adjudicación directa- se excluye así de la rigidez del procedimiento de contratación pública en aras de la necesaria eficacia administrativa, al tiempo que se reduce marcadamente su ámbito de aplicación fijándose umbrales temporales y cuantitativos más severos. Advertido que las reglas de

procedimiento sirven a una determinada finalidad -que en el caso de la contratación consiste esencialmente en preservar la libre concurrencia-, extrañamente una adjudicación menor incurre en nulidad radical por omisión procedimental pues la disciplina adjetiva que se vulnera, máxime cuando tiene carácter de instrucción contable e interna, no se establece ya al servicio de la concurrencia en condiciones de igualdad, de la que el legislador ha sustraído la contratación menor.

En efecto, se mantiene en esta clase de contratos la exigencia del previo informe de necesidad cuya omisión en determinadas circunstancias (por ejemplo, cuando se trata de una contratación menor de obras *ex* artículo 118.4 de la LCSP) bien puede fundar una tacha de nulidad radical. No obstante, en el supuesto aquí examinado la falta de ese informe queda suplida por la evidencia de la necesidad de contratar los servicios de que se trata “para el desarrollo de la actividad de la OSPA conforme a la programación aprobada por el Consejo Rector del organismo”, tal como se reseña en la resolución de inicio de este procedimiento revisor. Esto es, la necesidad del contrato estaba implícita ya en el propio mandato de ejecución de la programación anual del organismo, necesariamente previa y anticipada, por lo que la irregularidad cometida en orden a la justificación del contrato carece de una significación o trascendencia que pueda acarrear la nulidad de la adjudicación.

Tratándose de contratos menores y constituyendo la falta de crédito una causa de nulidad autónoma, no se advierten de común otros actos preparatorios cuya ausencia comporte la nulidad radical, en tanto no medie un fraccionamiento indebido que aquí es patente que no se produce. Desde luego no merece aquí esa tacha la ausencia de un documento de adjudicación, ya que consta que se formalizó un contrato, y la incorporación de la factura ha de ser una actuación posterior. Tampoco las irregularidades asociadas a la tramitación interna y contable del expediente (contempladas como instrucciones internas en el citado Acuerdo de 12 de marzo de 2021, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban las instrucciones sobre la tramitación de los contratos menores en el ámbito de la Administración del Principado de Asturias) revisten entidad

suficiente para provocar la nulidad de la adjudicación cuando, tal como razonamos, la misma omisión del procedimiento de adjudicación no surte ese efecto por no quedar afectada la libre concurrencia.

Por lo que respecta a la insuficiencia de crédito presupuestario adecuado y suficiente invocada para sostener la nulidad de lo actuado al amparo de la causa prevista en el artículo 39.2.b) de la LCSP, procede señalar en primer lugar, y no es un dato menor, que no consta informe alguno de la Intervención en este caso que acredite dicha insuficiencia presupuestaria. De la documentación obrante en el expediente (básicamente el informe del órgano de contratación y el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias) cabe deducir que existía originariamente crédito adecuado para la satisfacción de la prestación examinada (en la aplicación 227.006 para el ejercicio presupuestario 2022 figura un crédito presupuestario por importe de 380.000 €) pero, por vicisitudes inesperadas para el órgano gestor, dicho crédito resultó insuficiente al tiempo de reconocer esta obligación concertada en 2020 y comprometida en 2021, habiéndose intentado diversos cauces para habilitar esa cobertura presupuestaria que, finalmente, resultaron infructuosos, al menos para atender la prestación contractual aquí examinada. Así, en la propuesta de resolución se señala que “en el mes de junio desde la Administración de la Orquesta se informa a la Gerencia de que hay facturas sin pagar en la aplicación 227.006, sin que exista crédito suficiente para afrontarlas. No siendo viable la habilitación de un crédito extraordinario, desde la Gerencia se ponen en marcha las transferencias de crédito oportunas para atender a los gastos previstos y mantener la actividad normal de la Orquesta, sin que el volumen de ahorros en la aplicación emisora fuera siempre suficiente para disponer a tiempo de créditos adecuados y suficientes en las diferentes partidas. Se pide también a la Administración de la OSPA la valoración y puesta en marcha de la incorporación de remanentes de tesorería. Desde el mes de agosto la modificación presupuestaria se ha ido retrasando por diferentes motivos (...). Además la subida salarial en los meses de noviembre y diciembre con efecto retroactivo a

enero de 2022 ha dificultado también la generación de ahorros suficientes y por tanto las transferencias de crédito entre los capítulos I y II”.

Lo anterior revela que sí estaba prevista la existencia de cobertura presupuestaria en el ejercicio de ejecución y abono de la prestación y que, sin embargo, dicha previsión resultó insuficiente para atender este y otros compromisos análogos también afectados por una insuficiencia inesperada o “anómala” en la dinámica ordinaria del contratante.

Ha de ponderarse que no cabe asimilar el agotamiento del crédito previsto en la correspondiente aplicación presupuestaria a la carencia o insuficiencia originaria que se contempla en el artículo 39 de la LCSP a efectos de declarar su nulidad radical. Como hemos señalado en ocasiones anteriores (por todas, Dictámenes Núm. 29/2018 y 276/2018) “la insuficiencia a la que se refiere el artículo 32.c) de la LCSP es originaria”, entendida como anterior a la contratación, en el sentido expresado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1990 -ECLI:ES:TS:1990:15549- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) cuando afirma que “la celebración de cualquier contrato por la Administración viene condicionada por la existencia de una previa consignación presupuestaria para ese fin, inexistente la cual deviene nulo de pleno derecho el contrato”. Como explicábamos entonces, se trata de una insuficiencia diferenciada de aquella sobrevenida que puede resultar -como ocurría de forma evidente en el supuesto tratado en el primero de los dictámenes citados- de la superación de las necesidades estimadas por las reales efectivamente producidas. Ciertamente, en ambos casos nos referíamos a contratos en los que, por su propia naturaleza (servicios postales, suministro eléctrico), puede existir un consumo variable que implique sobrepasar las necesidades estimadas (entre otros, Dictamen Núm. 53/2019).

En línea análoga se han manifestado otros órganos consultivos cuando se trata de la revisión de oficio por insuficiencia de crédito presupuestario. Así, en el Dictamen 388/2012 de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña se señala que “el hecho de que no se haya aprobado el gasto con carácter previo a la presentación de la factura y que no se haya efectuado previamente la pertinente

reserva de crédito y consignación presupuestaria constituyen irregularidades o defectos no invalidantes, que en todo caso el órgano competente puede enmendar o validar de acuerdo con lo previsto en el artículo 67 de la LRJPAC (...). A criterio de la Comisión las irregularidades señaladas no pueden alcanzar la categoría de vicio de nulidad de pleno derecho de la letra e) del artículo 62.1 de la LRJPAC, consistente en haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido”.

También el Consejo de Estado, partidario recientemente de interpretar en sus justos términos la revisión de oficio de la contratación irregular reservándola para infracciones notorias, evidentes y manifiestas de la normativa contractual que perjudiquen sus principios esenciales, ha reconducido a supuestos de responsabilidad contractual -esto es, a expedientes de convalidación de gastos contractuales irregularmente contraídos- casos de insuficiente previsión presupuestaria que habrían justificado un reparo de legalidad formulado por la Intervención e impedido el abono regular de las facturas, y ello sin necesidad de declarar su nulidad (por todos, Dictamen 706/2021).

Ciertamente, se observa aquí que falta un expediente contable, y por tanto interno, de tramitación anticipada, pues el crédito no debería existir en el ejercicio en el que se contrae el compromiso contractual sino en el de su formalización en cuantía suficiente para satisfacer ésta y análogas obligaciones imputables al mismo concepto presupuestario, pero esta omisión -al tiempo de la adjudicación- se reconduce a una carencia procedimental accesorio, respecto a la cual ya hemos razonado que no alcanza a provocar la nulidad radical de lo actuado. La falta de documento de retención o de crédito -como causa de nulidad autónoma- queda postergada -en esta suerte de contratos que responden materialmente al esquema de tramitación anticipada del expediente- al ejercicio presupuestario siguiente, en cuyo presupuesto han de preverse o habilitarse las partidas correspondientes. Pero la vicisitud de que no ocurra así ha de merecer el mismo tratamiento que se dispensa a la ausencia del expediente de tramitación anticipada -que no alcanza aquí a fundar la nulidad radical-, y cuando se trata de una circunstancia posterior al compromiso

válidamente adoptado y ejecutado procede adoptar las medidas precisas para subvenir a la carencia presupuestaria, no la depuración del sustrato convenido por lo que, aparte de la concurrencia de límites a la potestad revisora, no se aprecian tampoco causas materiales para su ejercicio.

Procede, en consecuencia, tramitar el oportuno expediente de convalidación del gasto, como ha señalado el Consejo de Estado, no al objeto de erigirse en “un expediente que permita enervar las infracciones administrativas que se hayan podido cometer ni las responsabilidades de todo orden que de las mismas pudieran derivarse para quienes hayan intervenido de su comisión, ni tampoco es un procedimiento que pueda ser utilizado por las Administraciones públicas para eludir la reglas de la contratación pública o las que resulten aplicables en otros ámbitos de actuación administrativa”, sino de constituir “una garantía presupuestaria que, partiendo de la existencia de una previa situación irregular, cumple una doble función: por una parte, controlar la procedencia y cuantía de los abonos procedentes por obligaciones contraídas sin fiscalización previa, comprobando que se corresponden con servicios efectivamente prestados y debidamente valorados al precio que corresponda en cada caso; por otra, identificar las infracciones cometidas de cara a dilucidar las eventuales responsabilidades de los sujetos intervinientes y evitar que se vuelvan a producir en el futuro” (entre otros, Dictamen 1592/2022).

Al respecto, debemos reiterar la necesidad de evitar la repetición de prácticas irregulares como las que suscita la actual revisión de oficio, como ya hemos manifestado en ocasiones anteriores a la Administración contratante (por todas, Dictamen Núm. 266/2020). Asimismo, procede advertir sobre la conveniencia de dar un adecuado cumplimiento a la exigencia legal de programar la actividad de contratación pública exigida en el artículo 28.4 de la LCSP, con el fin de evitar la reiteración de contrataciones irregulares, pero previsibles, por falta de una adecuada ordenación de los plazos y procedimientos.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede revisar de oficio los actos de adjudicación a, del contrato relativo a la prestación del servicio de dirección de orquesta en los conciertos de los días 19 y 20 de mayo de 2022, vinculado al programa de conciertos de la Orquesta Sinfónica del Principado de Asturias (OSPA).”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.

ANEXO

"VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO DON PABLO BAQUERO SÁNCHEZ AL DICTAMEN N.º 177/2023"

Con pleno respeto a la mayoría del Pleno del Consejo Consultivo, disiento del Dictamen aprobado por entender que, en este expediente, debía declararse procedente la revisión de oficio instada por la Administración, puesto que el contrato objeto de revisión incurrió en la causa de nulidad prevista en el artículo 39.2 letra b) 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 (LCSP), ya que, la Administración en el momento de adjudicar y formalizar el contrato no disponía de crédito suficiente. Por ello, me veo obligado a exponer las razones de mi discrepancia en términos sustancialmente idénticos a los que he empleado en la deliberación del Dictamen, y formular el presente voto particular, de conformidad con lo previsto en el artículo 16.3 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo y el artículo 33.1 del Decreto 75/2005, de 14 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Comoquiera que este Dictamen es análogo al Dictamen N.º 176/2023, doy por reproducidos aquí los argumentos que allí expuse en relación a aquel expediente y que conducían, a mi juicio, a que el Dictamen debería haber concluido la procedencia de declarar la nulidad, en el ejercicio de la potestad de revisión de oficio, del contrato ejecutado por el contratista, abonando a este el

importe de las prestaciones realizadas, de acuerdo con lo razonado en el cuerpo de aquel voto particular al que ahora me remito.”

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,