

Dictamen Núm. 247/2023

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

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés de 9 de agosto de 2023 -registrada de entrada el día 12 del mes siguiente-, examina el expediente de revisión de oficio de las actuaciones relativas al contrato de servicios de conservación, mantenimiento y limpieza de zonas verdes entre el 17 de agosto de 2022 y el 28 de febrero de 2023.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 22 de marzo de 2023, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés dicta Decreto por el que se acuerda “iniciar el procedimiento de revisión de oficio, como trámite previo al reconocimiento extrajudicial de deuda”, respecto de las actuaciones relativas al contrato de servicios de “conservación, mantenimiento y limpieza de zonas verdes en el período comprendido entre el 17 de agosto de 2022 y el 28 de febrero de 2023”.

En él se explica que en el tiempo que media entre la finalización del contrato anterior (16 de agosto de 2022) y el inicio de la prestación del vigente (1 de marzo de 2023) la empresa adjudicataria del contrato extinguido -.....-, “a requerimiento del Ayuntamiento, ha continuado prestando el servicio sin que medie resolución alguna del órgano de contratación. En consecuencia, existen una serie de facturas correspondientes a la prestación de dichos servicios cuyo pago requiere de un reconocimiento extrajudicial de deuda, y previamente la revisión de oficio de la adjudicación” por ser “de aplicación el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establece que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.

2. El día 28 de marzo de 2023 emite informe la Jefa de la Sección de Parques. En él, tras señalar que “la continuidad en la prestación del servicio (...) se llevó a cabo sin que mediase contrato o resolución alguna del órgano de contratación que la amparase”, explica que “la adjudicación del nuevo contrato se vio retrasada respecto a la planificación municipal a resultas de la resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto por uno de los tres oferentes en el procedimiento, y por la resolución de adopción de medida cautelar por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en tanto resolvía el recurso interpuesto”, y que al vencimiento del último contrato legalmente formalizado para la prestación del servicio no resultaba posible aplicar la prórroga extraordinaria contemplada en el artículo 29.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, ya que el contrato originario finalizaba el 16 de agosto de 2022 y el anuncio de licitación del nuevo contrato se había publicado el 28 de junio del mismo año.

Indica que, “aun cuando el servicio de mantenimiento y conservación de las zonas verdes no tenga la consideración de esencial en su estricta definición, por no ser un servicio necesario para el mantenimiento de las funciones sociales básicas, la salud, la seguridad, el bienestar social y económico de los ciudadanos

o el eficaz funcionamiento de las instituciones del Estado y las Administraciones públicas, el Ayuntamiento sí consideró indispensable su realización por razones de higiene y salubridad (limpieza, recogida de residuos, crecimiento descontrolado de la vegetación, control de plaga ...) y de control del riesgo en lo que respecta al arbolado que requiere vigilancia, control y operaciones de tala y poda, si fuera necesario”.

Significa que “las actuaciones realizadas tanto por parte de la Administración como por (la) entidad prestadora de los servicios se han efectuado bajo los principios de buena fe y confianza mutua./ Por parte del Ayuntamiento, con la única voluntad de mantener sus infraestructuras en adecuadas condiciones de uso desde el punto de vista de la salubridad y seguridad, y por parte de (la empresa), que no espera otra cosa que el abono de las facturas (...). El servicio se ha prestado satisfactoriamente, conforme a las instrucciones y directrices de quien suscribe el presente informe, prestando conformidad a las mismas”.

Entiende que “la prestación del servicio llevado a cabo sin contrato no ha de impedir la satisfacción de su precio a la entidad que lo ha prestado en virtud del principio general del derecho según el cual nadie puede enriquecerse en detrimento de otro. Nace así una obligación *ex lege* y la Administración ha de restituir su enriquecimiento, articulando la vía del reconocimiento extrajudicial de crédito para evitar la dilación en el pago y el coste que acarrearía un proceso judicial”.

Finalmente, señala que para el abono de los servicios prestados “se han tomado como referencia” los precios del contrato anteriormente adjudicado, “resultando un importe de 820.897,88 euros (IVA incluido), que podría verse incrementado, en la fase de liquidación (art. 42.1 LCSP), por la revisión de precios del contrato del que deviene esta continuidad, aún pendiente de cuantificar, si procede”.

3. Mediante oficio notificado a la contratista el 16 de junio de 2023, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días.

Con fecha 6 de julio de 2023, el representante de ésta presenta en el registro municipal un escrito en el que manifiesta su conformidad con “el importe de 820.897,88 euros correspondiente a la prestación del servicio (...), sin perjuicio de la cantidad resultante de la revisión de precios correspondiente a dicho período que se encuentra pendiente de reconocimiento y aprobación (...) y cuyo importe asciende a (...) 125.765,84 euros, así como (...) los intereses de demora devengados por las facturas cuyo reconocimiento extrajudicial se produce en el presente expediente y que ascienden a la cantidad de 32.679,55 euros, calculados a fecha 5 de julio de 2023, conforme se acredita con el anexo I, y sin perjuicio de los intereses de demora que se sigan devengando hasta el efectivo cobro del importe correspondiente al principal, a lo que hay que añadir la indemnización por costes de cobro por importe de 280 euros”.

4. El día 1 de agosto de 2023 la Jefa de la Sección de Parques libra un informe en el que, tras analizar el escrito de alegaciones de la contratista, concluye que los intereses de demora “serán calculados y abonados conforme a lo establecido en los artículos 198 y 292 de la Ley de Contratos del Sector Público”, señalando, “respecto de la revisión de precios solicitada, y dado que la prestación de servicios a reconocer extrajudicialmente se hace fuera de cualquier marco contractual”, que “procede solicitar pronunciamiento, sobre si procede o no, al Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

5. Con fecha 3 de agosto de 2023, el Secretario General del Ayuntamiento de Avilés emite informe en el que señala que la continuidad de la prestación del servicio de conservación, mantenimiento y limpieza de las zonas verdes de Avilés “sin el correspondiente acuerdo administrativo adoptado por el órgano de contratación, podría incurrir en causa de nulidad”, si bien tal circunstancia “no supone el no reconocimiento de la obligación de abonar las facturas emitidas”

por la prestadora del servicio”, considerando que “de lo contrario habría un enriquecimiento injusto de la Administración causante de la nulidad”, y añade que las actuaciones de ambas partes “se han efectuado bajo los principios de buena fe y confianza mutua”.

6. Mediante Decreto de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés de 7 de agosto de 2023, se acuerda solicitar el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias y la suspensión del cómputo del plazo para resolver el procedimiento y notificar su resolución, al amparo de lo previsto en el artículo 22 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, “por el tiempo que medie entre la emisión de la presente resolución y la recepción del dictamen solicitado”, lo que se notifica a la mercantil interesada.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 9 de agosto de 2023, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva respecto al procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones relativas al contrato de servicios de conservación, mantenimiento y limpieza de zonas verdes entre el 17 de agosto de 2022 y el 28 de febrero de 2023.

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

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

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), el Ayuntamiento de Avilés se halla debidamente legitimado como autor de las actuaciones cuya declaración de nulidad es objeto de este procedimiento de revisión de oficio.

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

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

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

En el presente caso se han observado los trámites esenciales del procedimiento, puesto que se ha dado audiencia y vista del expediente a la mercantil interesada, se ha adoptado una resolución de iniciación y se ha elaborado una propuesta de resolución que responde a la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 35.1.b) de la LPAC. Asimismo, obra en el procedimiento el informe

previo del Secretario General municipal en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.3.d).3.º del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

Sin embargo, reparamos en que no se ha incorporado al expediente remitido el informe de la Intervención, *ex* artículo 28.2.e) del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local. En estas condiciones debemos insistir en que, si bien en supuestos similares sobre actuaciones y vicios idénticos en los que se ha pronunciado este Consejo Consultivo el criterio manifestado por la Intervención ha sido favorable a la revisión de oficio, nos encontramos ante un expediente de contratación en el que se esgrime la omisión del procedimiento legalmente establecido y, por consiguiente, también la función interventora del correspondiente expediente de gasto, y tratándose de expedientes de revisión de oficio de contrataciones irregulares resulta especialmente relevante conocer el criterio de la Intervención a los efectos de acreditar, entre otros extremos, el ajuste a precios de mercado y la realidad de las prestaciones que subyacen en la actuación que se revisa. Por ello, en caso de estimarse procedente la revisión de oficio, en el trámite de liquidación debe existir un pronunciamiento de la Intervención sobre estos extremos, como ya hemos manifestado en ocasiones anteriores a la autoridad consultante (por todos, Dictámenes Núm. 291/2020 y 17/2023). Y, de no estimarse procedente la revisión de oficio, habrá de procederse en todo caso a la fiscalización del gasto.

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

aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, dispone que “serán competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos a que se refieren los apartados anteriores el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública”. En este caso, resulta competente la Alcaldía atendiendo a lo establecido en la disposición adicional segunda de la LCSP, aplicable al presente supuesto, a cuyo tenor “Corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos (...) de servicios (...) cuando su valor estimado no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, eventuales prórrogas incluidas siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada”.

Por último, con arreglo a lo previsto en el artículo 106.5 de la LPAC, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán resolverse en el plazo de seis meses desde su inicio, transcurridos los cuales sin dictarse resolución, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá su caducidad. Incoado el que analizamos por Decreto de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés de 22 de marzo de 2023, y puesto que opera la suspensión del procedimiento hasta la emisión de dictamen por este Consejo acordada por Decreto de la Alcaldía de 7 de agosto de 2023 en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, es evidente que dicho plazo no ha transcurrido aún. En todo caso, se advierte a la Administración consultante que el Tribunal Supremo ha resuelto que la fecha que debe considerarse para apreciar esa caducidad es aquella en la que se dicta la resolución que pone fin al procedimiento y no la de su notificación (Sentencia de 12 de marzo de 2020 -ECLI:ES:TS:2020:866-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

QUINTA.- Entrando en el fondo del asunto, para la correcta valoración del supuesto que analizamos debemos partir de una consideración de tipo general, y

es que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título V de la LPAC, constituye un procedimiento excepcional, puesto que este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, sin intervención judicial y en cualquier momento, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad.

En el presente supuesto, se somete a dictamen un procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones contractuales que posibilitaron la continuación de la prestación del servicio de conservación, mantenimiento y limpieza de zonas verdes entre el 17 de agosto de 2022 y el 28 de febrero de 2023, mediante encargo a la misma empresa que había resultado adjudicataria del contrato antecedente tramitado en forma legal y en tanto se culminaba el procedimiento de selección de un nuevo contratista, con la finalidad de asegurar la continuidad del servicio.

El procedimiento de revisión de oficio se inicia por Decreto de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés de 22 de marzo de 2023, al considerar de aplicación el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establece que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Según se indica en el informe de la Jefa de la Sección de Parques de 28 de marzo de 2023, el contrato se adjudicó de forma irregular para atender a la continuidad en la prestación de un servicio que se califica como “indispensable” por “razones de higiene y salubridad (...) y de control del riesgo en lo que respecta al arbolado”, teniendo en cuenta que la adjudicación del contrato en forma legal “se vio retrasada respecto a la planificación municipal a resultas de la resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto por uno de los oferentes en el procedimiento, y por la resolución de adopción de medida cautelar por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”.

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

En relación con las vías para depurar supuestos de contratación irregular, tales como ausencia de crédito presupuestario, adjudicaciones verbales, modificados improcedentes, prórrogas indebidas o utilización de procedimiento de contratación inapropiado, entre otros, y poder abonar las obras o servicios ejecutados, no existe -como hemos manifestado en los Dictámenes Núm. 7/2022 y 270/2022- una posición uniforme ni entre los órganos consultivos ni en la jurisprudencia. El Consejo de Estado ha mantenido tradicional y mayoritariamente la vía de la revisión de oficio para resarcir al contratista por los servicios prestados en casos de contratación verbal (por todos, Dictámenes 1724/2011, 1056/2019 y 86/2021), pero también ha acudido en alguna ocasión al expediente de responsabilidad contractual *ex* artículo 191 de la LCSP, particularmente en casos de prórrogas indebidas de contratos (Dictamen 676/2014) o modificados contractuales *de facto* (Dictamen 706/2021). En otras ocasiones ha validado el cauce de la responsabilidad patrimonial, aunque no lo considera adecuado “pues desde antiguo viene señalando este Consejo de Estado que la responsabilidad patrimonial de la Administración constituye el reflejo, en el ámbito administrativo, de la responsabilidad extracontractual del Derecho común” (entre otros, Dictamen 1112/2019). En la misma línea, no sin reservas, el Tribunal Supremo ha admitido que “la declaración de nulidad de contratos celebrados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido constituye título jurídico para reclamar a la Administración -por vía de la responsabilidad patrimonial- el importe de las facturas emitidas y no pagadas por los servicios efectivamente prestados con base en los contratos declarados nulos; pero, aun en ese caso, sólo procederá reconocer el derecho a la indemnización si se acreditare la concurrencia de los requisitos exigidos al efecto normativa y jurisprudencialmente conforme al régimen jurídico propio de la responsabilidad patrimonial de la Administración y, entre ellos, señaladamente, el de la antijuridicidad del daño, esto es, que el particular no tenga el deber jurídico de soportar ese daño de acuerdo con (la) Ley” (Sentencia de 21 de diciembre de 2021 -ECLI:ES:TS:2021:4932-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a).

Asimismo, el Alto Tribunal ha asumido con frecuencia la procedencia de la previa declaración de nulidad en diversos supuestos de contratación irregular, incluidos los encargos verbales, habiendo señalado recientemente (Sentencia de 13 de junio de 2022 -ECLI:ES:TS:2022:2426-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) en relación con la revisión de oficio y la declaración de nulidad de actuaciones contractuales en las que se prescinde total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, por omisión de los trámites previstos en la LCSP, que el pago de las prestaciones hechas sin cobertura contractual y declaradas nulas reviste un carácter indemnizatorio con fundamento en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto de la Administración, y en ningún caso contractual; descartando, por tanto, el abono de intereses de demora.

Por su parte, los órganos consultivos autonómicos han mantenido también diferencias de criterio, aceptando mayoritariamente la vía de la revisión de oficio cuando han examinado expedientes de contratación irregular (entre otros, Dictamen 270/2002 del Consejo Consultivo de Andalucía, Dictamen 92/18 de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid y Dictamen 131/2020 de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña); si bien en ocasiones, aun apreciando la concurrencia de una causa de nulidad, han rechazado el cauce revisor invocando los límites a la revisión de oficio (artículo 110 de la LPAC), apelando en particular al carácter excepcional de la revisión de oficio y a la buena fe del contratista (por todos, Dictámenes del Consejo Consultivo de Canarias 80/2020, 222/2020 y 14/2021). También existen supuestos, singularmente en casos de contrataciones de servicios y de suministros, en los que se ha considerado inidóneo el cauce de la revisión de oficio (entre otros, Dictámenes 37/2018 y 87/2019 del Consejo Consultivo de las Islas Baleares y Dictamen 191/2015 de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña), y otros en los que, al amparo del artículo 191.3.a) de la LCSP -relativo al procedimiento de ejercicio de las prerrogativas de la Administración pública en los contratos administrativos, que establece que “será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos (...) de (...) nulidad (...) de los

contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista"-, se ha dictaminado que, no existiendo la referida oposición del contratista a la declaración de nulidad del contrato, no es preceptiva la emisión de dictamen por parte del órgano consultivo (entre otros, Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón 13/2021).

A lo anterior cabe añadir que, con frecuencia, las Administraciones públicas antes de acudir a una u otra vía para depurar la ilegalidad cometida recurren directamente al mecanismo presupuestario del reconocimiento extrajudicial de créditos como fórmula para la satisfacción del gasto contraído irregularmente (así, por ejemplo, en el ámbito local al amparo del artículo 60 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, y en el ámbito autonómico en aplicación del artículo 39 de la Ley 2/2020, de 15 de octubre, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19, y del artículo 21 bis de la Ley 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas de Cantabria). No cabe obviar, sin embargo, que esta práctica presupuestaria, si bien puede resultar un cauce ágil para saldar la deuda y hasta idónea en determinados supuestos en los que, atendidas las circunstancias del caso (por ejemplo, por razón de la cuantía, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de junio de 2020 -ECLI:ES:TSJCAT:2020:4380-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), la irregularidad no alcanza la categoría de nulidad radical o resulta desproporcionado acudir a una revisión de oficio, ha sido cuestionada por los órganos de fiscalización por su utilización abusiva y por la ausencia de un marco jurídico ajustado a su excepcionalidad. Al respecto, procede destacar el Informe del Tribunal de Cuentas n.º 1415, de fiscalización de los expedientes de reconocimientos extrajudiciales de crédito aprobados por las entidades locales en el ejercicio 2018, en el que se concluye que la regulación de este instrumento "en la normativa económico-presupuestaria del ámbito local es insuficiente", que "no existe un tratamiento homogéneo por las entidades locales en el procedimiento para imputar al presupuesto las facturas que derivan de

prestaciones sin contrato formalizado” y que “la aprobación de un reconocimiento extrajudicial de crédito en ningún caso subsana por sí misma los defectos habidos en un expediente de los cuales pudiera derivar la nulidad del mismo”. En idéntico sentido se ha manifestado la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias en relación con esta práctica presupuestaria seguida por algunas entidades locales asturianas (Informe Núm. 112, sobre el reconocimiento extrajudicial de crédito en los Ayuntamientos, de 30 de junio de 2020), y también otras instituciones autonómicas (así, el documento “Recomendación General. Enriquecimiento injusto” de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, de 11 de mayo de 2020).

Por lo que atañe a este Consejo, se ha venido analizando casuísticamente cada expediente revisor de actuaciones contractuales irregulares sometido a su consideración, dictaminando la procedencia de declarar la nulidad ante omisiones manifiestas de procedimiento que erosionan la libre concurrencia en la contratación pública (entre otros, Dictámenes Núm. 276/2018, 115/2019 y 186/2023) o rechazándola cuando la infracción procedimental no es patente u ostensible ni menoscaba los principios que presiden la contratación del sector público (por todos, Dictámenes Núm. 139/2018, 302/2022 y 157/2023). No puede obviarse que las reglas del procedimiento de contratación pública operan como garantía de unas concretas finalidades -preservar la concurrencia en condiciones de igualdad-, por lo que la quiebra de los requisitos de publicidad o de los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda merece una tacha de nulidad radical. Así pues, desde este órgano consultivo se procura una interpretación estricta de las causas legales de nulidad, evitando su hipertrofia, puesto que en la calificación de los vicios de los actos administrativos la anulabilidad es la regla y la nulidad la excepción.

Sentado lo anterior, procede elucidar si en el caso que ahora examinamos es preciso acudir al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos, o si la extensión de este cauce procedimental a las actuaciones aquí controvertidas implicaría forzarlo de forma improcedente extendiéndolo más allá del estricto

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

En efecto, la nulidad de pleno derecho afecta “al orden general” y, por ello, no desaparece ni por el transcurso del tiempo ni por la aquiescencia de los afectados. Esta consideración explica la obligación que pesa sobre la Administración de proceder a la declaración de nulidad -pues la presunción de validez de los actos administrativos (artículo 39.1 de la LPAC) requiere, incluso en los casos de nulidad, de tal declaración para evitar que sigan surtiendo efectos- tan pronto como sea consciente de ella. Así, según el artículo 106.1 de la LPAC, las Administraciones públicas “declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos (...) en los supuestos previstos en el artículo 47.1”, mientras que el artículo 107.1 de la misma norma establece que las Administraciones públicas “podrán impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 48”; es decir, cuando la Administración tenga ante sí un acto administrativo nulo -y no susceptible por tanto de convalidación- “debe”, no solo “puede”, declararlo como tal. Y es que cuando el artículo 103.1 de la Constitución señala que la “Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”, aunque ubica en un mismo precepto al principio de legalidad y a otros principios de actuación administrativa no por ello los está situando en un mismo plano cualitativo, sino que el de legalidad ha de gozar de una posición predominante, de modo que resulta improcedente proyectar los principios de eficacia o de eficiencia prescindiendo del ajuste a la legalidad de la actuación de que se trate. Se

advierte, a su vez, que la revisión de oficio cuenta con límites específicos destinados a atemperar su ejercicio (artículo 110 de la LPAC), pero entre tales límites no se mencionan los principios de eficacia y de economía, que no alcanzan así a amparar el sacrificio de la legalidad. Es por ello que, a nuestro entender, resulta impropio que la Administración proceda a resolver la situación de los afectados a través del expediente más ágil a su alcance sin depurar aquellos actos viciados por las más graves causas de invalidez, respecto de las cuales el legislador ordena proceder de oficio sin dispensa por criterios de economía.

Consideramos también, en otro orden de cosas, que el procedimiento de revisión de oficio constituye una exteriorización formal de la voluntad de la Administración de depurar sus actos viciados, garantizándose de esta forma la transparencia de su actuación y evitando que se despache intramuros la debida atención a las obligaciones contraídas con infracción manifiesta de la legalidad. Tal es la posición de este Consejo, al que corresponde en el ejercicio de su función consultiva, *ex* artículo 3.2 de la Ley 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, velar “por la observancia de la Constitución, del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias y del resto del ordenamiento jurídico”.

Ahora bien, debe advertirse de la dificultad de extraer de concretos pronunciamientos de los órganos consultivos conclusiones aplicables *semper et ubique*, prescindiendo de aproximarse a las circunstancias del caso y a la lógica que, más allá de la mera literalidad del texto, subyacen en sus consideraciones.

En definitiva, tal y como venimos señalando (por todos, Dictamen Núm. 289/2019), a la vista de lo dispuesto en el artículo 42 de la LCSP la previa declaración de nulidad constituye la vía específica y adecuada para compensar al contratista que, atendiendo al encargo que le fue efectuado desde la Administración contratante para la prestación de un servicio que esta consideró como “indispensable”, ha actuado conforme al principio de buena fe según expresa el servicio competente.

En el supuesto examinado no se suscita, como en otros expedientes sometidos recientemente a nuestra consideración (por todos, Dictamen Núm.

302/2022), discusión acerca de la existencia de la actuación de contratación cuya revisión se insta, pues se asume que existió solicitud expresa sobre la continuidad de la prestación y aceptación también inequívoca por parte de la empresa, aunque dicho acuerdo no haya sido formalizado.

Sentado lo anterior, procede entonces abordar con detenimiento el carácter contractual o extracontractual de la compensación debida. Al respecto, no puede obviarse que, faltando un vínculo específico, la responsabilidad no nace del incumplimiento por la Administración de un contrato (no pagó porque no debió pagar en ejecución del contrato al que se asocian las facturas, que ya no subsistía pese a la apariencia generada) sino que deriva del funcionamiento -anormal en este caso- de los servicios públicos. Pero el ámbito de aplicación de uno y otro régimen de responsabilidad debe aquilatarse cuando nos enfrentamos a supuestos cuyo contexto delata su pertenencia a uno u otro género, ponderándose además que la responsabilidad patrimonial o extracontractual está llamada a operar a modo de cláusula residual que garantice la indemnidad de quienes no cuenten con otro medio. El Consejo de Estado, en doctrina que compartimos, viene ahora estimando (por todos, Dictámenes 606/2020 y 706/2021) que, dado que en la mayoría de los supuestos de contratación irregular se parte de una previa relación contractual que unía al contratista y a la Administración, las prestaciones que deban compensarse están claramente vinculadas con ese previo contrato, de modo que resulta mucho menos forzado que el pago se canalice en el contexto de una responsabilidad de naturaleza contractual, concluyendo que “el incuestionable contexto contractual que presentan supuestos como el aquí dictaminado, caracterizado por la persistencia en la prestación de un servicio sin solución de continuidad una vez extinguido y no prorrogado un previo contrato, o sin haberse culminado el contrato que estaba tramitándose, obliga a conceder una clara preferencia a la vía de la responsabilidad contractual”.

En el caso que nos ocupa, resulta patente que la voluntad municipal era la de tramitar el procedimiento necesario para seleccionar un nuevo contratista y de este modo garantizar la concurrencia en la prestación del servicio antes de

que el 16 de agosto de 2022 expirara el contrato anteriormente celebrado, y prueba de ello es que el anuncio de licitación se publicó el 28 de junio del mismo año; sin embargo, según informa la responsable de la Sección de Parques, dicha adjudicación en forma legal “se vio retrasada respecto a la planificación municipal a resultas de la resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto por uno de los oferentes en el procedimiento, y por la resolución de adopción de medida cautelar del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en tanto se resolvía el recurso interpuesto”.

Lo expuesto permite acreditar suficientemente que la Administración municipal ha podido garantizar la continuidad en la prestación de un servicio que la responsable de la Sección de Parques califica como “indispensable (...) por razones de higiene y salubridad (limpieza, recogida de residuos, crecimiento descontrolado de la vegetación, control de plagas...) y de control del riesgo en lo que respecta al arbolado que requiere vigilancia, control y operaciones de tala y poda, si fuera necesario”, con el concurso de la misma empresa que venía prestando el servicio a la extinción del contrato antecedente y en las mismas condiciones, en tanto se culminaba el que ya se había puesto en marcha de selección de un nuevo contratista. A nuestro juicio, este supuesto de hecho no difiere sustancialmente del contemplado en el párrafo quinto del artículo 29.4 de la LCSP, a cuyo tenor “No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un período máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario”.

En efecto, si bien en el asunto que examinamos el anuncio de licitación del nuevo contrato se habría publicado con una antelación inferior al plazo de tres meses establecido en el precepto que acabamos de transcribir, consideramos que tal demora, mínima en el presente caso, no puede erigirse en una causa de invalidez radical de las actuaciones contractuales proseguidas con la empresa hasta que tuvo lugar la adjudicación del nuevo contrato.

Ciertamente, si bien el retraso de la Administración en publicitar el anuncio de licitación constituye una infracción de la normativa de contratación pública, que además proscribe las prórrogas tácitas, la naturaleza del plazo de tres meses que establece el artículo 29.4 de la LCSP no deviene, en las circunstancias examinadas, causa notoria de nulidad radical del compromiso contractual convenido entre Administración y contratista. Esto es, a diferencia de las circunstancias concurrentes en otros supuestos (prestación del servicio por empresa distinta, ausencia de crédito presupuestario, excesiva dilación en la nueva licitación o desproporción entre los importes facturados durante la contratación irregular y el presupuesto del contrato original), no se deduce una quiebra manifiesta del principio de libre 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. Se trata además de un servicio ordinario, indispensable y de interés general que no podía quedar interrumpido, y consta que, en todo caso, la prestación y facturación de los servicios se ejecutó durante un limitado período temporal y de conformidad con las condiciones y precios pactados en el extinto contrato.

En definitiva, en el asunto examinado este Consejo comparte el criterio del Consejo de Estado en supuestos similares al que nos ocupa (entre otros, Dictámenes 606/2020 y 706/2021), en el sentido de que “el pago de los servicios o trabajos adicionales realizados por el contratista ‘a vista, ciencia y paciencia’ de la Administración contratante, se ponga en referencia con el previo contrato que ligó a las partes, desembocando en una responsabilidad de naturaleza contractual”. De este modo, y teniendo en cuenta que las facturas pendientes de abono ascienden a la cantidad total de 820.897,88 euros (IVA incluido), la

consulta que se nos formula debe encauzarse por la vía del artículo 191.3, letra c), de la LCSP, a cuyo tenor será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en el caso de “las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros”, cantidad que “se podrá rebajar por la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma”, lo que no ha sucedido en el caso de nuestra región.

Encauzada de esta forma la solución al problema de fondo que se plantea, el procedimiento a seguir para depurar la responsabilidad que eventualmente pudiera surgir para la Administración en el seno de una relación contractual en la que sea parte, tal y como viene señalando el Consejo de Estado (por todos, Dictamen 710/2019), es el establecido en el artículo 97 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos, que es el aplicable “con carácter general, salvo lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones públicas para casos específicos”). Extendiéndose nuestro pronunciamiento a todos los extremos referidos a la naturaleza e importe de lo debido al contratista, se estima que la Administración puede dictar una resolución reconociendo la obligación contractual -cuya cuantía asciende a lo que se razona a continuación, sin perjuicio de los intereses que procedan para la actualización de valores monetarios- sin necesidad de recabar nuevamente el dictamen de este Consejo Consultivo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 191.3, letra c), de la LCSP.

En relación con el importe de la indemnización a satisfacer por dicho título, y considerando que tanto el prestador del servicio como la Administración titular del mismo coinciden en que ha de comprender los intereses de demora, debemos recordar a la autoridad consultante que el día inicial para el cómputo de los intereses de demora es el siguiente al transcurso de los treinta días posteriores al momento de la convalidación del gasto (Sentencia del Tribunal

Supremo de 28 de mayo de 2020 -ECLI:ES:TS:2020:1371-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), sin que se devengue aquí antes de la convalidación de actuaciones que ha de suceder al archivo del procedimiento de revisión de oficio.

Y respecto a si la indemnización a satisfacer al contratista ha de incluir el importe de las facturas más el de la revisión de precios del contrato del que deviene esta continuidad, nuestra respuesta ha de ser negativa. No consta que a la extinción del contrato antecedente (el 16 de agosto de 2022) las partes acordaran continuar con la ejecución de la prestación sometándose a condiciones nuevas o distintas de las que lo habían regido hasta ese momento, de lo que razonablemente podemos colegir que su voluntad era la de mantener el mismo régimen anteriormente pactado. Como ya indicamos, los presupuestos del citado acuerdo, con la salvedad de la antelación en publicar el anuncio de licitación, se ajustaban a los del caso contemplado en el artículo 29.4 de la LCSP; precepto este en el que se establecen una serie de límites a la prórroga extraordinaria, entre ellos y por lo que ahora nos interesa, que la continuidad en la ejecución se acuerde “sin modificar las (...) condiciones del contrato”, una de las cuales es indudablemente el precio. Por ello, entendemos que, previo informe de la Intervención en el que se pronuncie sobre los extremos a los que se ha hecho referencia en la consideración cuarta, debe compensarse al contratista con una indemnización que comprenda, en concepto de costes de prestación del servicio, exclusivamente los 820.897,88 euros facturados por la empresa; importe este que, según señala la Jefa de la Sección de Parques en su informe de 28 de marzo de 2023, se ajusta a los precios establecidos para el contrato válidamente celebrado. El monto indemnizatorio no puede incluir, por tanto, incrementos propios de una revisión de precios en tanto que no consta hubiera sido acordada por las partes antes del 16 de agosto de 2022.

Finalmente, debemos reiterar una vez más la necesidad de evitar la repetición de prácticas irregulares como las que suscita el presente supuesto, como ya hemos señalado en ocasiones anteriores a la Administración contratante (por todas, Dictamen Núm. 212/2020). Al respecto, procede advertir

sobre la conveniencia de dar un adecuado cumplimiento a la exigencia legal de programar y planificar la actividad de contratación pública exigida en el artículo 28.4 de la LCSP, con el fin de evitar la reiteración de contrataciones irregulares, pero previsibles, por falta de una adecuada ordenación de los plazos y procedimientos. Y todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse para funcionarios y autoridades de conformidad con lo establecido en la disposición adicional vigésima octava de la LCSP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede revisar de oficio las actuaciones relativas al contrato de servicios de conservación, mantenimiento y limpieza de zonas verdes entre el 17 de agosto de 2022 y el 28 de febrero de 2023, pero sí regularizar su abono como expediente de responsabilidad contractual *ex* artículo 191.3.c) de la LCSP.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE AVILÉS.