



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 26 de mayo 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 septiembre y 31 de octubre de 2020), adjudicado a la empresa (...) (EXP. 157/2022 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 25 de abril de 2022 (con registro de entrada en este Consejo Consultivo el día 27 de abril 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 septiembre de 2020 y el 31 de octubre de 2020, 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. 6656/2022, de 4 de marzo, 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 9 de marzo de 2022, presentando ésta escrito de alegaciones el 15 de marzo de 2022 en el que manifiesta su disconformidad con los términos del procedimiento de nulidad instado, 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 24 de noviembre de 2020 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 septiembre de 2020 y el 31 de octubre de 2020, adjudicado a (...), al haberse realizado la prestación sin previa tramitación contractual y se solicita informe de la Intervención General.

- El 24 de noviembre de 2020 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 2020 y el 31 de octubre de 2020, que se emite el 10 de diciembre de 2020.

- El 30 de diciembre de 2020 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 2020 y el 31 de octubre de 2020, e iniciar el procedimiento de revisión de oficio de tal contratación.

III

En cuanto a los antecedentes que constan en la tramitación del procedimiento, resultan practicadas las siguientes actuaciones:

- Por Resolución de la Concejala Delegada del Área de Servicios Sociales n.º 11583/2021, de 13 de abril, 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 14 de abril 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 19 de abril 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 y solicita el abono total de las facturas presentadas.

- El 5 de mayo de 2021 se emite informe complementario por el Servicio de Bienestar Social, en virtud del cual se emite Informe Propuesta de Resolución el 11 de mayo de 2021, que es informada favorablemente por el Servicio Jurídico el 27 de mayo de 2021, y remitido todo ello a Intervención para su fiscalización el 2 de junio de 2021.

- El 14 de junio de 2021 se devuelve por Intervención General la solicitud realizando la siguiente observación:

«No obra en el expediente informe técnico en el que el Centro Gestor se pronuncie sobre la adecuación del estudio económico relativo a los costes de la prestación presentado por la empresa prestataria del servicio en el que concluye la no existencia de beneficio industrial.

(...) Así, ningún pronunciamiento hace el Centro gestor en relación con los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, sobre el que no consta se haya constatado su cumplimiento, o, en su caso, de la constatación real de los gastos de la empresa en concepto de los denominados otros gastos de explotación o costes indirectos, y sin que se acredite por la empresa los costes que desglosa en el estudio, ni por estudios económicos del propio Centro gestor previos a la propia contratación al objeto de fijar el precio.

Por otra parte, no coincide datos de los costes con lo facturado para dicho período, así como se concretan "otros costes" que no se deduce correspondan al valor o coste de la prestación.

En consecuencia, debe aportarse al expediente informe técnico del Centro gestor en el que se acredite que los costes que se imputan por la empresa prestataria corresponden al valor de la prestación».

- Así pues, el 8 de julio de 2021 se emite informe complementario por el Servicio de Bienestar Social, nuevamente remitido a Intervención el 9 de julio de 2021 quien, en fecha 23 de septiembre de 2021 devuelve de nuevo el expediente al señalar:

« (...) Del desglose de costes aportado por la propia empresa, se deduce que se está imputando como coste de servicio una serie de conceptos que no responde estrictamente al coste de la prestación, tales como los intereses que referencia, que podrán ser objeto, en su caso, de procedimientos de responsabilidad de la Administración si concurrieran los requisitos al efecto establecido legalmente, pero en ningún caso, del coste de la prestación en los términos regulados en el artículo 42 de la LCSP, que limita la restitución únicamente al valor de la prestación, incluyendo exclusivamente los costes.

Es más, al margen de los conceptos referidos a intereses, según los datos económicos expuestos, la suma del importe de los costes se cifra en 20.502,41 euros, lo que arroja una diferencia de 201,29 euros respecto del cantidad facturada, 20.301,12 euros, excluido IGIC., resultando superior a los costes, tal como plasma el informe técnico del Centro gestor, de fecha 08/07/2021.

En todo caso, los costes deben estar debidamente desagregados y cuantificados, observándose que en el estudio aportado se consigna exclusivamente Restos de gastos de explotación y Costes indirectos, sin que consten, en consecuencia, detallados, sin que quepa una remisión genérica a la Teoría General del Costo, salvo que se acredite fehacientemente dicho coste, incluyendo la documentación justificativa.

No se deduce del expediente remitido que de forma fehaciente se haya determinado la no existencia de beneficio industrial, de hecho, parece deducirse lo contrario, en los términos expuestos con anterioridad, por lo que procedería continuar con el correspondiente expediente contradictorio a tales efectos.

A la vista de lo expuesto, se devuelve expediente a efectos de la subsanación de los extremos reseñados, quedando la emisión de informe por la Intervención pendiente a resultas de la documentación que se aporte».

- El 4 de octubre de 2021 se insta a la contratista a presentar la documentación referida en el informe de Intervención concediéndole un plazo de cinco días hábiles, que fue ampliado, a solicitud de la empresa «*debido a la complejidad de lo requerido*».

- Por Resolución n.º 34617/2021, de 14 de octubre, de la Concejala Delegada del Área de Servicios Sociales, se acuerda ampliar el plazo de resolución y notificación del procedimiento que nos ocupa, de lo que recibe notificación el contratista el 18 de octubre de 2021.

- El 22 de octubre de 2021 (...) presenta escrito aportando documentación económica y reiterando que no existe beneficio industrial y que, de hecho, la empresa ha tenido pérdidas a fecha 19 de abril de 2021 que ascienden a la cantidad de 2.807,77 euros, por lo que se opone a los términos de la nulidad instada.

- 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 que es remitida a este Consejo Consultivo para la emisión del preceptivo dictamen.

- El 3 de febrero de 2022 se emite Dictamen 4/2022, por este Consejo Consultivo, que concluye que el expediente ha incurrido en causa de caducidad, al haber transcurrido el plazo previsto en el art. 106.5 LPACAP.

- Tras recibirse el referido Dictamen el 7 de febrero de 2022, mediante Resolución de la Concejala Delegada del Área de Servicios Sociales n.º 6522/2022, de 2 de marzo, se acordó la declaración de caducidad del procedimiento para la declaración de nulidad de la contratación descrita iniciado por Resolución n.º 11583/2021, de 13 de abril.

- Posteriormente, por Resolución de la Concejala Delegada del Área de Servicios Sociales n.º 6656/2022, de 4 de marzo se acordó otorgar trámite de audiencia a la contratista, debidamente notificada el 9 de marzo de 2022, quien presenta escrito el 15 de marzo de 2022 en el que manifiesta su conformidad con el procedimiento de nulidad, *«sin que ello suponga la renuncia a la total percepción de los precios acordados y pactados, a efectos de que se proceda al abono de las mismas»*.

- El 29 de marzo de 2022 se emite informe complementario por el Servicio de Bienestar Social, donde se limita a señalar que, al tratarse de expediente respecto del cual, en el ejercicio presupuestario del año 2021, se había realizado retención de crédito sin que fuera posible continuar con los trámites sucesivos por haber caducado el procedimiento, se ha podido destinar el crédito para afrontar estos gastos en el presupuesto del ejercicio 2022.

- El 7 de abril de 2022 se vuelve a emitir informe por el Servicio de Bienestar Social limitándose a señalar la constancia de las actuaciones realizadas y la procedencia de remitir el expediente al Consejo Consultivo, dado que el contratista sigue oponiéndose a la detracción del beneficio industrial, por lo que no ha sido preciso conceder nueva audiencia a la contratista.

- El 7 de abril de 2022 se emite Informe Propuesta de declaración de nulidad a la Junta de Gobierno Local que es remitida a este Consejo Consultivo para la emisión del preceptivo dictamen.

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 septiembre y el 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 21.722,20 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, 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 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 24 de noviembre de 2020 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 N°1).

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 N°2, N°3 y N°4 respectivamente.

Sin embargo, al remitir la factura correspondiente al mes de abril, al Servicio de Intervención General para su fiscalización, este servicio 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 septiembre de 2020 y el 31 de octubre de 2020, ya que los gastos previos de la temporalidad que corresponde entre el 16 de abril de 2020 y el 31 de agosto de 2020, ya se ha iniciado un expediente de nulidad que al día de la fecha, se encuentra aún en su procedimiento para la declaración de nulidad de los gastos.

(...) ».

Efectivamente, lo expuesto 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 durante los meses de septiembre y octubre de 2020, procediendo declarar, en consecuencia, su nulidad ex art. 47.1.e) LPACAP.

Así, señala el informe de la Intervención General de 10 de diciembre de 2020, 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 prestación del servicio de vigilancia y seguridad de los centros de acogida municipales para personas sin hogar de (...) y (...), en septiembre y octubre de 2020, siendo el detalle de las facturas el que figura en el ANEXO.

-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.

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 relativo a la efectiva prestación del servicio, de fecha 24/11/2020, donde se hace constar de forma expresa que “La realización de la prestación se ha

desarrollado a entera satisfacción de la Administración y bajo el principio de buena fe y confianza legítima". Según se indica, no es posible la restitución de las prestaciones recibidas, debido al tipo de servicio. Consta en el expediente, además, certificado de conformidad, de fecha 16/11/2020, en el que se hace constar que las facturas son conforme a los servicios prestados, los cuales han consistido en el servicio de vigilancia y seguridad de los Centros de Acogida Municipales para Personas sin Hogar de (...) y (...), en los meses de septiembre y octubre de 2020.

D)Respecto de la comprobación de que existe crédito presupuestario adecuado y suficiente para satisfacer el importe del gasto, consta en el expediente documento contable RC con número de operación 220200050755, de 20/11/2020, por importe de 21.722,22€, con cargo a la aplicación presupuestaria 06247 23100 22796, con saldo completo a fecha 10/12/2020.

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».

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 septiembre y el 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 indica el informe del Servicio de Bienestar Social de 24 de noviembre de 2020 al señalar que:

«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.

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.

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 septiembre y 31 de octubre de 2020».

Y segundo:

«Liquidar el contrato y, dado que no es posible la restitución recíproca, devolver su valor por un importe total, incluyendo impuestos, de 21.722,20 euros, menos el importe considerado como beneficio industrial, 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 19 de abril de 2021 y las facturas presentadas por la empresa a través del Registro General».

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 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).

Argumenta la Administración en el informe de Intervención de 14 de junio de 2021, lo que se reitera en los informes posteriores, 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:

«El artículo 42 de la LCSP limita la restitución únicamente al valor de la prestación, incluyendo exclusivamente los costes y, en este sentido, 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, se 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».

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 24 de noviembre de 2020:

«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 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 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 S. 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 restitución del valor de la prestación, 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 «Servicio de vigilancia y seguridad de los Centros de Acogida Municipales para personas sin hogar en (...) y (...)» (gastos realizados entre el 1 de septiembre y el 31 de octubre de 2020) adjudicado a (...), no lo es en cuanto a los efectos de dicha nulidad, pues debe abonarse el importe total de las facturas de aquel periodo en concepto de restitución del valor de la prestación, sin que proceda detraer el 3% de las mismas en concepto de beneficio industrial.

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 septiembre y el 31 de octubre de 2020), adjudicado a (...), se considera parcialmente conforme a Derecho en los términos del Fundamento IV del presente Dictamen.