

Expediente Núm. 283/2018
Dictamen Núm. 53/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 21 de febrero de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 26 de octubre de 2018 -registrada de entrada el día 31 de ese mismo mes-, y una vez atendida la diligencia para mejor proveer -mediante escrito registrado el 11 de enero de 2019-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio del acto de adjudicación de un contrato de servicio de fotocopiadoras (expediente AAG/.....) del Ayuntamiento de Tineo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 4 de junio de 2018, el Alcalde del Ayuntamiento de Tineo dicta Resolución de inicio del procedimiento de revisión de oficio del acto de adjudicación del contrato al que responde la factura presentada por, por importe de 363 €, IVA incluido, relativa a la ampliación de la garantía de máquinas fotocopiadoras en la Agencia de Desarrollo Local, el Centro Municipal de Empresas y el departamento de Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo entre el 1

de octubre y el 31 de diciembre de 2017, al entender que incurre en las causas de nulidad de pleno derecho señaladas en el artículo 32.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), en relación con el artículo 47.1.e) de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), en tanto que ha sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, vulnerando lo dispuesto en los artículos 86.2, 138.2 y concordantes, así como en el artículo 32.c), del TRLCSP, por tratarse de un gasto contraído sin existencia de crédito para su abono.

En la citada Resolución se advierte a la interesada que la declaración de nulidad del contrato "conduce a su liquidación", y se le concede audiencia "por el plazo de diez días hábiles (...) al objeto de que formule cuantas observaciones estime oportunas". También se le informa de que el plazo de resolución del procedimiento será de seis meses, cuyo transcurso sin haberse dictado resolución determinará su caducidad, sin perjuicio de la posibilidad de suspenderse.

Consta la notificación de la resolución a la empresa al día siguiente.

2. Figura incorporado al expediente remitido, como antecedente, el expediente de Intervención (INT/.....), integrado por los siguientes documentos: a) Providencia de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo de 12 de marzo de 2018 en la que, tras examinar "la relación de facturas que consta en el expediente, procedentes del ejercicio anterior por servicios y suministros prestados a esta Administración, cuyo importe asciende a 46.748,56 euros, y una vez constatada la inexistencia de crédito presupuestario en el ejercicio de procedencia" se dispone que "se emitan los informes de Intervención y Secretaría oportunos y se lleven a cabo las actuaciones que permitan compensar a los acreedores por las prestaciones ejecutadas sin que tengan que ejercitar sus pretensiones ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y a fin de evitar el enriquecimiento injusto o sin causa de esta Administración". b) Informe emitido en esa misma fecha por la Interventora municipal relativo a "revisión de oficio. Declaración de nulidad. Reconocimiento extrajudicial de créditos". En él señala que "a la fecha

de este informe constan 101 facturas del ejercicio anterior, registradas en el mes de enero de este ejercicio, para las cuales se ha comprobado que a 31 de diciembre de 2017 no existía cobertura presupuestaria suficiente y adecuada, y además no están amparadas jurídicamente, salvo dos de ellas. El importe total asciende a 46.748,56 euros". Tras enumerar las facturas con indicación de su referencia, importe y deudor y la precisión de que "cuentan con el conforme de los gestores o responsables correspondientes", aclara que derivan de "gastos de suministro de energía eléctrica de alumbrado público y dependencias municipales, que no han sido objeto de preceptiva licitación, y otros gastos diversos". Tras indicar que "a la fecha del informe (...) se ha formalizado contrato para el suministro de máquinas impresoras y fotocopiadoras de acuerdo con el procedimiento legal", reseña que, "de conformidad con el artículo 32 del TRLCSP, es motivo de nulidad de pleno derecho la carencia o insuficiencia de crédito, salvo los supuestos de tramitación de emergencia. Las obligaciones así adquiridas están afectadas por un vicio de nulidad absoluta y este no puede subsanarse; no es posible su validación". Expone que la revisión de oficio del acto viciado (en este caso, los actos preparatorios y los de adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas) constituye el "procedimiento adecuado para restituir a los terceros de buena fe las prestaciones realizadas a conformidad". Entiende que el expediente de reconocimiento extrajudicial de créditos "es el instrumento de gasto que permite hacer efectiva la liquidación prevista en el apartado 1 del artículo 35 del TRLSCP en el ámbito local", y añade que "la solución jurídica adoptada no excluye la exigencia de las eventuales responsabilidades en las que hubiera podido incurrir el funcionario o autoridad que tramitó irregularmente la contratación", previstas en la normativa que cita, haciendo referencia a la contabilización de los gastos por operaciones pendientes. c) Informe emitido el 1 de junio de 2018 por la Secretaria municipal en el que se alude, en primer lugar, a la "relación entre los expedientes de revisión de oficio y de reconocimiento extrajudicial de créditos". Tras citar la doctrina de diversos órganos consultivos, un informe de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias y una Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo de 12 de junio de 2017, estima que

resulta imposible “acudir de forma directa al reconocimiento extrajudicial de créditos de facturas que pudieran corresponder a contratos nulos”, siendo necesaria la tramitación de un expediente de revisión de oficio. A continuación cita el artículo 28.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el Régimen Jurídico del Control Interno en las Entidades del Sector Público Local, en cuanto que prevé la emisión de un informe por el órgano interventor en los supuestos de omisión de la función interventora que incluirá, entre otros extremos de obligado pronunciamiento, la “posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento”, con indicación de que, “por razones de economía procesal, solo sería pertinente instar dicha revisión cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone”. Tras efectuar diversas consideraciones sobre el precepto, concluye que la entrada en vigor del citado Real Decreto el 1 de julio de 2018 determina que “las reflexiones anteriores no resultan de aplicación al presente expediente”. En segundo lugar, y en relación con el objeto de los procedimientos de revisión de oficio, entiende que “es necesario tramitar, de forma individualizada, tantos expedientes como actos administrativos vayan a ser objeto de revisión”. Tras referirse a la normativa aplicable y a los trámites preceptivos del procedimiento, plantea, en cuanto a sus efectos y con relación al importe “que debe cuantificarse en la indemnización”, que la “posibilidad de excluir del total de la liquidación de los contratos que hubieran sido declarados nulos el importe correspondiente al beneficio industrial determina la necesidad de fijar el *quantum* de tal beneficio en cada contrato”, y considera “razonable entender que el concepto de ‘beneficio industrial’ puede formar parte del presupuesto de los contratos de servicios o suministros, a pesar de que ni las disposiciones legales ni reglamentarias de aplicación lo recojan expresamente, constituyendo, en interpretación analógica del artículo 131” del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, “un 6 % del presupuesto total, y que, por tanto, sería posible detraer tal cantidad de la liquidación que resulte del contrato declarado, en su caso, nulo”. Finalmente, el informe se refiere a la competencia para la revisión de oficio, que reside, sin perjuicio de las individualizaciones que procedan en cada expediente, en el Alcalde-Presidente.

d) Informe complementario de la Secretaria municipal de 4 de junio de 2018 sobre el "contrato al que responde la factura (...) de 29 de diciembre de 2017, por importe de 363 euros", y que se refiere "a la ampliación de la garantía de máquinas fotocopiadoras en la Agencia de Desarrollo Local, en el Centro Municipal de Empresas y en el departamento de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo entre el 1 de octubre (...) y el 31 de diciembre de 2017". Explica que la factura corresponde a "la ampliación de la garantía (...) de las máquinas fotocopiadoras" situadas en las dependencias municipales indicadas, por lo que, "en atención a la fecha presumible de adjudicación del contrato, resulta de aplicación", en cuanto al fondo, el 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 (en adelante TRLCSP). Manifiesta que, "según el informe emitido por la Intervención General, en el ejercicio presupuestario 2017 no existe consignación presupuestaria para hacer frente al pago del servicio", y considera que "por el importe facturado (...), y puesto que no existe tramitación alguna en el expediente para la adjudicación del servicio, podría pensarse que se trata de un contrato susceptible de adjudicación a través del llamado contrato menor, conforme a lo dispuesto en los artículos 111 y 118 del TRLCSP (...). No consta en el expediente si el servicio prestado responde a un único contrato que incluye exclusivamente los tres conceptos señalados" -ampliación de la garantía de las máquinas en la Agencia de Desarrollo Local, el Centro Municipal de Empresas y el departamento de Alcaldía-, o si "forma parte de un contrato de objeto más amplio que comprende más conceptos en relación a los servicios o, en su caso, suministros de máquinas fotocopiadoras y similares para todas las dependencias municipales. Debe aclararse, por tanto, si se trata de un servicio con autonomía y sustantividad propia o si, por el contrario, se integra en un contrato con un objeto mayor. La duración de la garantía de las máquinas -que abarca solo el último trimestre de 2017- y lo limitado de las dependencias municipales afectadas -que incluye solo a tres de ellas- conduce a pensar en la falta de autonomía del contrato y a su debida pertenencia a un contrato global de suministro o arrendamiento del sistema de impresión multifuncional para las diferentes dependencias municipales del Ayuntamiento de Tineo". Tras recordar

la prohibición de fraccionamiento de contratos establecida en el artículo 86.2 del TRLCSP, afirma desconocer “el importe total del contrato al que debería pertenecer el servicio facturado ni la forma en la que (...) se suscribió aquel que, en todo caso, no consta entre los contratos tramitados en esta dependencia”, y subraya que por Resolución de la Alcaldía de 28 de febrero de 2018 se ha adjudicado el “contrato de suministro, en régimen de arrendamiento sin opción de compra (...), del sistema de impresión multifuncional para las diferentes dependencias municipales del Ayuntamiento de Tineo, por procedimiento abierto”. A la vista de ello, concluye que “el servicio ahora cuestionado debió haberse integrado en una licitación ajustada al debido procedimiento (...), no siendo posible su adjudicación de forma directa, lo que, por remisión de lo dispuesto en el artículo 32.a) del TRLCSP, conduce al artículo 47.1.e)” de la LPAC, “que señala que `Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho´ cuando se dicten `prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido´, y ello en cuanto la adjudicación directa vulnera lo previsto en el artículo 138.2 del TRLCSP, que dispone que `La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido´, así como lo señalado en el artículo 86.2 del TRLCSP, según el cual `No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan´”. Razona que incluso considerando que se trata de un contrato menor se habría vulnerado el procedimiento interno de adjudicación de este tipo de contratos, “más riguroso que el señalado en la normativa general de aplicación”, y con arreglo al cual resulta necesario elaborar una memoria justificativa de la necesidad de gasto suscrita por el titular del servicio proponente, acompañada de tres presupuestos, cuando sea posible. Añade que “la Interventora municipal recoge en su informe que en el presupuesto correspondiente a 2017 no existe crédito adecuado y suficiente para la atención de la factura presentada. Ello es, sin duda, consecuencia de la ausencia de un procedimiento de contratación adecuado que, previsiblemente, hubiera garantizado la atención presupuestaria de los créditos legalmente contraídos. Siendo así, la nulidad del acto administrativo deriva

también de lo dispuesto en el artículo 32.c) del TRLCSP, que reputa como causa de nulidad de pleno derecho `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´, no habiéndose acreditado supuesto de emergencia alguno”. Tras reiterar que “el acto de adjudicación del contrato del que trae cuenta la factura estudiada debe ser objeto de revisión de oficio por incurrir en causa de nulidad de pleno derecho”, remitiéndose en cuanto a sus efectos a “los señalados en el (...) informe de esta Secretaría de 1 de junio de 2018, de modo que procedería calcular el beneficio industrial del contratista que, en su caso, podría no ser objeto de abono”. e) Informe del Concejal de Hacienda de 4 de junio de 2018 en el que señala que los servicios a los que se refiere la factura que se especifica “fueron efectivamente prestados”.

3. El día 18 de junio de 2018, una representante de la empresa contratista presenta un escrito de alegaciones en el que expone, en cuanto a la naturaleza del contrato de extensión de garantía, que el celebrado entre la empresa y el Ayuntamiento de Tineo “tiene una cuantía anual de solo 1.200 euros por el mantenimiento de 3 multifuncionales de la marca HP”, por lo que se trata “inequívocamente” de un contrato menor cuya tramitación, conforme al artículo 111 del TRLCSP, exige únicamente “la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente”. Rebate los argumentos municipales y subraya que la afirmación de que se trata de “un contrato que carecía de autonomía y sustantividad propia y que por lo tanto debió integrarse en un gran contrato de suministro de impresión que abarcara a todas las dependencias del Ayuntamiento” constituye un “argumento (...) tremendamente subjetivo” que “somete a cualquier contrato menor a cambios de criterio que vulneran cualquier viso de seguridad jurídica y que sometería a los administrados a una arbitrariedad insoportable”. Recuerda “que en el año 2015, en plena crisis económica, resultaba lógico que los Ayuntamientos trataran de ahorrar lo máximo posible, y uno de los mecanismos para hacerlo era alargar la vida útil de

las máquinas multifuncionales mediante contratos de mantenimiento. Siendo las máquinas HP conocidas por su longevidad, es una decisión perfectamente racional y acorde al interés público preferir su renovación. Máxime cuando al renovar todo el parque de impresión las máquinas usadas se retiran y el Ayuntamiento pierde todo valor residual, ya que lo normal es que el ganador de la nueva licitación no está en condiciones de garantizar el mantenimiento de las máquinas antiguas./ Pero es que además la necesidad de someter todo cambio de inmovilizado a un contrato global es totalmente antieconómica”, y se pregunta si “abren un concurso para renovar todos los ordenadores y equipos informáticos” cuando “se estropea un ordenador en la Casa Consistorial”, poniendo de relieve si “no sería más lógico comprar un solo equipo para sustituir al averiado”. Señala que “para eso precisamente están los contratos menores, para esos pequeños gastos por los que resulta antieconómico abrir un procedimiento de concurso más complejo. Es (...) labor de la Administración y de sus responsables gestionar sus recursos de la manera más eficiente posible, y será su responsabilidad utilizar el procedimiento más adecuado para cada caso. Y para ello la legislación de contratos les otorga una amplia variedad de procedimientos para que elijan el más adecuado dependiendo de sus necesidades. Es obvio que los contratos menores existen, y si existen es porque el legislador los considera útiles, de lo contrario los eliminaría y obligaría a todas” las Administraciones públicas “a realizar procedimientos abiertos para cada necesidad de contratación”. Rechaza que el Ayuntamiento debiese “renovar la maquinaria entera”, pues no tenía sentido “renovar el contrato de mantenimiento de unas máquinas -especialmente robustas, las HP de esa generación- en época de crisis”. Reseña que, aunque no es misión de la empresa valorar “decisiones políticas (...), era una decisión comprensible y ajustada al interés público”, así como a la legalidad.

En cuanto al argumento municipal de que se habría vulnerado el procedimiento interno de contratación, cuestiona “la capacidad de cualquier Ayuntamiento/Administración pública para realizar cambios sustanciales en el procedimiento de contratación pública regulado en la normativa de contratos (una ley de carácter nacional, con superioridad jerárquica a cualquier reglamento

y/o disposición normativa que pueda aprobar una Administración pública). Pero es que además dicha ordenanza fue publicada” en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias* “en enero de 2017 cuando el contrato entró en vigor (...) a finales de 2015”, por lo que no era exigible la aplicación de una normativa anterior a la adjudicación, de acuerdo con la irretroactividad general de las normas consagrada en el artículo 3.3 del Código Civil. Considera, pues, que “estamos ante un contrato menor perfectamente acorde” con “la normativa de contratación pública vigente; contrato además perfeccionado, realizada la prestación y pendiente de cobrar la última factura”.

Finalmente, rechaza que sea aplicable al caso el Dictamen Núm. 270/2002 del Consejo Consultivo de Andalucía citado por el Ayuntamiento en sus informes, ya que “en el caso que nos ocupa tenemos un contrato firmado, que es un contrato menor según la normativa aplicable, una prestación realizada a conformidad con el Ayuntamiento y una factura sin pagar (...). El citado dictamen se refiere a un procedimiento aprobado mediante un mero contrato verbal, además en un procedimiento de enorme cuantía, que ni siquiera podría haber entrado en la categoría de contrato menor”, por lo que “no se pueden aplicar las mismas soluciones jurídicas a hechos tan radicalmente diferentes”.

4. Con fecha 27 de junio de 2018, el Bibliotecario-Archivero municipal emite informe en el que refleja que, “consultados los registros de pago” a la empresa “por el suministro de máquinas fotocopadoras para el Centro de Empresas”, resulta que la primera de las facturas fue emitida en el mes de febrero de 2012 “por las fotocopias realizadas en las impresoras” que identifica, “instaladas en el Centro de Empresas (...), por los periodos de 26 de octubre de 2011 a 16 de enero de 2012 y de 16 de enero a 21 de febrero (...). Consultados los mandamientos de pago” correspondientes, figuran en ellos solo las facturas, sin que obre en los mismos ningún “contrato con la empresa ni referencia en las facturas ni a fecha ni a número de contrato (...). Consultados los libros de resoluciones de Alcaldía de octubre y noviembre de 2011, no se encuentran referencias a contratación de impresoras” con la contratista.

5. Mediante escrito de 2 de octubre de 2018, el Alcalde del Ayuntamiento de Tineo concede un segundo trámite de audiencia a la contratista, al haberse incorporado al expediente el informe del responsable del Archivo municipal.

6. El día 23 de octubre de 2018, la Secretaria municipal formula informe-propuesta de resolución en el que se dan por reproducidos los fundamentos de derecho contenidos en sus informes de 1 y 4 de junio de 2018.

En primer lugar, precisa que la factura afectada corresponde "a un contrato de mantenimiento de máquinas fotocopiadoras" respecto del cual "no consta la existencia de acto de adjudicación expreso", por lo que entiende que se trata "de una adjudicación tácita, verbal o del modo en que haya sido realizada, pero en todo caso carente de soporte documental o formalización alguna, al menos, tramitada esta en la forma debida". Reitera la concurrencia de causa de nulidad del acto de adjudicación del servicio por los motivos establecidos en los artículos 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en relación con los artículos 138.2, 86.2 y 32.c) del TRLCSP, y añade que incluso en caso de ser considerado un contrato menor se habrían vulnerado las normas procedimentales internas establecidas para su adjudicación.

En segundo lugar, se refiere a las alegaciones presentadas por la empresa contratista. Expone que, a la vista del informe emitido por el responsable del Archivo municipal, "no resulta posible tener por ciertas las afirmaciones vertidas" por aquella, "puesto que no consta la existencia en el Archivo municipal de ningún contrato de `mantenimiento de 3 multifuncionales de la marca HP´" por una cuantía anual de 1.200 €. Considera que tal contrato habría sido "realizado al margen de las más elementales normas que rigen el procedimiento administrativo", tal y como se desprende "del hecho de la inexistencia de datos oficiales en el Ayuntamiento y de la imposibilidad de acreditar la realización del procedimiento debido".

En cuanto a la determinación del procedimiento de contratación aplicable, afirma la imposibilidad de considerarlo un contrato menor, pues "la prestación del servicio de impresión perdura en el tiempo, sucediéndose de año en año con una periodicidad superior a la anual", lo que confirmaría la propia interesada

cuando alude a “un pretendido contrato firmado en el año 2015”, lo que “pone de manifiesto que la prestación (...) tiene una duración superior a un año”, y ello impediría calificarlo como contrato menor, “cuya duración está limitada a tal lapso temporal conforme a lo dispuesto en el artículo 23.3 del TRLCSP”.

Por otra parte, y puesto que no ha quedado acreditada en el expediente la existencia de ningún contrato firmado en 2015, “manifestándose como único dato cierto la prestación de un servicio durante el último trimestre de 2017”, afirma que, aun siendo “imposible determinar la fecha de adjudicación del contrato de forma indubitada (...), si la adquisición de los compromisos se hubiera realizado durante 2017 le serían de aplicación las bases de ejecución del presupuesto municipal correspondiente a tal ejercicio (...). En cualquier caso, tal cuestión no resulta determinante para concluir la nulidad del contrato, ya que en el primer caso lo sería por vulnerar lo dispuesto en la normativa interna municipal y en el segundo por tener una duración superior a un año”.

Añade que “la inexistencia de crédito para la atención del importe del contrato” establecida en el informe de la Interventora municipal determina que el contrato incurra en la causa de nulidad establecida en el artículo 32.c) del TRLCSP. Ahora bien, “como antes se señalaba, el expediente sometido a este informe contempla únicamente la prestación del servicio durante un trimestre -el indicado en la factura-, mientras que se deduce de las afirmaciones” de la interesada y del informe del Archivero municipal que “la prestación pudo ofrecerse durante un lapso temporal mayor” cuyas facturas “fueron ya abonadas”. En consecuencia, razona que “la declaración de nulidad del acto de adjudicación (...) no puede predicarse únicamente de periodos temporales de aquel, debiendo entenderse que incluye la totalidad del plazo de duración del contrato declarado nulo”.

Por último, y en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, argumenta que “de la tramitación del expediente no es posible concluir que exista una parte culpable en la realización del servicio”, y deduce que “ante la necesidad de atender el funcionamiento ordinario de las oficinas municipales parece extraerse que el Ayuntamiento y la empresa proveedora mantuvieron relaciones comerciales sin atender al debido procedimiento de contratación”.

Estima que la posterior tramitación y adjudicación del contrato impide concluir “la existencia de una voluntad culposa de suscribir estos contratos con la única intención de obviar los procedimientos de publicidad y concurrencia”, por lo que “no parece necesario que ninguna parte indemnice a la otra daño o perjuicio alguno”.

Respecto al importe del suministro a abonar, tras exponer diversas posturas doctrinales del Consejo Consultivo de Andalucía y el criterio jurisprudencial plasmado en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2004 -ECLI:ES:TS:2004:3209-, afirma que “la posibilidad de excluir del total de la liquidación de los contratos que hubieran sido declarados nulos el importe correspondiente al beneficio industrial determina la necesidad de fijar el *quantum* de tal beneficio en cada contrato”. Sostiene que el concepto de “beneficio industrial” puede formar parte del presupuesto de los contratos de servicios o suministros, a pesar de que ni las disposiciones legales ni reglamentarias de aplicación lo recojan expresamente, constituyendo, en interpretación analógica del artículo 131 del RGLCAP, un 6 % del presupuesto total, y que, por tanto, sería posible detraer tal cantidad de la liquidación que resulte del contrato declarado, en su caso, nulo”. Sin embargo, expone a continuación que “la existencia de las dos teorías expuestas sobre la posibilidad de detraer tal cantidad de los importes (a) abonar en el caso de contratos declarados nulos” permite entender “que el `enriquecimiento de la Administración` puede estimarse `en el importe total en base al cual hubiera obtenido la misma cosa a través de los procedimientos de contratación legalmente establecidos`, es decir, incluyendo el beneficio industrial correspondiente”. En consecuencia, identifica “el valor de la prestación ejecutada y no susceptible de restitución (...) con el importe de la factura presentada”.

Finalmente, constata el cumplimiento de los trámites esenciales del procedimiento y propone la declaración de nulidad del acto de adjudicación “del contrato de servicios de ampliación de la garantía de máquinas fotocopiadoras en la Agencia de Desarrollo Local (...), el Centro Municipal de Empresas y (...) el departamento de Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo” por las causas indicadas.

7. Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo de 23 de octubre de 2018, se acuerda solicitar dictamen al Consejo Consultivo del Principado de Asturias suspendiendo el plazo para resolver por el tiempo que medie entre su petición y la recepción del mismo.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 26 de octubre de 2018, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio del acto de adjudicación del contrato de servicio de fotocopadoras a la empresa interesada.

Consta la notificación a la empresa contratista del envío del expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias ese mismo día.

Con fecha 16 de noviembre de 2018, el Presidente del Consejo Consultivo solicita documentación para mejor proveer. En concreto, interesa la acreditación, por parte de la Interventora municipal, de la carencia o insuficiencia de crédito en el momento de la adjudicación de los contratos menores a los que se refieren las facturas relativas a los procedimientos de revisión de oficio que se indican, entre los que se encuentra el correspondiente al expediente AAG/.....

El día 11 de enero de 2019, se recibe en este Consejo el informe emitido por la Interventora municipal en la misma fecha. En él señala que una "respuesta adecuada a la solicitud del Consejo Consultivo" exige "conocer la fecha real en la que el órgano gestor llevó a cabo la adjudicación (entiéndase verbal) del contrato menor que nos ocupa y (...), en caso (de) obtener la fecha anterior, retrotraer la ejecución presupuestaria municipal desde el 31 de diciembre de 2017 hasta aquella, recomponiendo las obligaciones imputadas al presupuesto y el registro de facturas, según criterio de antigüedad, para obtener una imagen fiel de la situación de los créditos disponibles". Al respecto aduce que, "lamentablemente, no resulta posible para la Intervención municipal, dados los medios materiales y humanos con los que cuenta, retrotraer la ejecución de los gastos y obtener los créditos presupuestarios disponibles a la fecha supuesta de adjudicación de este contrato (de ser esta conocida y anterior a la fecha de la

factura) en orden a calificarlos como `suficientes` o `insuficientes`, por el siguiente motivo:/ Con objeto de conocer el importe de los créditos disponibles de la aplicación presupuestaria a la que se debe imputar el gasto” deben obtenerse “dos cifras. La primera se refiere a los saldos de créditos definitivos no afectados al cumplimiento de obligaciones reconocidas, que se calcula sumando los saldos de las disposiciones, los saldos de autorizaciones y los saldos de crédito, todo ello referido a una fecha concreta. Esta información es posible obtenerla sin dificultad, puesto que la `foto` de ejecución presupuestaria puede obtenerse gracias al sistema informático contable directamente, ya que son el resultado de operaciones registradas (retenciones, autorizaciones, disposiciones y obligaciones). Pero la segunda cifra no puede obtenerse directamente de dicha aplicación informática, puesto que se trata de gastos que aún no han” sido “contabilizados: es el caso de las facturas de otros contratos menores para las cuales, ya sea por su pequeño importe o por razones de otra índole, no se ha tramitado la reserva del crédito correspondiente (no han tenido registro contable aún), como en el caso que nos ocupa; es decir, aún no han sido imputadas al presupuesto por no haberse aprobado aún el gasto y las facturas. Esta información debe ser confeccionada manualmente, recurriendo al registro de facturas y obteniendo del mismo la relación de las presentadas por los proveedores para posteriormente ordenarlas por antigüedad, solicitar a las áreas gestoras las fechas de las adjudicaciones, si es posible, y rehacer la ejecución de los gastos para comprobar, finalmente, el momento y el contrato menor concreto con el que se agotaron los créditos presupuestarios”.

Afirma que “aun suponiendo que lo anterior fuera posible y pudiéramos determinar la existencia de crédito en el momento de la `adjudicación` del contrato menor del asunto, surgen entonces las siguientes cuestiones (...): En primer lugar, la contratación menor es un procedimiento brevísimo en el que el legislador ha decidido simplificar las exigencias procedimentales, siempre que no se supere un determinado importe, para la ágil satisfacción de las necesidades públicas. Efectivamente, el legislador ha decidido que por debajo de ciertos importes deben dispensarse casi todas las exigencias que con carácter general se predicán del expediente de contratación, incluyendo la comprobación de la

existencia de crédito presupuestario (...). La ausencia de tramitación administrativa previa en el gasto menor (al menos, según la legislación contractual aplicable al asunto de referencia) se compadece perfectamente con la perspectiva de la posible y legal acumulación de fases en la ejecución presupuestaria: fases de autorización `A`, de disposición o compromiso `D` y de reconocimiento de la obligación `O` en un único acto para este tipo de gastos (...). Finalmente, y desde una perspectiva fiscalizadora, no resulta exigible el cumplimiento previo de requisitos en las fases `A` y `D` de los contratos menores, puesto que estos están exentos de fiscalización previa./ Todo lo anterior no sería posible en caso de que la nulidad de los contratos menores se hiciera depender de la existencia o inexistencia de crédito, no en el momento en que se aprueba el gasto y se incorpora la factura, sino en un momento anterior de `adjudicación` que, en realidad, no se exige procedimentalmente. Y es que al hacer depender la nulidad del contrato menor del incumplimiento de requisitos en una fecha previa a la factura, de `adjudicación`, se están exigiendo trámites administrativos no queridos por el legislador estatal. Por otra parte, no sería posible la acumulación de fases presupuestarias en un único acto y tampoco podrían declararse exentas de fiscalización unas fases de gasto si el incumplimiento de algún trámite en las mismas se sancionase con la nulidad radical”.

Sobre la “tramitación administrativa de los contratos menores”, reitera la existencia de un procedimiento propio en el ámbito del Ayuntamiento de Tineo que implica la exigencia de requisitos adicionales: una memoria justificativa “que sirviera de soporte a la retención de crédito a efectuar por Intervención (teniendo en cuenta que las verificaciones realizadas en esta fase no forman parte de las propias de la función interventora, como veremos más adelante; son meros actos de gestión contable que no condicionan el sentido de posteriores informes que se lleven a cabo en el momento de fiscalización del expediente)./ Posteriormente, una vez ejecutado el gasto, recepcionada la factura y obtenido el `visto bueno` del servicio gestor se tramitaría la aprobación del gasto y el reconocimiento de la obligación, todo ello en virtud de Resolución de Alcaldía, que es el órgano que ostenta tanto las competencias en materia de contratación

como de ejecución de gastos”. Razona que “si los contratos se perfeccionan por su formalización (...) y con su formalización se adquiere el compromiso de gasto, consecuentemente en el caso de los contratos menores deberá existir consignación presupuestaria en la fecha en la que se perfecciona el contrato, es decir, en la fecha de la factura (siempre que sea del mismo ejercicio en el que se ejecutó realmente el gasto, aunque esta especialidad no nos afecta en el caso que nos ocupa)”. Por ello, insiste en que “el contrato menor es configurado como un procedimiento simplificado para la rápida satisfacción de necesidades públicas por su escasa cuantía y duración temporal cuyo expediente y formalización solo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente”, sin perjuicio de la ampliación de estos requisitos por parte de las Administraciones.

En cuanto a la tramitación presupuestaria, recuerda que la normativa aplicable “permite la gestión simultánea de las tres fases de gasto a través de los documentos contables ADO para los contratos menores, llevando a cabo la aprobación conjunta de las fases del gasto, lo que se traduce en la aprobación simultánea del gasto y la factura en virtud de Resolución de Alcaldía (así era, al menos, hasta la entrada en vigor de la LCSP)./ La fecha del documento contable ADO será necesariamente la fecha de reconocimiento de la obligación, lo que de nuevo nos lleva a considerar la fecha de la factura”.

Por lo que se refiere al “régimen de fiscalización”, explica que los contratos menores “están exentos de fiscalización previa” y que dicha exención “alcanza a las fases de autorización y disposición de gasto y no se extiende a la fase de reconocimiento de la obligación, que queda sujeta a intervención material del gasto”, ejerciéndose sobre las fases de autorización y disposición del gasto. Ello la lleva a afirmar que “si el legislador ha dispuesto que no sean objeto de fiscalización previa los contratos menores los está `liberando´ de la exigencia de requisitos previos (incluida la consignación presupuestaria) en las fases `A´ y `D´. A nuestro entender, no parece encajar la consideración de que la comprobación de la existencia de crédito deba ser anterior a la fecha de la factura con dicha exención de fiscalización previa y, en definitiva, la sanción de nulidad, que es, como veremos, la consecuencia de la insuficiencia de

consignación presupuestaria, no puede radicar en un momento que está exento de comprobación”.

Respecto a la trascendencia de la insuficiencia de crédito, insiste en que “no resulta posible diferenciar actos preparatorios en los contratos menores, puesto que solo requieren `la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente´, que son tramitadas simultáneamente cuando no se ha suscrito una memoria justificativa del gasto”. Cita en apoyo de la procedencia de la declaración de nulidad en caso de insuficiencia de crédito para atender un gasto el Dictamen Núm. 208/2018, de 24 de septiembre, del Consejo Consultivo de Aragón en un asunto referido a “una serie de facturas de pequeño importe de distintos interesados y con diferente objeto”.

Concluye, “en orden a apreciar si concurre o no la causa de nulidad consistente en `carencia o insuficiencia de crédito´ (...), que, puesto que están exentos de fiscalización los actos de adjudicación y compromiso de los contratos menores (...), será en el momento de reconocer la obligación cuando se debe comprobar la existencia de crédito presupuestario. Es decir, si el legislador exime de control previo a los contratos menores implícitamente parece estar impidiendo que resulten exigibles requisitos sobre esos trámites previos infiscalizables”. Afirma que el criterio expuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1999, así como en los Dictámenes del Consejo Consultivo del Principado de Asturias Núm. 29 y 276/2018, asimilando “el origen de la insuficiencia de crédito con el momento de la adjudicación del contrato”, se refería a contratos que “formaban parte de aquellos que, por su cuantía, se tramitaron, o debieron tramitarse, conforme a procedimientos abiertos en los que sí existe un acto, expreso y determinado, de adjudicación”. En consecuencia, considera que “pretender extrapolar la teoría elaborada sobre la insuficiencia de crédito originaria en el marco de un procedimiento abierto al ámbito de aplicación de un contrato menor resulta de todo punto imposible por las razones ya expuestas, que impiden identificar un momento determinado de adjudicación -acto individualizado realmente inexistente en un contrato menor- y refieren la existencia misma del contrato al momento de presentación de la factura (al menos, vigente el TRLCSP)”.

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

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

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

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

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

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

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

Sobre la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio, la LPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a hacer una referencia al "órgano competente". Por ello, y tratándose de una entidad local, hemos de acudir al régimen establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y en su normativa de desarrollo. En particular, a la hora de determinar qué órgano es el competente, la norma reglamentaria de aplicación es la contenida en el artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. Este precepto atribuye la competencia al órgano municipal respectivo en relación con sus propios actos, estableciendo que, sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, "los órganos de las entidades locales podrán revisar sus actos, resoluciones y acuerdos, en los términos y con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común". A su vez, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), vigente ya al tiempo de iniciarse este procedimiento de revisión, determina en su disposición adicional segunda -"Competencias en materia de contratación en las Entidades Locales"-, apartado 1, que "Corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales las competencias como órgano de

contratación respecto de los contratos (...) de servicios”, entre otros, “cuando su valor estimado no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, eventuales prórrogas incluidas siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada”, manteniendo así la regla establecida por su predecesora, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, aplicable al presente supuesto si tenemos en cuenta el momento en que se producen los actos de contratación verbal objeto de revisión, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la LCSP, tanto en su apartado 1 -“Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior”- como en el 2 -“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”-.

Dado que se persigue la nulidad de actos de contratación verbal, hemos de entender, tal y como ya indicamos en el Dictamen Núm. 199/2013, que el órgano competente para la aprobación de un acto ha de serlo igualmente para acordar la revisión de oficio del adoptado desconociendo tal competencia. En consecuencia, es claro que la revisión de oficio corresponde al órgano de contratación; en este caso, el Alcalde.

Por otra parte, se ha unido al expediente como antecedente el iniciado en la Intervención municipal (identificado con la referencia INT/.....), según lo indicado en el informe emitido por la Secretaria municipal con fecha 1 de junio de 2018. En él se encuentra, además del informe emitido por la Intervención municipal, el preceptivo informe previo de la Secretaria municipal de conformidad con lo establecido en el artículo 3.d).3.º del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional. Pese a que no existe

un acto formal de incorporación del mismo, hemos de entender que se ha cumplido la exigencia de su emisión en relación con el procedimiento de revisión de oficio.

Finalmente, con arreglo a lo establecido en el artículo 106.5 de la LPAC, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán resolverse en el plazo de seis meses desde su inicio, transcurridos los cuales sin dictarse resolución, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá su caducidad. Adoptada la Resolución de incoación el día 4 de junio de 2018, la Administración municipal ha utilizado la posibilidad de suspender el transcurso de dicho plazo de resolución hasta la emisión de dictamen por este Consejo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC. Ahora bien, el mismo precepto establece también que “este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”, que deberán computarse desde la fecha de petición del dictamen a este Consejo (esto es, desde el día 26 de octubre de 2018, fecha del correspondiente registro de salida), por lo que el plazo máximo de suspensión habría vencido el día 26 de enero de 2019, reanudándose en esa fecha el cómputo del plazo para resolver y notificar. No obstante, el 11 de enero de 2019 se registró de entrada el informe solicitado el 16 de noviembre de 2018 por la Presidencia de este Consejo a fin de completar el expediente, de conformidad con lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo. Por tanto, y a pesar de haberse rebasado el indicado plazo máximo de suspensión, en el momento de emisión del presente dictamen aún no ha transcurrido en su totalidad el plazo máximo establecido para la notificación y resolución del procedimiento de revisión de oficio, cuyo tiempo restante deberá tener en cuenta el Ayuntamiento al dictar y notificar en plazo la correspondiente resolución a fin de evitar su caducidad.

QUINTA.- Entrando en el fondo del asunto, para la correcta valoración del supuesto que analizamos debemos partir de una consideración de tipo general, y es que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título V de la LPAC, constituye un procedimiento excepcional, puesto que este instrumento sitúa a la

Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, sin intervención judicial y en cualquier momento, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad.

En el asunto examinado, se somete a dictamen un procedimiento de revisión de oficio de la contratación verbal del servicio de ampliación de garantía de máquinas fotocopiadoras en diversas dependencias municipales cuyo origen radica en los informes emitidos, a petición de la Alcaldía, por la Interventora y la Secretaria municipales, expresivos de la improcedencia de acudir de plano al reconocimiento extrajudicial de créditos para el abono de esa factura, junto a otras emitidas por diversos proveedores por distintos servicios. Ambos informes concluyen que el procedimiento a aplicar ha de ser el de la revisión de oficio, establecido en el artículo 106 de la LPAC con carácter previo a la aplicación del artículo 35 del TRLCSP, aplicable aquí *ratione temporis*.

Como ya hemos señalado en anteriores dictámenes, tras la entrada en vigor del artículo 35 del TRLCSP la previa declaración de nulidad constituye la vía específica y adecuada para compensar al contratista que actúa de buena fe. El citado artículo 35 del TRLCSP, 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. En la esfera local, ha de considerarse además la facultad que el artículo 28.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el Régimen Jurídico del Control Interno en las Entidades del Sector Público Local, confiere al órgano interventor.

En el caso que nos ocupa, se somete a nuestra consideración una única factura en la que figura como concepto la ampliación de la garantía de diversas máquinas fotocopiadoras por importe de 363 €, durante el periodo comprendido entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2017. Aunque inicialmente se plantee la posible pertenencia de la prestación a “un contrato global de suministro o arrendamiento del sistema de impresión multifuncional” (y así se ha licitado con posterioridad), el responsable municipal de Bibliotecas y Archivos

informa, a la vista de las alegaciones presentadas por la empresa, que solo consta una contratación anterior con esa empresa por un servicio prestado durante cuatro meses cuyas facturas ya fueron abonadas -es decir, más de cinco años antes de la factura que ahora se somete a nuestra consideración (en concreto, el periodo de facturación reflejado es el comprendido entre los meses de octubre de 2011 y febrero de 2012)-. En consecuencia, la propuesta de resolución constata la inexistencia de contrato alguno de mantenimiento de las máquinas fotocopiadoras a las que se refiere la factura, consignándose "como único dato cierto la prestación de un servicio durante el último trimestre de 2017".

Por tanto, nos encontramos ante única factura correspondiente a una contratación aislada que, según la citada propuesta, incurre en la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.e) de la LPAC por ausencia total de procedimiento, así como en la contemplada en el artículo 32.c) del TRLCSP, en cuanto que el gasto fue contraído careciendo de crédito al efecto.

En relación con la primera de las causas, hemos de recordar, con carácter general, que el artículo 28 del TRLCSP proscribía la contratación verbal; que el artículo 31 de dicha norma establece que "los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo", y, finalmente, que el artículo 32 determina que "Son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes:/ a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre" (referencia que en la actualidad debe entenderse hecha al artículo 47.1 de la LPAC).

El mencionado artículo 47.1.e) de la LPAC dispone que son nulos de pleno derecho los actos "dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido". Según reiterada jurisprudencia, para que pueda apreciarse esta causa de nulidad la omisión del procedimiento ha de ser "clara, manifiesta y ostensible", lo que sucede, entre otros, en los casos de "ausencia total del trámite" (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de

mayo de 2006 -ECLI:ES:TS:2006:2789-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

El análisis de lo actuado revela que la empresa contratista prestó el servicio indicado durante el último trimestre de 2017, siendo la fecha de la factura el día 29 de diciembre de ese año. De acuerdo con la normativa sustantiva aplicable en esa fecha -artículo 138.3 del TRLCSP-, se trata de un contrato menor por razón de su cuantía (de suministro o servicios), para cuya tramitación solo se exigía "la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente" (artículo 111.1 del TRLCSP). Al respecto, coincidimos con la postura que entiende que la regulación del artículo 138.3 del TRLCSP sobre el procedimiento de adjudicación de contratos menores impide estimar que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido cuando se ha ejecutado el contrato menor sin la aprobación previa del gasto, requisito exigido para este tipo de contratos en el artículo 111 del TRLCSP. Criterio que de forma implícita expresamos en supuestos como el referido en nuestro Dictamen Núm. 29/2018.

La propuesta de resolución aduce que el Ayuntamiento se ha dotado de un procedimiento interno aplicable a la contratación menor que establece requisitos adicionales a los que señalaba la normativa entonces aplicable. En concreto, el artículo 37.2 de las bases de ejecución del presupuesto municipal del Ayuntamiento de Tineo para 2017 (vigentes desde el día 27 de enero de ese año, fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias* y, por tanto, aplicables a la fecha en que tiene lugar la contratación menor cuestionada) obligaba a que en aquellos contratos cuyo importe estuviera comprendido entre 300 y 2.999,99 € se contara con una memoria justificativa de la necesidad del gasto (suscrita por el titular del servicio proponente), acompañada de tres presupuestos "siempre que" -se especificaba- no fuera "imposible o inconveniente"; excepción que requería la adecuada constancia en aquella memoria.

Sin embargo, la valoración de la infracción del procedimiento de contratación interno establecido debe realizarse con arreglo a los criterios jurisprudencialmente fijados, que -como ya hemos señalado- exigen la omisión

total y absoluta del procedimiento o la de alguno de sus trámites esenciales de forma que pueda equipararse a aquella. Para ello, tal y como ha destacado el Consejo de Estado en el Dictamen 670/2009, "junto a lo anterior, precisamente para ponderar la especial gravedad del vicio que se alega, ha de analizarse si se causó indefensión al interesado, para lo que habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por tal conculcación y lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido".

Es más, de conformidad con lo previsto en el artículo 48.2 de la LPAC, el defecto de forma "sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados".

Por tanto, los vicios de forma no son invalidantes automáticamente sino que, por el principio de conservación, se ha de atender a las repercusiones de dicha anulación, pues, como ha dicho el Tribunal Supremo, la propia norma reduce al máximo la invalidez de los actos administrativos por irregularidades formales y restringe su efecto anulatorio solo a aquellas que impedirían alcanzar la finalidad del acto o que producen indefensión a los interesados (Sentencia de 15 de marzo de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:535-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª). Y respecto a qué efectos tienen en el seno del procedimiento, y en particular si generan indefensión, el Alto Tribunal ha afirmado que las formas pertenecen al ámbito de lo que es adjetivo, secundario o circunstancial, que no impiden la resolución de fondo, que pertenece al marco de lo sustantivo, nuclear y principal (Sentencia de 8 de junio de 2004 -ECLI:ES:TS:2004:3956-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª).

Con carácter general, la tendencia jurisprudencial se ha venido caracterizando por reservar la nulidad de pleno derecho para los supuestos en que dicha elusión sea real, total y que condicione la participación y la intervención del interesado en el procedimiento, entendiendo que la omisión de un trámite da lugar al efecto anulatorio cuando implica la indefensión del interesado o ha impedido que el trámite cumpla su finalidad.

Pues bien, en el caso que nos ocupa la simple lectura de las normas que establecen el procedimiento interno aplicable a determinados contratos menores en el Ayuntamiento de Tineo permite apreciar que solo uno de sus trámites -la memoria- es preceptivo, puesto que la concurrencia de tres presupuestos adicionales puede exceptuarse. Por tanto, el único error procedimental cuya esencialidad cabe valorar es la ausencia de la citada memoria justificativa de la necesidad del gasto, pues su exención no está prevista. Según reflejan el informe de Secretaría y el informe propuesta de resolución, dicha memoria se dirige "al Servicio de Intervención municipal a efectos de que realice el correspondiente documento de retención de crédito". En el mismo sentido, en el informe emitido por la Interventora municipal con fecha 11 de enero de 2019 se indica que "ante la regulación de mínimos prevista en la legislación" se decidió ampliar los requisitos exigibles "con el objeto precisamente de evitar el caso de insuficiencia de crédito que nos ocupa". Tal finalidad remite en consecuencia a la otra causa de nulidad invocada (la insuficiencia de crédito), cuya concurrencia deberá apreciarse de forma autónoma pero impide, a nuestro juicio, afirmar la esencialidad del citado trámite en cuanto su objeto y trascendencia vienen determinados por otro efecto, vinculado a la obligación de evitar incurrir en carencia o insuficiencia de crédito. Sentado lo anterior, la aplicación de los criterios interpretativos expuestos al caso que nos ocupa evidencia que la apreciación de la indefensión podría realizarse únicamente respecto a terceros (otros contratistas interesados), cuya existencia no consta en el expediente, sin que nos hallemos ante una revisión de oficio instada por ellos; por ejemplo, empresas conectoras de la contratación merced a su publicación en el Portal de Transparencia municipal, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.1.a) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, y perjudicadas por la ausencia de petición de otros presupuestos. A su vez, aceptando que según las propias normas internas cabía exceptuar la petición de presupuestos adicionales, llevaría a concluir que no existen elementos de juicio que permitan inferir que de haber formalizado la memoria omitida el resultado de la adjudicación hubiera sido otro. Cuestión distinta es que de haberse comprobado la ausencia de crédito la

contratación no se habría producido en ningún caso, pero ello remite nuevamente al estudio de esta como causa independiente de nulidad. En definitiva, como resultado del precedente análisis de los aspectos referenciados, entiende este Consejo que la omisión procedimental denunciada carece de la entidad necesaria para erigirse en una omisión total y absoluta del procedimiento, en cuanto supuesto determinante de nulidad de pleno derecho, pudiendo razonablemente considerarse que la ausencia de aprobación previa del gasto exigida por el artículo 111 del TRLCSP comporta un vicio de anulabilidad que puede validar el órgano competente en el momento de reflejar contablemente el reconocimiento de la obligación y la propuesta de pago.

No obstante, debe advertirse que la regulación actualmente vigente (contenida en el artículo 118 de la LCSP) establece nuevos requisitos para la suscripción de los contratos menores, con finalidades, en su caso, específicas; así, el apartado 3 del citado precepto obliga a justificar en el expediente “que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de la contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo”. La valoración de la omisión de los trámites ahora fijados para la celebración de contratos menores podría, obviamente, arrojar una conclusión distinta, y procede recordar a la autoridad consultante la necesidad de observar escrupulosamente su cumplimiento.

En cuanto a la segunda de las causas de nulidad invocadas, el artículo 173.5 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, establece 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”.

En nuestros Dictámenes Núm. 29/2018 y 276/2018 (este último dirigido a la misma autoridad consultante) hemos sostenido que la insuficiencia a la que se refiere el artículo 32.c) de la LCSP es originaria, entendida como anterior a la contratación, en el sentido expresado en la Sentencia del Tribunal Supremo de

31 de enero de 1990 -ECLI:ES:TS:1990:15549- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) cuando afirma que “la celebración de cualquier contrato por la Administración viene condicionada por la existencia de una previa consignación presupuestaria para ese fin, inexistente la cual deviene nulo de pleno derecho el contrato”. Como explicábamos entonces, se trata de una insuficiencia diferenciada de aquella sobrevenida que puede resultar -como ocurría de forma evidente en el supuesto tratado en el primero de los dictámenes- de la superación de las necesidades estimadas por las reales efectivamente producidas. Ciertamente, en ambos casos nos referíamos a contratos en los que, por su propia naturaleza (servicios postales, suministro eléctrico), puede existir un consumo variable que implique sobrepasar las necesidades estimadas; supuesto con el que, lógicamente, no cabe identificar el sometido ahora a nuestra consideración, consistente en una contratación menor aparentemente puntual.

El informe de Intervención emitido a instancia de este Consejo a fin de aclarar el momento de agotamiento del crédito defiende que la propia condición de contrato menor impide la aplicación del criterio que acaba de exponerse. Razona al efecto tanto la imposibilidad de determinar con exactitud aquel momento, como la relativa irrelevancia de esta fijación, dada la identificación de la adjudicación con la fecha de formalización del contrato.

Por su parte, la Secretaria municipal atribuye la falta de consignación presupuestaria a la ausencia de un procedimiento de contratación, lo que tampoco puede aceptarse, pues, a nuestro juicio, la falta de cobertura contractual no impedía que el Ayuntamiento contase con dotación presupuestaria para la prestación del servicio; de hecho, ella misma informa que durante el ejercicio 2018 se ha procedido a licitar y adjudicar un contrato cuyo objeto comprende el suministro de máquinas impresoras y fotocopiadoras.

Consideramos que la argumentación expuesta en el informe de Intervención, pese al reconocible interés que le otorga su exhaustividad, no resulta suficiente para modificar el criterio que hemos sentado en los asuntos precedentes. Siguiendo sus razonamientos estimamos, en primer lugar, que aunque pueda equipararse formalmente la fecha de adjudicación con la que

figura en la factura, no cabe obviar que la prestación del servicio se inició con anterioridad (el 1 de octubre de 2017) a la fecha de emisión (29 de diciembre de 2017). En segundo lugar, el informe concluye la imposibilidad, por razones operativas, de determinar la existencia de crédito en el momento de la adjudicación del contrato menor, lo que obliga a cuestionar en ese caso si tal imposibilidad o dificultad constituye automáticamente una causa de nulidad radical.

Llegados a este punto, procede reiterar una vez más el carácter restrictivo de la interpretación de las causas de nulidad, que, por lógica, exige una aplicación cautelosa en aquellos supuestos que puedan calificarse como dudosos. Uno de ellos es aquel en el que los datos fácticos que sustenten la concurrencia de la causa de nulidad carezcan de la suficiente certeza, y, a nuestro juicio, así se deriva de las manifestaciones del informe de Intervención sobre la complejidad de conocer con la debida exactitud en qué momento se habría agotado el crédito; complejidad que lleva a afirmar que la adjudicación es un "acto individualizado realmente inexistente en un contrato menor". Es decir, se defiende paradójicamente la sanción de nulidad pese al reconocimiento expreso de la "dispensa" de la obligación de "la comprobación de la existencia de crédito presupuestario" en el momento en el que se suscribe un contrato menor, siendo lo relevante en este tipo de casos la cobertura presupuestaria suficiente a la fecha de emisión de la factura (29 de diciembre de 2017).

Una conclusión contraria llevaría a apreciar la existencia de la sanción de nulidad por esta causa (ausencia o insuficiencia presupuestaria) en relación con una contratación menor aislada y no, en cambio, en aquellos casos (como los sustanciados en los Dictámenes Núm. 29/2018 y 276/2018) en los que las facturas aparecían vinculadas a otro contrato de cuantía global superior a la de un menor; resultado que cabe juzgar desproporcionado e incoherente.

Ahora bien, ello no obsta para apreciar en otros supuestos circunstancias concurrentes como las contempladas en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo de 12 de junio de 2017 -ECLI:ES:JCA:2017:2780-, citada por el Ayuntamiento, en la que se advierte "una falta gravísima de dotación presupuestaria, por una cuantía muy

considerable de 180.000 euros”, relativa a facturas correspondientes a “distintos contratos celebrados en cuatro ámbitos: acción social, educación, nuevas tecnologías y salud”. O la valoración que pueda deparar la ausencia de cobertura presupuestaria de conformidad con la nueva regulación en materia de contratación menor contemplada en el artículo 118 de la vigente LCSP. A mayor abundamiento, debemos recordar que una aplicación estricta del concepto de insuficiencia presupuestaria y de sus consecuencias como la propuesta por la autoridad consultante, en cuanto determinante de la sanción de nulidad, en aplicación de lo previsto en el artículo 28 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (a la que remite en la actualidad, a su vez, el artículo 47 de la Ley del Principado de Asturias 8/2018), podría incluso inducir a apreciar como infracción en materia de gestión económico-presupuestaria, cuando medie culpabilidad, la adquisición de “compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en la de Presupuestos u otra normativa presupuestaria que sea aplicable”. A tales efectos ha de recordarse que, conforme al artículo 25.2 de la misma norma, tal conducta resulta imputable “a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, tengan tal consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales”. Este ejemplo evidencia, a nuestro juicio, la necesidad de una ponderación adecuada y congruente de la apreciación de este supuesto como causa resolutoria.

En consecuencia, debemos reiterar que no cabe asimilar el agotamiento del crédito previsto en la correspondiente aplicación presupuestaria a la carencia o insuficiencia originaria que contempla el artículo 32.c) del TRLCSP.

Finalmente, y en cuanto a la posible detracción del beneficio industrial en la factura objeto de revisión de oficio, no estimamos, dado el sentido de nuestro dictamen, efectuar consideraciones adicionales a las vertidas en los Dictámenes Núm. 275, 276 y 277/2018, dirigidos a la misma autoridad consultante, y a las que nos remitimos en este punto.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede revisar de oficio el acto de adjudicación del contrato menor de servicio de máquinas fotocopadoras indicado en la propuesta de resolución correspondiente al expediente AAG/....., del Ayuntamiento de Tineo.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE TINEO.