



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 5 / 2 0 2 2

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 24 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 «Servicio de vigilancia y seguridad de los Centros de Acogida Municipales para personas sin hogar en (...) y (...)» (gastos realizados entre el 1 de noviembre de 2020 y el 30 de junio de 2021), adjudicado a (...) (EXP. 35/2022 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 19 de enero de 2022 (con registro de entrada en este Consejo Consultivo el día 31 de enero de 2022), 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 *«Servicio de vigilancia y seguridad de los Centros de Acogida municipales para personas sin hogar en (...) y (...)»*, durante el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2020 y el 30 de junio de 2021, adjudicado a (...).

2. La legitimación para la solicitud del dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo Consultivo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 191.3.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2017 (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. 32910/2021, de 4 de octubre, 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, (...), que se notificó a aquélla el 6 de octubre de 2021, presentando ésta escrito de alegaciones el 21 de octubre de 2021 en el 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 9 de julio 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 «*Servicio de vigilancia y seguridad de los Centros de Acogida municipales para personas sin hogar en (...) y (...)*», durante el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2020 y el 30 de junio de 2021, adjudicado a (...), al haberse realizado la prestación sin previa tramitación contractual y se solicita informe de la Intervención General.

- El 22 de julio 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 noviembre de 2020 y el 30 de junio de 2021, que se emite el 21 de septiembre de 2021.

- El 30 de septiembre 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 noviembre de 2020 y el 30 de junio de 2021, 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 32910/2021, de 4 de octubre, se acordó la incoación de expediente para la declaración de nulidad de la contratación descrita, otorgando trámite de audiencia a la contratista, debidamente notificada el 6 de octubre 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*».

- Mediante escrito presentado el 21 de octubre de 2021, la contratista realiza un desglose de los costes del servicio prestado, dejando constancia de que «*NO existe Beneficio Industrial*», y manifestando incluso que el servicio les ha reportado

pérdidas a 21 de octubre de 2021 de 104,65 euros y solicita el abono total de las facturas presentadas.

- El 29 de diciembre de 2021 se emite informe complementario por el Servicio de Bienestar Social, en virtud del cual se emite Informe Propuesta de Resolución el 3 de enero de 2022, que es informada por el Servicio Jurídico el 5 de enero de 2022, donde se acuerda la devolución del expediente a fin de que se subsane la siguiente observación detectada:

« (...) consta Propuesta de Resolución de la Jefa de Sección de Gestión Económico-Presupuestaria del Servicio Bienestar Social, en relación con asunto que será sometido a la de la Junta de Gobierno de la Ciudad, en el que se viene a proponer entre otros lo siguiente:

Declarar la nulidad de la contratación, a favor de la empresa (...) [NIF: (...)], de los gastos derivados de la contratación del "Servicio de vigilancia y seguridad de los Centros de Acogida Municipales para Personas Sin Hogar de (...) y (...)", en el período comprendido entre el uno de noviembre de 2020 y 30 de junio de 2021.

Segundo.- Liquidar el contrato y, dado que no es posible la restitución recíproca, devolver su valor por un importe total, incluyendo impuestos, de 84.819,98 euros, según el siguiente detalle: (...) / (...) "

En relación con lo anterior, y como consecuencia de expediente contradictorio, la empresa (...), con fecha de entrada en este Ayuntamiento 21 de octubre de 2021 n.º de registro 146309, presenta alegaciones en las que certifica una facturación de las prestaciones realizadas por un importe de 84.819,98 euros.

Por todo lo anterior y siendo el objeto de la solicitud del dictamen pronunciarse acerca de la oposición del contratista a la nulidad no se aprecia tal oposición en el expediente remitido, toda vez que las facturas certificadas y la liquidación propuesta por el Servicio de Bienestar Social son coincidentes.

Por todo lo anterior, se devuelve el expediente al objeto de que por parte de ese Servicio se aclare o subsane las observaciones detectadas».

- Sin embargo, consta que el 13 de enero de 2022 se emite nuevo informe por el Servicio de Bienestar Social, con el mismo contenido que el anterior, a pesar de lo cual, en los antecedentes de hecho de la Propuesta de Resolución se indica que en aquel informe consta que procede *«Liquidar el contrato y, dado que no es posible la restitución recíproca, devolver su valor por un importe total, incluyendo impuestos, de 84.819,98 euros, según el siguiente detalle: (...) / (...) ", menos el importe del beneficio industrial que, en su caso, hubiese que aplicar»*, con la consiguiente procedencia de remitir el expediente al Consejo Consultivo.

- En aquella misma fecha, esto es, el 13 de enero de 2022, se emite Informe Propuesta de declaración de nulidad a la Junta de Gobierno Local en la que, como se señaló antes, indica en su antecedente de hecho VII que en el informe del Servicio de Bienestar Social consta que procede *«Liquidar el contrato y, dado que no es posible la restitución recíproca, devolver su valor por un importe total, incluyendo impuestos, de 84.819,98 euros, según el siguiente detalle: (...) / (...) », menos el importe del beneficio industrial que, en su caso, hubiese que aplicar»,* con la consiguiente procedencia de remitir el expediente al Consejo Consultivo.

Por otro lado, concluye, sin embargo, en acordar:

«Primero.- Declarar la nulidad de la contratación, a favor de la empresa (...) [NIF: (...)], de los gastos derivados de la contratación del "Servicio de vigilancia y seguridad de los Centros de Acogida Municipales para Personas Sin Hogar de (...) y (...)", en el período comprendido entre el uno de noviembre de 2020 y 30 de junio de 2021.

Segundo.- Liquidar el contrato y, dado que no es posible la restitución recíproca, devolver su valor por un importe total, incluyendo impuestos, de 84.819,98 euros, según el siguiente detalle: (...)

para lo cual será precisa la tramitación del oportuno expediente de reconocimiento extrajudicial de crédito por el Pleno, de conformidad con lo previsto en las Bases de Ejecución del Presupuesto del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria.

Los gastos detallados anteriormente se corresponden con prestaciones efectivamente realizadas en favor del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, cuya valoración resulta del escrito de fecha 21 de octubre de 2021 y las facturas presentadas por la empresa a través del Registro General.

Tercero.- Notificar el presente Acuerdo a (...) (...) ».

IV

1. La Propuesta de Resolución declara la nulidad de la contratación a favor de (...), del *«Servicio de vigilancia y seguridad de los Centros de Acogida Municipales para personas sin hogar en (...) y (...)»* (gastos realizados entre el 1 de noviembre de 2020 y el 30 de junio de 2021), y concluye la procedencia de liquidar el contrato y, dado que no es posible la restitución recíproca, devolver su valor por un importe total, incluyendo impuestos, de 84.819,98 euros.

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, este 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 el 9 de julio de 2021 por el Servicio de Bienestar Social se extrae lo siguiente:

«Primero. - Se informa que el Servicio de Bienestar Social de este ayuntamiento, con fecha 16 de abril de 2020, solicitó los servicios de vigilancia y seguridad de los Centro de Acogida Municipal (CAM) (...) y (...), al no haber sido posible seguir recibiendo dicho servicio, a través de un contrato de emergencia establecido para ello, cuya finalización se produjo el 15 de abril de 2020.

Al respecto, informar que la Unidad Técnica de Inclusión Social, adscrita a la Sección de Servicios Sociales, del Servicio mencionado, contaba con un contrato administrativo de servicios auxiliares para personas en situación de riesgo de exclusión social, el cual, contemplaba la existencia de dos lotes diferenciados; Lote 1: "Servicios de auxiliares de conserjería" y Lote 2: "Servicios de auxiliares a la atención personal".

Con fecha 15/12/2019, tras finalizar el periodo de vigencia correspondiente al primer año de prórroga en la prestación del servicio del Lote 1, no fue factible dar continuidad a dicha prestación mediante el segundo año de prórroga previsto en los pliegos, al no contar con la conformidad de la empresa. Además, a esta circunstancia, se le une la imposibilidad de celebrar un nuevo contrato administrativo para dicho objeto, toda vez que la prestación de dicho servicio de conserjería habría de prestarse en el futuro, mediante personal propio incluido en la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) de este ayuntamiento, (en la que se contempla cuatro puestos de trabajo en dicha categoría, dos de ellos adscritos al CAM de (...) y otros dos al CAM de (...)).

Sin embargo, para que dicha prestación se produjera a través de la contratación propia, no fue posible en dicho momento debido a que era necesario que entrara en vigor la modificación de la RPT existente, por lo que, dado que dicha contratación no se formalizó, es lo que conllevó la necesidad de realizar una contratación de emergencia para la vigilancia de dichos centros en aras de garantizar la seguridad de los mismos.

Se considera adecuado señalar, que en el CAM "Gánigo" se viene prestando un servicio de vigilancia mediante contrato de emergencia, adjudicado a la empresa (...), por Resolución n.º 38719, de 19 de septiembre de 2019. Dicha prestación deriva de la Resolución del anterior contrato de vigilancia y seguridad de dichas dependencias producida en virtud de Resolución n.º 37118 de 11 de septiembre de 2019, y habida cuenta de la imposibilidad de tramitar y adjudicar con la anticipación necesaria un nuevo expediente de contratación, motivo por el que desde el Servicio de Bienestar Social se solicitó oferta de prestación de servicios por vía de emergencia a diversas empresas, si bien la única oferta viable resultó ser la de la empresa mencionada, adjudicataria de dicho contrato.

Como quiera que los centros de (...) y (...) son de similares características a aquel y no era posible ordenar su funcionamiento de forma adecuada hasta tanto se contara con el personal oportuno, en aras de evitar problemas de seguridad, resultó aconsejable realizar una contratación de emergencia para la vigilancia de dichos centros.

Finalmente, con fecha 13/12/2019 se emite Resolución n.º 55427 en la que se expone "Acordar la tramitación de emergencia de la contratación de un servicio de vigilancia y seguridad de los centros de acogida municipales para personas sin hogar de (...) y (...) a partir del día 16 de diciembre de 2019 y hasta el 31 de enero de 2020, adjudicando dicho contrato a la empresa (...), con NIF (...)". (Se adjunta copia en el expediente como Anexo Nº1).

Posteriormente, ante la imposibilidad de que la contratación de personal prevista se formalizara a finales del mes de enero, persistiendo los motivos que dieron origen al contrato de emergencia, se solicitaron varias ampliaciones del plazo de prestación del servicio, tal como se puede apreciar en las Resoluciones n.º: 4674/2020, n.º:11014/2020 y n.º:14050/2020 que se adjuntan al expediente como Anexos Nº2, Nº3 y Nº4 respectivamente.

Sin embargo, al remitir la factura correspondiente al mes de abril, a la Intervención General para su fiscalización, se emite informe con fecha 18/06/2020, (se adjunta copia en el expediente Anexo 5) del que se extrae que:

" (...), mediante Resolución de la concejala de gobierno del Área de Economía y Hacienda, Presidencia y Cultura n.º 14150/2020 de fecha 16 de abril, se acuerda una tercera ampliación del plazo de la contratación de emergencia de servicio de vigilancia y seguridad de los centros de acogida municipales para personas sin hogar de (...) y (...) con la empresa (...), con NIF (...) estimándose la fecha de 30 de abril de 2020 como plazo máximo de duración de la contratación de emergencia.

En el presente caso nos encontramos ante la extinción de la contratación a partir del día 15 de abril, por lo que es dicho dato el que determina la finalización del plazo de la vigencia de la presente contratación, estimándose la inviabilidad de ampliación del plazo hasta el 30 de abril de 2020 por no ejercitarse dentro de la vigencia del contrato.

A la vista de las consideraciones expuestas, se procede a la devolución del expediente a efectos de su tramitación conforme a la Base 43ª del vigente Presupuesto y posterior remisión a esta intervención General, para la emisión del informe solicitado”.

Tras lo expuesto y, debido a que la situación no se ha resuelto, se informa que se ha seguido prestando el servicio referido, siendo los gastos que se describen en el presente informe, de los que se pretende su revisión de oficio para la valoración de posible causa de nulidad, los que corresponden con las prestaciones efectuadas en el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2020 y el 30 de junio de 2021, ya que los gastos previos de la temporalidad que corresponde entre el 16 de abril de 2020 y el 31 de agosto de 2020 y, uno de septiembre a 31 de octubre de 2020, ya se han iniciado dos expedientes de nulidad que al día de la fecha, se encuentran aún en su procedimiento para la declaración de nulidad de los gastos.

A su vez, se considera adecuado señalar que este Servicio de Bienestar Social, remitió el expediente denominado “Servicio de vigilancia y seguridad de los Centros de Acogida Municipales para personas sin hogar del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria” a la Sección de Contratación con fecha 30/09/2020, al objeto de iniciar su licitación, el cual fue devuelto desde dicha Sección con fecha 27/11/2020, debido a “ (...) la imposibilidad de proceder durante este ejercicio al inicio del expediente.”, por lo que con posterioridad el Centro Gestor ha tenido que reformular el expediente en lo concerniente a la situación contable tras la aprobación del presupuesto para el presente ejercicio económico, lo cual ha supuesto que su nueva remisión se haya dilatado en el tiempo hasta el 27/05/2021».

Efectivamente, todo ello no se refuta por el contratista quien únicamente se opone a la detracción del beneficio industrial.

De tal forma que, son objeto de la presente revisión de oficio los servicios prestados sin cobertura contractual, procediendo declarar, en consecuencia, su nulidad ex art. 47.1.e) LPACAP.

Así, señala el informe de la Intervención General de 21 de septiembre 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:

- Gasto derivado de un contrato cuyo objeto es la contratación del servicio de vigilancia y seguridad de los centros de acogida municipales para personas sin hogar del (...) y (...), período desde noviembre de 2020 hasta junio de 2021, siendo el detalle de la factura el que figura en el ANEXO.

Se trata de un suministro realizado en los años 2020 y 2021, y ello sin que se tramitara el oportuno procedimiento de contratación.

- Órgano gestor: Jefatura del Sección de Servicios Sociales.

- Importe: El que figura en el ANEXO.

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.

En el expediente, consta el certificado de conformidad con el servicio realizado de fecha 09.07.2021; consta informe del Centro Gestor, suscrito, en fecha 09.07.2021, suscrito por la Jefa de Sección de Servicios Sociales y por la Concejala delegada del Área de Servicios Sociales, en relación a la necesidad del gasto; se hace constar que no es posible la restitución del servicio y la no constancia de la existencia de beneficio industrial.

D) Respecto de la comprobación de que existe crédito presupuestario adecuado y suficiente.

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 que, en su caso, no pudiera ser restituida.

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

(...)

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. Sin embargo, en relación a la fijación del valor del servicio que pretende el centro gestor, no constando la existencia beneficio industrial y no acreditándose dicha circunstancia, el centro gestor tendrá que pronunciarse en el momento procedimental oportuno, lo cual podría conllevar, en el caso de que se

acordara la revisión de oficio, un expediente contradictorio con el contratista en lo que se refiere al valor del suministro a restituir. En este sentido, el centro gestor deberá tener en cuenta los 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, que establecen, cuando no se pueda determinar el beneficio industrial que se considerará como tal el 3%. El centro gestor deberá pronunciarse también sobre el estado procedimental del nuevo procedimiento de contratación».

Así pues, en definitiva, 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 «*Servicio de vigilancia y seguridad de los Centros de Acogida Municipales para personas sin hogar en (...) y (...)*» (gastos realizados entre el 1 de noviembre de 2020 y el 30 de junio de 2021), 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 9 de julio de 2021:

«Este Servicio consiste en realizar funciones de vigilancia y seguridad en los CAM, enfocada desde un punto de vista preventivo, lo cual se convierte en un elemento clave para el normal funcionamiento de dichos recursos públicos y para la protección de las personas que los ocupan, bien sean: usuarios, personal municipal, proveedores u otros, contemplándose la aplicación de medidas de contención ante situaciones de agresividad, en previsión de riesgos mayores. Hay que tener en cuenta que estos recursos cuentan con una alta demanda y, que además, las personas que requieren la atención en éstos centros, presentan: psicopatologías, (debido al consumo de sustancias tóxicas o, a la existencia de patologías psíquicas u orgánicas); inestabilidad en su estado emocional (debido a que los usuarios por sus circunstancias personales se han visto conducidos a vivir en la calle, sin alternativas personales) originándoles situaciones de frustración, rabia o enfado generalizado hacia el sistema social, que en muchas ocasiones deriva en situaciones de pérdida de control, conflictividad y/o comisión de delitos.

Además de dichos motivos, se hace necesaria dicha prestación, ya que se trata de inmuebles públicos en los que hay que tener en cuenta la situación de alerta terrorista de nivel 4 (sobre 5) declarada por el Ministerio del Interior desde el 26 de junio de 2015.

El servicio se realiza exclusivamente en días laborales (se exceptúan festivos y fines de semana), en horario de 08:00 a 20:00 horas, es decir doce horas diarias».

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, el contratista se opone al descuento del beneficio industrial por entender que no ha existido y que, además, ha sufrido pérdidas la empresa.

A pesar de lo informado por la Intervención General el 21 de septiembre de 2021, y de señalarse en el Fundamento VII de la Propuesta de Resolución que por el Informe del Servicio de Bienestar Social se acordó la liquidación del contrato con el descuento del beneficio industrial que corresponda, lo cierto es que la Propuesta de Resolución concluye que se acuerda:

«Primero: Declarar la nulidad de la contratación, a favor de la empresa (...) [NIF: (...)], de los gastos derivados de la contratación del "Servicio de vigilancia y seguridad de los Centros de Acogida Municipales para Personas Sin Hogar de (...) y (...)", en el período comprendido entre el uno de noviembre de 2020 y 30 de junio de 2021».

Y segundo:

«Liquidar el contrato y, dado que no es posible la restitución recíproca, devolver su valor por un importe total, incluyendo impuestos, de 84.819,98 euros, según el siguiente detalle: (detalla el importe de cada factura), para lo cual será precisa la tramitación del oportuno expediente de reconocimiento extrajudicial de crédito por el Pleno, de conformidad con lo previsto en las Bases de Ejecución del Presupuesto del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria.

Los gastos detallados anteriormente se corresponden con prestaciones efectivamente realizadas en favor del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, cuya valoración resulta del escrito de fecha 21 de octubre de 2021 y las facturas presentadas por la empresa a través del Registro General».

Por tanto, como se observa, la Propuesta de Resolución acuerda el abono total sin detracción del beneficio industrial, a pesar de que en sus antecedentes refiere tal detracción y, a pesar de señalar en su Fundamento de Derecho 6.º:

«De no abonarse las facturas presentadas por esta empresa se podría producir el enriquecimiento injusto del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria si bien, para determinar el importe a abonar, se seguirá lo indicado en el informe de Intervención General de fecha 21 de septiembre de 2021».

En aquel informe se señalaba:

« (...) en relación a la fijación del valor del servicio que pretende el centro gestor, no constando la existencia beneficio industrial y no acreditándose dicha circunstancia, el centro gestor tendrá que pronunciarse en el momento procedimental oportuno, lo cual podría conllevar, en el caso de que se acordara la revisión de oficio, un expediente contradictorio con el contratista en lo que se refiere al valor del suministro a restituir. En este sentido, el centro gestor deberá tener en cuenta los 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, que establecen, cuando no se pueda determinar el beneficio industrial que se considerará como tal el 3%».

5. Ahora bien, entendemos que, a pesar de ello, del cuerpo de la Propuesta de Resolución, dado lo expuesto en el apartado anterior (Antecedente de hecho VII y Fundamento de Derecho 7.º), debe entenderse que se pretende la detracción del beneficio industrial en los términos del informe de Intervención de 21 de septiembre de 2021. Y es que se ha solicitado nuestro Dictamen, cuya preceptividad sólo concurre cuando media oposición del contratista, tal y como se advirtió en el informe jurídico de 5 de enero de 2022.

Por tal razón, y aun con la premisa de que la Propuesta de Resolución remitida a este Consejo Consultivo no detrae beneficio industrial alguno, sino que acuerda el abono del total de las facturas, por importe de 84.819,98 euros, procederemos a analizar este punto.

Ante todo, debemos recordar, como se ha señalado en múltiples ocasiones por este Consejo Consultivo, en lo que se refiere al momento procedimental en el que procede efectuar el cálculo de la liquidación del contrato, que 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).

6. Argumenta la Administración, en el informe de Intervención de 21 de septiembre de 2021, para descontar en concepto de beneficio industrial el 3% del precio del contrato la aplicación de la doctrina del Consejo de Estado citada por aquélla en sus dictámenes números 667/2019, 679/2019, 680/2019, según los cuales:

« (...) 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 empresa contratista continuó a cargo de tales servicios de forma tácita, ante la falta de indicación en sentido contrario por parte del Ayuntamiento, llegando incluso a declarar el servicio como esencial al señalarse en el informe del Servicio de Bienestar Social de 9 de julio de 2021:

«Este Servicio consiste en realizar funciones de vigilancia y seguridad en los CAM, enfocada desde un punto de vista preventivo, lo cual se convierte en un elemento clave para el normal funcionamiento de dichos recursos públicos y para la protección de las personas que los ocupan, bien sean: usuarios, personal municipal, proveedores u otros, contemplándose la aplicación de medidas de contención ante situaciones de agresividad, en previsión de riesgos mayores. Hay que tener en cuenta que estos recursos cuentan con una alta demanda y, que además, las personas que requieren la atención en estos centros, presentan: psicopatologías, (debido al consumo de sustancias tóxicas o, a la existencia de patologías psíquicas u orgánicas); inestabilidad en su estado emocional (debido a que los usuarios por sus circunstancias personales se han visto conducidos a vivir en la calle, sin alternativas personales) originándoles situaciones de frustración, rabia o enfado»

generalizado hacia el sistema social, que en muchas ocasiones deriva en situaciones de pérdida de control, conflictividad y/o comisión de delitos.

Además de dichos motivos, se hace necesaria dicha prestación, ya que se trata de inmuebles públicos en los que hay que tener en cuenta la situación de alerta terrorista de nivel 4 (sobre 5) declarada por el Ministerio del Interior desde el 26 de junio de 2015».

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 encontrábamos ante una prórroga carente de título administrativo, impuesta por la propia realidad y la dinámica de los hechos que implicaba precarizar lo que hasta ese momento se venía ejecutando -de uno u otro modo- por la empresa contratista.

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

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

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

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

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

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

SEGUNDO.- No hay duda alguna de que el fundamento para la estimación del recurso se halla en la doctrina del enriquecimiento injusto. Declara el Tribunal Supremo: "CUARTO.- En la STS de 21 de marzo de 1991 se afirma que "el enriquecimiento sin causa viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa -enriquecimiento y empobrecimiento- al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara".

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

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

Así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la administración afectada (20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 11 de mayo de 1995, 8 de abril de 1998) o modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (sentencias de 12

de febrero de 1979, 12 de marzo de 1991, 4 de marzo de 1997), u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna (sentencia de 22 de noviembre de 2004, recurso de casación 4574/2001).

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

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

Asimismo, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de las autoridades y funcionarios de un Ayuntamiento que contrató de forma ilegal unas obras de pavimentación, se ha aceptado deberían ser pagadas para no producir enriquecimiento injusto del Ayuntamiento, contrario a la justicia distributiva y a la necesidad de restablecerla, a lo que está obligado este Tribunal. (STS 24 de julio de 1992, recurso de apelación 4011/1990). (STS 28/4/2008 citada en la STS de 14 de octubre de 2015.)

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

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

De todo lo expuesto cabe concluir que en los supuestos, como en el presente caso, en que la contratista ha manifestado buena fe, prestando el servicio a satisfacción de la Administración y con plena creencia de su cobertura legal, no procede «castigarla», por una situación no buscada ni generada por ella, detrayendo un porcentaje en concepto de beneficio industrial, sino que ha de abonarse el importe total de las facturas en concepto de 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, en cuanto a la declaración de nulidad de la contratación del «Servicio de vigilancia y seguridad de

los Centros de Acogida Municipales para personas sin hogar en (...) y (...)» (gastos realizados entre el 1 de noviembre de 2020 y el 30 de junio de 2021), adjudicado a (...), se considera conforme a Derecho, así como en cuanto a la liquidación del contrato señalada en el acuerdo, donde se determina el abono total de las facturas, pero no en el cuerpo de la misma, según se ha fundamentado anteriormente.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución que se somete a dictamen en relación con la contratación del «Servicio de vigilancia y seguridad de los Centros de Acogida Municipales para personas sin hogar en (...) y (...)» (gastos realizados entre el 1 de noviembre de 2020 y el 30 de junio de 2021), adjudicado a (...), se considera conforme a Derecho, con advertencia de lo señalado en el presente Dictamen respecto de la liquidación del contrato.