



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 3 / 2 0 2 2

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 3 de febrero de 2022.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad de la contratación del «Suministro de productos de parafarmacia para usuarios de los Centros de Acogida municipales: (...)» (gastos realizados entre el 1 de septiembre de 2019 y 31 de octubre de 2020), realizada con la Oficina de Farmacia de (...) (EXP. 633/2021 CA)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. Mediante escrito de 22 de diciembre de 2021 (con registro de entrada en este Consejo Consultivo el día 27 de diciembre de 2021), 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 «*Suministro de productos de parafarmacia para usuarios de los Centros de Acogida municipales: (...)»* (gastos realizados entre el 1 de septiembre de 2019 y 31 de octubre de 2020), llevada a cabo con la Oficina de Farmacia de (...).

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

---

\* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

adjudicación del contrato como el presente procedimiento, fueron iniciados con posterioridad a su entrada en vigor.

También es de aplicación, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), por remisión expresa del art. 41.1 LCSP, al haberse iniciado el presente procedimiento con posterioridad a su entrada en vigor, y el art. 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

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

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

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

5. A su vez, el art. 41.1 LCSP, en relación con la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas viciados de nulidad, remite a la regulación que del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP, especialmente en su art. 106.5, que dispone que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso, pues se inició a través de la Resolución núm 31353/2021, de 21 de septiembre, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad.

6. Consta que se ha otorgado trámite de vista y audiencia a la contratista, (...), presentando ésta escrito de alegaciones el 19 de noviembre de 2021 en las que se opone a la nulidad propuesta, por lo que se ha solicitado el preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo.

## II

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

- El 3 mayo de 2021 se remite informe emitido por el Servicio de Bienestar Social 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 *«Suministro de productos de parafarmacia para los usuarios de los Centros de Acogida municipales: (...)»* (gastos realizados entre el 1 de septiembre de 2019 y 31 de octubre de 2020), al haberse realizado la prestación sin previa tramitación contractual y se solicita informe de la Intervención General.

- El 4 de mayo de 2021 se solicitó a la Intervención General Municipal la fiscalización de las facturas emitidas por (...) en el seno del referido contrato durante el periodo transcurrido entre el 1 de septiembre de 2019 y el 31 de octubre de 2020 que, en fecha 27 de mayo de 2021 devuelve la solicitud realizando las siguientes observaciones:

*«Primera. Debe incorporarse al expediente el presupuesto al objeto de poder comprobar las facturas que obran en el expediente.»*

*Segunda. Se solicita se informe sobre el estado actual de tramitación del contrato de suministro de productos de limpieza, higiene personal y sanitarios y/o de parafarmacia destinados a los recursos municipales de atención a personas sin hogar, a que hace referencia el informe de fecha 3/5/2021.*

*A la vista de lo expuesto, se devuelve expediente a efectos de subsanación, en los términos que corresponda, quedando el informe solicitado pendiente a resultados de la documentación que se aporte.»*

- Así pues, el 9 de junio de 2021 se emite informe complementario por el Servicio de Bienestar Social.

- En aquella fecha se solicita nuevamente informe a la Intervención General Municipal para la fiscalización de las facturas emitidas por (...) que, de nuevo, el 18 de junio de 2021, devuelve el expediente para su subsanación, señalando:

*«Con fecha 27/5/2021 se solicita al centro gestor que se incorpore al expediente el presupuesto al objeto de poder comprobar las facturas que obran en el expediente. Según informe del centro gestor, de fecha 9/6/2021, inicialmente se realizaba el suministro a través de la modalidad de contrato menor. Por ello, se solicita nuevamente que se incorpore*

*el presupuesto que formaba parte de esos contratos menores, a fin de poder comprobar las facturas».*

- El 14 de julio de 2021 se emite nuevo informe complementario por el Servicio de Bienestar Social, tras el que se solicita de nuevo informe a la Intervención General Municipal para la fiscalización de las facturas emitidas por (...), entre el 1 de septiembre de 2019 y el 31 de octubre de 2020, emitiéndose tal informe el 29 de julio de 2021, donde se pone de manifiesto la omisión de la fiscalización de la citada contratación.

- El 12 de agosto de 2021 la Junta de Gobierno Local acuerda tomar conocimiento de la omisión de fiscalización previa de la contratación que nos ocupa, durante el periodo transcurrido entre el 1 de septiembre de 2019 y el 31 de octubre de 2020, 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 Delegada del Área de Servicios Sociales n.º 31353/2021, de 21 de septiembre, se acordó la incoación de expediente para la declaración de nulidad de la contratación descrita, otorgando trámite de audiencia a (...), debidamente notificada el 27 de septiembre de 2021, instándola en este momento a que *«manifieste lo que a su derecho convenga, especialmente lo referido a la existencia o no de beneficio industrial y su cuantificación, y aporte estudio económico y cuantos medios de prueba considere conveniente»*. Transcurrido el plazo conferido la interesada no aporta nada al efecto.

- El 2 de noviembre de 2021 se insta nuevamente a la contratista a aportar estudio económico, indicándole lo siguiente:

*«1º Presente estudio económico en el que se determine la existencia o no de beneficio industrial y su cuantificación.*

*2º Manifieste su conformidad o disconformidad con el descuento del beneficio industrial.*

*3º En caso de conformidad deberá presentar, según indicaciones de la Intervención General municipal, nuevas facturas deducido el beneficio industrial (al importe de la factura sin IGIC se le descontará el beneficio industrial y, posteriormente, se le aplicará el IGIC que corresponda)».*

- Tras recibir notificación de ello (...), presenta escrito el 19 de noviembre de 2021 en el que se opone a los términos de la nulidad instada al alegar:

*«Que los servicios prestados por mi parte al Excmo. Ayuntamiento han sido de suministros de productos farmacéuticos y de parafarmacia, en los que no hay beneficio industrial. Que dichos suministros se llevan realizando durante al menos los 7-8 años anteriores sin que haya habido ningún tipo de reclamaciones con la facturación.*

*Por tanto manifiesto mi disconformidad con lo pretendido de suprimir el llamado beneficio industrial».*

- El 13 de diciembre de 2021 se emite nuevo informe por el Servicio de Bienestar Social, si bien el mismo no introduce nuevo contenido, limitándose a señalar la constancia de las actuaciones realizadas y la procedencia de remitir el expediente al Consejo Consultivo, por lo que no ha sido preciso conceder nueva audiencia a la contratista.

- El 17 de diciembre de 2021 se emite Informe Propuesta de declaración de nulidad a la Junta de Gobierno Local.

## IV

1. La Propuesta de Resolución declara la nulidad de la contratación realizada con (...) de los gastos derivados del *«Suministro de productos de parafarmacia para usuarios de los Centros de Acogida municipales: (...)»* (gastos realizados entre el 1 de septiembre de 2019 y 31 de octubre de 2020), de cuyas valoraciones, entiende la Propuesta de Resolución, no ha sido posible determinar el beneficio industrial, considerando como tal el 3 por 100 del precio de los contratos.

Concluyendo al efecto *«Liquidar el contrato y, dado que no es posible la restitución recíproca, devolver su valor por un importe total incluyendo impuestos, de 2.130,42 euros, menos el importe considerado como beneficio industrial según el siguiente detalle»* (se adjunta cuadro con cuantías y cálculos sobre cada factura del periodo).

2. Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo, se ha de señalar que es criterio jurídico mayoritariamente aceptado el que, en los casos de contratación irregular, esto es, supuestos en los que un contratista ha procedido efectiva y materialmente a ejecutar una obra o a prestar un servicio o suministro en favor de la Administración, pero con incumplimiento de las normas presupuestarias (contrataciones sin crédito presupuestario) y/o de contratación aplicables (existe

crédito pero no cobertura contractual, bien por haber expirado el plazo de duración y sus prórrogas, bien por haber contratado verbalmente fuera de los casos permitidos por el ordenamiento y prescindiendo de toda formalidad procedimental, esto es, sin tramitar el correspondiente expediente de licitación destinado a la preparación, adjudicación y formalización del contrato de acuerdo con la legislación en materia de contratación pública o, en general, por haber sido celebrado concurriendo alguna causa de nulidad de pleno derecho), y al objeto de compensar al contratista por las prestaciones ejecutadas -a favor de la Administración- en cumplimiento de un contrato nulo de pleno derecho (evitando así, el correspondiente enriquecimiento injusto o sin causa de la Administración Pública), procede acudir al procedimiento de revisión de oficio establecido en el Capítulo I del Título V LPACAP (art. 106 LPACAP, al que remite íntegramente el art. 41.1 LCSP). De tal manera que, cuando existe un contrato nulo de pleno derecho, el cauce procedimental para proceder al pago al contratista por los trabajos ya ejecutados es el marcado legalmente; debiendo la Administración Pública declarar, previamente, la nulidad de la contratación a través del cauce de la revisión de oficio ex arts. 41.1 LCSP y 106 LPACAP.

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

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

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

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

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

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

*«Como ya indicamos en nuestro anterior dictamen sobre este mismo asunto (Dictamen Núm. 8/2016), tras la entrada en vigor del artículo 35 de la LCSP, la previa declaración de nulidad constituye la vía específica y adecuada para compensar al contratista que actúa de buena fe; norma legal que, según expone el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, puso fin a la controversia jurisprudencial y doctrinal sobre el posible origen, contractual o extracontractual, de las obligaciones que habría de asumir la Administración en estos casos para evitar el resultado antijurídico de la apropiación de unos servicios sin compensar al contratista».*

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

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

*“La circunstancia de que la prestación objeto de este contrato se haya efectivamente ejecutado y que la Administración haya procedido a su abono, no enervan ni convalidan, por*

*el régimen propio de la nulidad de pleno derecho, las causas de nulidad en que hubiera incurrido la contratación. Por ello, si la Administración advierte la presencia de una causa de nulidad de pleno derecho, lo procedente, como señala el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 40/1998, es la tramitación del procedimiento de revisión de oficio contemplado en el artículo 102 LRJAP-PAC y no el de resolución contractual, que presupone, por lo demás, la existencia de un contrato válido.*

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

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

Así, resulta especialmente ilustrativa la Sentencia n.º 148/2017, de 12 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Oviedo. En ella se analiza el marco normativo aplicable y se trae a colación lo expuesto en el Dictamen del Consejo de Estado 1724/2011, de 21 de diciembre, así como en el Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 33/2016, de 11 de febrero de 2016;



señalando que los vicios puestos de manifiesto son de nulidad de pleno derecho, al haberse incurrido en omisión total del procedimiento de contratación aplicable y haberse incurrido en una *«falta gravísima de dotación presupuestaria»*. Concluyendo que, *«por tanto, el punto de partida de la actuación municipal está viciado en la medida en que, entre la pretendida opción entre revisión de acto nulo y ejecución extrajudicial de crédito, en realidad y a juicio de este Juzgado, no tenía otra alternativa que seguir la primera»*. Y estimando, en consecuencia, el recurso contencioso-administrativo.

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

3. En el caso que nos ocupa, del informe emitido por el Servicio de Bienestar Social se extrae, si bien no se incorpora documentación alguna al respecto en el expediente, que *«desde dicha unidad se solicitó con fecha uno de septiembre de 2019, a la oficina de farmacia de (...), que siguiera proporcionando dicho suministro que, inicialmente, se realizaba a través de la modalidad de contrato menor en el que se adquirirían conjuntamente con medicamentos que también eran necesarios para los usuarios de los Centros de Acogida Municipales, cauce que resultó inviable debido a la normativa de aplicación»*.

*Ante tal circunstancia, el centro gestor inició los trámites para impulsar un contrato mayor que diera cobertura legal a la adquisición de los medicamentos y productos de parafarmacia. Sin embargo, debido a que no fue posible su tramitación, al existir una normativa del Colegio Oficial de Farmacéuticos de la provincia de Las Palmas, que impide establecer acuerdos con sus colegiados sin garantizar una serie de condiciones fijadas en sus propios estatutos, supuso iniciar los trámites para formalizar un convenio de colaboración con dicho colegio oficial, con el objeto de dar cobertura legal a la adquisición de medicamentos y productos farmacéuticos, (quedando excluidos de dicho convenio, los productos que no hayan sido prescritos por el facultativo) procediéndose a formalizar el primer convenio, con fecha 7 de octubre de 2019, con un periodo de vigencia desde el uno de enero al 31 de diciembre de 2019 y, posteriormente, el segundo convenio, con fecha 30 de diciembre de 2020, para dar cobertura a estos gastos durante todo el ejercicio 2020»*.

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

En relación con la nulidad alegada por la Administración, en el caso que nos ocupa, el contrato de suministros se ha estado prestando en situación de nulidad, pues la pretendida cobertura de un convenio de colaboración con el Colegio de Farmacéuticos, en su caso, permitiría la posterior contratación entre la Administración y (...) a través del correspondiente procedimiento de contratación, lo que no se ha producido y, por ende, los gastos realizados por los suministros efectuados sin cobertura contractual son objeto de la presente revisión de oficio procediendo declarar su nulidad ex art. 47.1.e) LPACAP.

Así, señala el informe de la Intervención General de 29 de julio de 2021, de omisión de fiscalización de las facturas objeto de la revisión de oficio que nos ocupa:

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

*Gastos derivados de la contratación del suministro de productos de parafarmacia para usuarios de los centros de acogida municipales, prestado por la farmacia de (...), en el período de septiembre de 2019 a octubre de 2020, siendo el detalle de las facturas el que figura en el ANEXO.*

*Desde el punto de vista procedimental se constata que se trata de suministros realizados sin que se tramitara el oportuno procedimiento de contratación.*

*Por el servicio gestor se comunica, mediante informe de fecha 3/5/2021, que se trata de un gasto realizado sin cumplir el procedimiento legalmente establecido. Asimismo, se indica que por la Unidad Técnica de Inclusión Social se han iniciado los trámites de un contrato cuyo lote 3 se refiere a "Productos sanitarios y/o de parafarmacia", contrato que se encuentra en trámite.*

*-Órgano gestor: Servicio de Bienestar Social.*

*-Importe: El que figura en el ANEXO.*

*En relación con el importe de la prestación incurrida en nulidad, debe advertirse lo señalado en distintos dictámenes del Consejo de Estado, entre otros número 680/2019, de 26 de septiembre, números 667/2019 y 679/2019, de 24 de octubre, en los que ha concluido que, " (...) en estos casos que, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 42 de la LCSP, no debe abonarse a la empresa contratista el precio de la prestación, sino su coste, que se calculará detrayendo del precio el beneficio industrial que aquella esperaba obtener, determinado en expediente contradictorio; y si no fuera posible determinar dicho beneficio la vista de la oferta presentada o de otra forma fehaciente, se considerará como tal el 3 por 100 del precio de los contratos, 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.

Según consta en el informe del centro gestor, de fecha 3/5/2021, el valor de la prestación asciende a 2.130,42 € que se corresponde con el precio de mercado habitual y de cuya valoración no consta la existencia de beneficio industrial.

Su análisis corresponderá en el procedimiento de revisión de oficio que se tramite, en su caso.

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

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

C) En cuanto a la efectiva realización de las prestaciones, consta en el expediente informe del Centro gestor, suscrito por el responsable político y responsable técnico, de fecha 3/5/2021, según el cual la realización del servicio se ha desarrollado a entera satisfacción de la administración y bajo el principio de buena fe y confianza legítima.

Se aportan al expediente certificados de conformidad de las facturas con los suministros realizados, dos de fecha 16/11/2020 y uno de fecha 23/4/2021.

D) Respecto de la comprobación de que existe crédito presupuestario adecuado y suficiente para satisfacer el importe del gasto.

Se constata la existencia de crédito adecuado y suficiente con cargo al documento contable que figura en el ANEXO para satisfacer el valor de la prestación, ante la imposibilidad de restitución según informe del centro gestor, de fecha 3/5/2021.

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

El artículo 38 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos el Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, dispone que los contratos celebrados por los poderes adjudicadores serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes de la citada Ley.

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

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

Revisado el expediente, se deduce la concurrencia de causa de nulidad de la contratación y, dado el carácter de las prestaciones, el importe y los incumplimientos legales que se han puesto de manifiesto, esta intervención General considera que debe tramitarse el procedimiento de revisión de oficio de la contratación».

Así pues, aplicando los razonamientos jurídicos que se han expuesto en las líneas precedentes al supuesto de hecho analizado, se ha de concluir que la actuación

administrativa incurre de forma clara, manifiesta y ostensible en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1, apartado e) LPACAP, toda vez que se ha procedido a recibir la prestación del «*Suministro de productos de parafarmacia para los usuarios de los Centros de Acogida municipales: (...)*» (gastos realizados entre el 1 de septiembre de 2019 y 31 de octubre de 2020), sin la previa tramitación del oportuno expediente de contratación a tal efecto.

Además, tal infracción del ordenamiento jurídico no puede ser imputable al tercero que ha realizado la prestación sino únicamente a la Administración, quien justifica su actuación en los siguientes términos, según el informe del Servicio de Bienestar Social de 3 de mayo de 2021:

*«Primero.- La Unidad Técnica de Inclusión Social, dependiente de la Sección de Servicios Sociales, en su objetivo de lograr la inserción social de sus usuarios, proporciona un conjunto de servicios y prestaciones que garantizan el derecho de dichas personas a disponer de medios básicos para su subsistencia, siendo el suministro de productos de parafarmacia, un elemento esencial para que los mismos dispongan de los medios necesarios que prevengan o logren mejorar los diversos problemas de salud que puedan presentar. Debido a ello, desde dicha unidad se solicitó con fecha uno de septiembre de 2019, a la oficina de farmacia de (...), que siguiera proporcionando dicho suministro que, inicialmente, se realizaba a través de la modalidad de contrato menor en el que se adquirirían conjuntamente con medicamentos que también eran necesarios para los usuarios de los Centros de Acogida Municipales, cauce que resultó inviable debido a la normativa de aplicación.*

*Ante tal circunstancia, el centro gestor inició los trámites para impulsar un contrato mayor que diera cobertura legal a la adquisición de los medicamentos y productos de parafarmacia. Sin embargo, debido a que no fue posible su tramitación, al existir una normativa del Colegio Oficial de Farmacéuticos de la provincia de Las Palmas, que impide establecer acuerdos con sus colegiados sin garantizar una serie de condiciones fijadas en sus propios estatutos, supuso iniciar los trámites para formalizar un convenio de colaboración con dicho colegio oficial, con el objeto de dar cobertura legal a la adquisición de medicamentos y productos farmacéuticos, (quedando excluidos de dicho convenio, los productos que no hayan sido prescritos por el facultativo) procediéndose a formalizar el primer convenio, con fecha 7 de octubre de 2019, con un periodo de vigencia desde el uno de enero al 31 de diciembre de 2019 y, posteriormente, el segundo convenio, con fecha 30 de diciembre de 2020, para dar cobertura a estos gastos durante todo el ejercicio 2020.*

*Debido a que los productos de parafarmacia son esenciales, no se han podido dejar de adquirir, por lo que desde la Unidad Técnica de Inclusión Social se iniciaron los trámites para incluir estos productos en un lote de un contrato mayor denominado "Suministro de*

productos y bienes destinados a los recursos municipales de atención a personas sin hogar. Lote 3: "Productos sanitarios y/o de parafarmacia", contrato actualmente en trámite.

*Debido a la situación descrita, la Unidad Técnica de Inclusión Social se ha visto obligada a continuar con el suministro de estos productos, sin cumplir con el procedimiento legalmente establecido, debido a la imposibilidad de cubrir la necesidad existente a través de otra vía, siendo esta, una prestación esencial que de no proporcionarse produciría un grave daño a las personas afectadas, fundamentalmente a aquellas que presentan múltiples patologías crónicas que afectan a su salud, requiriendo no sólo de fármacos para los tratamientos sino además, de otros productos farmacéuticos básicos de uso habitual, como son tiritas, desinfectante de heridas, alcohol (...) etc.*

*En la gran mayoría de los casos de las personas que se encuentran en una situación de alta vulnerabilidad (como es el colectivo al que se atiende en los centros de acogida municipales), recurren a los servicios que ofrecen dichos centros para satisfacer de forma óptima las necesidades de tratamientos (debido a la ausencia de una red familiar que les pueda cubrir sus necesidades básicas), cubriéndoles el 100% del coste del producto.*

*Además de las consecuencias negativas que pudieran producirse a causa de la inexistencia del suministro de estos productos, se considera adecuado señalar que la ausencia del mismo supondría dificultades para ofrecer el servicio que proporciona los centros de acogida, ya que es imprescindible contar con estos productos tanto para prevenir a los usuarios de posibles enfermedades o, de que las existentes se puedan agravar, no entendiéndose la ausencia de dichos productos pese a no haber sido prescritos previamente por un facultativo, dado que son productos básicos que deben dotarse en el caso de que se produzcan pequeños accidentes domésticos o prevención de enfermedades y contagios. Hay que recordar que se requiere un estado de salud mínimo, imprescindible para acceder y permanecer en las instalaciones municipales, con el fin de proporcionar garantías para la salud de la propia persona, del resto de los residentes y, de los profesionales que desempeñan su labor en los centros, circunstancia que además cobra mayor importancia tras la crisis sanitaria originada a raíz del Covid'19.*

*Por todo lo expuesto, es por lo que se ha iniciado la tramitación para abonar los gastos originados en el período señalado en el presente informe, tal como se establece en las normas y principios generales, recogidas en las Bases de Ejecución del Presupuesto General para el ejercicio 2021».*

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

4. En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, la contratista se opone al descuento del beneficio industrial por entender que no ha habido tal en los suministros realizado, que, de hecho, se han venido realizando desde «durante al

menos los 7-8 años anteriores sin que haya habido ningún tipo de reclamaciones con la facturación». En este sentido, la Propuesta de Resolución acuerda lo siguiente:

*«Liquidar el contrato y, dado que no es posible la restitución recíproca, devolver su valor por un importe total, incluyendo impuestos, de 2.130,42 euros, menos el importe considerado como beneficio industrial, según el siguiente detalle: (...)».*

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

Sin embargo, como ya ha indicado el propio Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre (y este Consejo Consultivo de Canarias -Dictamen 220/2013, de 19 de junio-), *« (...) nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (...), para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma».*

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

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

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

*artículo 34.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, hasta que se ponga fin al procedimiento de revisión de oficio».*

Ahora bien, este Consejo Consultivo considera que no es conforme a Derecho la detracción del beneficio industrial en la liquidación del contrato que nos ocupa pues, en este caso, se trata de servicios que se prestaron como consecuencia de que, una vez llegado el plazo de cumplimiento del contrato, la contratista continuó a cargo de tales servicios de forma expresa, ante la indicación por parte del Ayuntamiento de que continuara suministrando los productos, tal como se afirma en el informe del Servicio de Bienestar Social de 3 de mayo de 2021 al señalar: *«Desde dicha unidad se solicitó con fecha uno de septiembre de 2019, a la oficina de farmacia de (...), que siguiera proporcionando dicho suministro que, inicialmente, se realizaba a través de la modalidad de contrato menor en el que se adquirirían conjuntamente con medicamentos que también eran necesarios para los usuarios de los Centros de Acogida Municipales, cauce que resultó inviable debido a la normativa de aplicación».* Asimismo, en este informe se declara la esencialidad del servicio y su interés general al declarar *«Debido a que los productos de parafarmacia son esenciales, no se han podido dejar de adquirir, por lo que desde la Unidad Técnica de Inclusión Social se iniciaron los trámites para incluir estos productos en un lote de un contrato mayor denominado “Suministro de productos y bienes destinados a los recursos municipales de atención a personas sin hogar. Lote 3: “Productos sanitarios y/o de parafarmacia”, contrato actualmente en trámite.*

*Debido a la situación descrita, la Unidad Técnica de Inclusión Social se ha visto obligada a continuar con el suministro de estos productos, sin cumplir con el procedimiento legalmente establecido, debido a la imposibilidad de cubrir la necesidad existente a través de otra vía, siendo esta, una prestación esencial que de no proporcionarse produciría un grave daño a las personas afectadas, fundamentalmente a aquellas que presentan múltiples patologías crónicas que afectan a su salud, requiriendo no sólo de fármacos para los tratamientos sino además, de otros productos farmacéuticos básicos de uso habitual, como son tiritas, desinfectante de heridas, alcohol (...) etc”».*

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



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

*«La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido».*

Por lo que, no puede compartirse en esta concreta cuestión los razonamientos expuestos en la Propuesta de Resolución, por cuanto no es lógico que durante la vigencia del contrato originario se hayan venido pagando unas cantidades mensuales con normalidad y, a partir de su finalización, como consecuencia de que el servicio se continuó prestando «*en precario*», bajo una supuesta contratación verbal, y a raíz de la declaración de nulidad de ésta, deba verse disminuida la cantidad mensual a percibir. Ello sería tanto como privilegiar la actuación ilegal de la Administración, a la que le saldría más rentable -en términos económicos- actuar al margen de la ley y luego declarar la nulidad de su actuación; lo cual, evidentemente, contraviene los más elementales principios del estado de derecho.

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

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

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

*SEGUNDO.- No hay duda alguna de que el fundamento para la estimación del recurso se halla en la doctrina del enriquecimiento injusto. Declara el Tribunal Supremo: "CUARTO.- En la STS de 21 de marzo de 1991 se afirma que "el enriquecimiento sin causa viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico,*

*materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa -enriquecimiento y empobrecimiento- al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara".*

*Y recordábamos en nuestras sentencias de 18 de diciembre de 2007, recurso de casación 11195/2004, 2 de octubre de 2006, recurso de casación 1232/2004 y 20 de julio de 2005, recurso de casación 1129/2002, la doctrina del enriquecimiento injusto que pudiera derivar de la ejecución de una obra para la Administración y del equilibrio económico que debe mantenerse en el cumplimiento del contrato a que se refiere la sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 1991, siguiendo lo vertido en las de 20 de diciembre de 1983 y 2 de abril de 1986, significa la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto.*

*O en términos de la sentencia de 18 de julio de 2003 el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración.*

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

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

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

*Asimismo, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de las autoridades y funcionarios de un Ayuntamiento que contrató de forma ilegal unas obras de pavimentación, se ha*

*aceptado deberían ser pagadas para no producir enriquecimiento injusto del Ayuntamiento, contrario a la justicia distributiva y a la necesidad de restablecerla, a lo que está obligado este Tribunal. (STS 24 de julio de 1992, recurso de apelación 4011/1990). (STS 28/4/2008 citada en la STS de 14 de octubre de 2015.)*

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

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

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

Por todo lo expuesto concluimos que la Propuesta de Resolución, si bien es conforme a Derecho en cuanto a la declaración de nulidad de la contratación del «Suministro de productos de parafarmacia para los usuarios de los Centros de Acogida municipales: (...)» (gastos realizados entre el 1 de septiembre de 2019 y 31 de octubre de 2020), llevada a cabo con la Oficina de Farmacia de (...), no lo es en cuanto a los efectos de dicha nulidad, pues debe abonarse el importe total de las facturas de aquellos periodos en concepto de indemnización, sin que proceda detraer el 3% de las mismas en concepto de beneficio industrial.

No obstante, deberá corregirse el Fundamento de Derecho Quinto de la Propuesta de Resolución, pues no es conforme al periodo de facturación ni al importe correspondiente a la contratación objeto de la misma, detectándose un error por transcripción de datos de otro expediente.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución que se somete a dictamen en relación con la contratación del «*Suministro de productos de parafarmacia para usuarios de los Centros de Acogida municipales: (...)*» (gastos realizados entre el 1 de septiembre de 2019 y 31 de octubre de 2020), se considera parcialmente conforme a Derecho en los términos del Fundamento IV del presente Dictamen.