



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 189/2022

(Sección 2.^a)

San Cristóbal de La Laguna, a 12 de mayo de 2022.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad de la contratación del suministro de un Segway para la Policía Local, el 25 de noviembre de 2019, llevada a cabo con (...) (EXP. 169/2022 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de 29 de abril de 2022 (con registro de entrada en este Consejo Consultivo el día 2 de mayo de 2022), el Excmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria interesa de este Consejo Consultivo preceptivo dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad de la contratación administrativa del suministro de un Segway para la Policía Local, el 25 de noviembre de 2019, con (...).

2. La legitimación para la solicitud del dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo Consultivo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el art. 191.3.a) 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 2017 (LCSP), norma básica aplicable al presente supuesto porque, tanto la adjudicación del contrato como el presente procedimiento, fueron iniciados con posterioridad a su entrada en vigor.

También es de aplicación, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), por remisión

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

expresa del art. 41.1 LCSP, al haberse iniciado el presente procedimiento con posterioridad a su entrada en vigor, y el art. 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria LCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, también de carácter básico.

3. La competencia para resolver el presente procedimiento le corresponde al órgano de contratación, en virtud de lo previsto en el art. 41.3 y Disposición Adicional segunda LCSP, que en este caso es la Junta de Gobierno Local, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 24 de marzo de 2017, modificado por Acuerdo de 1 de febrero de 2018.

4. En la Propuesta de Resolución, la Administración afirma la nulidad de pleno derecho de dicho contrato por incurrir en la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.e) LPACAP.

5. A su vez, el art. 41.1 LCSP, en relación con la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas viciados de nulidad, remite a la regulación que del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP, especialmente en su art. 106.5, que dispone que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso, pues se inició a través de la Resolución núm. 40016/2021, de 19 de octubre, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad.

6. Consta que se ha otorgado trámite de vista y audiencia a la contratista, (...), presentando ésta escrito de alegaciones el 7 de julio de 2021 en las que se opone a la nulidad propuesta, por lo que se ha solicitado el preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento administrativo y que constan documentados en el expediente remitido son los siguientes:

- El 31 de octubre de 2019 se dicta Resolución del Concejal Delegado del Área de Seguridad y Emergencias, por la que se acuerda la Adjudicación a (...) del contrato

menor de suministros, y la autorización y disposición de su respectivo gasto, de un segway para la Policía Local por importe de 7.374 euros.

- Tras ejecutarse el suministro el 20 de noviembre de 2019, con fecha 9 de diciembre de 2019 (...) presenta, a través de la plataforma de facturación electrónica, factura número 13020192020, de fecha 25 de noviembre de 2019, por importe de 7.374 euros.

- El 6 de diciembre de 2019 el Servicio de Policía Local emite informe de adecuación a la normativa aplicable en propuesta de resolución de reconocimiento de la obligación y en tal fecha emite informe certificando que se ha suministrado por la empresa la mercancía objeto de adjudicación, de conformidad con las condiciones generales establecidas, correspondientes al contrato menor.

- El 19 de diciembre de 2019 la Sección de Fiscalización de Gastos emite informe de devolución, lo que se fundamenta en que «En el ejercicio 2018 se adquirieron dos segways superándose el límite de los contratos menores, por lo que la factura deberá tramitarse en papel, para Omisión de la Fiscalización».

- Con fecha 15 de octubre de 2020, se remite el expediente de referencia al Servicio de Intervención General para su fiscalización sobre la omisión.

- El 21 de octubre de 2020 se emite informe de omisión de fiscalización por Intervención General, en el que se señala:

«Primero. En el citado expediente, se pone de manifiesto que en el ejercicio 2019 se ha realizado un gasto, sin la preceptiva fiscalización previa de los actos que han generado la obligación que se pretende reconocer, tal como exige el artículo 214.2.a) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que previene que el ejercicio de la función interventora comprenderá “La intervención crítica o previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir derechos u obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos de valores”.

De conformidad con el artículo 28.1 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 los supuestos en los que, con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones, hasta que se conozca y se resuelva dicha omisión en los términos previstos en el presente artículo”.

A tal efecto, establece el citado precepto:

“2. Si el órgano interventor al conocer de un expediente observara omisión de la función interventora lo manifestará a la autoridad que hubiera iniciado aquel y emitirá al mismo tiempo su opinión respecto de la propuesta, a fin de que, uniendo este informe a las actuaciones, pueda el Presidente de la Entidad Local decidir si continua el procedimiento o no y demás actuaciones que en su caso, procedan.

En los casos de que la omisión de la fiscalización previa se refiera a las obligaciones o gastos cuya competencia sea de Pleno, el Presidente de la Entidad Local deberá someter a decisión del Pleno si continua el procedimiento y las demás actuaciones que, en su caso, procedan.

Este informe, que no tendrá naturaleza de fiscalización, se incluirá en la relación referida en los apartados 6 y 7 del artículo 15 de este Reglamento y pondrá de manifiesto, como mínimo, los siguientes extremos:

a) Descripción detallada del gasto con inclusión de todos los datos necesarios para su identificación, haciendo constar, al menos, el órgano gestor, el objeto del gasto, el importe, la naturaleza Jurídica, la fecha de realización, el concepto presupuestario y ejercicio económico al que se imputa.

b) Exposición de los incumplimientos normativos que, a juicio del interventor informante, se produjeron en el momento en que se adoptó el acto con omisión de la preceptiva fiscalización o intervención previa, enunciando expresamente los preceptos legales infringidos.

c) Constatación de que las prestaciones se han llevado a cabo efectivamente y de que su precio se ajusta al precio de mercado, para lo cual se tendrán en cuenta las valoraciones y justificantes aportados por el órgano gestor, que habrá de recabar los asesoramientos o informes técnicos que resulten precisos a tal fin.

d) Comprobación de que existe crédito presupuestario adecuado y suficiente para satisfacer el importe del gasto.

e) Posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento, que será apreciada por el interventor en función de si se han realizado o no las prestaciones, el carácter de éstas y su valoración, así como de los incumplimientos legales que se hayan producido. Para ello, se tendrá en cuenta que el resultado de la revisión del acto se materializará acudiendo a la vía de la indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de haberse producido un enriquecimiento injusto en su favor o de incumplir la obligación a su cargo, por lo que, por razones de economía procesal, sólo será pertinente instar dicha revisión cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone.

En relación con los municipios de gran población, dispone el apartado 3 del mencionado artículo 28 que “corresponderá al órgano titular del departamento o de la concejalía de área al que pertenezca el órgano responsable de la tramitación del expediente o al que esté adscrito el organismo autónomo, sin que dicha competencia pueda ser objeto de delegación, acordar en su caso el sometimiento del asunto a la Junta de Gobierno Local para que adopte la resolución procedente.

Segundo. A efectos del informe que debe emitir la Intervención sobre los extremos mencionado en el apartado precedente se formulan las consideraciones siguientes, en el mismo orden que el consignado en el artículo 28.2 Real Decreto 424/2017:

A) En relación con la descripción detallada del gasto, se referencian los siguientes datos:

-Gasto derivado de un contrato cuyo objeto es la contratación del suministro de un segway para los agentes de la Policía Local. Siendo el detalle de la factura el que figura en el ANEXO.

Se trata de suministro realizado en el año 2019, y ello sin que se tramitara el oportuno procedimiento de contratación.

-Órgano gestor: Servicio de Policía Local.

-Importe: El que figura en el ANEXO.

B) En relación con los incumplimientos normativos que se produjeron con la adopción del acto, debe señalarse lo siguiente:

Los actos de preparación y adjudicación del contrato se han realizado sin ajustarse al procedimiento legalmente establecido, bien por ausencia total de procedimiento, bien por no seguir el concreto procedimiento previsto en la Ley 9/2017 para ese supuesto en particular, y/o con o sin consignación presupuestaria. El incumplimiento concreto figura en el ANEXO.

C) En cuanto a la efectiva realización de las prestaciones.

En el expediente, consta el certificado de conformidad con el suministro realizado de fecha 06.12.2019; consta informe del Centro Gestor, suscrito, en fecha 28.10.2019, por el Jefe de la Policía Local, y el Concejal Delegado del área, en relación a la necesidad del gasto; en otro informe, de fecha 11.11.2020, se hace constar que no es posible la restitución del suministro, y, por último, en un escrito de la empresa suscrito en fecha 07.07.2021, se manifiesta que se opone al descuento de cualquier tipo de beneficio industrial. Esta circunstancia deberá sustanciarse en el trámite de declaración de nulidad.

D) Respecto de la comprobación de que existe crédito presupuestario adecuado y suficiente.

Se constata la existencia de crédito adecuado y suficiente con cargo al documento contable que figura en el ANEXO para satisfacer el valor de la prestación que, en su caso, no pudiera ser restituida.

E) En relación con la posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento.

El artículo 38 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos el 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, dispone que los contratos celebrados por los poderes adjudicadores serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes de la citada Ley.

Por su parte, el artículo 39 de dicha Ley contempla entre las causas de nulidad de derecho administrativo de los contratos:

1. Son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2. Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes:

a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, la falta del objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya adjudicatario o al estar incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71.

b) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.

El artículo 47.1 de la de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), enumera los actos de las Administraciones públicas nulos de pleno derecho, señalando entre otros:

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

El artículo 173.5 del TRLRHL dispone que “no podrán adquirirse compromisos de gasto por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar”.

Revisado el expediente se deduce la concurrencia de causa de nulidad de la contratación y dado el carácter de las prestaciones el importe y los incumplimientos legales que se han puesto de manifiesto esta intervención General considera que debe tramitarse el procedimiento de revisión de oficio de la contratación. Sin embargo, en relación a la fijación del valor del suministro que pretende el centro gestor, téngase en cuenta que el valor económico a restituir debe corresponderse con el coste efectivo de la prestación exento de beneficio industrial, lo que dará lugar a un expediente contradictorio una vez se incoe el oportuno expediente de declaración de nulidad de la contratación, si procediera.”».

- El 23 de octubre de 2020 la Sección de Análisis Jurídico Económico del Presupuesto del Servicio de Intervención General emite informe de fiscalización desfavorable, pronunciándose en los siguientes extremos:

«Por un lado, no se justifica debidamente la imposibilidad de proceder a la devolución del suministro realizado, debiendo pronunciarse el Servicio gestor en este extremo.

Por otro lado, en el caso de que se justifique debidamente la imposibilidad de proceder a la devolución del suministro realizado, y de instarse, pues, a la devolución del valor que se corresponda con la prestación efectivamente realizada en favor de este Ayuntamiento, en cuanto a la valoración debe quedar claro que no consta la existencia de beneficio industrial, y es que debe tenerse en cuenta que ni el Ayuntamiento puede lucrarse indebidamente, no abonando el suministro, ni la empresa contratista puede percibir por tal prestación cantidad que exceda del coste efectivo ya que se lucraría indebidamente con el “beneficio industrial” de un contrato que no debió haberse celebrado. En este sentido, téngase en cuenta el dictamen del Consejo de Estado número 678/2019, aprobado el 24.10.2019, en el que se concluye que, si no se puede determinar el beneficio industrial, se considerará como tal el 3%; ello podría conllevar, en el caso de que acordará la revisión de oficio, un expediente contradictorio con el contratista en lo que se refiere al valor del suministro a restituir».

- A tal efecto, el 11 de noviembre de 2020, se emite informe por el Servicio de Policía Local sobre la restitución del suministro solicitado por el Servicio de Intervención General, señalando:

«Se hace constar que dado que se trata de un producto destinado y ya utilizado por la Policía Local en el año en curso, no siendo posible la restitución del suministro».

- A la vista del citado informe, el 11 de noviembre de 2020, se emite informe por la Responsable Técnica Jefa de Policía Local, en el que, dado que no es posible la restitución del suministro, y dado lo expuesto por el informe de 23 de octubre de 2020 de la Sección de Análisis Jurídico Económico del Presupuesto del Servicio de Intervención General, se señala:

«A la vista de lo informado por la Intervención General y en cumplimiento de lo dispuesto por el Consejo de Estado en sus informes número 667/2019, 679/2019 y 680/2019, se le requiera para que un plazo no superior a quince días, remita documentación, bien justificando que no obtiene beneficio con el importe de la factura objeto de este expediente, o bien considerando como tal el 3%, que le será deducido del importe total de las mismas».

- A tal efecto, el 7 de julio de 2021 la contratista presenta escrito de alegaciones por medio de las cuales se opone a la detracción del beneficio industrial y solicita el pago íntegro de la factura y sus intereses de demora correspondientes, en los términos previstos en el art. 198 LCSP.

- Con fecha 13 de septiembre de 2021 el Servicio de Policía Local remite al Servicio de Contratación informe solicitando se realice consulta al Consejo Consultivo de Canarias, ante la oposición manifestada por la contratista (...), si bien, el 14 de septiembre de 2021, el Servicio de Contratación remite comunicado interior informando que el informe se mantiene en suspenso hasta que se aporte:

«a) Acuerdo y Certificación de la Junta de Gobierno Local de LPGC, por la que se toma conocimiento de la omisión de fiscalización previa de la contratación y se acuerda la tramitación del procedimiento de revisión de oficio.

b) Resolución de incoación e inicio del expediente de la nulidad de la contratación.

c) Notificación al proveedor de la resolución de Incoación e inicio del expediente de nulidad de la contratación, con trámite de audiencia con un plazo de 10 días para su conformidad o negativa a dicho expediente de nulidad.

d) Escrito del proveedor de conformidad u oposición (negativa) al expediente de nulidad de la factura con firma electrónica. El documento aportado como oposición del contratista no tiene firma electrónica.

e) Propuesta de Acuerdo a la Junta de Gobierno Local para la declaración de la nulidad de la contratación de la factura n.º 130 20192020».

- El 21 de octubre de 2021, la Sección de Análisis Jurídico y Económico del Presupuesto emite informe de la Omisión de la fiscalización de la factura de referencia.

- Con fecha 4 de noviembre de 2021, la Junta de Gobierno Local acuerda tomar conocimiento de la omisión de fiscalización previa de la contratación del suministro de un Segway para la Policía Local, el 25 de noviembre de 2019, con (...), de la factura número 130 20192020 y se acuerda la incoación del procedimiento de revisión de oficio de la citada contratación.

- El 9 de noviembre de 2021 se notifica a la interesada el referido acuerdo.

III

En cuanto a la tramitación del procedimiento, constan practicadas las siguientes actuaciones:

- Por Resolución de la Concejala Delegada del Área de Seguridad y Emergencia n.º 40016/2021, de 19 de noviembre, se acordó la incoación de expediente para la declaración de nulidad de la contratación descrita, lo que se intenta notificar telemáticamente a (...) el 23 de noviembre de 2021, si bien consta caducada la notificación el 4 de diciembre de 2021 por no haber accedido a ella la contratista en el plazo establecido al efecto.

- El 28 de abril de 2022 se emite Informe Propuesta de declaración de nulidad a la Junta de Gobierno Local.

IV

1. La Propuesta de Resolución declara la nulidad de la contratación realizada con (...), correspondiente a los gastos derivados de la factura número 130 20192020, de fecha 25 de noviembre de 2019, por la prestación del suministro de un Segway para la Policía Local, de cuya valoración, entiende la Propuesta de Resolución, no ha sido posible determinar el beneficio industrial, considerando como tal el 3 por 100 del precio del contrato.

Concluyendo al efecto *«Liquidar el contrato por el periodo de 25 de noviembre de 2019 y, dado que no es posible la restitución recíproca, devolver su valor por un importe total, incluyendo impuestos, de siete mil ciento cincuenta y dos mil euros, con setenta y ocho céntimos (7.152,78 €), descontando el beneficio industrial conforme al cuadro detalle que se relaciona a continuación (...)»* (se adjunta cuadro con cuantías y cálculos sobre la factura).

2. Con carácter previo, se ha de señalar respecto a la tramitación del procedimiento que, si bien no se presentaron alegaciones por la contratista tras el

acuerdo de incoación del procedimiento para la declaración de nulidad de la contratación que nos ocupa, la Propuesta de Resolución, de forma correcta, a la vista de los antecedentes obrantes en el expediente, tiene por opuesta a la contratista, toda vez que la misma había formulado alegaciones el 7 de julio de 2021 en las que había manifestado su oposición a la detracción del beneficio industrial en caso de nulidad de la contratación, sin que tras las meritadas alegaciones se hayan emitido informes cuyo desconocimiento puedan causar indefensión a la contratista.

3. Sentado lo anterior, y con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo, se ha de señalar que es criterio jurídico mayoritariamente aceptado el que, en los casos de contratación irregular, esto es, supuestos en los que un contratista ha procedido efectiva y materialmente a ejecutar una obra o a prestar un servicio o suministro en favor de la Administración, pero con incumplimiento de las normas presupuestarias (contrataciones sin crédito presupuestario) y/o de contratación aplicables (existe crédito pero no cobertura contractual, bien por haber expirado el plazo de duración y sus prórrogas, bien por haber contratado verbalmente fuera de los casos permitidos por el ordenamiento y prescindiendo de toda formalidad procedimental, esto es, sin tramitar el correspondiente expediente de licitación destinado a la preparación, adjudicación y formalización del contrato de acuerdo con la legislación en materia de contratación pública o, en general, por haber sido celebrado concurriendo alguna causa de nulidad de pleno derecho), y al objeto de compensar al contratista por las prestaciones ejecutadas -a favor de la Administración- en cumplimiento de un contrato nulo de pleno derecho (evitando así, el correspondiente enriquecimiento injusto o sin causa de la Administración Pública), procede acudir al procedimiento de revisión de oficio establecido en el Capítulo I del Título V LPACAP (art. 106 LPACAP, al que remite íntegramente el art. 41.1 LCSP). De tal manera que, cuando existe un contrato nulo de pleno derecho, el cauce procedimental para proceder al pago al contratista por los trabajos ya ejecutados es el marcado legalmente; debiendo la Administración Pública declarar, previamente, la nulidad de la contratación a través del cauce de la revisión de oficio ex arts. 41.1 LCSP y 106 LPACAP.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre (Consideración III), en donde se sostiene que la vía adecuada en supuestos de contratación viciada de nulidad de pleno derecho es la declaración de nulidad por el órgano competente, previa tramitación del procedimiento de revisión de oficio, de conformidad con el art. 106 LPACAP. En este sentido, se expone lo siguiente:

« (...) por mucho que la práctica y doctrina anterior a la introducción del artículo 35.1 en la legislación de contratos hubiese utilizado la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración para evitar un efecto antijurídico (la apropiación por la Administración de unos bienes o servicios sin el correspondiente abono de su precio), lo cierto es que en la actualidad, a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se ha instituido una vía precisa y adecuada para alcanzar prácticamente los mismos efectos, la del citado artículo 35.1, que claramente subsume la reclamación objeto del presente expediente en la responsabilidad contractual. Eso sí, para proceder a compensar conforme a lo específicamente regulado ahora en ese artículo 35, hay que decidir previamente si la adjudicación es o no nula de pleno derecho y para ello es necesario seguir el procedimiento específicamente previsto para ello en el ordenamiento.

Y es que la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad, por lo que deberá tramitarse el correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato.

Por tanto, con el artículo 35.1 de la Ley de Contratos lo que se produce es que las adjudicaciones realizadas prescindiendo totalmente del procedimiento de contratación son supuestos de nulidad de pleno derecho que deben dar lugar a la declaración de tal nulidad a través de los cauces que para ello tiene el ordenamiento (revisión de oficio) para poder procederse a aplicar las consecuencias -la compensación- que el mismo artículo 35 regula para cuando se produzca tal nulidad.

Ello no obstante, nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (sin necesidad de invocar en abstracto el enriquecimiento injusto como principio general del derecho subsumible en un procedimiento de responsabilidad extracontractual) para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma».

En idénticos términos se han pronunciado otros Consejos Consultivos. Así, se puede traer a colación lo señalado por el Dictamen 33/2016, de 11 de febrero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias (Consideración de Derecho cuarta):

«Como ya indicamos en nuestro anterior dictamen sobre este mismo asunto (Dictamen Núm. 8/2016), tras la entrada en vigor del artículo 35 de la LCSP, la previa declaración de nulidad constituye la vía específica y adecuada para compensar al contratista que actúa de buena fe; norma legal que, según expone el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, puso fin a la controversia jurisprudencial y doctrinal sobre el posible origen, contractual o

extracontractual, de las obligaciones que habría de asumir la Administración en estos casos para evitar el resultado antijurídico de la apropiación de unos servicios sin compensar al contratista».

Asimismo, el propio Consejo Consultivo de Canarias en supuestos de contratación verbal -aplicable también a otra contratación irregular-, efectuada no sólo en contra de la prohibición legal al respecto (actual art. 37 LCSP), sino, además, « (...) *prescindiendo de toda formalidad procedimental y del resto de requisitos exigidos por la normativa reguladora de la materia*», ha venido sosteniendo el mismo criterio jurídico que el Consejo de Estado. Así, en su Dictamen 220/2013, de 19 de junio, se indica lo siguiente:

«En cuanto al cauce formal y procedimental al que corresponde tratar este asunto, también se ha manifestado este Organismo, por ejemplo, en el Dictamen 128/2010 en el que se afirma que:

“La circunstancia de que la prestación objeto de este contrato se haya efectivamente ejecutado y que la Administración haya procedido a su abono, no enervan ni convalidan, por el régimen propio de la nulidad de pleno derecho, las causas de nulidad en que hubiera incurrido la contratación. Por ello, si la Administración advierte la presencia de una causa de nulidad de pleno derecho, lo procedente, como señala el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 40/1998, es la tramitación del procedimiento de revisión de oficio contemplado en el artículo 102 LRJAP-PAC y no el de resolución contractual, que presupone, por lo demás, la existencia de un contrato válido.

Frente a la argumentación vertida en la Propuesta de Resolución acerca de la existencia del contrato y en consecuencia su posibilidad de resolución, la jurisprudencia lo único que ha reconocido en los casos de nulidad contractual es el derecho del contratista a percibir el valor de la prestación realizada al amparo de la doctrina del enriquecimiento sin causa: si a pesar de la nulidad del contrato el contratista ha realizado su prestación, se ha producido para la Administración un enriquecimiento sin causa o injustificado en la medida en que el contrato es nulo y ello determina la necesidad de restituir al contratista el valor de su prestación. Pero resultando el contrato nulo, su mera existencia en los términos que parecen deducirse de la Propuesta de Resolución, no habilita para iniciar y culminar un procedimiento de resolución. En definitiva, la apreciación de causa de nulidad de pleno de derecho del contrato adjudicado por el Ayuntamiento determina que no sea procedente la resolución del contrato, sino la tramitación del procedimiento de revisión de oficio (...). Por lo demás, las prestaciones efectuadas con posterioridad a la extinción del contrato que eventualmente se hubiere acordado verbalmente no pueden, como es obvio, ampararse en prórrogas, encima tácitas y, por tanto irregulares de tal contrato, imposibles al estar extinguido, siendo por consiguiente conectables a otro contrato similar al previo y que, por

idéntica razón, incurre en la misma causa de nulidad, independiente de que proceda su abono para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración».

Finalmente, existen diversos pronunciamientos de la jurisprudencia menor que han venido a acoger la doctrina sentada por el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre, y que anulan el «*reconocimiento extrajudicial de créditos*» acordado por las entidades locales como remedio para pagar al contratista que ejecutó la prestación en virtud de un contrato nulo. Entendiendo que, actuando de esa manera, se ha omitido totalmente el procedimiento aplicable en estos casos: el marcado por el actual art. 42.1 LCSP. Es decir, previa declaración de nulidad del contrato y reconocimiento consiguiente de indemnización al empresario.

Así, resulta especialmente ilustrativa la Sentencia n.º 148/2017, de 12 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Oviedo. En ella se analiza el marco normativo aplicable y se trae a colación lo expuesto en el Dictamen del Consejo de Estado 1724/2011, de 21 de diciembre, así como en el Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 33/2016, de 11 de febrero de 2016; señalando que los vicios puestos de manifiesto son de nulidad de pleno derecho, al haberse incurrido en omisión total del procedimiento de contratación aplicable y haberse incurrido en una «*falta gravísima de dotación presupuestaria*». Concluyendo que, «*por tanto, el punto de partida de la actuación municipal está viciado en la medida en que, entre la pretendida opción entre revisión de acto nulo y ejecución extrajudicial de crédito, en realidad y a juicio de este Juzgado, no tenía otra alternativa que seguir la primera*». Y estimando, en consecuencia, el recurso contencioso-administrativo.

Idéntica línea argumental se mantiene en las Sentencias n.º 128/2017, de 27 de junio, o n.º 213/2017, de 20 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Tarragona.

4. En el caso que nos ocupa, en el informe emitido el 19 de diciembre de 2019 por la Sección de Fiscalización de Gastos se detrae que en el ejercicio 2018 se adquirieron con la misma empresa y por la misma Administración dos segways, superándose, por ello, el límite de los contratos menores.

Pues bien, del régimen jurídico establecido por los arts. 118 y 63.4 LCSP para la contratación menor, así como de la prohibición establecida con carácter general de fraccionar un contrato, con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y de eludir así también los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan (art. 99.2 LCSP), se deduce con toda claridad que la

nueva LCSP pretende reducir la capacidad de la Administración para adjudicar directamente contratos menores con el objetivo de combatir la opacidad en los procesos de adjudicación de este tipo de contratos, imposibilitando también la adjudicación sin publicidad previa. Y, por ello, se rebajan las cuantías que limitan la contratación menor y se exigen nuevos requisitos para evitar prácticas administrativas como la que nos ocupa, tal y como se ha señalado por este Consejo Consultivo.

Así, si bien el valor de la contratación por la que se tramita el presente procedimiento administrativo es el de 7.374 euros, por lo que, estaría dentro del límite cuantitativo *«a priori»* previsto para los contratos menores, sin embargo, incumple la normativa de esta contratación en cuanto incumple la excepción prevista de que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen los 15.000 euros.

En este caso, si bien en el informe emitido por la Policía Local el 28 de octubre de 2019, justificativo del contrato menor, se señala que *«el contratista no ha suscrito más contratos menores que individualmente o conjuntamente superen el umbral económico establecido por la normativa vigente, con este Servicio de Policía Local»*, lo cierto es que ello no se corresponde con la realidad, pues consta en el expediente la contratación en el ejercicio 2018, con la misma empresaria, del suministro de otros dos segways, por lo que se ha vulnerado el límite de la contratación menor.

Efectivamente, por la contratista no se refuta este hecho, limitándose sus alegaciones únicamente a oponerse a la detracción de cuantía alguna en concepto de beneficio industrial.

En el presente supuesto, el contrato de suministros incurre en la causa de nulidad alegada por la Administración, pues no siendo posible la contratación menor por superarse los límites para ello, se prescindió totalmente del procedimiento previsto legalmente para llevar a cabo la contratación y, por ende, los gastos realizados por el suministro efectuado sin cobertura contractual, que constituye el objeto de la presente revisión de oficio, procediendo declarar su nulidad toda vez que la actuación administrativa incurre de forma clara, manifiesta y ostensible en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1, apartado e) LPACAP, por cuanto se ha procedido a recibir la prestación del suministro de un Segway para la Policía Local, el 25 de noviembre de 2019, llevada a cabo con (...), sin la previa tramitación del oportuno expediente de contratación a tal efecto.

Además, tal infracción del ordenamiento jurídico no puede ser imputable al tercero que ha realizado la prestación sino únicamente a la Administración, quien justifica su actuación en los siguientes términos, según el informe del Servicio de Policía Local de 28 de octubre de 2019:

«El expediente surge para atender una prestación singularmente demandada, cuya naturaleza es el suministro de un Segway para el patrullaje de los Agentes de la Policía Local.

El suministro del Segway es por la operatividad de los mismos, se ha podido demostrar que incluso son más eficaces que las bicicletas por permitir mayor campo de visión, y mayor rapidez en los desplazamientos, además en bicicletas se destinan más Agentes para realizar un servicio que en un Segway, también el hecho que es un vehículo respetuoso con el medio ambiente, puesto que no utiliza ningún tipo de combustible, por lo que es conveniente a los intereses municipales contratar dicho suministro».

Y añade, incorrectamente, que la contratista no ha realizado otros contratos menores con esa Administración, lo que no se corresponde con la realidad.

Asimismo, no resultan aplicables aquí los límites a la revisión de oficio consagrados en el art. 110 LPACAP.

5. En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, la contratista se opone al descuento del beneficio industrial por entender que no ha concurrido en el suministro realizado. En este sentido, la Propuesta de Resolución acuerda lo siguiente:

«Liquidar el contrato por el periodo de 25 de noviembre de 2019 y, dado que no es posible la restitución recíproca, devolver su valor por un importe total, incluyendo impuestos, de siete mil ciento cincuenta y dos mil euros, con setenta y ocho céntimos (7.152,78 €), descontando el beneficio industrial conforme al cuadro detalle que se relaciona a continuación (...)».

Como se ha señalado en múltiples ocasiones por este Consejo Consultivo, en lo que se refiere al momento procedimental en el que procede efectuar el cálculo de la liquidación del contrato, cabe recordar que el art. 42.1 LCSP establece que aquella fase se producirá una vez firme la resolución por la que se acuerde la revisión de oficio (a través del oportuno expediente contradictorio).

Sin embargo, como ya ha indicado el propio Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre (y este Consejo Consultivo de Canarias -Dictamen 220/2013, de 19 de junio-), « (...) nada impide, por economía procesal, acumular la

declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (...), para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma».

De esta manera, resulta posible resolver de forma conjunta sobre la nulidad del acto de contratación afectado y sobre la liquidación y, en su caso, sobre la indemnización que proceda (art. 42.1 LCSP).

En cualquier caso, argumenta la Administración para descontar en concepto de beneficio industrial el 3% del precio del contrato la aplicación de la doctrina del Consejo de Estado citada por aquella en sus dictámenes números 667/2019, 679/2019 y 680/2019, según los cuales:

« (...) en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 42 de la LCSP, no debe abonarse a la empresa contratista el precio de la prestación, sino su coste, que se calculará detrayendo del precio el beneficio industrial que aquella esperaba obtener, determinado en expediente contradictorio; y si no fuera posible determinar dicho beneficio la vista de la oferta presentada o de otra forma fehaciente, se considerará como tal el 3 por 100 del precio de los contratos, aplicando lo dispuesto en el artículo 313.3 de la LCSP para el supuesto de resolución por desistimiento de los contratos de servicios. Finalmente, el importe a que asciende el coste de la prestación habría de ser actualizado conforme al artículo 34.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, hasta que se ponga fin al procedimiento de revisión de oficio».

Ahora bien, este Consejo Consultivo no considera conforme a Derecho la detracción del beneficio industrial en la liquidación del contrato que nos ocupa pues, en este caso, se trata de un suministro realizado a satisfacción de la Administración, de la misma manera en la que había realizado anteriormente los correspondientes a los otros segways adquiridos por contrato menor en el ejercicio 2018, cuyas facturas no se discutieron.

Igualmente, se ha de tener en cuenta que, declarada la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación «*verbal*», debe estarse a lo dispuesto por el art. 42.1 LCSP, que señala lo siguiente:

«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».

Por lo que, no puede compartirse en esta concreta cuestión los razonamientos expuestos en la Propuesta de Resolución, por cuanto no es lógico que si el contrato se hubiera realizado conforme a la legalidad se hubiera pagado el total de la factura, pero, a raíz de la declaración de nulidad de la contratación, deba verse disminuida la cantidad a percibir. Ello sería tanto como privilegiar la actuación ilegal de la Administración, a la que le saldría más rentable -en términos económicos- actuar al margen de la ley y luego declarar la nulidad de su actuación; lo cual, evidentemente, contraviene los más elementales principios del estado de derecho.

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de 29 de octubre de 2019 al razonar lo siguiente:

«PRIMERO.- La deuda reclamada tiene su origen en un contrato de suministro en el que, a su finalización, la administración pidió que se continuara con el mismo hasta la adjudicación del nuevo contrato. La administración ha admitido la necesidad de la prórroga en aras al servicio al interés público, y la existencia de facturas sin abonar. Discrepa solo en el importe debido que, estima es de 41.197,55, al excluir el beneficio industrial. Estima la administración que se han producido contratos menores, todos nulos por haberse prescindido por completo de procedimiento (art. 62.1.e) Ley 30/1992). Y es que los hechos son "obra de las dos partes contratantes". Por ello, no está conforme con el beneficio industrial.

Como decimos, la administración sostiene que no ha lugar al beneficio industrial pues nos hallamos ante un contrato nulo, sin tramitación administrativa ni disponibilidad presupuestaria.

SEGUNDO.- No hay duda alguna de que el fundamento para la estimación del recurso se halla en la doctrina del enriquecimiento injusto. Declara el Tribunal Supremo: CUARTO.- En la STS de 21 de marzo de 1991 se afirma que "el enriquecimiento sin causa viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa -enriquecimiento y empobrecimiento- al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara".

Y recordábamos en nuestras sentencias de 18 de diciembre de 2007, recurso de casación 11195/2004, 2 de octubre de 2006, recurso de casación 1232/2004 y 20 de julio de 2005, recurso de casación 1129/2002, la doctrina del enriquecimiento injusto que pudiera derivar

de la ejecución de una obra para la Administración y del equilibrio económico que debe mantenerse en el cumplimiento del contrato a que se refiere la sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 1991, siguiendo lo vertido en las de 20 de diciembre de 1983 y 2 de abril de 1986, significa la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto.

O en términos de la sentencia de 18 de julio de 2003 el desequilibrio ha de estar constituido 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.

Así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la administración afectada (20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 11 de mayo de 1995, 8 de abril de 1998) o modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (sentencias de 12 de febrero de 1979, 12 de marzo de 1991, 4 de marzo de 1997), u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna (sentencia de 22 de noviembre de 2004, recurso de casación 4574/2001).

Incluye también una prórroga de un contrato no pactada aunque si prestada de buena fe por la contratista siguiendo órdenes de la administración (sentencia de 13 de julio de 1984) así como un pago a un subcontratista a consecuencia de una subcontrata con consentimiento tácito de la administración en que hubo incumplimiento contractual por ambas partes contratantes.

Y también el exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que esta hubiere cuestionado su importe (sentencia de 11 de julio de 2003, recurso de casación 9003/1997).

Asimismo, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de las autoridades y funcionarios de un Ayuntamiento que contrató de forma ilegal unas obras de pavimentación, se ha aceptado deberían ser pagadas para no producir enriquecimiento injusto del Ayuntamiento, contrario a la justicia distributiva y a la necesidad de restablecerla, a lo que está obligado este Tribunal. (STS 24 de julio de 1992, recurso de apelación 4011/1990). (STS 28/4/2008 citada en la STS de 14 de octubre de 2015.)

TERCERO.- Conforme a la doctrina expuesta, no hay duda de que el beneficio industrial no debe excluirse, pues sea como indemnización, o como pago del precio del contrato, el contratista no quedaría indemne si se le privara del citado concepto.

Es lógico esperar del empresario que lleva a cabo una obra, que exija, y obtenga, un lícito beneficio (en una economía de mercado cual la nuestra). Lo contrario supondría admitir el absurdo de que un particular, empresario o no, trabaje para la administración sin obtener beneficio alguno. No se repararía así íntegramente el perjuicio ocasionado al contratista. Y téngase en cuenta que si el contrato es nulo, la imputación principal de esa nulidad ha de mirar a la administración».

De todo lo expuesto cabe concluir que en los supuestos, como en el presente caso, en que la contratista ha manifestado buena fe, prestando el suministro a satisfacción de la Administración y con plena creencia de su cobertura legal, no procede «castigarla», por una situación no buscada ni generada por ella, detrayendo un porcentaje en concepto de beneficio industrial, sino que ha de abonarse el importe total de la factura en concepto de indemnización de daños y perjuicios, tal como se habría efectuado en cumplimiento del contrato original.

Por todo lo expuesto concluimos que la Propuesta de Resolución, si bien es conforme a Derecho en cuanto a la declaración de nulidad de la contratación del suministro de un Segway para la Policía Local, el 25 de noviembre de 2019, llevada a cabo con (...), no lo es en cuanto a los efectos de dicha nulidad, pues debe abonarse el importe total de la factura en concepto de restitución del valor de las prestaciones, sin que proceda detraer el 3% de las mismas en concepto de beneficio industrial.

6. Finalmente, respecto a la reclamación de intereses formulada por la contratista, se hace necesario indicar lo siguiente.

En primer lugar, ha de advertirse que, de conformidad con lo establecido en el art. 3.2, letra b) de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, se considera que no resultan de aplicación al caso analizado las previsiones del citado texto legal.

En segundo lugar, en cuanto a la exigibilidad y determinación de los citados intereses de demora, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de octubre de 2019, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª, ha señalado:

«La cuestión controvertida se concreta a la procedencia o no del abono de intereses de demora por retraso en el pago de las facturas correspondientes a los servicios prestados por la UTE recurrente en el mencionado periodo de tiempo, en virtud de acuerdo verbal con el CREA.

CUARTO: Entiende este tribunal que no cabe acoger la pretensión deducida por la actora, por cuanto la prestación de los servicios que dan lugar a la misma no estuvo cubierta por un contrato administrativo específico regulado en la Ley de Contratos del Sector Público debidamente formalizado.

Efectivamente, dispone el artículo 28 del TRLCSP, de aplicación al caso, que “1. Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 113.1, carácter de emergencia.

2. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se formalizarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 156, sin perjuicio de lo señalado para los contratos menores en el artículo 111.

(...) ”

Pues bien, el artículo 113.1, al regular la tramitación de emergencia, a la que alude el citado artículo 28.1, hace referencia a supuestos en que “la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional”; supuestos que no concurren en el presente caso. Lo cual justifica que se acudiese a un procedimiento de revisión de oficio, conforme a lo establecido en el artículo 34 del mismo cuerpo legal, puesto que la pactada prórroga verbal en la prestación del servicio, una vez vencido el plazo contractual, incurrió en nulidad de pleno Derecho, conforme al artículo 62.1 Ley 30/1992, actual artículo 47 de la Ley 39/2015.

El abono de dichos servicios se efectuó en virtud de un expediente de convalidación de gasto, tras el expediente de revisión de oficio del contrato verbal, sin que tal convalidación tenga naturaleza contractual. El pago tiene carácter resarcitorio, como efecto de la declaración de nulidad, tal como se infiere del art. 35 TRLCSP.

Cuando el artículo 216.4, que cita la actora -si bien no aplica el plazo correcto-, establece la obligación de la Administración “de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato”, aunando al incumplimiento del plazo la obligación de abonar intereses de demora, se está refiriendo de manera clara y expresa a la existencia de contrato; lo cual tampoco concurre en el caso enjuiciado, en el periodo al que se refiere la pretensión de la recurrente.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado esta Sala en sentencias, entre otras, de 11/09/2014, Sección Primera, (recurso número 497/2012) y de 14/09/2016, Sección Cuarta, (recurso 71/2016), en las más recientes, de la Sección Quinta, de 6/06/2018 (recurso 1007/2016) y 12/09/2018, (recurso 247/2017); y hay referencia en STS de 24/10/2005 (recurso 3444/2003) y 02/07/2004 (recurso 2341/2000).

Tal como se expone en la citada sentencia de esta Sala (Secc. Quinta) de 12/09/2018:

“Fuera de los supuestos de contratación por razones de emergencia a que se refiere el artículo 113 TRLCSP, -actual artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público- está prohibida la contratación verbal acorde al carácter formal de la contratación pública proclamado en el artículo 28 del mismo texto legal.

La omisión de trámites en los expedientes de contratación da lugar a infracciones del ordenamiento jurídico de diferente entidad, desde la total y absoluta omisión de expediente contractual, supuesto de nulidad de pleno derecho (artículo 62 Ley 30/92, actual artículo 47 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), hasta la omisión de algún trámite que, aun tratándose de informes preceptivos, pudieran considerarse como anulables (artículo 63 Ley 30/92, artículo 68 Ley 39/2015). A dichos preceptos remiten los artículos 32 y 33 del TRLCSP como causas que determinan la invalidez de los contratos administrativos.

Sólo los actos anulables son convalidables (artículo 67 Ley 30/92, y artículo 52 Ley 39/2015), no así los actos nulos de pleno derecho en los que sólo cabe la revisión de oficio para declarar su nulidad radical.

Por ello, cuando hay una contratación irregular, hay que diferenciar varios planos:

a) la cuestión relativa al abono al contratista de las prestaciones realizadas, bien como responsabilidad extracontractual o contractual o por reconocimiento extrajudicial de créditos en evitación de un enriquecimiento injusto;

b) la revisión de oficio del acto nulo o anulable, en su caso, conforme a los artículos 102 y 103 de la Ley 30/92 (106 y 107 de la Ley 39/2015), en relación a los arts. 28, 32.a) y c) y 34 del TRLCSP;

c) la exigencia de responsabilidades disciplinarias al titular del órgano o funcionario responsable que ha procedido a la contratación irregular conforme a los artículos 34 y Disposición adicional decimonovena del TRLCSP, en relación al artículo al artículo 145 de la Ley 30/92 (36 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público) y artículos 175 y 176 de la Ley General Presupuestaria;

d) la exigencia de responsabilidad por el incumplimiento del expediente de gestión económico-financiero, conforme al artículo 28.c) o d) y siguientes de la Ley 19/2013, de 19 de diciembre , de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

(...)

Es indudable que la reclamación de intereses de demora al amparo del artículo 216.4 del TRLCSP exige la preexistencia de un contrato administrativo válido. Y, en este caso, la

contratación no ha sido aprobada conforme al procedimiento administrativo específico regulado en la legislación contractual del sector público, no existe un contrato escrito. Incluso no existía consignación presupuestaria alguna. La ejecución por encargo verbal no puede amparar la exigencia de intereses de demora conforme a la legislación contractual pues ni la Administración puede abonar importe alguno hasta que no se apruebe el gasto, ni el expediente de convalidación es un expediente contractual o un trámite del mismo, y, en todo caso, la cantidad reconocida en los expedientes de convalidación no es el precio del contrato.

El artículo 35 del TRLCSP, para el caso de invalidez de los contratos, sólo considera como efectos de la nulidad la restitución de las cosas que se hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor, y la indemnización de los daños y perjuicios que haya sufrido la parte no culpable, sin referencia alguna a los intereses de demora. Como se ha mantenido, no se ha seguido por parte de la Administración la gestión contractual correspondiente, pero tampoco la empresa recurrente podía ignorar la necesidad de que se celebrara y formalizara un contrato válido conforme a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato. (...) dada la inexistencia de contratación conforme al procedimiento administrativo específico regulado en la Ley de Contratos del Sector Público, y formalización por escrito en documento administrativo, el importe de la factura no es el precio del contrato, por lo que no cabe amparar la reclamación de intereses de demora en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y ni en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre. Es criterio seguido, entre otras en las sentencias de esta Sala, de 11 de septiembre de 2014, Sección Primera, (recurso número 497/2012), de 14 de septiembre de 2016, Sección Cuarta, (recurso 71/2016), y de esta Sección Quinta 23 de mayo de 2018 (apelación 13/2018) y 6 de junio de 2018 (recurso 1007/2016), y en la STS de 24 de octubre de 2005 (recurso 3444/2003).

(...)

Con carácter general, la convalidación de gastos debe considerarse como un procedimiento excepcional, dirigido a la compensación a que hubiere lugar en caso de obligaciones de pago comprometidas, a efectos de abonar las prestaciones realizadas tanto para evitar una reclamación de responsabilidad patrimonial, como para corregir el enriquecimiento injusto que, en otro caso se produciría, pues el enriquecimiento sin causa es fuente de las obligaciones. (...) "».

Argumentos jurídicos que, si bien referidos al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), resultan de plena aplicación al supuesto analizado, por

lo que, a la vista de la irregularidad en la contratación, no procede el abono de intereses de demora.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución que se somete a dictamen en relación con la contratación del suministro de un Segway para la Policía Local, el 25 de noviembre de 2019, llevada a cabo con (...), se considera parcialmente conforme a Derecho en los términos expuestos en el Fundamento IV del presente Dictamen.