

Dictamen Núm. 166/2024

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 19 de septiembre 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 V. E. de 27 de agosto de 2024 -registrada de entrada el día 2 del mes siguiente-, examina el expediente de revisión de oficio de las actuaciones relativas al contrato de servicios informáticos de centro de datos de respaldo entre el 10 de noviembre de 2021 y el 22 de mayo de 2023.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 26 de junio de 2024, la Consejera de Presidencia, Reto Demográfico, Igualdad y Turismo dicta resolución por la que se acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio del contrato de servicios informáticos relativos al centro de proceso de datos de respaldo de la Administración del Principado de Asturias en el período comprendido entre el 10 de noviembre de 2021 y el 22 de mayo de 2023.

Consta en sus antecedentes que el 9 de septiembre de 2015 se adjudicó a el contrato para la prestación de los servicios mencionados por importe de

1.500.000 euros y un plazo de ejecución de tres años. Dicho contrato fue prorrogado en cuatro ocasiones, y tras la finalización de la última el 9 de noviembre de 2021 “se inicia la tramitación del correspondiente expediente de contratación, declarándose desierta la licitación por Resolución de 24 de agosto de 2022”, por lo que se promueve una nueva licitación “de la que resulta el contrato actualmente vigente, cuya ejecución se inicia el 23 de mayo de 2023”. Toda vez que “durante el período comprendido entre el 10 de noviembre de 2021 y el 22 de mayo de 2023 la mercantil continuó prestando los servicios a los que se había comprometido, dicha empresa emite entre el 4 de enero de 2022 y el 30 de mayo de 2023 las facturas correspondientes (...) por importe de setecientos sesenta y ocho mil cincuenta y cinco euros con cuarenta y cinco céntimos (768.055,45 €) (...). El expediente de gasto fue informado por la Intervención General del Principado de Asturias con fecha 24 de julio de 2023, confirmando la existencia de omisión de fiscalización previa manifestada por la Intervención Delegada en el informe de fiscalización del expediente de 28 de junio de 2023 y, asimismo, entiende que se han producido una serie de infracciones del ordenamiento jurídico en el momento en que se adoptó el acto, entre otras, `la ausencia de tramitación del procedimiento contractual regulado en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público´ (...). Como consecuencia de la reestructuración de las Consejerías (...) se emite nuevo documento contable (...) al que la Intervención General, en su informe complementario de 15 de noviembre de 2023, hace extensiva la omisión de fiscalización previa expresada en el informe de 24 de julio de 2023”.

Se explica seguidamente que “las prestaciones cuyo pago pretende la contratista resultan ser totalmente imprescindibles para el correcto funcionamiento de los sistemas y, en particular, para asegurar la prestación de los servicios en caso de fallos graves./ En caso de fallo del centro de proceso de datos principal, deben entrar en funcionamiento de forma inmediata los sistemas replicados en el CPD secundario y para que esta inmediatez sea posible es necesario hacer copias diariamente de los datos y programas, así como llevar procesos complejos que aseguren que cuando sea preciso se pueda seguir

trabajando conectados al CPD secundario, garantizando así la no interrupción de servicios públicos esenciales./ El importe a satisfacer por los servicios prestados se ha calculado conforme a los precios adjudicados en el contrato anterior, según hace constar el órgano gestor y ha sido verificado por el Interventor Delegado en el sistema de información contable Asturcón XXI”.

Finalmente, se expresa que “por Resolución de 22 de diciembre de 2023 (...) se dispuso el inicio del procedimiento de responsabilidad contractual” para el abono de las facturas correspondientes a los servicios prestados sin amparo contractual; procedimiento del que se desistió mediante Resolución de 24 de junio de 2024, de acuerdo con el criterio expresado por el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en el Dictamen Núm. 88/2024, en el que el órgano consultivo señaló que “no procede declarar la responsabilidad contractual y que el vicio en que incurre el acto de adjudicación verbal del contrato es de tal entidad que debe depurarse a través del procedimiento de revisión de oficio de actos nulos”.

2. El día 28 de junio de 2024, la Instructora del procedimiento suscribe un informe en el que manifiesta que “concorre causa de nulidad al haberse adjudicado un contrato prescindiendo del procedimiento contractual legalmente establecido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 47” de la LPAC, “cuyo apartado 1.e) alude a `los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido´”. Asimismo, señala que “la consecuencia de esta nulidad debe ser en su momento la liquidación del contrato, lo que ha de suponer el reconocimiento y abono al contratista de la cantidad de 768.055,45 euros por los servicios efectivamente prestados”.

Con la misma fecha, comunica a la mercantil interesada la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días hábiles, poniendo a su disposición una copia del expediente.

3. Sin que se haya formulado alegación alguna en el trámite de audiencia, el día 16 de julio de 2024 la Instructora del procedimiento suscribe un nuevo informe

en el que, tras reiterar las consideraciones expresadas en el de 28 de junio de 2024, afirma que procede solicitar el preceptivo informe al Servicio Jurídico del Principado de Asturias.

4. Previa petición formulada por la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora, el 1 de agosto de 2024 una Letrada del Servicio Jurídico del Principado de Asturias “informa desfavorablemente el procedimiento de revisión de oficio correspondiente al acto verbal de adjudicación del contrato”, al entender que “no procede” que el abono de las facturas correspondientes al período comprendido entre el 10 de noviembre de 2021 y el 22 de mayo de 2023 “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’ cuya declaración de nulidad pueda servir de base a un pago que, no por ser procedente, exime de la exigencia de la responsabilidad a que, en su caso, hubiera lugar como consecuencia de haber prolongado indebidamente la prestación del servicio una vez expirado el contrato y, por otro (...), porque acudir a la revisión de oficio, en este supuesto, 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”.

5. El día 23 de agosto de 2024, la Instructora del procedimiento suscribe propuesta de resolución en la que afirma que, siguiendo el criterio de la Intervención General y el Consejo Consultivo del Principado de Asturias, “procede (...) llevar a cabo la revisión de oficio del acto verbal de adjudicación del contrato” por concurrir la causa del artículo 47.1, letra e), de la LPAC.

Entiende que no concurre ninguno de los límites para el ejercicio de las facultades revisoras del artículo 110 de la LPAC pues, según razona, “en el presente caso no ha transcurrido en absoluto un tiempo que permita limitar el ejercicio de la facultad revisora, ni tampoco se evidencia ninguna circunstancia que haga su ejercicio contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad señala que, “no siendo posible la restitución” de prestaciones, declarada la nulidad ha de liquidarse el contrato “de acuerdo con las correspondientes facturas presentadas y conformadas por la Administración, que ascienden a setecientos sesenta y ocho mil cincuenta y cinco euros con cuarenta y cinco céntimos (768.055,45 €)”, con lo que “se excluye tanto la indemnización por daños y perjuicios como la detracción del beneficio industrial”.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 27 de agosto de 2024, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva en el procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones relativas al contrato de servicios informáticos de centro de datos de respaldo entre el 10 de noviembre de 2021 y el 22 de mayo de 2023, adjuntando a tal fin copia del expediente en soporte digital.

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 l), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra l), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), la Administración del Principado de Asturias se halla debidamente legitimada, toda vez que a ella pertenece el

órgano que ha dictado el acto cuya declaración de nulidad es objeto del procedimiento de revisión de oficio iniciado.

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

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

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), dispone 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 Presidencia, Reto

Demográfico, Igualdad y Turismo de 26 de junio de 2024, 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 este caso, se somete a dictamen un procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones que posibilitaron la continuidad en la prestación de los servicios informáticos de centro de datos de respaldo entre el 10 de noviembre de 2021 y el 22 de mayo de 2023, ante la falta de adjudicación del correspondiente contrato en forma legal. La mercantil a la que se efectuó el encargo resulta ser también la adjudicataria de la prestación del servicio desde 2015, y en la actualidad dispone asimismo de contrato regularmente adjudicado y en vigor para la prestación del mismo servicio. El procedimiento que analizamos se inicia por acuerdo del órgano de contratación, en este caso la titular de la Consejería de Presidencia, Reto Demográfico, Igualdad y Turismo, una vez constatada la prestación del servicio sin la debida cobertura contractual y tras haber desistido de un procedimiento antecedente de responsabilidad contractual para el abono de los servicios correspondientes que fue objeto del Dictamen Núm. 88/2024.

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 indicado en los Dictámenes Núm. 7/2022, 307/2022 y 79/2023, 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).

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). 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, 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 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 concurren 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 impropio 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.

Antes de analizar la procedencia de regularizar la contratación aquí considerada por el cauce revisor, debemos resolver las cuestiones que apunta el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias al señalar que “de los antecedentes no resulta un acto `mínimamente formalizado`” cuya nulidad proceda declarar en esta vía; que el procedimiento que se instruye “exime de la exigencia de responsabilidad a que, en su caso, hubiera lugar como consecuencia de haber prolongado indebidamente la prestación del servicio una

vez expirado el contrato”, y que “acudir a la revisión de oficio, en este supuesto, 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”.

A propósito de la primera de las objeciones planteadas por el Servicio Jurídico hemos de indicar que, si bien el encargo de prestación del servicio no se formalizó, 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.

En cuanto a la segunda y tercera de las objeciones formuladas por el Servicio Jurídico, debemos señalar que la revisión de oficio del acto de adjudicación irregular en ningún caso exime de las responsabilidades en que pudieran haber incurrido las autoridades y funcionarios correspondientes como consecuencia de la prolongación ilegal del contrato, a las que se refiere la disposición adicional vigésima octava de la LCSP, ni supone tampoco una desnaturalización del instituto revisor; sobre este particular ha de recordarse que

los vicios de nulidad de pleno derecho no son en ningún caso susceptibles de convalidación, la cual está reservada, por voluntad del legislador, únicamente a los supuestos de anulabilidad, por lo que, prestado el servicio al amparo de una orden o de un acuerdo no formalizado en términos legales, ninguna actuación administrativa o presupuestaria que se realice con posterioridad podrá sanar las irregularidades cometidas o, lo que es lo mismo, no podrá acudir a ningún procedimiento de convalidación que pudiera amparar los pagos.

En el supuesto examinado resulta que las actuaciones contractuales que se pretenden revisar -realizadas para garantizar la imprescindible continuidad en la prestación del necesario servicio de centro de datos de respaldo- 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 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 contrariando el 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 sometido a nuestra consideración 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 contratante que no actuó con la anticipación deseable para poder adjudicar el correspondiente contrato antes del 9 de noviembre de 2021, fecha en que finalizó la última prórroga acordada legalmente. 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 asunto 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 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 competencia (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 competencia 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 competencia. 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 competencia cuando la Administración se retrasa por razones atendibles y promueve la competencia 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, como señalamos en el Dictamen Núm. 88/2024, referido a la misma contratación, el hecho de que el anuncio de licitación del nuevo contrato -sujeto a regulación armonizada- no se publicara en la Plataforma de Contratación del Sector Público hasta el 1 de junio de 2022 evidencia que la Administración actuante no actuó con la celeridad necesaria para anticipar la licitación a la finalización de la cuarta y última prórroga del contrato el 9 de noviembre de 2021. En estas condiciones resulta correcto estimar que ha existido una demora excesiva en la iniciación del procedimiento de licitación y consiguientemente, tal y como asume la Administración en la propuesta sometida a nuestra consideración, una adjudicación huérfana de cualquiera de

los procedimientos previstos al efecto en la LCSP que se ha prolongado en total durante año y medio, 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.

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).

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.

En la propuesta de resolución la Consejería 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. Como indicamos, entre otros, en el Dictamen Núm. 186/2023, 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.

En cuanto al abono de intereses de demora, este Consejo viene considerándolo improcedente, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 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 ilícito 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). Asimismo, ha de tenerse en cuenta -como señalamos en el Dictamen Núm. 258/2023- la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 22 de febrero de 2023 -ECLI:ES:TSJAS:2023:442- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), en la que se razona que el Tribunal Supremo ha estimado el carácter de indemnización -y no de precio- de lo que haya de abonarse por obras o servicios que ya no encuentran amparo en una relación contractual (Sentencia de 13 de junio de 2022 -ECLI:ES:TS:2022:2426-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), por lo que “sólo de haberse mantenido la eficacia del contrato” procedería el abono de intereses de demora, que no caben cuando lo que se fija es “una indemnización en favor del contratista con expreso fundamento en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto de la Administración”.

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 relativas al contrato de servicios informáticos de centro de datos de respaldo entre el 10 de noviembre de 2021 y el 22 de mayo de 2023.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,