

Expediente Núm. 94/2019
Dictamen Núm. 168/2019

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 11 de julio de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por mayoría el siguiente dictamen. La Consejera doña Dorinda García García votó en contra:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 17 de abril de 2019 -registrada de entrada el día 26 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio de la contratación verbal del servicio de guardería canina del Ayuntamiento de Carreño.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Carreño de 5 de diciembre de 2018, se dispone “iniciar de oficio expediente de revisión de oficio por nulidad respecto al gasto” incluido en cuatro facturas por un importe total

de 15.722,87 €. En dicha resolución se explica que, “previo informe de la Intervención municipal, en fecha 28 de junio de 2018 fue sometido al Pleno Municipal expediente de reconocimiento extrajudicial de créditos correspondientes al ejercicio 2017”, y que el Pleno acordó solicitar informes a la Secretaría y a la Intervención sobre qué facturas de aquel expediente precisarían de revisión de oficio. Emitidos los mencionados informes el Pleno, “mediante acuerdo de fecha 27 de septiembre de 2018, determinó iniciar expediente de revisión de oficio de las facturas señaladas, que superan el límite y no tienen contrato administrativo”. Según se indica, “entre las facturas afectadas por el acuerdo plenario de fecha 27 de septiembre de 2018” se encuentran las relativas al procedimiento de revisión de oficio que ahora se inicia y cuyo importe total asciende a 15.722,87 €. Esta resolución se notifica a la contratista interesada el día 22 de febrero de 2019.

2. Con fecha 18 de diciembre de 2018, la Fiscalía del Área de Gijón requiere a la entidad local “el urgente cumplimiento” del oficio de 19 de noviembre de 2018, cuya copia se adjunta. En él se insta a que, en virtud de lo acordado en las diligencias de investigación que se citan, se le remitan los expedientes relativos a la contratación del servicio municipal de guardería canina y al reconocimiento extrajudicial de pagos pendientes a la contratista por dicho servicio.

3. El día 18 de febrero de 2019, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Carreño dicta resolución por la que se dispone “incorporar la reclamación” de las cantidades debidas presentada por la contratista al expediente de revisión de oficio, “resolviéndose la misma en función de lo que en él resulte”, lo que se le notifica el día 22 de ese mes.

En la citada reclamación se indica que a principios del mes de julio de 2016 la titular de la residencia canina y el Ayuntamiento de Carreño “concertaron verbalmente un contrato del servicio de recogida y depósito de animales errantes y abandonados”; prestación que según manifiesta se ha

venido ejecutando “de forma ininterrumpida (...) por el tiempo de 2 años, concretamente desde principios de julio de 2016 hasta comienzos de julio de 2018”.

Refiere que como consecuencia de “la demora en el pago” por parte del Ayuntamiento “hubo de soportar con cargo a su exclusivo patrimonio privado el elevado coste económico de las estancias y nuevas entradas de perros del (...) Ayuntamiento de Carreño en el periodo de tiempo comprendido entre agosto a noviembre de 2017, ambos inclusive, viéndose obligada la residencia canina (...) a formalizar con fecha 11 de diciembre de 2017 (una) póliza de crédito mercantil (...) por un importe de 8.600 euros, con fecha de vencimiento de 7 de diciembre de 2018 y con un interés nominal anual del 6,5 %” (aporta póliza del crédito mercantil).

Por todo lo anterior, solicita el pago de 25.940,93 € por los siguientes conceptos: servicios prestados en los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2017, 15.722,87 €, IVA incluido (se acompañan las facturas núm. 134, 135, 136 y 137); indemnización de daños y perjuicios (crédito bancario de 8.600 € de principal más gastos e intereses del mismo), 9.027,55 €, e intereses de demora (calculados al tipo del 8 % anual, de conformidad con lo previsto en los artículos 5 a 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen Medidas de Lucha contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales), 1.190,51 €.

Asimismo insta “la resolución del antecitado contrato, invocándose como causa de resolución la prevista en la letra e) del artículo 223 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre”.

4. Previa petición formulada por el Secretario municipal al Servicio de Urbanismo, el 14 de marzo de 2019 emite informe la Técnica en Medio Ambiente. Tras reseñar que la información disponible sobre la entrada y salida de animales abandonados recogidos en la guardería canina consta en el informe emitido por la Intervención municipal el 5 de septiembre de 2018, desglosa las prestaciones llevadas a cabo y sus costes para cada uno de los

meses que se consultan. A la vista de lo anterior, concluye que “las facturas señaladas (...) responderían a las prestaciones llevadas a cabo” por la residencia canina en cada uno de los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2017. No obstante, indica que de acuerdo con el citado informe de Intervención “se observan discrepancias entre las fechas de facturación y estancia” de una perra “adoptada en octubre de 2017 (...), facturando (...) 9 días de estancia en el centro (del 23-10-2017 al 31-10-2017)”. Sin embargo, el centro canino presenta otra factura correspondiente a la estancia de aquella “del 1 al 28-02-2018 cuando no hay constancia (de) que tras su adopción haya sido recogida nuevamente en la guardería”.

5. Con fecha 14 de marzo de 2019, se recibe en el Ayuntamiento de Carreño el acuerdo de la Fiscalía en virtud del cual se le devuelve la documentación remitida “que no se corresponde con lo requerido (...) ni constituir por sí mismos documentos a efecto de lo dispuesto en el art. 317.6.º de la L. E. Civil, ni es su estado tener eficacia probatoria alguna a efectos del art. 26 del C. Penal”.

6. Obra incorporado al expediente un informe librado por la Interventora municipal con fecha 19 de marzo de 2019, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 28 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el Régimen Jurídico del Control Interno en las Entidades del Sector Público Local. Respecto a la exposición de los incumplimientos normativos, explica que estos consisten “en la inexistencia de expediente de contratación y, en consecuencia, de la licitación legalmente exigible, incumpliendo así lo dispuesto en el artículo 116.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (...). También se incumplen los principios y objetivos que se señalan en el artículo 1.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”.

En cuanto a la constatación de que las prestaciones se han llevado a cabo efectivamente y de que su precio se ajusta al de mercado, se remite al informe del órgano gestor del gasto (Medio Ambiente).

Finalmente, con relación a la posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento, señala que “el Pleno del Ayuntamiento acordó instar la revisión de oficio del acto, por lo que ya no procede que esta Intervención se manifieste sobre la posibilidad de que realizada la prestación y constatado que el precio facturado se ajuste al precio de mercado se apruebe el pago de una indemnización equivalente al importe de la factura”.

7. Conferido trámite de audiencia a la interesada por un plazo de 10 días, consta que esta consultó el expediente mediante acceso electrónico, según informa la responsable de TIC, Transparencia y Participación.

8. El día 4 de abril de 2019, la Técnica en Medio Ambiente aclara que “la falta de salvedad” en su informe de 14 de marzo de 2019 respecto a los precios “debe entenderse como que estos se ajustan a los de mercado”.

9. Con fecha 16 de abril de 2019, el Secretario municipal libra un informe en el que concluye que “la contratación verbal del servicio de guardería canina prestado durante los ejercicios 2016, 2017 y parte de 2018 debe ser declarada nula de pleno derecho por la Alcaldía mediante el procedimiento de revisión de oficio al concurrir, al menos con claridad, dos causas de nulidad del contrato contempladas (en el) art. 39 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (...), pues son nulos los contratos adjudicados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y, además, aquellos en los que concurra la carencia o insuficiencia de crédito”. Añade que “podría concurrir en el futuro la causa contemplada en art. 47.1.d), aunque afectase solamente a alguna factura de las ya abonadas, pues como se ha señalado existen diligencias abiertas en vía penal”.

De otro lado, reconoce que la nulidad del contrato “se produce por culpa de esta Administración, sin que tal conclusión se altere por las actuaciones llevadas a cabo por la contratista, aunque las mismas estén sujetas a investigación de carácter penal”.

Respecto a la liquidación del contrato, considera que “debe incorporar el pago de los servicios cuyas facturas no fueron atendidas. De la deuda de 15.722,87 € habría que detraer los 186,20 € por el servicio no prestado y cobrado en la factura correspondiente al mes de febrero de 2018, actualizándose la cifra que resulte de conformidad con lo que dispone el art. 34.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al aplicarse las reglas de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas y no las de responsabilidad contractual”.

10. A continuación, obra incorporada al expediente una certificación emitida por el Secretario municipal en la que se hace constar que “finalizado el plazo de audiencia a la interesada, salvo error u omisión, no se han producido alegaciones al expediente”.

11. Mediante Resolución de la Alcaldía de 17 de abril de 2019, se dispone solicitar la “emisión de dictamen preceptivo al Consejo Consultivo del Principado de Asturias, al amparo de lo dispuesto en el art. 13.1.l) y n) de la Ley 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, en el expediente de revisión de oficio de la contratación verbal del servicio de guardería canina prestado durante los ejercicios 2016, 2017 y parte de 2018, adjuntando copia completa del expediente electrónico”. Asimismo, se suspende el transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar la resolución del mismo “hasta que se emita el dictamen solicitado o, en su defecto, transcurra el plazo máximo de 3 meses previsto en la Ley”.

Ese mismo día se da traslado a la interesada de la citada resolución, aunque no se ha incorporado al expediente el acuse de recibo de la notificación.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 17 de abril de 2019, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal del servicio de guardería canina prestado durante los ejercicios 2016, 2017 y parte de 2018”, adjuntando a tal fin copia del expediente en soporte digital.

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

PRIMERA.- En el caso que nos ocupa, la Alcaldía del Ayuntamiento de Carreño solicita la emisión de “dictamen preceptivo” a este Consejo al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1, letras l) y n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, relativo a los asuntos de “Revisión de oficio de los actos administrativos” -letra l)- y “Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos, cuando se formule oposición por parte del contratista, y las modificaciones de los mismos en los supuestos que proceda según lo dispuesto en la legislación de contratación administrativa” -letra n)-.

Siendo indubitado que la consulta planteada se refiere a un procedimiento de revisión, cabría plantearse si incluye la pretensión de que nuestro pronunciamiento se extienda a la procedencia de resolución contractual del servicio de guardería canina o si la alusión al supuesto previsto en el apartado n) de la citada Ley 1/2004, de 21 de octubre, se limita a la “nulidad” del mismo. A ello hay que añadir que por Resolución de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Carreño de 18 de febrero de 2018 se incorpora al procedimiento la reclamación formulada por la adjudicataria, en la que se insta, además del cobro de las facturas impagadas, la resolución del contrato. Y al

respecto, según lo informado por el Secretario municipal el 16 de abril de 2019, frente a la denegación por silencio de su pretensión aquella ha presentado un recurso contencioso-administrativo sin que nos conste que haya sido resuelto al momento de emitir el presente dictamen.

No obstante lo anterior, del examen del expediente en su conjunto consideramos que la consulta planteada se constriñe exclusivamente al procedimiento de revisión, y por ende a la declaración de nulidad de la contratación arriba enunciada. Por una parte, se alude textualmente en la solicitud de dictamen al "expediente tramitado para la revisión de oficio de la contratación verbal", sin referirse de forma expresa a la resolución del contrato, y se observa que todos los trámites del procedimiento se dirigen a analizar si existen motivos de nulidad en el expediente objeto de revisión y determinar, en su caso, cuáles serían, sin pronunciarse los órganos municipales en ningún momento sobre la concurrencia de las causas de resolución previstas en el artículo 223 del 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).

De otro lado, la Resolución de la Alcaldía de 18 de febrero de 2018 que acabamos de mencionar supedita la petición de resolución planteada por la adjudicataria al resultado del expediente de anulación, toda vez que es evidente que no cabe resolver un contrato que haya sido declarado nulo.

Finalmente debemos señalar que un eventual pronunciamiento sobre la resolución del contrato exigiría la oposición del contratista que, de antemano, no parece que concurra en el supuesto examinado. Y ello por cuanto que es la propia interesada quien insta a que se ponga fin al contrato invocando la demora en el pago por parte de la Administración -artículo 223.e) del TRLCSP-; situación que es reconocida por los órganos municipales. Además, el Ayuntamiento de Carreño no ha manifestado expresamente su oposición a la resolución, sino que ha optado por tramitar el procedimiento de revisión con carácter "preferente a la reclamación de resolución del contrato que se encuentra en vía contenciosa" -según informa el Secretario municipal el 16 de

abril de 2018-, precisamente por entender que en tanto no se dirima la validez de aquel no cabe enjuiciar la concurrencia de las causas de resolución previstas en la normativa que rige la contratación pública. Lo anterior fue puesto en conocimiento de la interesada con ocasión del trámite de audiencia sin que esta haya formulado alegaciones.

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

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), el Ayuntamiento de Carreño 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 esta se configura como un instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, lo que exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por ello, hemos de analizar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En el presente caso se han observado los trámites esenciales del procedimiento, puesto que se ha dado audiencia y vista del expediente a la contratista, se ha adoptado un acuerdo de iniciación y se ha incorporado al expediente un informe de Secretaría, tal y como exige el artículo 3.3.d) 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; informe que, pese a no indicarlo expresamente, integra una propuesta de resolución de conformidad con lo establecido en el artículo 175 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, cumpliendo así con la obligación legal de motivación impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 35.1.b) de la LPAC. Asimismo consta informe de la Intervención municipal en aplicación de lo dispuesto en el artículo 28.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el Régimen Jurídico del Control Interno en las Entidades del Sector Público Local.

Sin embargo, advertimos que al comunicar a la interesada la resolución de inicio no se le ha informado sobre el plazo máximo legalmente establecido para la resolución y notificación del procedimiento, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, lo que constituye un incumplimiento de lo previsto en el artículo 21.4 de la LPAC. Además se aprecia que en dicha resolución se invoca erróneamente "el art. 107 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre", relativo a la declaración de lesividad de actos anulables, cuando lo

correcto habría sido citar el artículo 106 de la LPAC sobre revisión de disposiciones y actos nulos.

Sobre la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 41.3 de la LCSP que, dejando a salvo la competencia de las Comunidades Autónomas para establecer una regulación específica en la materia, señala que corresponde declarar la nulidad de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos al “órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública”. Las competencias como órgano de contratación en las entidades locales corresponden -a tenor de la disposición adicional segunda de la misma Ley, vigente ya en la fecha en que se inicia el procedimiento de revisión de oficio- “a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales (...) respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, los contratos de concesión de obras, los contratos de concesión de servicios y los contratos administrativos especiales, 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”. Este precepto reproduce la regla establecida en el TRLCSP, rector de la contratación cuya declaración de nulidad se pretende atendiendo al momento en que se producen los actos objeto de revisión de conformidad con lo señalado en la disposición transitoria primera de la LCSP. Tratándose aquí de actos de contratación verbal, hemos de entender, tal y como ya indicamos en los Dictámenes Núm. 199/2013 y 28/2019, que el órgano competente para la aprobación del acto ha de serlo igualmente para acordar su revisión de oficio, aunque se hubiere adoptado desconociendo tal competencia. En consecuencia, es claro que la revisión de oficio corresponde al órgano de contratación; en este caso, la Alcaldesa.

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. Puesto que el procedimiento analizado se inició por Resolución de la Alcaldía de 5 de diciembre de 2018, y dado que la Administración municipal ha suspendido el transcurso del plazo de resolución con motivo de la solicitud de nuestro dictamen -el 17 de abril de 2019- en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, dicho plazo no ha transcurrido aún.

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

En este caso se somete a dictamen un procedimiento de revisión de oficio de la contratación verbal del servicio de guardería canina del Ayuntamiento de Carreño durante los ejercicios 2016, 2017 y parte de 2018; expediente que tiene su origen en el informe emitido conjuntamente por la Intervención y la Secretaría municipales expresivo de la improcedencia de acudir de plano al reconocimiento extrajudicial de créditos para el abono de las facturas emitidas por la contratista que prestó esos servicios en el referido periodo, y en el que se indica que el procedimiento aplicable ha de ser el de la revisión de oficio establecido en el artículo 106 de la LPAC con carácter previo a la liquidación del contrato.

Como hemos señalado en anteriores ocasiones (por todos, Dictamen Núm. 275/2018), tras la entrada en vigor del artículo 35 del TRLCSP, aplicable en este caso *ratione temporis*, 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. 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 general, este tipo de actos de contenido obligacional que se presumen irregulares pueden ser catalogados de dos formas distintas, bien como una prórroga (ilegal) de un contrato anterior extinguido, bien como un contrato menor nuevo aparentemente desvinculado de otro anterior del que, sin embargo, constituye una réplica, en la medida en que sus características esenciales (prestaciones, precio, condiciones, etc.) se enuncian por referencia a él.

En el asunto ahora examinado, el Secretario municipal considera en su informe-propuesta que la contratación a la que se alude incurre en las causas de nulidad a que se refieren los artículos 32.c) del TRLCSP y 47.1.e) de la LPAC, “pues son nulos los contratos adjudicados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y, además, aquellos en los que concurra la carencia o insuficiencia de crédito”. Y añade que “podría concurrir en el futuro” la causa contemplada en la letrada d) del art. 47.1 de la LPAC, “aunque afectase solamente a alguna factura de las ya abonadas, pues como se ha señalado existen diligencias abiertas en vía penal”.

Empezando por la última de las causas que se mencionan, esto es, la contemplada en el artículo 47.1.d) de la LPAC, conforme al cual los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho cuando “sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta”, coincidimos con el Secretario municipal en que no procede su invocación actual

en el procedimiento en curso, pues como han señalado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de noviembre de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:6407- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), el Consejo de Estado en el Dictamen Núm. 111/2016 y este mismo Consejo en el Dictamen Núm. 122/2010, dado el monopolio de la jurisdicción penal para calificar como delito la actividad de los agentes administrativos, en tanto no recaiga decisión de aquel orden jurisdiccional al respecto, lo que no consta en el caso que analizamos, la entidad local no puede declarar por sí misma que se ha cometido una infracción penal que haga incurrir al acto en nulidad por tal causa.

Respecto al motivo del artículo 47.1.e) de la LPAC, relativo a la nulidad de pleno derecho los actos "dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido", según reiterada jurisprudencia, para que pueda apreciarse 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 2 de febrero de 2017 -ECLI:ES:TS:2017:333-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª). En la misma línea, procede señalar que el artículo 28 del TRLCSP proscribía la contratación verbal; que el artículo 31 del mismo texto 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 (...): 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)".

No constando en el supuesto examinado que se tratara, además, de una situación de emergencia en los términos de lo dispuesto en el artículo 113 del TRLCSP, en relación con el artículo 28.1 de la misma norma, y puesto que la ejecución de las prestaciones objeto del contrato se ordenó de forma tácita o verbal -esto es, sin seguir las normas que disciplinan la licitación y adjudicación

de los contratos administrativos de conformidad con lo establecido en el TRLCSP-, resulta evidente que se ha omitido de forma clara, manifiesta y ostensible el procedimiento legalmente exigible. Por ello, este Consejo estima que concurre el motivo de nulidad radical enunciado en la letra e) del artículo 47.1 de la LPAC.

Finalmente, en cuanto a la causa resolutoria a que se refiere el artículo 32.c) del TRLCSP, esto es, 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", a la que también se refiere el artículo 173.5 del Real Decreto 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, este Consejo Consultivo ha venido sosteniendo desde el Dictamen Núm. 29/2018 que la insuficiencia de crédito a la que el precepto se refiere es originaria y diferenciada, por tanto, de la sobrevenida que puede resultar de la superación de las necesidades estimadas por las realmente producidas en los contratos de suministros o de servicios de prestación sucesiva y por precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en su objeto se defina con exactitud al tiempo de su celebración, como ocurre en el que ahora analizamos. Según venimos señalando, en esta clase de contratos -como ocurre en el examinado- en los que el valor de la prestación no puede fijarse de antemano y puede incluso sobrepasar las necesidades estimadas no cabe equiparar el agotamiento del crédito a la carencia o insuficiencia originaria que contempla el artículo 32.c) del TRLCSP como causa de nulidad radical, habida cuenta de la regulación específica contenida en la disposición adicional trigésima cuarta del TRLCSP (introducida por la disposición final decimotercera de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas), y en la disposición adicional trigésima tercera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público).

Desconocemos si en el caso sometido a nuestra consideración la carencia o insuficiencia de crédito es originaria o si se produjo de forma sobrevenida, pues esa cuestión no se aclara en el expediente, aunque se invoca este motivo de nulidad. En consecuencia, de conformidad con la interpretación restrictiva de las causas de invalidez que impone la utilización de esta vía extraordinaria de revisión, la declaración de nulidad de la contratación sobre la que se nos consulta no deberá sustentarse en la prevista en el artículo 32.c) del TRLCSP, sino exclusivamente en la del 32.a) de la misma norma, en relación con el artículo 47.1.e) de la LPAC.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, como ya hemos adelantado, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 35.1 del TRLCSP; regulación aplicable al caso y que constituye el cauce legal específico para garantizar los derechos de quien hubiera prestado servicios a la Administración en unas condiciones como las examinadas. El artículo citado prescribe que la "declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido". Todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse para las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones públicas a tenor de lo establecido en la disposición adicional decimonovena del TRLCSP.

El Ayuntamiento, que asume su culpabilidad en la adjudicación irregular del contrato, acude en la liquidación al importe de las facturas pendientes de pago (15.722,87 €), en la medida en que responden a un precio de mercado por los servicios prestados, y detrae de esa cuantía la correspondiente a la indebidamente abonada por derivar de un servicio no prestado, que asciende a 186,20 €, señalando además la procedencia de actualizar "la cifra que resulte de conformidad con lo que dispone el art. 34.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al aplicarse las reglas de la

responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas y no las de responsabilidad contractual”.

Nada tiene que oponer a ello este Consejo, toda vez que la actualización conforme al Índice de Garantía de la Competitividad es además la aplicable a la revisión de valores monetarios al margen de las relaciones contractuales (artículo 3 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación de la Economía Española), mientras que el interés de demora invocado por la perjudicada (el de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen Medidas de Lucha contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales) se dirige a compensar la dilación en el pago de cantidades líquidas derivadas de una relación negocial válidamente celebrada, lo que no concurre aquí. Ahora bien, el referido Índice de Garantía de la Competitividad viene arrojando valores negativos en el periodo que nos afecta, lo que significaría la revisión a índice cero prevista en el anexo de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de modo que los costes financieros del préstamo que la perjudicada se vio abocada a concertar no quedan “compensados” o absorbidos por la aplicación de la actualización monetaria propuesta. Siendo evidente que no puede atenderse a la duplicidad indemnizatoria que la acreedora pretende (capital e intereses de préstamo más el abono de las facturas y del interés de demora), y que resulta tipo cero la tasa de actualización que procedería aplicarse sobre el valor de los servicios prestados, este Consejo considera que deben compensarse los costes financieros efectivos que la interesada tuvo que soportar como consecuencia del retraso de la Administración en el abono de los servicios prestados, siempre que se acrediten cumplidamente, pues en este supuesto la finalidad del crédito bancario solicitado por la contratista era precisamente la de atender a la precariedad provocada por los impagos de la Administración. Procede, por tanto, el abono de esos costes efectivos (gastos de formalización e intereses del crédito), que habrán de justificarse en expediente contradictorio si no constan adecuadamente probados.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede revisar de oficio y declarar la nulidad de pleno derecho del acto administrativo de adjudicación a del contrato del servicio de guardería canina prestado durante los ejercicios 2016, 2017 y parte de 2018 al Ayuntamiento de Carreño, al haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,