



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 6 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 26 de enero de 2023.

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 de la póliza de daños materiales del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, prestado por la aseguradora (...), en el periodo de enero de 2018 a julio de 2019 (EXP. 425/2022 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 20 de octubre de 2022 (registro de entrada en este Consejo Consultivo de 24 de octubre 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 de la contratación de la póliza de daños materiales del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, prestado por la aseguradora (...), en el periodo de enero de 2018 a julio de 2019.

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. de León Marrero.

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 determina 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. 2022-32046, de 17 de agosto, 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 el 17 de agosto de 2022, notificado el 19 de agosto de 2022, presentando ésta escrito de alegaciones el 14 de septiembre 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 2 de junio de 2022 se emite informe del Servicio de Patrimonio 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 de la póliza de daños materiales del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, prestado por la aseguradora (...), en el periodo de enero de 2018 a julio de 2019, al haberse realizado la prestación sin previa tramitación contractual y se solicita informe de la Intervención General.

- El 29 de junio de 2022 se emitió, por la Intervención General Municipal, informe en el que pone de manifiesto la omisión de la fiscalización de la citada contratación de la póliza de daños materiales del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria.

- El 30 de junio de 2022 la Junta de Gobierno Local acuerda tomar conocimiento de la omisión de fiscalización previa de la citada contratación durante el periodo comprendido entre el enero de 2018 y junio de 2019, e iniciar el procedimiento de revisión de oficio de tal contratación.

III

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

- El 8 de agosto de 2022 se emite por el Servicio de Patrimonio informe en relación con la posible nulidad de la contratación.

- Por Resolución de la Concejala de Gobierno del Área de Economía y Hacienda, Presidencia y Cultura, n.º 32046/2022, de 17 de agosto, 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 19 de agosto de 2022.

- Mediante escrito presentado el 14 de septiembre de 2022, la contratista mostró su disconformidad con el punto quinto del acuerdo de inicio del procedimiento de revisión de oficio, en virtud del cual se detrae el beneficio industrial del precio a abonar a la contratista.

- El 18 de octubre de 2022 se emite informe por el Servicio de Patrimonio pronunciándose sobre el beneficio industrial.

- En aquella misma fecha se emite Informe Propuesta de Resolución por el instructor, que es remitida a este Consejo para la emisión del preceptivo Dictamen.

- Mediante oficio remitido por este Consejo el día 1 de diciembre de 2022, se comunica acuerdo adoptado por la Sección II, en sesión celebrada el mismo día, en aplicación de lo dispuesto en el art. 53 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias (Decreto 181/2005, de 26 de julio), por el que se requiere a la Administración actuante, con suspensión del plazo de emisión del dictamen solicitado por 15 días, a los efectos de cumplimentar en este trámite, la documentación e información que a continuación se expresa:

«•Acuerdo de adjudicación y contrato, en el que conste la fecha de efectos del mismo, del nuevo expediente del contrato de seguro de daños materiales del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria adjudicado "a principios del ejercicio 2019" a la compañía aseguradora (...) (Exp.: 1092/2018 S), tal y como se refiere en el informe del Servicio de Patrimonio de 2 de junio de 2022, en su fundamento Decimocuarto, puesto que en el expediente se incluyen facturas -de la póliza que se pretende declarar nula- hasta el 31 de julio de 2019.

•Ha de aclararse la causa concreta que se alega para la declaración de nulidad de pleno derecho que se pretende, teniendo en cuenta el carácter restrictivo de las causas de nulidad radical.

Así, en la Propuesta de Resolución, fundamento de derecho Cuarto, se cita con carácter genérico la causa de nulidad prevista en el art. 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) (actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido), en relación con el art. 39 LCSP ("Debido a la necesidad inaplazable de la contratación de las prestaciones descritas, se ha incurrido en causa de nulidad conforme a lo previsto en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en relación con el que artículo 39 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público").

Sin embargo, en los antecedentes de hecho primero, segundo y tercero de la citada Propuesta de Resolución se cita la "omisión de fiscalización previa" de la contratación de la póliza de daños materiales del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, prestado por la aseguradora (...).

También, en la Resolución que da inicio al expediente de revisión de oficio, la Resolución de la concejala de gobierno del Área de Economía y Hacienda, Presidencia y Cultura, nº 2022-32046 de fecha 17 de agosto, en sus antecedentes primero, segundo y tercero, también se hace referencia únicamente a la "omisión de fiscalización previa" de la contratación.

Como quiera que la ausencia de fiscalización previa no supone una falta total y absoluta de procedimiento que determine la nulidad del acto porque no puede ser calificado de trámite esencial, ya que es subsanable (Dictámenes de este Consejo Consultivo de Canarias 218 y 219/2017, de 4 de julio, y Dictámenes del Consejo de Estado 1436 y 1437/2012), ha de dejarse claro en el expediente que la causa de nulidad se refiere a la ausencia de procedimiento y cobertura contractual en el periodo de 2018 y, en su caso, de 2019.

Así pues, para concretar la causa de nulidad prevista en el art. 47.1 e) LPACAP, debe emitirse informe complementario en el que se especifique la misma, al margen de la ausencia de la omisión de fiscalización previa, aclarándose este extremo igualmente en la Propuesta de Resolución».

- Tal documentación es remitida a este Consejo el día 10 de enero de 2023 (RE 11 de enero de 2023).

IV

1. La Propuesta de Resolución declara la nulidad de la contratación realizada con la entidad aseguradora (...), en el periodo de enero de 2018 a julio de 2019, en relación con los gastos derivados de la contratación de la póliza de daños materiales del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, 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 del contrato, aplicando lo dispuesto en el art. 313.3 LCSP para el supuesto de resolución por desistimiento de los contratos de servicios; asimismo entiende que el importe a que asciende el coste de la prestación habría de ser actualizado conforme al art. 34.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público hasta que se ponga fin al procedimiento de revisión de oficio.

Concluyendo la Propuesta al efecto, *«Liquidar el contrato por el período comprendido entre enero de 2018 hasta julio de 2019 y, dado que no es posible la restitución recíproca, devolver su valor por un importe total incluyendo impuestos, 209.850,09 euros, (importe del que habrá que deducir el beneficio industrial, si así se determina), según el siguiente detalle: (...)».*

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 injusto o enriquecimiento 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 solo 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, los antecedentes del presente procedimiento, que se citan en el informe del Servicio de Patrimonio de 8 de agosto de 2022 y que constan remitidos a este Consejo el 10 de enero de 2023, por ende, en la Propuesta de Resolución, donde se transcribe aquél, son los siguientes:

- Con fecha 7 de marzo de 2012 se formaliza el contrato de seguro de daños materiales del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria con la empresa aseguradora (...), por un periodo de 1 año, prorrogable otros 5 años más.

- Este contrato de póliza de seguro de daños tiene fecha de efecto desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012. Posteriormente, durante los sucesivos ejercicios presupuestarios se fue prorrogando el contrato hasta el ejercicio 2017, finalizado el 31 de diciembre de 2017.

- Con fecha 22 de junio de 2016 mediante la Resolución n.º 4547/2016, se acuerda la toma de razón de la operación societaria de fusión y cambio de denominación social de (...) por (...).

- En el ejercicio 2018 se comenzó a tramitar el nuevo expediente del contrato de seguro de daños materiales del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria. Dada su complejidad, dicho expediente quedó adjudicado mediante Resolución n.º 23218, de 15 de mayo de 2019 a la compañía aseguradora (...), formalizándose el contrato el 5 de julio de 2019.

- Con fecha 7 de julio de 2022, la Junta de Gobierno de la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria acuerda la toma de conocimiento de la omisión de fiscalización

previa de la contratación de la póliza de daños materiales del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, prestado por la aseguradora (...), en el periodo de enero de 2018 a julio de 2019.

4. Así pues, finalizado el contrato con la empresa aseguradora (...), el 31 de diciembre de 2017, ya que se otorgó con por un periodo de 1 año, prorrogable otros 5 años más, que concluyeron en aquella fecha, y sin perjuicio de que el 22 de junio de 2016 mediante (Resolución n.º 4547/2016), se acuerde la toma de razón de la operación societaria de fusión y cambio de denominación social de (...) por (...), lo cierto es que no consta cobertura contractual de las prestaciones efectuadas por la aseguradora al Ayuntamiento desde la conclusión del contrato inicial.

En lo que a este expediente respecta, y puesto que es objeto de revisión de oficio la contratación del período comprendido entre enero de 2018 y julio de 2019, debe destacarse que, efectivamente, desde que en enero de 2018 se comenzó a tramitar un nuevo expediente del contrato de seguro de daños materiales del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, como consecuencia de la fusión societaria aludida, hasta que se adjudicó el contrato a la compañía aseguradora (...), el 15 de mayo de 2019, y se formalizó el contrato el 5 de julio de 2019, la contratación se ha estado prestando en situación de nulidad.

Así, señala el informe del Servicio de Patrimonio emitido el 27 de diciembre de 2022, complementario al del 8 de agosto de 2022, y que es acogido por la nueva Propuesta de Resolución de la misma fecha (elaborados ambos a instancias de este Consejo a fin de que se concretara la causa de nulidad de la contratación):

«Durante el período comprendido entre la finalización del primer contrato (31.12.2017), hasta que la empresa deja de prestar sus servicios (a 31.07.2019), se decide por el Centro Gestor contratar las prestaciones correspondientes a la póliza de seguro citada, con el fin último de garantizar el interés público que conlleva tal prestación. Sin embargo, esta contratación no se realiza a través de la correspondiente licitación.

Por lo tanto, la causa de nulidad que concurre está vinculada al artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015:

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

Entendemos que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento en tanto que se han contratado prestaciones al margen del contrato, sin la correspondiente licitación y obviando, por tanto, los principios inspiradores de la contratación pública, entre los que

cabe destacar los principios de concurrencia, libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos.

El hecho de que no se haya tramitado el correspondiente procedimiento de contratación se considera una omisión que, por su gravedad, no puede ser subsanada».

Por su parte, el informe de 8 de agosto de 2022 señalaba, además:

«Decimoquinto.- Con fecha 07/07/2022, la Junta de Gobierno de la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria acuerda la toma de conocimiento de la omisión de fiscalización previa de la contratación de la póliza de daños materiales del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, prestado por la aseguradora (...), en el periodo de enero de 2018 a julio de 2019.

Decimosexto.- El contrato de seguro de daños materiales del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, es necesario e imprescindible para asegurar los inmuebles municipales ante cualquier daño que puedan sufrir dada la cantidad de inmuebles y su valor.

Decimoséptimo.- La realización de la prestación se ha desarrollado a entera satisfacción de la Administración y bajo el principio de buena fe y confianza legítima.

Decimoctavo.- En este caso, NO es posible la restitución de la prestación del servicio debido a que se trata de un servicio de aseguramiento de bienes ya ejecutado.

Decimonoveno.- El valor de la prestación asciende a la cantidad total de 209.850,09 € (Periodo 01/01/2018-31/03/2018: 33.131,09 €, Periodo 01/04/2018-30/06/2020: 33.131,09 €, Periodo 01/07/2018-30/09/2020: 33.131,09 €, Periodo 01/10/2018-31/12/2018: 33.127,15 €, Periodo 01/01/2019-28/02/2019: 22.087,40 €, Periodo 01/03/2019-31/03/2019: 11.042,40 €, Periodo 01/04/2019-30/04/2019: 11.042,40 €, Periodo 01/05/2019-31/05/2019: 11.042,40 €, Periodo 01/06/2019-30/06/2019: 11.042,40 € y Periodo 01/07/2019-31/07/2019: 11.072,67 €), que se corresponde plenamente con lo estipulado en el contrato vigente hasta el 31/12/2017 (exp: 716/2011). A continuación, se indican los valores de cada prima según el periodo.

(...)

Vigésimo.- La contratación de la prestación descrita podría estar incurso en causa de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 39 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, puesto que se trata de un gasto realizado en los ejercicios 2018 y 2019, en el que el procedimiento no se ha ajustado a lo legalmente establecido y carece de fiscalización previa por Intervención General sin que ello pueda ser imputable a la empresa aseguradora (...).

Tal causa de nulidad se concreta en el referido informe complementario elaborado el 27 de diciembre de 2022, no siendo la omisión de fiscalización previa la causa de nulidad alegada, pues ésta es subsanable.

Así pues, como razonábamos en nuestro Dictamen 555/2021, de 18 de noviembre, citando a su vez otro similar -el Dictamen 483/2021, de 14 de octubre- procede señalar, de idéntica manera, en este caso que, 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 de la póliza de seguro de daños, durante el periodo comprendido entre enero de 2018 y junio de 2019 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 el informe del Centro Gestor, de 2 de junio de 2022, en los siguientes términos:

«El contrato se seguro de daños materiales del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, es necesario e imprescindible para asegurar los inmuebles municipales ante cualquier daño que puedan sufrir dada la cantidad de inmuebles y su valor».

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

5. En relación con las alegaciones del contratista, éstas se refieren a los efectos de la declaración de nulidad. En este sentido, la Propuesta de Resolución acuerda lo siguiente:

«Primero.- Declarar la nulidad de la contratación, a favor de (...), de los gastos derivados del contrato de la póliza de daños materiales del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria.

Segundo.- Liquidar el contrato por el período comprendido entre enero de 2018 hasta julio de 2019 y, dado que no es posible la restitución recíproca, devolver su valor por un importe total incluyendo impuestos, 209.850,09 euros, (importe del que habrá que deducir el beneficio industrial, si así se determina), según el siguiente detalle:

33.131,09 euros, con respecto al período comprendido entre el 1 de enero de 2018 y el 1 de abril de 2018, para lo cual será precisa la tramitación del oportuno expediente de reconocimiento extrajudicial de crédito por el Pleno, de conformidad con lo previsto en la

Base 45.1 de las Bases de ejecución del presupuesto del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria.

176.719,00 euros, correspondientes al período comprendido entre el 1 de abril de 2018 y el 31 de julio de 2019».

Efectivamente, 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).

Asimismo, entendemos que no es conforme a Derecho la detracción del beneficio industrial en la liquidación del contrato que nos ocupa.

En este sentido, acoge la Administración para descontar en concepto de beneficio industrial el 3% del precio del contrato, el informe de Intervención de 29 de junio de 2022, que señala:

«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%. (...) ».

Así, el informe del Servicio de Patrimonio, de 18 de octubre de 2022, en el que se responde a las alegaciones del contratista, que se opone a la detracción del beneficio industrial, señala:

«Sexto.- En escrito de fecha 14 de septiembre de 2022 (registro de entrada número 146281, de fecha 14 de septiembre de 2022) en el que la empresa indica lo siguiente: " no estamos de acuerdo con el punto Quinto, que indica que 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, el 3 por 100 del precio de los contratos, y ello porque la prima de licitación para tal objeto, viene de estudios actuariales, para posible eventos, los cuales pueden provocar que fuese un cálculo de prima insuficiente ante unos eventos de prestación e indemnización, superior a la prima total." Ante lo cual la empresa solicita que no se detraiga el 3% del beneficio industrial del contrato de seguros de daños materiales.

Séptimo.- El valor de la prestación de estas pólizas de seguros asciende a la cantidad total de 209.850,09 €, sin que se pueda determinar el beneficio industrial.

Ante la ausencia de datos objetivos que permitan un cálculo real del beneficio industrial y en consonancia con lo indicado en el informe de la Intervención General de fecha 29/06/2022, la oficina gestora de Patrimonio no dispone de ningún mecanismo para obtener esa información de forma fehaciente que le permita hacer una valoración objetiva del valor del beneficio industrial aplicado por el proveedor, por lo que se entiende que, el criterio más adecuado, objetivo y conforme a doctrina a aplicar, queda reflejado de forma expresa en lo descrito en el Dictamen del Consejo de Estado número 678/2019, de 24/10/2019, para la casuística concreta que atañe a este expediente es descontar el 3,00%.

Ante lo indicado anteriormente, se calculan los importes a abonar una vez se detrae el 3% en concepto de beneficio industrial. (...) ».

Pues bien, en los señalados Dictámenes 680/2019, de 26 de septiembre, números 667/2019 y 679/2019, de 24 de octubre, del Consejo de Estado, respecto del beneficio industrial se concluía:

« (...) 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».

A este respecto se ha de señalar que el art. 42.1 LCSP preceptúa «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».

En el mismo sentido se expresaba el art. 35.1 TRLCSP, sobre cuya aplicación a un caso semejante al que nos ocupa se pronunció el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en su Dictamen 276/2018, de 27 de diciembre, al señalar:

«Finalmente, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, como ya hemos adelantado, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 35.1 del TRLCSP; regulación que constituye en la actualidad el cauce legal específico para garantizar los derechos de quien hubiera prestado servicios a la Administración en unas condiciones como las examinadas.

El artículo citado prescribe que 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”.

El Ayuntamiento concluye la procedencia del abono del importe total resultante de la suma de los reflejados en cada factura, al tiempo que excluye tanto la existencia de indemnización por daños y perjuicios como la detracción del beneficio industrial.

Respecto a esta última cuestión, tal y como se menciona en los informes municipales, el Consejo Consultivo de Andalucía ha venido manifestando de forma reiterada (por todos, Dictamen Núm. 546/2015, de 22 de julio) que, “para que resulte procedente el abono del beneficio industrial, es necesario que concurren determinadas circunstancias que afectan tanto al concepto de interés público concurrente en el servicio objeto de la contratación, como en la actitud mantenida por la empresa con la que se celebró el contrato”. En el supuesto resuelto en dicho dictamen se rechaza la procedencia de la inclusión del beneficio industrial con base en que “no cabe duda de que la empresa era conocedora de la ilegalidad de una contratación realizada al margen de todo procedimiento, ya que consta que esa misma mercantil es contratista habitual de la Administración consultante”. En el mismo

sentido, el Dictamen 552/2016 del Consejo de Estado admite también la exclusión del concepto de beneficio industrial en un supuesto de nulidad contractual.

A nuestro juicio, la eventual improcedencia del abono exigiría un análisis completo de las circunstancias concurrentes que tampoco excluiría el de la conducta de la propia Administración, que, en cuanto sometida al principio de legalidad, está obligada a licitar los procedimientos de contratación que en cada caso procedan, lo que en el asunto sometido a nuestra consideración no sucedió. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo ha declarado con ocasión de supuestos en los que “se trata de obras realizadas fuera del contrato, pero con el conocimiento del contratista y de la Administración”, que “el contratista tiene derecho al cobro del importe de las obras y también al beneficio industrial” (entre otras, Sentencia de 2 de julio de 2004 -ECLI:ES:TS:2004:4711- Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, con cita de las Sentencias de 28 de octubre de 1997 y de 11 de mayo de 2004.) Sigue el mismo criterio la Sentencia de 11 de mayo de (...) I:ES:TS:2004:3209-, de la misma Sala y Sección, en la que también se destaca que “la formalización del contrato objeto de ampliación correspondía realizarla a la Administración y no al administrado”, por lo que “es claro que esa incautación de la Administración no (...) puede ocasionar perjuicio al contratista, que se ha limitado a cumplir y a satisfacción de la Administración las órdenes de ejecución que esta le había formulado”.

No obstante, en el presente caso el planteamiento de la cuestión es puramente teórico, pues una vez expuestas las diversas posturas se advierte la dificultad de determinar en la facturación del suministro eléctrico un “beneficio industrial” asimilable al 6 % del presupuesto de ejecución material a que se refiere el RGLCAP” para el contrato de obras; conclusión que compartimos. Tampoco se observa en la contratación sometida a nuestra consideración una actitud de la empresa que justifique la exclusión sobre la que se diserta. En cambio, es evidente que se trataba de un servicio que era recibido con conocimiento y a satisfacción de la Administración. En suma, en el supuesto que nos ocupa no existen suficientes elementos de juicio que sustenten la detracción del beneficio industrial de la cantidad a abonar al contratista».

Como se observa, no es determinante la doctrina del Consejo de Estado en la previsión de que no haya de abonarse el beneficio industrial, como tampoco lo son la de los Consejos Consultivos que sobre ello se han pronunciado o la del Tribunal Supremo, sino que, en su caso, el abono del beneficio industrial se sustancia como una cuestión que ha de dilucidarse a la luz de las circunstancias concurrentes en cada caso.

De hecho, los dictámenes del Consejo de Estado en los que se ha pronunciado a favor de la postura de detraer el beneficio industrial siguen precisamente esta misma línea. Así, el Dictamen 680/2019, que cita los Dictámenes 678 y 679 de ese mismo año, establecen esta doctrina que venimos señalando:

«El primero de los incisos de este precepto legal (se refiere al art. 42 LCSP) consagra, para el supuesto de la declaración de nulidad de un contrato, el principio de indemnidad de las partes contratantes, que obliga a estas a restituirse recíprocamente las prestaciones entregadas y, si no fuera posible, su “valor”. En principio, la indemnidad del contratista se alcanza con la restitución de un importe equivalente al coste de la prestación realizada, prescindiendo del beneficio que incorpora su precio: por tal razón, el valor de la prestación a que se refiere este precepto debe equipararse, como regla general, al coste de la prestación y no a su precio.

VII. Las consideraciones que acaban de realizarse se fundamentan no sólo en el propio tenor literal del apartado 1 del artículo 42 de la LCSP, sino en una interpretación finalista del mismo que no se compadece con la posibilidad de que un contratista experimentado como es el caso de (...), que puede haber tenido conciencia de la antijuridicidad de la contratación realizada, obtenga, en caso de nulidad del contrato, la misma contraprestación que percibiría si el contrato fuera válido, máxime si se tiene en cuenta la incidencia que tal posibilidad tendría en la proliferación de este tipo de práctica.

En este caso, al no licitarse el contrato en los términos legalmente exigidos, fue (...) - quien ya estaba prestando este servicio-, la que volvió a ser la adjudicataria del mismo por medio de un procedimiento que en absoluto está previsto en la Ley para el caso ahora examinado. Además, a los efectos de lo que se está indicando, hay que señalar que este expediente no puede examinarse de modo aislado, sino en íntima conexión con otros dos expedientes que también ha conocido este Consejo de Estado en los que igualmente el CIEMAT autorizó, por declaración de emergencia, encargar a (...), la prestación de los servicios de limpieza (expediente n.º 679/2019) y los servicios de vigilancia (expediente n.º 678/2019) de las oficinas de la Empresa (...), y con otros también recientes en los que la misma empresa (...) ha sido la adjudicataria en el seno de procedimientos de contratación que, finalmente, han derivado en la declaración de nulidad del contrato (i. e. dictamen n.º 680/2019)».

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 servicios 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 total de las facturas, tal como se habría efectuado en cumplimiento del contrato cuya validez y correcta adjudicación fue judicialmente confirmada.

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 de la

póliza de daños materiales del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, prestado por la aseguradora (...), en el periodo de enero de 2018 a julio de 2019, 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 aquel periodo en concepto de indemnización, sin que proceda detraer el 3% de las mismas en concepto de beneficio industrial.

C O N C L U S I O N E S

1. La Propuesta de Resolución que se somete a dictamen es conforme a Derecho en cuanto a la declaración de nulidad de la contratación de la póliza de daños materiales del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, prestado por la aseguradora (...), en el periodo de enero de 2018 a julio de 2019.

2. La Propuesta de Resolución que se somete a dictamen no es conforme a Derecho en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, pues procede el abono del total de las facturas presentadas por (...), en concepto de indemnización por la citada declaración de nulidad.