



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 1 5 / 2 0 2 2

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 2 de junio 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 la nulidad de la contratación del «Servicio de vigilancia y seguridad de los Centros de Acogida Municipales para Personas Sin hogar de (...) y (...)» (gastos realizados entre los días 1 y 31 de diciembre de 2021), adjudicado a la empresa (...) (EXP. 170/2022 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 29 de abril de 2022 (con registro de entrada en este Consejo Consultivo el día 2 mayo 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 y el 31 de diciembre de 2021, adjudicado a (...).

2. La legitimación para la solicitud del dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo Consultivo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 191.3.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2017 (LCSP), norma básica aplicable al presente supuesto porque, tanto la 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, 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. 13216/2022, de 12 de abril, 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, (...), siendo notificada el 18 de abril de 2022, y presentando escrito de alegaciones en aquella misma fecha en el que si bien manifiesta su conformidad con el procedimiento de nulidad instado, sin embargo interesa que se le abone la cantidad total correspondiente a la factura presentada, y por tanto, sin deducir el beneficio industrial tal como pretende la Administración, 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 febrero de 2022 se emite informe 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 y el 31 de diciembre de 2021, adjudicado a (...), al haberse realizado la prestación sin previa tramitación contractual y se solicita informe de la Intervención General.

- El 11 de marzo de 2022 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 31 de diciembre de 2021, que se emite el 18 de marzo de 2022.

- El 24 de marzo de 2022 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 31 de diciembre de 2021, 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 13216, de 12 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 18 de abril de 2022, 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 18 de abril de 2022, la contratista manifiesta su conformidad con el procedimiento de nulidad incoado, añadiendo: «*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» (facturas por importe de 37.238,05 euros que se detallan).

- El 22 de abril de 2022 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 22 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 y el 31 de diciembre de 2021), 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 37.238,05 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 28 de febrero de 2022 por el Servicio de Bienestar Social se extrae lo siguiente:

«Primero.- Se informa que el Servicio de Bienestar Social de este ayuntamiento, con fecha uno de diciembre de 2021, se siguió prestando los servicios de vigilancia y seguridad de los Centros de Acogida Municipal (CAM) (...), (...) y (...), por la misma empresa que lo venía prestando a través de un contrato de emergencia establecido para ello, debido a que no fue posible seguir recibiendo dicho servicio con la cobertura legal del contrato que se estaba ejecutando, cuyo periodo abarcó la temporalidad desde el 20 de diciembre de 2019 al 30 de noviembre de 2021, fecha en la que se produjo su finalización, toda vez que el Servicio de Contratación no tramitó la nueva Autorización y Disposición (AD) solicitada por este centro gestor.

Se considera adecuado señalar, que previo a la adjudicación del mencionado contrato de emergencia, se estaba ejecutando un contrato de similares características, el cual llega a su finalización a través de la Resolución N°37118/2019 de 11 de septiembre de 2019, debido al incumplimiento por parte de la empresa adjudicataria, del convenio colectivo de sus trabajadores. Debido a que dicha finalización se produce de forma casi repentina, sin que se hubiera podido adjudicar un nuevo contrato, fue lo que determinó el trámite del mencionado contrato de emergencia, dado la importancia de seguir prestando dicho servicio, habida cuenta de que se trataba de inmuebles públicos en los que transitaban diariamente no solo personal municipal sino usuarios de los centros de acogida, en los que además, había 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.

En dicho momento, el Servicio de Bienestar Social 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 (...), la cual fue finalmente la adjudicataria de dicho contrato de emergencia. (Ver Resolución de adjudicación 2019-38719 de 19/09/2019 y, Resolución aclaratoria 2019-42967 de 14/10/2019, en los documentos anexos N°1 y N°2).

A su vez, se considera adecuado señalar que desde dicho Servicio de Bienestar Social, con el objetivo de licitar un contrato que proporcionara el servicio necesario, remitió un expediente denominado "Servicio de vigilancia y seguridad de los Centros de Acogida Municipales para personas sin hogar del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria" al Servicio de Contratación con fecha 30/09/2020, el cual fue devuelto desde dicho Servicio con

fecha 27/11/2020, debido a “ (...) la imposibilidad de proceder durante este ejercicio al inicio del expediente.”. (Ver documento anexo N°3).

Con posterioridad, este Centro Gestor tuvo que reformular el expediente en lo concerniente a la situación contable tras la aprobación del presupuesto del pasado ejercicio económico, lo cual supuso su nueva remisión con fecha 31/03/2021, la cual, tras varias subsanaciones, se remite finalmente el 10/06/2021. Finalizado el procedimiento de licitación de este expediente, la empresa adjudicataria inicia sus servicios con fecha uno de enero de 2022. (Ver Acta de Inicio en anexo N°4).

Sin embargo, previo al inicio del nuevo contrato mencionado, con fecha 08/11/2021, el Centro Gestor ante la previsión de una posible dilación en el inicio del servicio (que finalmente se produce el 01/01/2022), solicita al Servicio de Contratación, (ver documento anexo N°5) disponer de más crédito correspondiente al presupuesto del ejercicio de 2022, al amparo de lo establecido en el párrafo segundo del Resuelve Primero de la Resolución N.º 2019-38719, en el que se expresa textualmente: “Dado que no se puede precisar la fecha de comienzo del nuevo contrato, no es posible determinar con exactitud el coste total de la prestación, autorizándose, en su caso, la tramitación de los expedientes necesarios para liberar los fondos complementarios para hacer frente a los costes que se generen”. Como se ha explicado al inicio del presente informe, dicha petición fue finalmente denegada por el Servicio de Contratación, pese a que el Centro Gestor estuvo intentando resolverlo durante todo el mes de diciembre.

Tras lo expuesto y, debido a la imposibilidad de dejar de prestar los servicios objeto del presente informe, dado su importancia, los mismos se han llevado a cabo sin la cobertura legal establecida, por lo que los gastos que se describen, de los que se pretende su revisión de oficio para la valoración de posible causa de nulidad, son los que corresponden con las prestaciones efectuadas en el periodo comprendido entre el uno al 31 de diciembre de 2021.

(...) ».

Efectivamente, estos hechos no se refutan por el contratista quien únicamente se opone a la detracción del beneficio industrial.

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

Así, señala el informe de la Intervención General de 18 de marzo de 2022, 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 el periodo comprendido de diciembre de 2021, 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.

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

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

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

C) En cuanto a la efectiva realización de las prestaciones, consta en el expediente informe del centro gestor relativo a la efectiva prestación del servicio, de fecha 28/02/2022, 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 8/2/2022, 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 el mes de diciembre de 2021.

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 220220001453, de 8/2/2022, por importe de 37.238,05 €, con cargo a la aplicación presupuestaria 06247 23100 22796, con saldo completo a fecha 18/3/2022.

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 y el 31 de diciembre de 2021), sin la previa tramitación del oportuno expediente de contratación a tal efecto.

Además, tal infracción del ordenamiento jurídico no puede ser imputable al tercero que ha realizado la prestación sino únicamente a la Administración, quien justifica su actuación en los siguientes términos, según el informe del Servicio de Bienestar Social de 28 de febrero de 2022:

«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.

El servicio prestado en los CAM de "(...)" y "(...)" ha consistido en la realización de doce horas diarias de lunes a viernes (en horario de 20:00 a 08:00 horas) y 24 horas diarias los sábados, domingos y días festivos. A su vez en el CAM "(...)", el servicio se prestó durante 24 horas diarias de lunes a domingo».

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.

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 y el 31 de diciembre de 2021».

Segundo: Liquidar el contrato y, dado que no es posible la restitución recíproca, devolver su valor por un importe total, incluyendo impuestos, de 37.238,05 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 18 de abril de 2022 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).

5. En el informe de Intervención de 18 de marzo de 2022, la Administración argumenta para descontar en concepto de beneficio industrial el 3% del precio del contrato, la aplicación de la doctrina del Consejo de Estado citada en sus dictámenes números 667/2019, 679/2019, 680/2019, según los cuales:

«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».

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 febrero de 2021:

«Este Servicio consiste en realizar funciones de vigilancia y seguridad en los CAM, enfocada desde un punto de vista preventivo, lo cual se convierte en un elemento clave para el normal funcionamiento de dichos recursos públicos y para la protección de las personas que los ocupan, bien sean: usuarios, personal municipal, proveedores u otros, contemplándose la aplicación de medidas de contención ante situaciones de agresividad, en previsión de riesgos mayores. Hay que tener en cuenta que estos recursos cuentan con una

alta demanda y, que, además, las personas que requieren la atención en estos centros, presentan: psicopatologías, (debido al consumo de sustancias tóxicas o, a la existencia de patologías psíquicas u orgánicas); inestabilidad en su estado emocional (debido a que los usuarios por sus circunstancias personales se han visto conducidos a vivir en la calle, sin alternativas personales) originándoles situaciones de frustración, rabia o enfado generalizado hacia el sistema social, que en muchas ocasiones deriva en situaciones de pérdida de control, conflictividad y/o comisión de delitos».

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 sí 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 valor de la prestación realizada, 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 y el 31 de diciembre de 2021) 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 valor de la prestación realizada, 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 «*Servicio de vigilancia y seguridad de los Centros de Acogida Municipales para personas sin hogar en (...), (...) y (...)*» (gastos realizados entre el 1 y el 31 de diciembre de 2021), adjudicado a (...), se considera parcialmente conforme a Derecho en los términos del Fundamento IV del presente Dictamen.