

Dictamen Núm. 111/2024

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 6 de junio de 2024, 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 esa Alcaldía de 10 de mayo de 2024 -registrada de entrada el día 13 de ese mismo mes-, examina el procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones relativas a la prórroga de la prestación del servicio de mantenimiento de instalaciones térmicas en edificios, dependencias e instalaciones municipales durante el período comprendido entre el 20 de mayo y el 7 de agosto de 2023.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 21 de diciembre de 2023, acuerda, a propuesta del Concejal de Gobierno de Planeamiento y Gestión Urbanística, Medio Ambiente, Infraestructuras y Proyectos Estratégicos, iniciar el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal del que se derivan las facturas que se reseñan, lo que se traslada a la mercantil interesada a fin de que formule las alegaciones que estime pertinentes.

2. Obran en el expediente, como antecedentes, los siguientes documentos:

a) Informe del Coordinador Técnico de Instalaciones y Eficiencia Energética del Servicio de Edificios y Patrimonio del Ayuntamiento de Oviedo de 25 de octubre de 2023. En él se explica que la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 21 de abril de 2017, “adjudicó el contrato de mantenimiento de instalaciones térmicas en edificios, dependencias e instalaciones del patrimonio municipal” a #reclamante#, “siendo el plazo de duración de cuatro años, prorrogable por dos anualidades más”. Añade que “el contrato se formalizó con fecha 19-05-2017, entrando en vigor al día siguiente al de la fecha de formalización”. Señala que la Junta de Gobierno Local aprobó una primera prórroga hasta el 19 de mayo de 2022, y una segunda hasta el 19 de mayo de 2023, y que el día 4 de mayo de 2023 “adjudicó un nuevo contrato de mantenimiento de instalaciones térmicas en edificios, dependencias e instalaciones del patrimonio municipal” a otra empresa, “siendo el plazo de duración de cuatro años, prorrogable por una anualidad más”. Precisa que este nuevo contrato se adjudicó “con anterioridad a la finalización del contrato en vigor”, pero “no pudo ser formalizado” hasta el 7 de agosto de 2023 debido a la pendencia del recurso especial en materia de contratación presentado por una de las licitadoras ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Indica que se remiten a la Oficina Presupuestaria “para reconocimiento de deuda” un total de diez facturas correspondientes al período comprendido entre el 20 de mayo y el 7 de agosto de 2023, durante el cual la adjudicataria prestó el servicio una vez finalizado el contrato, y cuyo importe asciende a cincuenta mil diecinueve euros con cincuenta y un céntimos (50.019,51 €).

b) Informe de la Adjunta al Jefe de Servicio de la Oficina Presupuestaria, de 27 de octubre de 2023, en el que se propone “continuar la tramitación” del “expediente de reconocimiento extrajudicial de obligaciones y, en su caso, del correspondiente procedimiento de revisión de oficio” de los servicios prestados. En él alude expresamente a la constancia de informe explicativo de la necesidad

del gasto y a la ausencia de vulneración del principio de buena fe por parte del acreedor.

c) Informe de la misma responsable, de 2 de noviembre de 2023, en el que manifiesta que “existe consignación adecuada y suficiente en la operación de retención de crédito” que refiere.

d) Informe de Intervención General “por omisión de la función interventora” de 2 de noviembre de 2023. En él se afirma que “no procede en este caso acudir directamente a la vía del reconocimiento extrajudicial de créditos puesto que en la tramitación seguida se aprecia la posible concurrencia de un supuesto de nulidad radical conforme al apartado 1 del artículo 39 de la LCSP”.

3. Tras extender diligencia expresiva de que no se han formulado alegaciones, el 13 de marzo de 2024 emite informe la Directora General de la Asesoría Jurídica. En él concluye que, “de acuerdo con el informe de la Intervención General del Ayuntamiento de Oviedo, se aprecia la concurrencia de un supuesto de nulidad radical conforme al art. 47.1.e) de la Ley 39/2015”, según el cual “son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”, y “por ello, una vez desistido del expediente de reconocimiento extrajudicial de créditos (...) e informado por esta Asesoría Jurídica el expediente, debe continuarse el procedimiento de revisión de oficio de los contratos verbales de los que se deriven las facturas indicadas, pasando a dictamen del Consejo Consultivo”.

4. Con fecha 9 de abril de 2024, el Concejal de Gobierno de Planeamiento y Gestión Urbanística, Medio Ambiente, Infraestructuras y Proyectos Estratégicos eleva a la Junta de Gobierno Local propuesta de revisión de oficio de conformidad con lo señalado en el informe de la Asesoría Jurídica, así como la remisión del expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Dicha propuesta es aprobada por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 11 de abril de 2024, puntualizándose en ella que queda suspendido

el plazo para resolver en tanto se reciba el dictamen solicitado, lo que se notifica a la mercantil interesada.

5. En este estado de tramitación, mediante escrito de 10 de mayo de 2024, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva referida al procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones relativas a la prórroga de la prestación del servicio de mantenimiento de instalaciones térmicas en edificios, dependencias e instalaciones municipales durante el período comprendido entre el 20 de mayo y el 7 de agosto 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 Oviedo, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), el Ayuntamiento de Oviedo se halla debidamente legitimado en cuanto 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 Ley 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 en el procedimiento ninguno de los límites señalados.

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

Al procedimiento de revisión de oficio se ha incorporado el informe emitido por la Oficina Presupuestaria, y el exigido a la Intervención Municipal en aplicación de lo dispuesto en el artículo 28.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local.

Respecto al preceptivo informe de Secretaría previsto en el artículo 3.3.d).3.º del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de

carácter nacional, obra en el expediente un informe de la Directora General de la Asesoría Jurídica municipal, emitido al amparo y de conformidad con lo establecido para los municipios de gran población en la disposición adicional cuarta del referido Real Decreto, dando satisfacción de esta manera a las exigencias legales.

Sin embargo, advertimos que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar, en los términos de lo dispuesto en el artículo 21.4 de la LPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución y notificación del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo. Tal comunicación sólo se incorpora a la propuesta de resolución adoptada por la Junta de Gobierno Local el 11 de abril de 2024, cuando la ley la concibe como un trámite anterior.

Sobre la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio de los actos de adjudicación de contratos del sector público, el artículo 41.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), manteniendo el criterio establecido para la revisión de oficio de los actos de las entidades locales en el artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, dispone que “serán competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos a que se refieren los apartados anteriores el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública”. En el caso examinado, dado que se persigue la nulidad de un contrato concertado verbalmente en un municipio de gran población, hemos de entender que el órgano competente para acordar la revisión de oficio es la Junta de Gobierno Local, por ser este el órgano al que habría correspondido la competencia para celebrarlo de conformidad con lo establecido en la disposición adicional segunda, apartado 4, de la LCSP, a cuyo tenor en “los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las

competencias del órgano de contratación que se describen en los apartados anteriores se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo”. Puesto que se persigue la nulidad de actos de contratación verbal, hemos de entender que el órgano competente para la aprobación de un acto ha de serlo igualmente para acordar la revisión de oficio del adoptado desconociendo tal competencia. En consecuencia, es claro que la revisión de oficio corresponde al órgano de contratación; en este caso, la Junta de Gobierno Local.

Finalmente, en cuanto al plazo máximo para resolver el procedimiento, con arreglo a lo previsto en el artículo 106.5 de la LPAC, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán resolverse en el plazo de seis meses desde su inicio, transcurridos los cuales sin dictarse resolución, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá su caducidad. Incoado el que analizamos por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de 21 de diciembre de 2023, a la fecha de emisión del presente dictamen dicho plazo no ha transcurrido aún; además, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, la Junta de Gobierno Local decidió el 11 de abril de 2023 su suspensión con motivo de la solicitud del dictamen. Por otra parte, se advierte al respecto que el Tribunal Supremo ha resuelto que la fecha que debe considerarse para apreciar la eventual caducidad es aquella en que se dicta la resolución que pone fin al procedimiento y no la de su notificación (Sentencia de 12 de marzo de 2020 -ECLI:ES:TS:2020:866-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

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

En este caso, se somete a dictamen un procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones correspondientes a la prórroga de la prestación del servicio de mantenimiento de instalaciones térmicas en edificios, dependencias e instalaciones municipales durante el período comprendido entre el 20 de mayo y el 7 de agosto de 2023, que tiene su origen en los informes de la Oficina Presupuestaria y de la Intervención General expresivos de la improcedencia de acudir de plano al reconocimiento extrajudicial de créditos para el abono de determinadas facturas de servicios prestados por la mercantil interesada, al considerar que el procedimiento a aplicar ha de ser el de la previa revisión de oficio conforme a lo establecido en el artículo 106 de la LPAC. Tal contratación consistió en un encargo verbal 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.

Así, con carácter preliminar, 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 (entre otros, Dictamen 676/2014) o modificados contractuales *de facto* (por todos, 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 92/2018 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, la irregularidad no alcanza la categoría de nulidad radical o resulta desproporcionado acudir a una revisión de oficio (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), 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 y 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 el presente supuesto nos hallamos ante una adjudicación verbal o tácita que sucede a un contrato de servicios adjudicado en 2017 con un plazo de ejecución de cuatro años y dos prórrogas anuales, de modo que vencidas estas la empresa continúa prestando sus servicios, que se acreditan como esenciales o

indispensables, durante el período comprendido entre el 20 de mayo de 2023 -fecha de finalización del contrato- y el 7 de agosto de ese año -“fecha en la que se ha formalizado el nuevo contrato” con otra adjudicataria una vez tramitada la licitación-. En suma, no amparando los pliegos del contrato una ulterior prórroga, lo que ha tenido lugar en apariencia es o bien una prórroga indebida o bien una nueva adjudicación de un contrato de servicios con idéntico objeto al anterior.

No obstante, tal como se reseña en el informe de la Asesoría Jurídica, antes de expirar aquella segunda prórroga “por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 4 de mayo de 2023 se adjudicó el nuevo contrato” a otra empresa, “contrato que no pudo formalizarse hasta el 7 de agosto de 2023 debido a la interposición de recurso especial en materia de contratación por una de las empresas licitadoras (...) que finalmente fue desestimado” por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. A través de la Plataforma de Contratación del Sector Público se constata que el anuncio de licitación se publicó el 29 de diciembre de 2022 (*Diario Oficial de la Unión Europea* de 30 de diciembre de 2022).

Al respecto, no puede desconocerse lo dispuesto 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, de esta disposición -que ampara una prórroga adicional a la contemplada en los pliegos- se deduce que, publicado el anuncio con la antelación exigida y tratándose de una prestación que no admite interrupción, la eventual continuidad de la empresa “hasta que comience la ejecución del nuevo contrato” no entraña una adjudicación *ex novo* al margen de la ley sino una prórroga ahora amparada por la norma. En definitiva, pudo aquí haberse omitido alguna formalidad, con la que se debió documentar y exteriorizar la aplicación de esta excepcional prórroga, pero no se omitió el procedimiento de adjudicación, tal como sostienen los preinformantes, pues la irregularidad cometida no alcanza la entidad de una nulidad radical. Ya en anteriores ocasiones (por todas, Dictámenes Núm. 302/2022 y 282/2023) hemos razonado que las irregularidades accesorias en la aplicación de la prórroga contemplada en el párrafo quinto del artículo 29.4 de la LCSP no deben erigirse en una causa de invalidez radical de las actuaciones contractuales seguidas con la empresa hasta que tuvo lugar la adjudicación del nuevo contrato cuando existen indicios, materiales y temporales, de la voluntad administrativa de promover una nueva licitación cuya adjudicación se demora por incidencias sobrevenidas y justificadas.

Asimismo, asomándonos al carácter contractual o extracontractual de la compensación debida, venimos apreciando que 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 (entre otros, 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, es patente que en el momento de procederse a la prórroga ya se había suscitado la concurrencia a través de la oportuna licitación -con lo que no se atenta contra los principios que presiden la contratación pública-, hasta el punto que ya se había culminado con la adjudicación. Al tiempo, se cumplen las puntuales exigencias del artículo 29.4, párrafo quinto, de la LCSP, pues el anuncio de licitación aparece publicado con una antelación superior a los tres meses al vencimiento del contrato anterior, la continuidad de la prestación se revela esencial e imprescindible, el retardo es imputable a una incidencia sobrevenida (el recurso interpuesto frente a la licitación en curso) y la prórroga sólo se extiende por un periodo inferior a tres meses. En suma, el Ayuntamiento asistió a su deber de garantizar la continuidad en la prestación de un servicio indispensable, con el concurso de la misma empresa que venía prestándolo y en las mismas condiciones, en tanto se culminaba la licitación ya abierta para la selección de un nuevo contratista, lo que no entraña una vulneración de fondo de la normativa que rige la contratación pública.

Reconducidas así las facturas pendientes al marco contractual por el que han de regirse, procede explicitar su sujeción al contrato antecedente a través de la prórroga amparada por el reiterado artículo 29.4 de la LCSP, advirtiéndose que la eventual controversia reviste carácter contractual. Como tal, el procedimiento a seguir para depurar la responsabilidad que pudiera surgir para la Administración en el seno de esa relación es, como viene señalando el Consejo de Estado (por todos, Dictamen 710/2019), el establecido en el artículo 97 -Resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos- del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,

aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que es el aplicable "Con carácter general, salvo lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones públicas para casos específicos", resultando preceptivo el dictamen de este Consejo 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" -artículo 191.3, letra c), de la LCSP-. No obstante, examinadas en este procedimiento las facturas emitidas y conformadas, y avalado su ajuste a los pliegos rectores, nuestro pronunciamiento se extiende ya a la naturaleza e importe de lo debido al contratista, por lo que la Administración puede dictar una resolución reconociendo la obligación contractual -cuya cuantía asciende a los importes facturados, 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.

Por último, si bien la propuesta de resolución no se pronuncia sobre la eventual detracción del beneficio industrial, este Consejo estima improcedente su minoración en la medida en que nos encontramos con 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 concurrencia. No procede tal detracción cuando estamos ante "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 las incidencias suscitadas en la nueva licitación.

En cuanto a los intereses de demora, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene señalando 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 (por todas, Sentencia 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 no procede revisar de oficio las actuaciones relativas a la prórroga de la prestación del servicio de mantenimiento de instalaciones térmicas en edificios, dependencias e instalaciones municipales durante el período comprendido entre el 20 de mayo y el 7 de agosto de 2023, debiendo atender los abonos pendientes en el seno de la relación contractual.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.