



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 6 7 / 2 0 2 2

(Sección 2.^a)

San Cristóbal de La Laguna, a 30 de junio 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 servicio de vigilancia en centros escolares públicos de educación infantil y primaria y en otras instalaciones municipales dependientes del Servicio de Educación, en el periodo que abarca desde el 1 de octubre de 2019 al 5 de noviembre de ese mismo año y que fue concertado con la empresa (...). (EXP. 223/2022 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado mediante oficio de 26 de mayo de 2022 (con registro de entrada en este Organismo consultivo al día siguiente), tiene por objeto examinar la adecuación jurídica del Informe-Propuesta de Resolución formulado por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria y en cuya virtud se declara la nulidad de la contratación del servicio de vigilancia en centros escolares públicos de educación infantil y primaria y en otras instalaciones municipales dependientes del Servicio de Educación, en el periodo que abarca desde el 1 de octubre de 2019 al 5 de noviembre de ese mismo año y que fue concertado con la empresa (...).

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, 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 (en adelante, LCSP), norma básica aplicable al presente supuesto

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

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 (en adelante, LPACAP), por remisión 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 la 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 n.º 14.905/2022, de 28 de abril de 2022-, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad.

6. Consta en el expediente que se ha otorgado trámite de vista y audiencia a la empresa contratista (...); presentando este escrito de alegaciones el día 10 de mayo de 2022, 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:

1. Con fecha 19 de noviembre de 2019 se evacua informe del Servicio de Educación en el que se pone de manifiesto la posible concurrencia de una causa de nulidad en la contratación del servicio de vigilancia en centros escolares públicos de educación infantil y primaria y en otras instalaciones municipales dependientes del Servicio de Educación en el periodo comprendido entre el 1 de octubre y el 5 de noviembre de 2019.

En dicho informe se hace constar que tras la finalización del contrato primigenio de vigilancia [*«(...) cuyo vencimiento se produjo el pasado día 22 de abril de 2018»*], la empresa contratista continuó prestando el servicio sin cobertura contractual hasta la adjudicación del nuevo contrato (6 de noviembre de 2019); por lo que *«la contratación de la prestación descrita podría estar incurso en causa de nulidad de pleno derecho, entre las previstas en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015 (...)»*.

2. Con fecha 19 de noviembre de 2019, se solicita informe a la Intervención General para la declaración de nulidad de la contratación del servicio de vigilancia en centros escolares públicos de educación infantil y primaria y en otras instalaciones dependientes del Servicio de Educación, durante el periodo del 1 al 31 de octubre y del 1 al 5 de noviembre de 2019, emitiendo esta informe el 10 de diciembre de 2019, en el que se pone de manifiesto la omisión de fiscalización de la citada contratación.

3. Con fecha 19 de diciembre de 2019 la Junta de Gobierno Local acuerda tomar conocimiento de la omisión de fiscalización previa de dicha contratación e iniciar el correspondiente procedimiento de revisión de oficio de la contratación del servicio de vigilancia en centros escolares públicos de educación infantil y primaria y en otras instalaciones dependientes del Servicio de Educación, durante el periodo del 1 de octubre al 5 de noviembre de 2019.

Con idéntica fecha y mediante Resolución n.º 2019-56.494, de la Concejala del Área de Educación, Seguridad y Emergencias, Servicios Sociales, Participación Ciudadana y Juventud, se acuerda la incoación del expediente para la declaración de nulidad de la contratación descrita.

4. Otorgado trámite de audiencia a la empresa, esta muestra su conformidad con la nulidad mediante escrito de 20 de diciembre de 2019.

5. Con fecha 2 de octubre de 2020 se da trámite de audiencia a la empresa prestadora del servicio de vigilancia a fin de que procediera a justificar la existencia o no de beneficio industrial en el precio de las facturas presentadas.

6. Con fecha 14 de octubre de 2020 la empresa aporta informe en el que manifiesta que, con el fin de facilitar los procedimientos de pago, admite que le sea descontado el tres por ciento de dichas facturas.

7. Con fecha 5 de noviembre de 2020 la empresa presenta escrito de alegaciones al que se adjunta un primer estudio de costes en los que habría incurrido en la prestación del servicio de vigilancia, durante el período comprendido entre el 1 de octubre y el 5 de noviembre de 2019, y en el que certifica la no existencia de beneficio industrial, esgrimiendo que los costes de los servicios realizados durante este período (121.293,37 €, por el mes de octubre; y 7.619,91 €, por el período del 1 al 5 de noviembre), son superiores a las cantidades facturadas (118.757,27 € y 7.735,29 €, respectivamente).

8. Tras efectuar un estudio de la documentación aportada y habiéndose detectado divergencias en los costes de la hora de servicio y de otros conceptos, con fecha 23 de noviembre de 2020 se requiere a la empresa contratista para que subsane el estudio presentado, debiendo comprender detalle de lo incluido en el concepto «*costes indirectos*», a efectos de emitir el correspondiente informe contradictorio.

Ese mismo día la empresa contratista presenta un segundo estudio de costes derivados de la prestación del servicio de vigilancia en centros escolares públicos de educación infantil y primaria y en otras instalaciones dependientes del Servicio de Educación durante los períodos del 1 al 31 de octubre de 2019 y del 1 al 5 de noviembre del mismo año; certificando, por un lado, la no existencia de beneficio industrial durante el período comprendido entre el 1 y el 5 de noviembre de 2019, y, por otro, la existencia de un beneficio industrial por importe de 20.545,30 €, en el período correspondiente al mes de octubre de 2019, lo que representa un 18,42% de beneficio sobre el coste total del servicio durante el citado período.

9. Con fecha 25 de noviembre de 2020 se emite informe contradictorio por el que se concluye que no es posible comprobar la existencia o no de beneficio industrial en las cantidades facturadas por la empresa (...), debiendo detrarse el 18,42% del precio del contrato respecto al período del 1 al 31 de octubre de 2019, por tratarse este del beneficio industrial reconocido por la propia empresa y el 3% del precio del contrato respecto al período del 1 al 5 de noviembre de 2019,

conforme a lo establecido en las advertencias incluidas en los dictámenes números 667/2019, 679/2019 y 680/2019 del Consejo de Estado.

10. Con fecha 18 de diciembre de 2020 se emite informe de la Asesoría Jurídica Municipal por el que se informa favorablemente el expediente de nulidad contractual.

11. Con fecha 4 de marzo de 2021 se formula requerimiento a la empresa de rectificación de las facturas originales habidas en el expediente administrativo de declaración de nulidad, en el sentido de que las mismas deberían reflejar los importes/precios que correspondan, resultantes de descontar a estos el beneficio industrial reconocido por (...) (caso de la factura correspondiente al período del 1 al 31 de octubre de 2019) y el aplicado (del 3%, en el caso de la factura correspondiente al período comprendido entre el 1 y el 5 de noviembre de 2019).

12. Con fecha 18 de marzo de 2021 la empresa contratista presenta escrito de alegaciones reconociendo, en relación con el período del 1 al 31 de octubre de 2019, un beneficio industrial diferente al reconocido en el estudio económico previamente aportado, siendo este de 4.759,06 euros; e informando haber practicado el descuento del 3% indicado por el Centro Gestor en la factura rectificativa que aporta, con número 0942702, relativa al período comprendido entre el 1 y el 5 de noviembre de 2019.

13. El 14 de abril de 2021 la entidad contratista presenta factura rectificativa n.º 0945278, correspondiente al período del 1 al 31 de octubre de 2019, en la que hace constar un beneficio industrial por importe de 4.759,06 €, en lugar del beneficio industrial inicialmente reconocido (20.545,30 €).

14. Con fecha 23 de abril de 2021 se evacua un segundo informe contradictorio por el que se concluye que no resulta posible comprobar la existencia o no de beneficio industrial en las cantidades facturadas por la empresa (...), en concepto del servicio de vigilancia en centros escolares públicos de Educación Infantil y Primaria y en otras instalaciones dependientes del Servicio de Educación, durante el periodo del 1 al 31 de octubre de 2019 y del 1 al 5 de noviembre de 2019, debiendo detraerse el 4,27% del precio del contrato respecto al período del 1 al 31 de octubre de 2019, por tratarse este del beneficio industrial reconocido por la propia empresa; y el 3% del precio del contrato respecto al período del 1 al 5 de noviembre de 2019, conforme a lo establecido en las advertencias incluidas en los dictámenes números 667/2019, 679/2019 y 680/2019 del Consejo de Estado.

15. Con fecha 28 de abril de 2021 se solicita informe de la Asesoría Jurídica, que es evacuado -favorablemente- el día 11 de mayo de 2021.

16. Con fecha de 12 de mayo de 2021 la Intervención General devuelve el expediente a efectos de incorporar el informe del servicio de Contratación y la omisión de fiscalización, quedando la función interventora pendiente a resultas de la documentación que se aportase.

17. Con fecha 17 de mayo de 2021 el servicio de Contratación informa que, revisado el expediente, se constata que se ajusta a lo previsto en la instrucción para la tramitación de expedientes en los que sea necesario declarar previamente la nulidad de las actuaciones por incumplimiento de las normas y procedimientos exigidos en la legislación de contratación pública.

18. Con fecha 15 de septiembre de 2021 la Intervención General informa sobre la procedencia de la declaración de la nulidad de la contratación del «*Servicio de Vigilancia en centros escolares públicos de Educación Infantil y Primaria y en otras instalaciones municipales dependientes del Servicio de Educación*» en el período del 1 al 31 de octubre y del 1 al 5 de noviembre de 2019, servicio prestado por la empresa (...); dejando constancia, al mismo tiempo, de su disconformidad, formulando reparo a la propuesta de acuerdo.

19. Mediante Resolución n.º 2022-14905, de 27 de abril, de la Concejala de Área de Gobierno de Educación, Seguridad y Emergencias, Servicios Sociales, Participación Ciudadana y Juventud, se declara la caducidad del procedimiento administrativo encaminado a la declaración de nulidad de la contratación de referencia, al haber transcurrido el plazo máximo para resolver y notificar, sin que se haya dictado resolución expresa.

Dicha Resolución fue notificada a la empresa contratista el día 28 de abril de 2022.

20. Con fecha 29 de abril de 2022 el Servicio de Educación emite informe técnico complementario respecto a la detracción del beneficio industrial de la facturación presentada por la mercantil (...) correspondiente a los servicios prestados entre el 1 de octubre de y el 5 de noviembre de 2019.

III

En cuanto a la tramitación del procedimiento administrativo encaminado a la declaración de nulidad contractual, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Mediante Resolución n.º 16.252/2022, de 5 de mayo de 2022, de la Concejala de Gobierno del Área de Educación, Seguridad y Emergencias, Servicios Sociales, Participación Ciudadana y Juventud, se acuerda la incoación de procedimiento administrativo de « (...) declaración de nulidad de la contratación a favor de (...) (...), de los gastos derivados del Servicio de vigilancia en centros escolares públicos de educación infantil y primaria y en otras instalaciones dependientes del Servicio de Educación, en el periodo comprendido entre el 1 de octubre y el 5 de noviembre de 2019 y por importe de 122.697,77€».

Asimismo, y al amparo de lo dispuesto en el art. 82 LPACAP, se confiere a la contratista un plazo de diez días para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que tuviere por convenientes.

La precitada Resolución consta debidamente notificada a la empresa contratista.

2. La entidad contratista presenta escrito de alegaciones con fecha 10 de mayo de 2022, oponiéndose a la declaración de nulidad pretendida por la Administración municipal.

3. Con fecha 18 de mayo de 2022 se emite Informe-Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad de la contratación del servicio de vigilancia en centros escolares públicos de Educación Infantil y Primaria y en otras instalaciones municipales dependientes del Servicio de Educación, en el periodo comprendido del 1 de octubre al 5 de noviembre de 2019.

IV

1. La Propuesta de Resolución declara la nulidad de la contratación realizada con la empresa (...) correspondiente a « (...) los gastos derivados del Servicio de vigilancia en centros escolares públicos de educación infantil y primaria y en otras instalaciones dependientes del Servicio de Educación, en el periodo comprendido entre el 1 de octubre y el 5 de noviembre de 2019 (...) »; y 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 (apartado dispositivo primero), que se detrae de las correspondientes facturas. Concluyendo al efecto que procede «liquidar el contrato por el período comprendido entre el 1 de octubre y el 5 de noviembre de 2019 y, dado que no es posible la restitución recíproca, devolver su valor por un importe total incluyendo impuestos, de 122.697,77€ (...) » -se adjunta cuadro con cuantías y cálculos sobre las facturas-.

2. 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 n.º 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 n.º 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 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 n.º 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 mercado 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 n.º 1724/2011, de 21 de diciembre, así como en el dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias n.º 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.

3. En el presente caso y dada la variedad de causas de nulidad que se deducen del expediente administrativo tramitado por la Administración municipal, se entiende oportuno aplicar *mutatis mutandi* el mismo criterio sostenido por este Consejo Consultivo en materia de resoluciones contractuales (véase en este sentido, el Dictamen 63/2020, de 18 de febrero: *« (...) resulta de aplicación la reiterada y constante doctrina de este Consejo (por todos, Dictámenes 88/2019, de 13 de marzo; 263/2018, de 6 de junio; y 60/2016, de 10 de marzo), que reproduce, asimismo, la doctrina consolidada del Consejo de Estado referida a que, en caso de concurrencia de varias causas de resolución, debe aplicarse prioritariamente la causa de resolución que aparezca antes en el tiempo, de modo que, si posteriormente sobrevienen otras causas, estas son ya irrelevantes»*), debiéndose analizar, en primer término, la causa de nulidad prevista en el art. 47.1, letra e) LPACAP -al ser considerada como la primera en aparecer en el tiempo-.

Pues bien, una vez examinado el contenido del expediente administrativo que se ha remitido a este Consejo Consultivo de Canarias, se entiende que el contrato de referencia -servicio de vigilancia- incurre en la causa de nulidad alegada por la Administración [art. 47.1, letra e) LPACAP], puesto que se prescindió totalmente del procedimiento previsto legalmente para llevar a cabo la contratación y, por ende, los gastos realizados por el servicio 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 servicio de seguridad llevada a cabo con la empresa (...), sin la previa tramitación del oportuno expediente de contratación a tal efecto.

Como bien se indica en el informe evacuado por la Intervención General con fecha 10 de diciembre de 2019 -folio 69-, *«se trata de un servicio fuera del periodo de vigencia de un contrato anterior al haberse producido la facturación con posterioridad a la finalización de la vigencia del contrato inmediato anterior, continuando con la prestación del servicio por la anterior empresa adjudicataria sin que se haya tramitado el preceptivo expediente de contratación. El contrato finalizó, según se desprende del expediente, el 22 de abril de 2018 y, desde entonces, la empresa continúa prestando el servicio. Según informa el Centro gestor (...), con fecha 06/11/2019, se formalizó contrato para la prestación de dicho servicio, previa tramitación del preceptivo procedimiento».*

Así pues, *«los actos de preparación y adjudicación del contrato se han realizado sin ajustarse al procedimiento legalmente establecido (...) por ausencia total de procedimiento (...) »*; por lo que *«revisado el expediente se deduce la concurrencia de causa de nulidad de la contratación (...) »*, debiendo -a juicio de la Intervención General- *«tramitarse el procedimiento de revisión de oficio de la contratación»* -folio 70-.

Además, tal infracción del ordenamiento jurídico no puede ser imputable al tercero que ha realizado la prestación (contratista), sino, únicamente, a la Administración, quien justifica su actuación en los siguientes términos (Antecedente de hecho primero de la Propuesta de resolución):

«En informe del Servicio de Educación de fecha 19 de noviembre de 2019, se (...) señala lo siguiente:

“ (...) En relación al contrato de “Servicio de Vigilancia en centros escolares públicos de educación infantil y primaria y en otras instalaciones dependientes del Servicio de Educación”, adjudicado a la empresa (...) con NIF número ESA28369395, y cuyo vencimiento se produjo el pasado día 22 de abril de 2018, informar que desde la sección de educación se han realizado las siguientes actuaciones

- Con fecha 28 de diciembre de 2017 causa baja laboral el responsable técnico de la sección de educación, encargado del trámite de los pliegos técnicos que rigen los contratos de la sección de educación. Esto motivó una ausencia de técnico responsable y cualificado en*

el departamento que pudiera dar continuidad al trámite del nuevo contrato que habría de regir la prestación de dicho servicio. Al día de hoy dicho trabajador continua de baja.

- Con fecha 15 de enero de 2018 la junta de gobierno local acuerda una prórroga excepcional del contrato de servicio seguridad y vigilancia en centros escolares públicos de educación infantil y primaria y en otras instalaciones municipales, para el periodo comprendido entre el 23/01/2018 y el 22/04/2018.

- La entrada en vigor de la ley 9/2017 de contratos del sector público, el 9 de marzo de 2018, hizo necesario ajustar el pliego que se estaba elaborando a las nuevas exigencias que dicta dicha ley.

- Con fecha 13 de abril de 2018 con número de salida interdepartamental 2018/193 se registró en la sección de contratación el pliego técnico que habrá de regir el nuevo contrato.

- Con fecha 26 de diciembre de 2018 se publican los pliegos técnicos y administrativos del contrato servicio de vigilancia de los edificios que acogen centros de educación infantil y primaria y otros centros de uso educativo y/o sociocultural de propiedad municipal en la plataforma estatal de contratos del sector público.

- La mesa de contratación con fecha 23 de enero de 2019 acuerda trasladar al servicio de educación las ofertas realizadas por las distintas empresas licitadoras, para su análisis y evaluación.

- Con fecha 19/03/2019 el servicio de educación emite informe técnico previo a la adjudicación del contrato "servicio de vigilancia de los edificios que acogen centros de educación infantil y primaria y otros centros de uso educativo y/o sociocultural de propiedad municipal". Expediente número: 809-18-s.

- Con fecha 25 de marzo de 2019 el servicio de educación emite informe técnico previo a la adjudicación del contrato "servicio de vigilancia de los edificios que acogen centros de educación infantil y primaria y otros centros de uso educativo y/o sociocultural de propiedad municipal". Expediente número: 809-18-S, con corrección del 100% D.2.1.Cenpol.

- Con fecha 5 de abril de 2019 el servicio de educación emite informe técnico de corrección de error material en informe técnico previo a la adjudicación del contrato, de fecha 25/03/2019, con corrección de identificación de empresa adjudicataria.

- Con fecha 24 de abril de 2019 la mesa de contratación realiza propuesta de adjudicación del contrato "servicio de vigilancia de los edificios que acogen centros de educación infantil y primaria y otros centros de uso educativo y/o sociocultural de propiedad municipal". Expediente número: 809-18-S.

• En fecha 26 de junio de 2019 la mesa de contratación toma conocimiento del informe en respuesta al escrito presentado por la entidad (...) en el procedimiento con expediente de contratación 809/18-S. Y acuerda desestimar las alegaciones vertidas por la citada Entidad.

• El 15 de julio de 2019 el Alcalde adopta Resolución por la que acuerda la adjudicación del contrato de servicio, denominado Servicio de vigilancia en centros escolares públicos de educación infantil y primaria y en otras instalaciones municipales dependientes del servicio de Educación, con expediente número 809/18-S.

• El 31 de julio de 2019 la entidad (...) presenta mediante Registro General (Solicitud número 2019-127611) escrito por el que interpone recurso especial en materia de contratación contra la citada Resolución del Alcalde, de fecha 15 de julio de 2019, por la que se acuerda la adjudicación del mencionado contrato de servicio.

• El 27 de septiembre de 2019 el Servicio de Contratación traslada al Servicio de Educación el citado recurso.

• A 6 de noviembre de 2019 se ha formalizado la firma del nuevo contrato con la empresa que ha ganado el concurso.

En relación a la justificación de la necesidad del gasto indicar que la vigilancia de los centros educativos de infantil y primaria ubicados en el municipio es una competencia municipal propia, según se establece en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local., artículo 25.2.ñ.

La no prestación del servicio de vigilancia en los centros educativos del municipio afectaría de manera negativa en la educación de los /as cerca de 25.000 menores escolarizados /as en centros públicos del municipio, poniendo en riesgo el derecho fundamental a la educación (artículo 27 de la Constitución Española).

(...)

Resulta necesario por las especiales características de las prestaciones contratadas y el grave perjuicio que pudiera originar la interrupción del mismo, la continuidad del servicio hasta la adjudicación del nuevo contrato que actualmente se encuentra en fase de evaluación. La suspensión del servicio afectaría gravemente al interés público».

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

4. En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, la entidad contratista se opone al descuento del beneficio industrial planteado por la Administración municipal -folios 627 a 634 y 635 a 643-.

Respecto a esta cuestión, y dada la identidad sustancial del supuesto ahora analizado con los supuestos de hecho contenidos, entre otros, en los dictámenes

483/2021, de 21 de octubre y 203/2022, de 26 de mayo, debemos reiterar los pronunciamientos efectuados en los referidos dictámenes.

Decíamos en los referidos dictámenes que, ante todo, debemos recordar, 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, 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).

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 aquélla en sus dictámenes números 667/2019, 679/2019, 680/2019, según los cuales:

«El artículo 42 de la LCSP limita la restitución únicamente al valor de la prestación, incluyendo exclusivamente los costes y, en este sentido, en distintos dictámenes del Consejo de Estado, entre otros número 680/2019, de 26 de septiembre, números 667/2019 y 679/2019, de 24 de octubre, se ha concluido que, " (...) en estos casos que, 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».

Ahora bien, este Consejo Consultivo considera que no es conforme a Derecho la detracción del beneficio industrial en la liquidación del contrato que nos ocupa pues, en este caso, se trata de servicios que se prestaron como consecuencia de que, una vez llegado el plazo de cumplimiento del contrato, la empresa contratista continuó a cargo de tales servicios de forma tácita, ante la falta de indicación en sentido contrario por parte del Ayuntamiento, llegando incluso a considerar el Servicio de Educación en su informe que la no prestación del servicio de vigilancia en los centros educativos afectaría de forma negativa a la educación de los más de 25.000 menores escolarizados en centros públicos del municipio, poniendo en riesgo el derecho fundamental a la educación (art. 27 CE), por lo que la suspensión del servicio afectaría gravemente al interés público.

Por tanto, hemos de partir de la base de que, aunque se declare la nulidad de pleno derecho de la contratación verbal (con la consecuencia de que deba procederse a la liquidación de tal «*contrato*»), la realidad es que estamos ante la continuación de los servicios que se vinieron prestando hasta la finalización del contrato originario y válido y más que una verdadera contratación realizada verbalmente (pues no consta tal encargo o encomienda de carácter verbal), nos encontramos ante una prórroga carente de título administrativo, impuesta por la propia realidad y la dinámica de los hechos que implica precarizar lo que hasta ese momento se venía ejecutando -de uno u otro modo- por la empresa contratista.

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 durante la vigencia del contrato originario se hayan venido pagando unas cantidades mensuales con normalidad y, a partir de su finalización, como consecuencia de que el servicio se continuó prestando «*en precario*», bajo una supuesta contratación verbal, y a raíz de la declaración de nulidad de ésta, deba verse disminuida la cantidad mensual 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 servicio 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 las facturas en concepto de restitución del valor de la prestación, tal como se habría efectuado en cumplimiento del contrato original.

En consecuencia, y a la vista de lo anterior, se ha de concluir que la Propuesta de Resolución, si bien es conforme a Derecho en cuanto a la declaración de nulidad de la contratación del servicio de vigilancia llevada a cabo con la empresa (...), 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.

5. Finalmente, y respecto a la reclamación de intereses de demora formulada por la contratista -folio 631-, se hace necesario reiterar lo manifestado por este Consejo Consultivo de Canarias en su precitado Dictamen 189/2022, de 12 de mayo:

« (...) 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.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida al parecer jurídico de este Consejo Consultivo de Canarias, se considera que es parcialmente conforme a Derecho, en los términos expuestos en el Fundamento IV de este Dictamen.