



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 2 0 4 / 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 «Suministro de productos de limpieza para los Centros de Acogida municipales (...), (...) y (...)» (gastos realizados entre los días 1 y 30 de septiembre de 2020), adjudicado a la empresa (...) (EXP. 158/2022 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 del «*Suministro de productos de limpieza para los Centros de Acogida municipales (...), (...) y (...)»* (gastos realizados entre los días 1 y 30 de septiembre de 2020), adjudicado a la empresa (...)

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

\* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

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.

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 n.º 7790/2022, de 10 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 empresa contratista, (...), de lo que recibe notificación el 14 de marzo de 2022, habiendo presentado alegaciones el 28 de marzo de 2022 en las que se opone a la nulidad propuesta, por lo que se ha solicitado el preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo.

## II

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

- El 28 de abril de 2021 se remite informe emitido por el Servicio de Bienestar Social en el que, tras señalar los antecedentes relativos al contrato que nos ocupa, se pone de manifiesto la posible concurrencia de una causa de nulidad en la contratación del «*Suministro de productos de limpieza para los Centros de Acogida municipales (...), (...) y (...)*» (gastos realizados entre los días 1 de septiembre de 2020 y 30 de septiembre de 2020), al haberse realizado la prestación sin previa tramitación contractual y se solicita informe de la Intervención General.

- El 28 de abril 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 y el 30 de septiembre de 2020, emitiendo informe el 10 de mayo de 2021 donde se pone de manifiesto la omisión de la fiscalización de la citada contratación.

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

### III

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

- Por Resolución de la Concejala Delegada del Área de Servicios Sociales n.º 21682/2021, de 22 de junio, se acordó la incoación de expediente para la declaración de nulidad de la contratación descrita, otorgando trámite de audiencia a la empresa (...), debidamente notificada el 23 de junio 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*».

- A la vista de que la empresa contratista no aportó en el plazo conferido respuesta alguna, se le insta nuevamente el 2 de agosto de 2021 a fin de que presente estudio económico en el que se determine la existencia o no de beneficio industrial y su cuantificación, así como manifieste su conformidad o no con el descuento de tal beneficio. De ello recibe notificación la contratista el 4 de agosto de 2021, sin que se aporte nada al efecto por aquélla.

- El 23 de septiembre de 2021 se emite por parte del Servicio de Servicios Sociales informe propuesta de declaración de nulidad de la contratación que nos ocupa, liquidando el contrato con detracción del beneficio industrial. Se añade que, a la vista de la falta de oposición por parte del contratista, no resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

- Por Resolución n.º 44607/2021, de 21 de diciembre, de la Concejala Delegada del Área de Servicios Sociales, se acuerda ampliar el plazo de resolución y notificación del procedimiento que nos ocupa, notificada a la contratista el 21 de diciembre de 2021.

- El 29 de diciembre de 2021 se emite nuevo informe por parte del Servicio de Bienestar Social en el que se señala lo siguiente:

*«-la empresa (...) no ha presentado alegación alguna en el marco de este procedimiento, a pesar de habérsele dado tal posibilidad en dos momentos diferentes, a saber, en la notificación de la resolución de incoación -resolución 21682/2021, de 22 de junio- (recibida por la empresa el 23 de junio de 2021) y en el requerimiento de fecha dos de agosto de 2021 (recibido por la empresa el 4 de agosto);*

*-el hecho de que la empresa (...), en otro procedimiento de declaración de nulidad por el mismo servicio pero correspondiente a otro período de tiempo, ha manifestado que " (...) habiendo por presentado este escrito, juntamente con sus copias y documentos que se acompañan, se digne admitirlo, tenga por evacuado el traslado conferido, declarar no haber lugar a declarar nulidad de clase alguna, para en definitiva, se sirvan abonar a mi mandante las facturas de derivadas de la contratación del "Suministro de productos de limpieza para los Centros de Acogida municipales (...), (...) y (...)", realizados entre los días uno de septiembre de 2019 y 31 de julio de 2020 por importe de 14.445,02 Euros" (escrito de fecha 13 de agosto de 2021 -registro de entrada número 115.620 de la misma fecha-); y*

*-lo establecido en el artículo 191.3 a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, según el cual " (...) será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación: a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista (...) " procede, a juicio de la informante, remitir el expediente al Servicio de Contratación para su posterior envío al Consejo Consultivo de Canarias».*

- Así pues, el 3 de enero de 2022 se emite Propuesta de Resolución dirigida a la Junta de Gobierno Local por la que se declara la nulidad de la contratación que nos ocupa y se solicita dictamen a este Consejo consultivo.

- El 17 de febrero de 2022 se emite el Dictamen 60/2022, de 17 de febrero, a cuyo contenido nos remitimos, el cual concluye:

*«La Propuesta de Resolución que se somete a dictamen no se considera conforme a Derecho, pues el procedimiento se encuentra caducado y la solicitud de dictamen no es preceptiva al no existir oposición del contratista».*

- Por Resolución de la Concejala Delegada del Área de Servicios Sociales n.º 6688/2022, de 4 de marzo, se declara la caducidad del procedimiento que nos ocupa tras haber transcurrido el plazo de seis meses desde su inicio sin haberse dictado resolución expresa, lo que se notifica a la entidad interesada el 14 de marzo de 2022.

- Por Resolución de la Concejala Delegada del Área de Servicios Sociales n.º 7780/2022, de 10 de marzo, se acuerda nuevo inicio del procedimiento para la declaración de nulidad de la contratación que nos ocupa, lo que se notifica a (...) el 14 de marzo de 2022.

- El 28 de marzo de 2022 la entidad interesada presenta escrito de alegaciones por el que se opone expresamente a la nulidad instada, solicitando el abono del importe total de los gastos realizados.

- El 1 de abril de 2022 se emite nuevo 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 (...) de los gastos derivados del «*Suministro de productos de limpieza para los Centros de Acogida municipales (...), (...) y (...)*», entre los días 1 y 30 de septiembre 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 572,42 euros, menos el importe considerado como beneficio industrial según el siguiente detalla*» (se adjunta cuadro con cuantías y cálculos sobre cada factura del periodo).

2. Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo, se ha de señalar que es criterio jurídico mayoritariamente aceptado el que, en los casos de contratación irregular, esto es, supuestos en los que un contratista ha procedido efectiva y materialmente a ejecutar una obra o a prestar un servicio o suministro en favor de la Administración, pero con incumplimiento de las normas presupuestarias (contrataciones sin crédito presupuestario) y/o de contratación aplicables (existe crédito pero no cobertura contractual, bien por haber expirado el plazo de duración y sus prórrogas, bien por haber contratado verbalmente fuera de los casos permitidos por el ordenamiento y prescindiendo de toda formalidad procedimental, esto es, sin tramitar el correspondiente expediente de licitación destinado a la preparación, adjudicación y formalización del contrato de acuerdo con la legislación en materia de contratación pública o, en general, por haber sido celebrado concurriendo alguna causa de nulidad de pleno derecho), y al objeto de compensar al contratista por las prestaciones ejecutadas -a favor de la Administración- en cumplimiento de un contrato nulo de pleno derecho (evitando así, el correspondiente enriquecimiento injusto o sin causa de la Administración Pública), procede acudir al procedimiento de revisión de oficio establecido en el Capítulo I del Título V LPACAP (art. 106 LPACAP, al que remite íntegramente el art. 41.1 LCSP). De tal manera que, cuando existe un contrato nulo de pleno derecho, el cauce procedimental para proceder al pago al contratista por los trabajos ya ejecutados es el marcado legalmente; debiendo la Administración Pública declarar, previamente, la nulidad de la contratación a través del cauce de la revisión de oficio ex arts. 41.1 LCSP y 106 LPACAP.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*“La circunstancia de que la prestación objeto de este contrato se haya efectivamente ejecutado y que la Administración haya procedido a su abono, no enervan ni convalidan, por el régimen propio de la nulidad de pleno derecho, las causas de nulidad en que hubiera incurrido la contratación. Por ello, si la Administración advierte la presencia de una causa de nulidad de pleno derecho, lo procedente, como señala el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 40/1998, es la tramitación del procedimiento de revisión de oficio contemplado en el artículo 102 LRJAP-PAC y no el de resolución contractual, que presupone, por lo demás, la existencia de un contrato válido.*

*Frente a la argumentación vertida en la Propuesta de Resolución acerca de la existencia del contrato y en consecuencia su posibilidad de resolución, la jurisprudencia lo único que ha reconocido en los casos de nulidad contractual es el derecho del contratista a percibir el valor de la prestación realizada al amparo de la doctrina del enriquecimiento sin causa: si a pesar de la nulidad del contrato el contratista ha realizado su prestación, se ha producido para la Administración un enriquecimiento sin causa o injustificado en la medida en que el contrato es nulo y ello determina la necesidad de restituir al contratista el valor de su prestación. Pero resultando el contrato nulo, su mera existencia en los términos que parecen deducirse de la Propuesta de Resolución, no habilita para iniciar y culminar un*



*procedimiento de resolución. En definitiva, la apreciación de causa de nulidad de pleno derecho del contrato adjudicado por el Ayuntamiento determina que no sea procedente la resolución del contrato, sino la tramitación del procedimiento de revisión de oficio (...). Por lo demás, las prestaciones efectuadas con posterioridad a la extinción del contrato que eventualmente se hubiere acordado verbalmente no pueden, como es obvio, ampararse en prórrogas, encima tácitas y, por tanto irregulares de tal contrato, imposibles al estar extinguido, siendo por consiguiente conectables a otro contrato similar al previo y que, por idéntica razón, incurre en la misma causa de nulidad, independiente de que proceda su abono para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración».*

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

Así, resulta especialmente ilustrativa la sentencia n.º 148/2017, de 12 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Oviedo. En ella se analiza el marco normativo aplicable y se trae a colación lo expuesto en el Dictamen del Consejo de Estado 1724/2011 de 21 de diciembre, así como en el Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 33/2016, de 11 de febrero de 2016; señalando que los vicios puestos de manifiesto son de nulidad de pleno derecho, al haberse incurrido en omisión total del procedimiento de contratación aplicable y haberse incurrido en una «falta gravísima de dotación presupuestaria». Concluyendo que, «por tanto, el punto de partida de la actuación municipal está viciado en la medida en que, entre la pretendida opción entre revisión de acto nulo y ejecución extrajudicial de crédito, en realidad y a juicio de este Juzgado, no tenía otra alternativa que seguir la primera». Y estimando, en consecuencia, el recurso contencioso-administrativo.

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

3. En el caso que nos ocupa, del informe emitido por el Servicio de Bienestar Social el 28 de abril de 2021 se extrae (si bien no se incorpora documentación alguna

al respecto en el expediente) que el contrato mayor se inició, según su acta de inicio, el 3 de junio de 2015 y que los gastos cuya nulidad se instan corresponden a las prestaciones efectuadas entre el 1 y el 30 de septiembre de 2020, «*El mencionado suministro se siguió prestando tras la finalización del contrato mayor adjudicado con anterioridad, debido a que no fue posible realizar los trámites necesarios para impulsar un nuevo contrato que posibilitara el suministro aplicando las normas establecidas según la legislación vigente sobre la contratación pública*».

Efectivamente, este hecho no se refuta por el contratista quien, tras argumentar, incorrectamente, que no resulta aplicable la normativa sobre revisión de oficio de la LPACAP tras la entrada en vigor de la LCSP, respecto de lo que se ha razonado adecuadamente en el Fundamento I del presente Dictamen, manifiesta en su favor que la contratación del suministro cuya nulidad se pretende resulta amparada por una prórroga legal del contrato, y lo fundamenta en los siguientes términos:

*«No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.*

*Por lo que, no habiendo esa Administración publicado el anuncio de licitación del nuevo contrato antes de los tres meses del vencimiento del que estaba en vigor, el que ha unido a las partes se encontraba en situación de prórroga forzosa.*

*Es más, como quiera que no se publicó el anuncio de la nueva licitación y el contrato se ha prolongado por más de nueve meses, se podría haber aplicado nuevos precios a los inicialmente licitados, lo cual siquiera ha ocurrido, ya que se han respetado los mismos precios que se licitaron para el contrato prorrogado que fue adjudicado a esta parte».*

Sin embargo, la prórroga pretendida no es automática, sino que puede acordarse, en su caso, por la Administración, supuesto que no ha ocurrido en el presente caso, en el que la propia contratista reconoce que ha vencido el contrato originario sin haberse formalizado uno nuevo posterior, por lo que desde el vencimiento del contrato originario el suministro se ha estado prestando en situación

de nulidad y, por ende, los gastos realizados por los suministros efectuados sin cobertura contractual son objeto de la presente revisión de oficio procediendo declarar su nulidad ex art. 47.1.e) LPACAP.

Así, señala el informe de la Intervención General de 10 de mayo 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 suministro de productos de limpieza para los centros sociales de acogida municipales. Siendo el detalle de las facturas el que figura en el ANEXO.*

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

*-Órgano gestor: 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 suministro realizado de fecha 19.10.2020; consta informe del Centro Gestor, suscrito, en fecha 28.04.2021, suscrito por el la Jefa de Sección de Gestión Económico Presupuestaria de Servicios Sociales y por la Concejala Delegada de Servicios Sociales, en relación a la necesidad del gasto; se hace constar que no es posible la restitución del suministro y la no constancia de la existencia de beneficio industrial. En relación al estado de tramitación del nuevo procedimiento de contratación, se indica que ha sufrido demoras en el ejercicio 2021, pero no se especifica el estado procedimental concreto del mismo.*

*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 suministro 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 acordará 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 «*Suministro de productos de limpieza para los Centros de Acogida municipales (...), (...) y (...)*», gastos realizados entre los días 1 y 30 de septiembre de 2020, sin la previa tramitación del oportuno expediente de contratación a tal efecto.

Además, tal infracción del ordenamiento jurídico no puede ser imputable al tercero que ha realizado la prestación sino únicamente a la Administración, quien justifica su actuación en los siguientes términos, según el informe del Servicio de Bienestar Social de 28 de abril de 2021:

*«Se trata de un suministro de productos de limpieza destinados al uso de los residentes de los tres centros de acogida municipales, donde dependiendo del nivel de exigencia a los residentes de cada centro, las tareas de limpieza se realizan de las zonas comunes y/o además de las habitaciones privadas que usa cada residente. Esta labor de limpieza de las instalaciones y el lavado de la ropa individual, forman parte de un proyecto educativo que se*

*realiza con la población beneficiaria de estos centros, ya que en la gran mayoría de ellos, acuden sin contar con habilidades personales para desempeñar dichas tareas, debido principalmente a que es un sector de población que se encuentra en una situación de extrema exclusión social, siendo necesario proporcionar hábitos básicos como los mencionados, al objeto de que cuando puedan abandonar la red de apoyo municipal, hayan adquirido e integrado en su dinámica diaria, la necesidad de mantener el espacio en el que residen y su vestimenta, en un estado óptimo para su uso, circunstancia que les posibilitará disponer de mayores posibilidades de integrarse tanto en la sociedad como en el mercado laboral.*

*Dicho lo cual, desde el Servicio de Bienestar Social de este ayuntamiento, se ha considerado que para lograr algunos de los objetivos previstos para este sector de población tan vulnerable, la prestación del suministro es imprescindible para el normal funcionamiento de los centros de acogida, suministro que además requiere de mayor relevancia, a raíz de la crisis sanitaria originada por el Covid'19, que ha supuesto que la tareas de limpieza se realicen con mayor frecuencia y rigurosidad, con el fin de evitar los contagios por dicho virus».*

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 resulta aplicable al contrato de suministro *«al tratarse de mercancía por unos precios aceptados por ese Ayuntamiento»*. En este sentido, la Propuesta de Resolución acuerda lo siguiente:

*«Liquidar el contrato y, dado que no es posible la restitución recíproca, devolver su valor por un importe total, incluyendo impuestos, de 572,42 euros, menos el importe considerado como beneficio industrial, según el siguiente detalle: (...) ».*

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

Sin embargo, como ya ha indicado el propio Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre (y este Consejo Consultivo de Canarias -Dictamen 220/2013, de 19 de junio-), *« (...) nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos*

*(...), para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma».*

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

Argumenta la Administración para descontar en concepto de beneficio industrial el 3% del precio del contrato la aplicación de la doctrina del Consejo de Estado citada por aquella, en el informe de Intervención General de 10 de mayo de 2021, en sus dictámenes números 667/2019, 679/2019, 680/2019, señalando:

*« (...) en relación a la fijación del valor del suministro 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 acordará 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».*

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 28 de abril de 2021: *«Dicho lo cual, desde el Servicio de Bienestar Social de este ayuntamiento, se ha considerado que la prestación del suministro es imprescindible para el normal funcionamiento de los centros de acogida y, para lograr algunos de los objetivos previstos para este sector de población tan vulnerable».*

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 los suministros a satisfacción de la Administración y con plena creencia de su cobertura legal, no procede «castigarla», por una situación no buscada ni generada por ella, detrayendo un porcentaje en concepto de beneficio industrial, sino que ha de abonarse el importe total de las facturas en concepto de 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 «Suministro de productos de limpieza para los Centros de Acogida municipales (...), (...) y (...)» (gastos realizados entre los días 1 y 30 de septiembre de 2020), adjudicada a (...), no lo es en cuanto a los efectos de dicha nulidad, pues debe abonarse a la citada empresa el importe total de las facturas de aquellos periodos en concepto de restitución del valor de la prestación, sin que proceda detraer el 3% de las mismas en concepto de beneficio industrial.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución que se somete a dictamen en relación con la contratación del «*Suministro de productos de limpieza para los Centros de Acogida municipales (...), (...) y (...)*» (gastos realizados entre los días 1 y 30 de septiembre de 2020), se considera parcialmente conforme a Derecho en los términos del Fundamento IV del presente Dictamen.