

Dictamen Núm. 186/2023

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. La Consejera doña María Isabel González Cachero votó en contra:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 26 de mayo de 2023 -registrada de entrada el día 2 del mes siguiente-, examina el expediente relativo al procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones de adjudicación de los contratos del servicio preventivo para la atención y transporte de heridos en la Estación Invernal y de Montaña Valgrande-Pajares correspondiente a las temporadas 2020-2021 y 2021-2022.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Consejera de Cultura, Política Llingüística y Turismo de 27 de marzo de 2023, se declara la caducidad del procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones de adjudicación de los contratos del servicio preventivo para la atención y transporte de heridos en la Estación

Invernal y de Montaña Valgrande-Pajares correspondiente a las temporadas 2020-2021 y 2021-2022 a, y se acuerda la iniciación de un nuevo procedimiento con “conservación de todos (los) actos y trámites” practicados en el anterior. Asimismo, se dispone la apertura de un trámite de alegaciones de 10 días.

2. Como antecedentes, obran en el expediente los siguientes documentos:

a) Informe librado por el Director de la Estación Invernal y de Montaña Valgrande-Pajares el 16 de septiembre de 2022, en el que se expresa que “la necesidad de la contratación era evidente. La (Estación) no puede proceder a su apertura sin un servicio de clínica que garantice la seguridad de los usuarios./ El contrato para dar cobertura a este servicio fue lanzado en tiempo y forma, pero quedó desierto y no hubo margen a una nueva publicación ni adjudicación del mismo./ La situación era conocida por la Jefa de Servicio (...), quien se la trasladó a la Directora General de Deportes (...), que a su vez lo trasladó a la Consejera (...) y a la Secretaria General Técnica (...), quien nos dio la autorización verbal para proceder a la contratación (...) debido a la necesidad perentoria./ En lo que respecta a la temporada 2021-2022, el convenio colectivo referente a los trabajadores sanitarios sufrió un incremento que repercutió de manera directa en la prestación del servicio, con un consecuente incremento de los precios del mismo. Todo ello se trató previamente en una reunión con el representante de la empresa (...), la Jefa de Servicio (...) y yo mismo antes del inicio de la temporada (...). La prestación del servicio en ambas temporadas fue satisfactoria por parte de la empresa”.

b) Por Resolución de 20 de septiembre de 2022, la Consejera de Cultura, Política Llingüística y Turismo acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones de adjudicación de los contratos del servicio preventivo para la atención y transporte de heridos en la Estación Invernal y de Montaña Valgrande-Pajares correspondiente a las temporadas 2020/2021 y 2021/2022,

así como conceder a la interesada un plazo de diez días para que formule las alegaciones que estime pertinentes.

Se explica en ella que por “Resolución de 16 de diciembre de 2019 (...) se acuerda declarar desierto el procedimiento de adjudicación del contrato del servicio preventivo para la atención y transporte de heridos” en la Estación Invernal y de Montaña Valgrande-Pajares “mediante procedimiento abierto simplificado, tramitación ordinaria y varios criterios de adjudicación”. Puesto que la temporada de invierno 2020-2021 “se inicia el 4 de enero de 2021 y se da por finalizada el 1 de abril de 2021, lo que supone un total de 76 días”, se decide tramitar “un contrato menor” en el entendido de que “cubriría las necesidades existentes al tratarse de una temporada peculiar ya que el inicio se produjo bajo el último estado de alarma declarado el 25 de octubre de 2020 (y que se mantuvo hasta el 9 de mayo de 2021), por lo que la temporada se planificó bajo la previsión de un aforo limitado y restricciones en los accesos (...). Sin embargo, el contrato menor resultó insuficiente debido a que la previsión inicial se vio desvirtuada por dos circunstancias sobrevenidas:/ La inesperada incorporación del médico adscrito a la (Estación Invernal y de Montaña Valgrande-Pajares) a los efectivos de refuerzo COVID del (Servicio de Salud del Principado de Asturias)./ El alud producido el 1 de enero de 2021 que sepultó a dos operarios de una máquina quitanieves del servicio de limpieza de carreteras del Principado de Asturias en la carretera AS-253, en la zona de Aller, que imposibilitó la apertura de la Estación de Esquí de Fuentes de Invierno hasta el 10 de febrero de 2021./ Ambas circunstancias provocaron la concentración de usuarios en la (Estación Invernal y de Montaña Valgrande-Pajares) y que las necesidades del servicio variaran de un mero servicio preventivo a la necesidad de un servicio sanitario que se añade al de traslado de accidentados, lo que se solventó solicitando la asistencia de ambulancia medicalizada por día de apertura”. Una vez constatada la “insuficiencia del contrato menor inicialmente previsto”, y “dada la necesidad de contar con un servicio de atención médica y transporte de heridos” en cumplimiento del

Decreto 45/1992, de 21 de mayo, de Precios Públicos, más concretamente en el punto IX de las Condiciones Generales, “se dio orden a la empresa (que identifica) de poner a disposición de la (Estación Invernal y de Montaña Valgrande-Pajares) una ambulancia medicalizada durante el período comprendido entre los meses de enero a abril de 2021”. La factura correspondiente al citado servicio, por importe de 33.481 euros (IVA incluido) fue remitida a la Intervención Delegada para fiscalización previa, que formula “nota de reparo al expediente de gasto”. La Intervención General emite informe el día 19 de octubre de 2021 en el que pone de manifiesto la ausencia de tramitación de los procedimientos contractual, contable y de fiscalización, y subraya que “el artículo 39 de la LCSP señala como causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47 de la LPACAP (...), cuyo apartado 1.e) alude a los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. En tanto que las propuestas que se fiscalizan pretenden la tramitación contable para el abono de un servicio a la Administración obtenido prescindiendo total y absolutamente del procedimiento contractual y del procedimiento contable, de obligado cumplimiento, nos encontraríamos ante un acto viciado de nulidad./ Si bien concluye que, `por razones de economía procesal, no considera necesario que se acuda al procedimiento de revisión de actos en vía administrativa previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”. Sin embargo, “tramitado desde la Dirección General de Deporte expediente de omisión de fiscalización al Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, la persona titular de la Secretaría General Técnica (...) comunica a la persona titular de la Dirección General de Deporte que (...) ha de tramitarse procedimiento de revisión de oficio”.

Según se indica, el contrato de servicios sanitarios y transporte de heridos para las temporadas 2021-2022 (*sic*), 2022-2023, 2023-2024 y 2024-2025 se adjudica mediante Resolución de 22 de junio de 2022, de tal forma que “para la temporada 2021-2022 (iniciada el día 2 de diciembre de 2021 y

finalizada el 17 de abril de 2022) no existía contrato que diese cobertura legal a los servicios sanitarios y transporte de heridos”, por lo que al objeto de “garantizar el cumplimiento” de la obligación de prestar la asistencia incluida en el billete “se decidió que el servicio se prestase aun en ausencia de contrato” por parte de la misma empresa que lo había ejecutado en la temporada 2020-2021, desarrollándose de forma satisfactoria por un importe total facturado de 58.451,96 €.

En la resolución se indica que las facturas, cuyo importe total asciende a 91.932,96 €, “corresponden a un compromiso de gasto que no fue debidamente adquirido dado que no existía contrato. En su tramitación se habrían eludido las formalidades previstas en la Ley 9/2017, de 18 de noviembre, de Contratos del Sector Público, al haberse adjudicado el contrato de forma verbal contraviniendo lo previsto en el artículo 37.1 de la citada Ley y haberse ‘ordenado’ la ejecución sin haber procedido a la adjudicación y formalización del contrato”, lo que evidencia que “nos encontramos ante un acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (...) que conlleva la nulidad de pleno derecho del mismo en virtud de lo establecido en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre”. Se añade que “se tiene constancia de que la prestación del servicio se ha realizado de forma correcta y originó la correspondiente obligación de pago para la Administración del Principado de Asturias”.

c) El día 7 de octubre de 2022, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que afirma que, “si bien en cuanto a la competencia del autor para revisar el acto y asimismo en cuanto al fondo esta parte nada tiene que objetar (...), es pertinente significar (...) que fue esa Administración la que (...) dio orden a la empresa (...) de poner a disposición de la (Estación) una ambulancia medicalizada”, siendo “asimismo incuestionable que el servicio preventivo para la atención y transporte de posibles heridos y/o accidentados se prestó (...), como expresa (...) reiteradamente la propia Resolución, ‘de forma correcta (...)’

originando la obligación de pago para la Administración del Principado de Asturias’”. Ahora bien, considera que “la traducción de este reconocimiento no encuentra sustento en la resolución precitada”, por lo que solicita que “de proceder a declarar la nulidad del contrato objeto de la Resolución establezca y reconozca en la misma la indemnización a que (la empresa) resulta acreedora”, comprensiva -según señala- de las facturas obrantes en el expediente y que ascienden a 91.932,96 €.

d) Con fecha 30 de diciembre de 2022, la Jefa de la Sección de Apoyo Técnico-Administrativo de la Consejería de Cultura, Política Llingüística y Turismo suscribe propuesta de resolución en el sentido de revisar de oficio los actos de adjudicación de la prestación del servicio de atención y transporte de heridos en la Estación Invernal y de Montaña Valgrande-Pajares correspondiente a las temporadas 2020-2021 y 2021-2022, y reconocer el derecho de la mercantil interesada a percibir “los importes facturados, sin minoración del beneficio industrial”, puesto “que no se aprecia mala fe por parte del contratista ni se evidencia intención de sustraer la contratación a la libre concurrencia”, y “aplicado el IVA correspondiente”, ya que la normativa “establece solamente la exclusión de la base imponible del IVA de aquellas indemnizaciones que no puedan considerarse contraprestación de entregas de bienes o prestaciones de servicios”. De la indemnización queda excluido, sin embargo, “el abono de intereses de demora” teniendo en cuenta la interpretación jurisprudencial y la doctrina consultiva que se cita.

e) Mediante oficio de 4 de enero de 2023, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora 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.

Con fecha 20 de enero de 2023, el Jefe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias ordena la devolución de la solicitud adjuntando el informe suscrito el 19 de enero de 2023 por una Letrada en el que se señala que “procede la devolución (...) a fin de que sean subsanados los siguientes

defectos:/ Debe remitirse la constancia de la orden de contratación verbal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común y normativa concordante./ Debe remitirse el expediente de contratación en la medida que aunque el contrato sea verbal no es óbice para que deban existir actuaciones previas por escrito (informe de necesidad, propuesta de contratación, estimación del presupuesto, etc.), así como documentación acreditativa del acuerdo entre Administración y contratista”.

f) El día 16 de febrero de 2023, la Jefa del Servicio de Planificación y Promoción del Deporte suscribe un informe en el que manifiesta que, “examinados los documentos que obran en los archivos de la Dirección General relativos al expediente de (...) referencia no existe constancia de la contratación verbal, aunque sí informe del Director de la Estación Invernal y de Montaña (...) de fecha 19 (*sic*) de septiembre de 2022, que (...) hace alusión a la autorización verbal que (...) sirvió de base a la actuación realizada. Se adjunta copia del informe./ No obran en los archivos de la Dirección General actuaciones previas escritas a la contratación verbal, constando encargo, realizado en fecha 18 de noviembre de 2021, desde el Servicio de Planificación y Promoción del Deporte, mediante la aplicación SITE, al Servicio de Contratación y Tramitación Presupuestaria para el inicio de las fases de preparación, licitación y adjudicación del contrato de servicios sanitarios y transporte de heridos en la (Estación Invernal y de Montaña Valgrande-Pajares) para las temporadas 2021-2022, 2022-2023, 2023-2024 y 2024-2025./ En cuanto a la documentación acreditativa del acuerdo entre Administración y contratista, no consta documentación alguna si bien hace referencia al precio del contrato el Director de la Estación (...) en el (...) ya citado informe de fecha 16 de septiembre”.

g) Con fecha 27 de febrero de 2023, una Letrada del Servicio Jurídico del Principado de Asturias “informa desfavorablemente la revisión de oficio” al entender que “no procede (...) que el abono de las facturas controvertidas en el expediente de referencia se articule a través de un procedimiento de revisión

de oficio ya que, por un lado, de los antecedentes no resulta un acto ‘mínimamente formalizado’ que sirviera de fundamento a la empresa para prestar el servicio fuera de contrato y, por otro (...), porque acudir en este caso a la revisión de oficio conllevaría desnaturalizar su finalidad ya que lo pretendido, a la vista de los antecedentes remitidos, es amparar los pagos de las facturas pendientes de abono”.

Razona, tras aludir al “talante restrictivo” con el que deben abordarse los procedimientos de revisión de oficio, que tal y como ha manifestado el Consejo de Estado en los Dictámenes Núm. 606/2020 y 706/2021 “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 la 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.

Por otro lado, señala que “de los documentos que integran el expediente administrativo se evidencia que la finalidad perseguida no es revisar, propiamente, para eliminar del ordenamiento jurídico un acto viciado de nulidad de pleno derecho sino amparar los ‘pagos’ que tienen su origen en actuaciones al margen de la legislación de contratación pública en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP”. Estima, citando la doctrina del Consejo Consultivo de Canarias en el dictamen que menciona, que de emplearse a tal fin el instituto de la revisión de oficio quedaría “desdibujado en

su concepto y finalidad propios” y “podría constituir un supuesto fraude de ley”. Tales circunstancias, según afirma, “se han puesto de manifiesto por la Intervención General (...) al exponer su parecer sobre la posibilidad y conveniencia de revisar los actos dictados con infracción del ordenamiento considerando que dicho procedimiento podría carecer de utilidad, por razones de economía procesal, al existir en el ámbito del Principado de Asturias un procedimiento de convalidación para amparar los pagos”.

3. Trasladada la resolución a la mercantil interesada, el 4 de abril de 2023 presenta esta en el Registro Electrónico un escrito de alegaciones en el que solicita que en la resolución por la que se declare la nulidad del contrato se la indemnice en cuantía equivalente al importe de las facturas correspondientes a la prestación del servicio, por importe de 91.932,96 €.

4. El día 14 de abril de 2023, la Jefa del Servicio de Planificación y Promoción del Deporte suscribe un informe en el que concluye que las “pretensiones” de la mercantil interesada “ya han sido consideradas y aceptadas por la Administración actuante, por lo que no cabe realizar en este momento procedimental acto administrativo diferente de los que ya obran en el expediente”.

5. Con fecha 4 de mayo de 2023, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora comunica a la Jefa del Servicio de Planificación y Promoción del Deporte que “el procedimiento se inicia sin la identificación, de un modo suficientemente argumentado, del acto tácito cuya nulidad se pretende. Acto tácito o verbal que no ha sido dictado por esta Secretaría General Técnica como se apunta en el expediente, ni consta adoptado por el órgano de contratación; lo que lleva a presumir que se trataría de un acto de adjudicación de contrato dictado por órgano incompetente, sin que se haya apreciado incompetencia por razón de la materia que pudiera ser determinante de nulidad”.

Asimismo, se recuerda “la necesidad de dictar una propuesta de resolución que deberá motivarse jurídicamente e incorporar, no solo los antecedentes de hecho, sino también los fundamentos de derecho que sirvan de base para la decisión que se adopte”.

6. El día 9 de mayo de 2023, la Jefa del Servicio de Planificación y Promoción del Deporte suscribe un informe en el que pone de relieve que en la Resolución de la Consejería de 20 de septiembre de 2022, “validada en la misma fecha y previamente a su firma por la Secretaria General Técnica”, se identifica el acto al que se refiere la revisión de oficio como el acto “por el que se adjudica el contrato”. En cuanto a los fundamentos de derecho, entiende que “la causa de nulidad invocada se encuentra plenamente justificada con base en la argumentación jurídica que figura en la propuesta de resolución de fecha 30 de diciembre de 2022 (que obra en el expediente administrativo)”. No obstante, añade que “en el caso que nos ocupa estaríamos ante la adjudicación de un contrato anteriormente extinguido, sin sujeción a procedimiento alguno, ante lo que cabe recordar que el artículo 37 LCSP/2017 proscribía la contratación verbal. Por su parte, el artículo 38 de la misma Ley declara la invalidez de los contratos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos algunas de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes; disponiendo el artículo 39 las causas de nulidad, remitiéndose a las indicadas en el artículo 47 LPAC y otras como la falta de publicación del anuncio de licitación o la inobservancia de la formalización del contrato”. Considera que “por el vicio indicado dicha contratación se encontraba incurso en causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1, letra e), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido-, en relación con el artículo 37 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que prohíbe expresamente la contratación verbal, excepto en casos de emergencia./ No es que se hayan omitido algunos trámites

en un procedimiento de licitación pública, sino que sencillamente el mismo es inexistente, por lo que, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (...), se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, al haberse ejecutado *de facto* la prestación material de un servicio sin la necesaria cobertura jurídica formal, y sin que se haya procedido a tramitar el correspondiente procedimiento de licitación pública con el que dotar de esa cobertura jurídica formal a la prestación de dicho servicio (vulnerándose con ello los más básicos principios de la contratación pública: arts. 1, 28, 29, 37, 116 y demás concordantes LCSP)". Entiende, en suma, que "la actuación administrativa incurre de forma clara, manifiesta y ostensible en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1, apartado e), LPACAP", y añade que para proceder a compensar al contratista "hay que decidir" si la adjudicación es o no nula de pleno derecho, de acuerdo con la doctrina expuesta por el Consejo de Estado en el Dictamen 1724/2011.

Respecto a "si procede el abono de las prestaciones efectivamente realizadas", señala que "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".

En lo referente a cuál debe ser el "concreto *quantum* indemnizatorio" en estos casos, indica que de acuerdo con el pronunciamiento del Tribunal Supremo que cita la indemnización podrá incorporar el beneficio industrial "en el caso de que la Administración sea la única culpable", e incluirá el IVA, que "resulta exigible con independencia de los vicios (de) que adolezca el contrato" cuando "el compromiso de gasto se produce por un consumo".

Concluye que la indemnización debe incorporar ambas partidas teniendo en cuenta que "la prestación del servicio se ha realizado efectivamente a satisfacción de esta Administración./ El precio de la prestación es correcto y ajustado a mercado./ Se ha llevado a cabo la prestación del servicio sin procedimiento./ No se considera posible la restitución y/o devolución de lo

recibido puesto que es un servicio ya prestado./ Por parte del proveedor existe buena fe para con los servicios que ha llevado a cabo”.

7. Con fecha 18 de mayo de 2023, la Directora General de Deporte suscribe propuesta de resolución en el sentido de declarar la nulidad de las actuaciones de adjudicación de los contratos del servicio preventivo para la atención y transporte de heridos en la Estación Invernal y de Montaña Valgrande-Pajares para las temporadas 2020-2021 y 2021-2022, y reconocer el derecho a una indemnización de 91.932,96 € correspondientes a las cantidades dejadas de percibir por la empresa que ha prestado el servicio, con base en idénticos fundamentos que los considerados en el informe de la Jefa del Servicio de Planificación y Promoción del Deporte de 9 de mayo de 2023 y en la propuesta de resolución librada el 30 de diciembre de 2022.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 26 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 las actuaciones de adjudicación de los contratos del servicio preventivo para la atención y transporte de heridos en la Estación Invernal y de Montaña Valgrande-Pajares correspondiente a las temporadas 2020-2021 y 2021-2022.

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

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

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, y 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, 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 de la Consejera de Cultura, Política Llingüística y Turismo de 27 de marzo de 2023, resulta evidente que 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 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 de la prestación del servicio obligatorio de atención y transporte de heridos en la Estación Invernal y de Montaña Valgrande-Pajares durante las temporadas 2020-2021 y 2021-2022, ante la situación de falta de adjudicación del correspondiente contrato en forma legal. La mercantil a quien se efectuó el encargo resulta ser también la adjudicataria de la prestación del servicio para las temporadas 2022-2023, 2023-2024 y 2024-2025, ahora ya con contrato regularmente adjudicado y en vigor. Dicha empresa emitió por los servicios prestados mediante encargo verbal las facturas en cuya falta de pago, al ser este rechazado por la Intervención General del Principado de Asturias, se encuentra el origen del presente procedimiento de revisión de oficio.

Tras esta acotación, y volviendo al examen del procedimiento de revisión de oficio que nos ocupa, debemos comenzar por señalar que el mismo se inicia por acuerdo del órgano de contratación, en este caso el titular de la Consejería de Cultura, Política Llingüística y Turismo, 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 aquí considerada 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’ que sirviera de fundamento a la empresa para prestar el servicio fuera de contrato”.

Al respecto, la Jefa del Servicio de Planificación y Promoción del Deporte indica en su informe de “contestación a la solicitud” del Servicio Jurídico del Principado de Asturias que, si bien el encargo de prestación del servicio no se formalizó, sí existe constancia en el expediente de la autorización obtenida para proceder a la contratación verbal del servicio dada la necesidad perentoria de disponer del mismo. Como hemos manifestado en supuestos similares (entre otros, Dictamen Núm. 307/2022), las actuaciones contractuales que pretenden revisarse constituyen una exteriorización tácita de la voluntad de la Administración de encomendar la prestación del servicio. 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; 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 en el marco de una relación contractual convenida entre ambas partes.

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 señalado 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).

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. Al respecto, este Consejo entiende, como ha venido haciendo hasta el presente, que para depurar supuestos de contratación irregular en los que concurran causas patentes y notorias de nulidad la vía que procede es la de la revisión de oficio. Posición que obedece al mandato expreso de la LCSP y al carácter de orden público de la nulidad radical y la subsiguiente obligación legal de la Administración de proceder a su declaración.

En efecto, la nulidad de pleno derecho afecta “al orden general” y, por ello, no desaparece ni por el transcurso del tiempo ni por la aquiescencia de los afectados. Esta consideración explica la obligación que pesa sobre la Administración de proceder a la declaración de nulidad -pues la presunción de validez de los actos administrativos (artículo 39.1 de la LPAC) requiere, incluso en los casos de nulidad, de tal declaración para evitar que sigan surtiendo efectos- tan pronto como sea consciente de ella. Así, según el artículo 106.1 de la LPAC las Administraciones públicas “declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos (...) en los supuestos previstos en el artículo 47.1”, mientras que a tenor de lo dispuesto en el artículo 107.1 de la misma norma las Administraciones públicas “podrán impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 48”; es decir, cuando la Administración tenga ante sí un acto administrativo nulo -y no susceptible por tanto de convalidación- “debe”, no solo “puede”, declararlo como tal. Y es que cuando el artículo 103.1 de la Constitución señala que la “Administración

Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”, si bien ubica en un mismo precepto al principio de legalidad junto a otros principios de actuación administrativa no por ello los está situando en un mismo plano cualitativo, siendo el de legalidad el que ha de gozar de posición predominante, de modo que resulta improcedente proyectar los principios de eficacia o eficiencia prescindiendo del ajuste a la legalidad de la actuación de que se trate. Se advierte, a su vez, que la revisión de oficio cuenta con límites específicos destinados a atemperar su ejercicio (artículo 110 de la LPAC), pero entre tales límites no se mencionan los principios de eficacia y economía, que no alcanzan así a amparar el sacrificio de la legalidad. Es por ello que, a nuestro entender, resulta impropio que la Administración proceda a resolver la situación de los afectados a través del expediente más ágil a su alcance sin depurar aquellos actos viciados por las más graves causas de invalidez, respecto de las cuales el legislador ordena proceder de oficio sin dispensa por criterios de economía.

En el supuesto examinado resulta que las actuaciones contractuales que se pretenden revisar -realizadas para garantizar la imprescindible continuidad de la prestación del necesario servicio de atención y transporte de heridos en la Estación Invernal y de Montaña Valgrande-Pajares- 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 asunto que nos ocupa, 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, entre otras, Dictámenes Núm. 7/2022 y 302/2022), procede ahondar en el caso examinado en el carácter contractual o extracontractual de la compensación debida. Al respecto no puede obviarse que, faltando un vínculo específico, la responsabilidad no nace del incumplimiento por la Administración de un contrato (que ya no subsistía pese a la apariencia generada), sino que deriva del funcionamiento -anormal en este caso- de la Administración actuante que no fue capaz de prever que el contrato correspondiente a la temporada 2020-2021 quedaría desierto y que tampoco actuó con la anticipación deseable para poder adjudicar el correspondiente antes del inicio de la temporada 2021-2022. 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

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 analizado, 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 se pone de manifiesto la ausencia de tramitación de los procedimientos contractual, contable y de fiscalización. 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 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 otras, 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 la Administración actuante no ha podido anticipar que el contrato para la temporada 2020-2021 -posiblemente como consecuencia del desajuste entre el precio de licitación y el incremento de los costes de personal en el sector que se reseña en el informe del Director de la Estación Invernal y de Montaña Valgrande-Pajares- quedaría desierto. Tampoco actuó con la celeridad necesaria para anticipar la ejecución del contrato al inicio de la temporada siguiente, 2021-2022. 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 dos temporadas invernales, por lo que se aprecia la concurrencia del vicio de nulidad radical establecido en el apartado e) del artículo 47.1 de la LPAC. 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

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 la propuesta de resolución la Consejería de Cultura, Política Llingüística y Turismo 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 realiza por circunstancias atendibles, sin que se aprecie en ninguna de las partes un propósito de sustraer interesadamente el negocio a la libre competencia. 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 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).

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 de los contratos del servicio para la atención y transporte de heridos en la Estación Invernal y de Montaña Valgrande-Pajares correspondiente a las temporadas 2020-2021 y 2021-2022.”

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.