



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 9 3 / 2 0 2 1

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 22 de julio de 2021.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad de la contratación del servicio de actividades socioculturales en su vertiente formativa no reglada, de ocio y esparcimiento cultural, durante el periodo de octubre y noviembre de 2019, adjudicado a la empresa (...) (EXP. 365/2021 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 29 de junio de 2021 (registro de entrada en este Consejo Consultivo de misma fecha), el Excmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria interesa de este Consejo Consultivo preceptivo dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad del contrato administrativo del Servicio de Actividades Socioculturales en su vertiente formativa no reglada, de ocio y esparcimiento cultural, durante el periodo del 1 al 31 de octubre y del 1 al 29 de noviembre de 2019, adjudicado a la empresa (...).

2. La legitimación para la solicitud del dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el art. 191.3.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2017 (LCSP), norma básica aplicable al presente supuesto tanto porque el contrato fue adjudicado y el presente procedimiento fueron iniciados con posterioridad a su entrada en vigor.

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, de la LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor, y el art. 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

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

3. La competencia para resolver el presente procedimiento le corresponde al órgano de contratación, en virtud de lo previsto en el art. 41.3 y Disposición Adicional 2.ª LCSP, que en este caso es la Junta de Gobierno Local, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 24 de marzo de 2017, modificado por Acuerdo de 1 de febrero de 2018.

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

5. A su vez, el art. 41.1 LCSP, en relación con la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas viciados de nulidad, remite a la regulación que del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP, especialmente en su art. 106.5 LPACAP, que dispone que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso, pues se inició a través de la Resolución núm. 20523-2021, de 15 de junio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad.

II

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

- El 4 de diciembre de 2019 se remite informe emitido por el Servicio de Educación en el que, tras señalar los antecedentes relativos al contrato que nos ocupa, se pone de manifiesto la posible concurrencia de una causa de nulidad en la contratación del Servicio de Actividades Socioculturales en su vertiente formativa no

reglada, de ocio y esparcimiento cultural, durante el periodo del 1 al 31 de octubre y del 1 al 29 de noviembre de 2019, y se solicita informe de la Intervención General.

- El 4 de diciembre de 2019 se solicitó a la Intervención General Municipal la fiscalización de las facturas números 3389163 y 3386703 de fechas 30/11/2019 y 29/11/2019, respectivamente, emitiendo informe el 16 de diciembre de 2019 donde se pone de manifiesto la omisión de la fiscalización de la citada contratación.

- El 19 de diciembre de 2019 la Junta de Gobierno Local acuerda tomar conocimiento de la omisión de fiscalización previa de la contratación que nos ocupa, durante el periodo de octubre y noviembre de 2019 e iniciar el procedimiento de revisión de oficio de tal contratación.

III

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

- Por Resolución de la Concejala de Área de Gobierno de Educación, Seguridad y Emergencias, Servicios Sociales, Participación Ciudadana y Juventud, n.º 56488/2019, de 19 de diciembre, se acordó la incoación de expediente para la declaración de nulidad de la contratación descrita, otorgando trámite de audiencia a la empresa (...) debidamente notificada.

- Mediante escrito de 20 de diciembre de 2019, la contratista mostró su conformidad con la nulidad instada.

- El 6 de marzo de 2020 se emite Propuesta de Resolución dirigida a la Junta de Gobierno Local por la que se declara la nulidad de la contratación que nos ocupa, lo que se informa favorablemente por la Dirección General de la Asesoría Jurídica el 26 de marzo de 2020.

- No obstante, el 1 de octubre de 2020 se solicita por parte del Jefe de Servicio de Educación acreditación a (...) de inexistencia de beneficio industrial, a cuyo fin, aquélla presenta escrito el 6 de octubre de 2020 admitiendo que le sea descontado el 3% de beneficio industrial, *«sin perjuicio de lo que resulte de las reclamaciones que en su día formulará mi mandante»*.

- El 7 de octubre de 2020 se emite nuevamente Informe Propuesta de declaración de nulidad a la Junta de Gobierno Local.

- Al respecto, en aquella misma fecha, se emite informe complementario por parte del Jefe de Servicio de Educación, concluyendo que procede el abono de las facturas de octubre y noviembre de 2019, si bien debe retenerse el 3% de beneficio industrial.

- El 20 de octubre de 2020 se solicita ampliación de información y documentación respecto a la inexistencia de beneficio industrial en las facturas de los meses de octubre y noviembre de 2019, aportándose al efecto por el contratista escritos presentados el 9 de noviembre de 2020.

- El 11 de noviembre de 2020 se insta a la contratista a ampliar la documentación aportada, presentando ésta escrito el 12 de noviembre de 2020 en el que realiza alegaciones. Asimismo, el 13 de noviembre 2020 presenta escrito de subsanación.

- El 16 de noviembre de 2020 se emite nuevo informe complementario por parte del Jefe de Servicio de Educación, respecto al beneficio industrial, en el que pone de manifiesto que la cantidad facturada por la empresa (...), en concepto del servicio de actividades socioculturales en los meses de octubre y noviembre de 2019, no está incluido el beneficio industrial, tal y como expone la empresa en los estudios de costes de 9 de noviembre de 2020 presentados.

Por tanto, señala que los costes presentados son propios de la prestación del servicio realizado, desglosando los importes de las facturas y conceptos.

De ello concluye que los gastos detallados se corresponden con prestaciones efectivamente realizadas en favor del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, de cuya valoración no consta beneficio industrial, y se corresponde plenamente con el precio de mercado habitual para este tipo de servicios y de acuerdo a las prestaciones económicas acordadas en el contrato anterior. La realización de la prestación se ha desarrollado a entera satisfacción del Servicio de Educación y bajo el principio de buena fe y confianza legítima.

- El 3 de diciembre de 2020 se emite nuevo Informe Propuesta de Resolución, que es informado favorablemente por la Dirección General de la Asesoría Jurídica el 7 de diciembre de 2020.

- El 30 de diciembre de 2020 se emite informe desfavorable por la Intervención General que formula reparo a la propuesta de acuerdo al no cuantificarse ni aportarse documentación acreditativa de los gastos que, en su caso, haya incurrido la empresa por los conceptos incluidos como costes indirectos así como, respecto a los

costes derivados de la aplicación de la normativa laboral vigente y por tanto, *«no queda acreditado en el expediente que la restitución del importe equivalente al coste de la prestación realizada no incluya el beneficio industrial que incorpora su precio»*.

- Así pues, el 25 de febrero de 2021 se requiere a (...) para que proceda a la ampliación de información y acreditación documental, detallada y cuantificada de los gastos en los que haya incurrido la empresa por los conceptos incluidos como gastos indirectos y aclaración respecto a los costes derivados de la aplicación de la normativa laboral vigente, presentando, el 11 de marzo de 2021 la citada empresa escrito de alegaciones reiterando la improcedencia de descontar cantidad alguna en concepto de beneficio industrial. No obstante, sigue sin aportar la acreditación documental detallada y cuantificada requerida.

- Por Resolución n.º 2021-18117, de 27 de mayo, de la Concejala de Área de Gobierno de Educación, Seguridad y Emergencias, Servicios Sociales, Participación Ciudadana y Juventud, se declaró la caducidad del procedimiento de declaración de nulidad, al haber transcurrido el plazo máximo para resolver y notificar, sin que se haya dictado resolución expresa, lo que se notificó telemáticamente a EULEN S.A. en la misma fecha.

- El 27 de mayo de 2021 se emite un tercer informe complementario por el Jefe de Servicio de Educación, en el que concluye:

« (...) atendiendo a las consideraciones formuladas por la Intervención General de este Ayuntamiento y a la vista de la documentación que obra en el expediente, este centro gestor estima la imposibilidad para determinar la veracidad y exactitud de los gastos que, en su caso, haya incurrido la empresa por conceptos incluidos como costes indirectos, así como respecto a los costes derivados de la aplicación de la normativa laboral vigente.

Se concluye, por tanto, siguiendo el criterio de la Intervención General de este Ayuntamiento, que no queda acreditado en el expediente que la restitución del importe equivalente al coste de la prestación realizada no incluya el beneficio industrial que incorpora su precio, no pudiendo determinar la existencia o no de beneficio industrial en los estudios de costes aportados por la empresa respecto a sus facturas del mes de octubre y noviembre de 2019.

En tal sentido, el criterio a seguir por la Intervención General a este respecto son las advertencias señaladas en distintos dictámenes del Consejo de Estado números 667/2019, 679/2019, 680/2019, según los cuales "en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 42 de la LCSP, no debe abonarse a la empresa contratista el precio de la prestación, sino su

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

A continuación, se expone un cuadro con la facturación de los meses de octubre y noviembre de 2019 de la empresa (...) en concepto de actividades socioculturales en su vertiente formativa no reglada, de ocio y esparcimiento cultural, resultando, para el periodo de octubre de 2019 un importe con IGIC del 6,5% de 72.641,40 euros, si bien procede descontar un 3% de beneficio industrial, resultando un importe total con IGIC de 70.462,16 euros. Respecto al mes de noviembre de 2019, el importe original más IGIC del 6,5% sería de 62.206,82 euros, si bien procede descontar un 3% de beneficio industrial, resultando un importe total con IGIC de 60.340,62 euros.

- El 27 de mayo de 2021 se envía a (...) requerimiento de documentación consistente en *«La rectificación de la factura original obrante en el expediente administrativo de declaración de nulidad, relativo al servicio de actividades socioculturales en su vertiente formativa no reglada, de ocio y esparcimiento cultural de los meses de octubre y noviembre de 2019»* y *«la conformidad a aceptar la indemnización correspondiente a la prestación de actividades socioculturales en su vertiente formativa no reglada, de ocio y esparcimiento cultural de los meses de octubre y noviembre de 2019, en base a las cantidades señaladas»*.

- En respuesta a aquel requerimiento enviado, el 10 de junio de 2021 la empresa (...) presenta escrito en el que manifiesta que *«no está conforme con la minoración propuesta y presentará reclamación de las facturas pendientes de pago por la totalidad de su importe»*.

- Por Resolución n.º 2021-20523, de 15 de junio, de la Concejala de Área de Gobierno de Educación, Seguridad y Emergencias, Servicios Sociales, Participación Ciudadana y Juventud, se declara el inicio del expediente para la declaración de la nulidad de la contratación del servicio que nos ocupa, lo que fue notificado a (...) en la misma fecha.

- En aquella misma fecha se emite Informe Propuesta de Resolución declarativa de la nulidad de la contratación del Servicio de Actividades Socioculturales en su

vertiente formativa no reglada, de ocio y esparcimiento cultural, durante el periodo del 1 al 31 de octubre y del 1 al 29 de noviembre de 2019, con el descuento del 3% del beneficio industrial en las facturas presentadas.

- También el 15 de junio de 2021 se emite informe por el Jefe de Servicio de Educación que se rubrica: «*informe solicitando se realice consulta al Consejo Consultivo de Canarias, en relación a la Propuesta de Acuerdo (...)*», señalándose en el mismo los términos de la consulta a este Consejo Consultivo sobre la Propuesta de Resolución que se somete a nuestra consideración.

IV

1. En cuanto a la tramitación del procedimiento objeto de análisis, debe señalarse que no es conforme a Derecho, impidiendo su deficiencia entrar en el fondo del asunto.

Y es que, el procedimiento de declaración de nulidad del contrato administrativo del Servicio de Actividades Socioculturales en su vertiente formativa no reglada, de ocio y esparcimiento cultural, durante el periodo del 1 al 31 de octubre y del 1 al 29 de noviembre de 2019, adjudicado a la empresa (...), se inició por Resolución n.º 2021-20523, de 15 de junio, de la Concejala de Área de Gobierno de Educación, Seguridad y Emergencias, Servicios Sociales, Participación Ciudadana y Juventud. En esa misma fecha, el 15 de junio de 2021, se notifica a la entidad contratista la referida Resolución, si bien no se le otorga el preceptivo trámite de audiencia, pues en la misma fecha se emite Propuesta de Resolución.

Esta actuación, además de haberle causado indefensión a la contratista, impide conocer si la misma, en este nuevo procedimiento que se inició tras la declaración de caducidad del anterior, está conforme o no con la declaración de nulidad que se pretende y si, por tal motivo, es o no preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo. En este sentido, en nuestro Dictamen 222/2020, de 5 de junio, se ha vuelto a confirmar la doctrina al respecto, conforme a la cual se entiende que, la intervención de este Organismo sólo es preceptiva cuando previamente se hubiera formulado aquella oposición.

2. Como consecuencia de lo anterior, se deben retrotraer las actuaciones con la finalidad de que se otorgue trámite de audiencia a (...), tras el cual se emitirá una nueva Propuesta de Resolución que, en caso de que el contratista formule oposición, deberá someterse a dictamen de este Consejo Consultivo.

Asimismo, si durante tales actuaciones se produjera la caducidad del procedimiento, se deberá dictar resolución en tal sentido, la cual debe ser notificada a la contratista, lo que no impide que, si la Administración lo estima conveniente, puede iniciar un nuevo procedimiento administrativo al efecto.

3. Finalmente, respecto del informe de solicitud de consulta a este Consejo debe señalarse que en virtud de los arts. 11.1.D.c) y 12.3 LCCC, en relación con el art. 191.3.a) LCSP, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo cuando se formule oposición del contratista en materia de contratos, pero no habilita la citada LCCC para que el órgano solicitante realice consulta facultativa, más allá de los términos que le son exigibles al preceptivo dictamen en relación con la Propuesta de Resolución que se remite al Consejo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución que se somete a dictamen no se considera conforme a Derecho, pues procede retrotraer el procedimiento en los términos señalados en el Fundamento III del presente Dictamen.