

D I C T A M E N 3 1 8 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 20 de julio 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 del servicio de gestión de las Escuelas Municipales de Educación Infantil del Servicio de Educación, durante el periodo de enero a marzo de 2023 (EXP. 304/2023 RO)****.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio de la contratación del servicio gestión de las Escuelas Municipales de Educación Infantil, realizados durante el periodo del 01/01/2023 al 31/03/2023.

2. La legitimación del Sr. Alcalde para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D).b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el art. 41 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 el contrato que se pretende declarar nulo fue iniciado con posterioridad a su entrada en vigor. Sobre la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo volveremos a pronunciarnos con mayor profundidad en el apartado 6 del presente Fundamento I.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, de la LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria de la 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 2.^a LCSP, que en este caso es 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 establecida en el «art. 47.1.e) LPACAP, en relación con el artículo 32 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre / art. 39 de la ley 9/2017, de Contratos del Sector Público» (apartado V de las «Disposiciones Legales de aplicación» de la citada Propuesta de Resolución). No se especifica, por tanto, la causa concreta de nulidad, si bien en los antecedentes de hecho se refiere en varias ocasiones a la «omisión de fiscalización de la citada contratación», que, como veremos más adelante, no es causa de nulidad radical. Todo ello sin perjuicio de la auténtica causa de nulidad que se desprende del contenido del expediente.

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 LPACAP, que dispone que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso, pues se inició a través de Resolución 2023-23191, de 31 de mayo de 2023, de la Concejala de Gobierno del Área de Educación, Seguridad y Emergencia, Servicios Sociales, Participación Ciudadana y Juventud, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, plazo que se cumpliría el día 1 de diciembre de 2023.

Asimismo, de conformidad con lo previsto en el art. 106.1 LPACAP, es preciso que el dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si el dictamen no lo considera así.

6. Por otra parte, se ha otorgado preceptivo trámite de vista y audiencia a la empresa contratista que mostró su absoluta disconformidad con los efectos de la declaración de nulidad, particularmente con la detracción del beneficio industrial de las facturas correspondientes al servicio prestado, en escritos de 13 y 15 de junio de 2023.

La Administración Local al solicitar el dictamen señala la preceptividad del mismo con base en la oposición del contratista a la revisión de oficio [arts. 11.1.D.c) y 12.3 LCCC, en relación con el art. 191.3.a) LCSP]. Estos preceptos exigen para declarar la nulidad de los contratos administrativos cuando se hubiere opuesto a ello el contratista el requisito previo de solicitar el preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo.

En este sentido, se ha manifestado en numerosas ocasiones este Consejo, v.g. en su Dictamen 222/2020, de 5 de junio, de este Consejo que entendía que la intervención de este Organismo sólo era preceptiva cuando previamente se hubiera formulado aquella oposición.

No obstante existir esta doctrina, recientemente este Consejo Consultivo ha modificado la misma y en su Dictamen 72/2023, de 1 de marzo, seguido, entre otros, por el Dictamen 170/2023, de 20 de abril, ha considerado que el dictamen debe ser preceptivo haya o no oposición del contratista, en los casos de ausencia de actos administrativos preparatorios o de adjudicación del contrato, por las siguientes consideraciones:

«4. Hasta ahora, este Consejo Consultivo venía emitiendo dictamen sobre estos expedientes de revisión de oficio por aplicación de lo dispuesto en el apartado primero del art. 41 LCSP que remite al capítulo I del título V LPACAP relativo a la revisión de oficio (art. 106 LPACAP, al que remite íntegramente el mencionado artículo de la LCSP) pero sólo cuando existiera oposición del contratista, por entender aplicable a dichos supuestos el art. 191.3 LCSP.

No obstante, el análisis conjunto de la normativa vigente así como de la doctrina y jurisprudencia existente sobre supuestos similares al que nos ocupa, nos lleva a considerar que la emisión de dictamen por este Organismo es preceptiva independientemente de la existencia o no de oposición del contratista.

En efecto, el art. 41 LCSP remite al capítulo I del Título V LPACAP, en el que se encuentra el artículo 106 relativo a la revisión de disposiciones y actos nulos, precepto que exige siempre el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

Esto es, la propia norma especial de contratación se remite a la norma de procedimiento administrativo común, relativa a los actos administrativos, y no a los negocios jurídicos bilaterales. Ello justifica la remisión a este procedimiento en caso de que pretenda declararse la nulidad de aquellos actos, en tanto que tienen la condición de actos administrativos.

La remisión, además, se efectúa in toto y sin establecer especialidad alguna en atención a que constituyen actos que se incardinan en un procedimiento de contratación. Ha de tramitarse, pues, siguiendo el específico procedimiento previsto en la LPACAP en el que se incluye el informe preceptivo y obstativo del Organismo Consultivo (art. 106.1) y su intervención no se hace depender de la oposición del contratista, como tampoco en ningún otro supuesto de nulidad de los actos administrativos se vincula la emisión del dictamen a la oposición de la persona afectada por el acto objeto de revisión (por ejemplo, declaración de nulidad de una licencia urbanística). La LCSP no ha introducido, por tanto, ninguna especialidad cuando de los actos que ahora nos conciernen se trata.

Pero es que, además, en estos casos de ausencia de las normas de preparación y adjudicación del contrato, el vicio afecta a principios elementales de la contratación como la libre concurrencia, la publicidad y la transparencia, por lo que la garantía institucional del dictamen del Consejo Consultivo, establecida en favor del interés público y de todos los ciudadanos, y en particular de todos los interesados en la contratación, no puede depender de la voluntad del contratista.

Por el contrario, el art. 191 LCSP se ubica sistemáticamente en la Sección 3ª del Capítulo I del Título I del libro II (de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos), lo que lleva a considerar que cuando este artículo se refiere a la prerrogativa de la Administración de interpretar, declarar la nulidad o la resolución del contrato, se entiende que es de un contrato que ha seguido todo el trámite procedimental precontractual a que se refieren las dos primeras secciones del capítulo I del Título I del libro II (relativas a la preparación y adjudicación de los contratos).

Así las cosas, ha de concluirse que, en los casos en los que se produce ausencia total de procedimiento o no se sigue el procedimiento legalmente establecido se debe entender que estamos ante vicios del orden público jurídico, lo que justifica de por sí que se exija el dictamen del órgano consultivo con carácter preceptivo, pues es una garantía establecida con carácter básico por el ya mencionado art. 106 LPACAP para los supuestos de revisión de oficio, precepto a los que se remite el art. 41 LCSP también básica.

Todo ello determina la preceptividad del dictamen de este Organismo consultivo debiendo ser favorable a la nulidad pretendida para que pueda declararse la misma».

II

De la documentación obrante en el expediente remitido a este Consejo resulta que las cuestiones de hecho del presente procedimiento de revisión de actos nulos son las siguientes:

- La contratación del servicio de gestión de las Escuelas Municipales de Educación Infantil data de 2010, prorrogándose hasta 2022.

Se inició el procedimiento administrativo para la nueva licitación objeto de esta prestación con más de un año de antelación, pero debido a la complejidad de ese tipo de expedientes, en la que intervienen diferentes departamentos municipales, así como la interposición de tres recursos especiales en materia de contratación, se han producido retrasos que han producido que no se haya podido formalizar el nuevo contrato a la finalización del anterior.

Para evitar graves perjuicios la empresa que venía realizando el servicio, (...), lo prosigue entre el 30 de noviembre de 2022 y el 31 de marzo de 2023, sin que conste procedimiento alguno de contratación.

- En el Informe del Centro Gestor de fecha 10 de abril de 2023, se pone de manifiesto la posible concurrencia de una causa de nulidad del contrato servicio de gestión de las Escuelas Municipales de Educación Infantil realizados por la empresa (...), del 30 de noviembre de 2022 al 31 de marzo de 2023, por importe total de 1.870.069,47 €. Se esgrime como causa de nulidad de pleno derecho la prevista en el art. 47.1.e) LPACAP, en relación con el art. 32 LCSP, aunque circunscrito a la ausencia de fiscalización previa.

- El Informe de la Intervención General, de fecha 28 de abril de 2023, ratifica la omisión de fiscalización de la citada contratación.

En este informe de la Intervención General sobre la omisión de la fiscalización de la citada contratación, en su punto primero alude a la ausencia de la *«preceptiva fiscalización previa»* [art. 214.2.a) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de la Ley de las Haciendas Locales (TRLRHL)], y en su punto segundo, apartado B), en relación con los incumplimientos normativos, se dice *«las actuaciones 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 LCSP para ese supuesto particular, y/o con o sin consignación presupuestaria. El incumplimiento figura en el*

ANEXO». En ese ANEXO se citan como infracciones del ordenamiento jurídico las siguientes:

«1.- Omisión Fiscalización.

(...)

4.- En los casos de omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales. Falta de procedimiento e incompetencia del órgano (LCSP)».

Por ello, en el apartado E) -«En relación con la posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento»- de este punto segundo del informe de Intervención, después de citar el contenido de los arts. 38 y 39 LCSP, art. 47.1.b) y e) LPACAP y 173.5 TRLRHL, no se concreta tampoco la causa de nulidad de pleno derecho, sino que se refiere al importe de la prestación incurso en nulidad, con el fin de detraer el beneficio industrial de la misma, siguiendo determinados dictámenes del Consejo de Estado.

- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad, en sesión de fecha 11 de mayo de 2023, se toma conocimiento de la omisión de la fiscalización previa del contrato de servicio de gestión de las Escuelas Municipales de Educación Infantil realizados por la empresa (...), del 30/11/2022 al 31/03/2023 y se acuerda que se inicie el procedimiento de revisión de oficio de dicha contratación.

En este Acuerdo, en su fundamentación de derecho segunda («Disposiciones legales de aplicación») se hace mención genéricamente a las causas de nulidad de los contratos y en la fundamentación de derecho tercera se dice que «se han realizado una serie de gastos, sin la preceptiva fiscalización previa de los actos que han generado las obligaciones que se pretenden reconocer (...)».

- Por Resolución 2023-23191, de 31 de mayo de 2023, de la Concejala de Gobierno del Área de Educación, Seguridad y Emergencia, Servicios Sociales, Participación Ciudadana y Juventud, se da inicio al procedimiento para la declaración de nulidad de la contratación del servicio de gestión de las Escuelas Municipales de Educación Infantil, durante el periodo del 01/01/2023 al 31/03/2023, dando así cumplimiento parcial al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 11 de mayo de 2023, argumentado razones de existencia de crédito presupuestario para hacer frente al gasto realizado por la contratista en este periodo, pero no al gasto realizado entre el 30/11/2022 y 31/12/2022 por inexistencia de tal crédito por operaciones pendientes de aplicar al presupuesto que se incorporarán

previsiblemente en septiembre de 2023, lo que dará lugar a la revisión de oficio de la contratación de este periodo.

- Dado trámite de audiencia a (...), efectúa alegaciones con fecha 13 de junio de 2023 en las que se refiere a los efectos de la declaración de nulidad, esto es, la restitución recíproca de las prestaciones de las partes o su valor y la indemnización de daños y perjuicios causados, por lo que se le debe abonar todos los costes satisfechos durante el citado periodo, ya que no ha tenido ninguna responsabilidad en la situación y ha continuado prestando el servicio en las mismas condiciones anteriores, debiendo abonársele el precio del servicio, pues de lo contrario se estaría beneficiando el Ayuntamiento, con invocación de la prohibición del enriquecimiento injusto de la Administración.

- Informe contradictorio (documento de «aceptación de indemnización») del Servicio de Educación para determinar el beneficio industrial, de fecha 13-06-2023, donde se determina detraer del coste de la prestación del servicio, un 3% en concepto de beneficio industrial.

- Dado trámite de audiencia a (...), el 15 de junio de 2023 la contratista muestra su disconformidad a la detracción del beneficio industrial a la indemnización propuesta, por las mismas razones que las expuestas anteriormente.

- La Propuesta de Resolución, de 15 de junio de 2023, acuerda declarar la nulidad de la contratación, así como liquidar el contrato y, dado que no es posible la restitución recíproca, devolver al prestador del servicio su valor por un importe total incluyendo impuestos, de 1.352.032,43 €; esto es, del coste de la prestación ha sido detraído el beneficio industrial del 3%.

III

1. Este Consejo Consultivo, siguiendo constante y abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reiterado que la revisión de oficio supone que la revisión de oficio supone el examen por la Administración de la legalidad de sus propios actos y en razón de los vicios e infracciones legales que le son imputables a los mismos, es decir, que por formar parte de su contenido, formal o sustantivo, le son atribuibles y susceptibles de valoración y corrección por la propia Administración autora del acto en el ejercicio de potestad de revisión, sin que pueda extenderse al examen de la legalidad de otros actos dictados por otras administraciones no sujetos a revisión (STS 405/2020).

Es el ejercicio de una facultad exorbitante por parte de la Administración para expulsar del ordenamiento jurídico actos firmes en vía administrativa que adolecen de vicios especialmente graves, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ella solo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva (Dictámenes de este Consejo 302/2018, de 29 de junio y 430/2017, de 14 de noviembre, que reiteran varios pronunciamientos de este Organismo en el mismo sentido).

Por su parte, en el DCC 46/2016 afirmábamos que *«no toda infracción del Ordenamiento jurídico conlleva la revisión de oficio, que no está prevista para corregir errores o deficiencias de la Administración, sino para suprimir actos administrativos contaminados con vicios graves determinantes del nacimiento del derecho o facultad (...)»*.

En definitiva, *«la revisión de oficio en principio no es una técnica al servicio de la instrucción de una «causa general» respecto de determinado procedimiento, sino el instrumento que permite anular actos con vicios de orden público, que son los que la ley califica como causas de revisión, debidamente interpretadas en función de las circunstancias del caso, la conducta de los interesados y la actuación de la Administración»* (DCC 449/2017).

2. En el presente caso, la Propuesta de Resolución solo razona que, 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 art. 47.1.e) LPACAP, en relación con el art. 39 LCSP, esto es, son nulos los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (apartado V de la fundamentación jurídica *«disposiciones legales aplicables»*).

En concreto, se imputa la falta de fiscalización o intervención previa, tal como exige el art. 214.2.a) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que previene que el ejercicio de la función interventora comprenderá *«La intervención crítica o previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir derechos u obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos de valores»*.

De conformidad con el art. 28.1 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, *«En los supuestos en los que, con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones, hasta que se conozca y se resuelva dicha omisión en los términos previstos en el presente artículo».*

A tal efecto, establece el citado precepto:

«2. Si el órgano interventor al conocer de un expediente observara omisión de la función interventora lo manifestará a la autoridad que hubiera iniciado aquel y emitirá al mismo tiempo su opinión respecto de la propuesta, a fin de que, uniendo este informe a las actuaciones, pueda el Presidente de la Entidad Local decidir si continua el procedimiento o no y demás actuaciones que en su caso, procedan.

En los casos de que la omisión de la fiscalización previa se refiera a las obligaciones o gastos cuya competencia sea de Pleno, el Presidente de la Entidad Local deberá someter a decisión del Pleno si continua el procedimiento y las demás actuaciones que, en su caso, procedan.

Este informe, que no tendrá naturaleza de fiscalización, se incluirá en la relación referida en los apartados 6 y 7 del artículo 15 de este Reglamento y pondrá de manifiesto, como mínimo, los siguientes extremos:

a) Descripción detallada del gasto con inclusión de todos los datos necesarios para su identificación, haciendo constar, al menos, el órgano gestor, el objeto del gasto, el importe, la naturaleza jurídica, la fecha de realización, el concepto presupuestario y ejercicio económico al que se imputa.

b) Exposición de los incumplimientos normativos que, a juicio del interventor informante, se produjeron en el momento en que se adoptó el acto con omisión de la preceptiva fiscalización o intervención previa, enunciando expresamente los preceptos legales infringidos.

c) Constatación de que las prestaciones se han llevado a cabo efectivamente y de que su precio se ajusta al precio de mercado, para lo cual se tendrán en cuenta las valoraciones y justificantes aportados por el órgano gestor, que habrá de recabar los asesoramientos o informes técnicos que resulten precisos a tal fin.

d) Comprobación de que existe crédito presupuestario adecuado y suficiente para satisfacer el importe del gasto.

e) Posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento, que será apreciada por el interventor en función de si se han realizado o no las prestaciones, el carácter de éstas y su valoración, así como de los incumplimientos legales que se hayan producido. Para ello, se tendrá en cuenta que el resultado de la revisión del acto se materializará acudiendo a la vía de la indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de haberse producido un enriquecimiento injusto en su favor o de incumplir la obligación a su cargo, por lo que, por razones de economía procesal, sólo será pertinente instar dicha revisión cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone».

El régimen de la fiscalización o intervención previa se encuentra regulado en los arts. 214, apartados 1 y 2.a), y 219 del Texto Refundido de la Ley de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, texto que también contempla la regulación de los reparos que se puedan efectuar, sus efectos y la resolución de discrepancias (arts. 215-218).

Sin embargo, la sola omisión del trámite de fiscalización previa no puede equipararse a una falta total y absoluta de procedimiento que determine la nulidad del acto.

En efecto, este Consejo, desde los Dictámenes 218 y 219/2017, ambos de 4 de julio, y 232/2017, de 13 de julio, viene expresando que de esta regulación legal resulta que la fiscalización previa, si bien es un trámite que ha de cumplimentarse en los casos en que el acto sea susceptible de producir efectos económicos, no puede ser calificado de trámite esencial que implique su equivalencia con una omisión total y absoluta del procedimiento, puesto que, de haberse emitido el informe, los reparos que en su caso pudieran formularse podrían ser solventados por el órgano competente en caso de discrepancia.

Además, del art. 156 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria resulta que la omisión del trámite es subsanable, por lo que en ningún caso puede ser determinante de la nulidad del acto, sino en todo caso de su anulabilidad. En este sentido se ha pronunciado además el Consejo de Estado en su Dictámenes 1436 y 1437/2012, en los siguientes términos:

«La consulta se recaba en el seno de un procedimiento de revisión de oficio de la resolución estimatoria del recurso, que se entiende incurso en la causa de nulidad de pleno derecho contemplada en la letra e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

Común: *“los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.*

En los supuestos en los que, con arreglo a lo establecido en las disposiciones aplicables, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer la obligación ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se subsane dicha omisión en los términos previstos en este artículo.

(...)

El precepto de la Ley General Presupuestaria transcrito se refiere al modo de “subsana” la omisión de la fiscalización omitida (apartado 1). A las claras se aprecia que un defecto subsanable no constituye un vicio de nulidad de pleno derecho, tal y como prevé el artículo 67.1 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre: “La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan”. Resulta palmario, por tanto, que no cabe la declaración de nulidad pretendida».

3. Sobre la causa establecida en el art. 47.1.e) LPACAP, este Consejo Consultivo ha manifestado, por ejemplo en el Dictamen 489/2021, de 14 de octubre (con cita de los DDCC 8/2021, de 15 de enero, y 161/2020, de 1 de junio), lo siguiente:

«El art. 62.1, e) LRJAP-PAC configura como una causa de nulidad el que los actos sean dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Como las causas de nulidad radical o absoluta de los actos administrativos son tasadas, tienen carácter excepcional y han de interpretarse de forma estricta, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es especialmente restrictiva en cuanto a la aplicación de esa causa de nulidad, ya que el empleo por la Ley de los dos adverbios “total y absolutamente” impone que los defectos formales necesarios para aplicar esta nulidad radical deben ser de tal dimensión que es preciso que se haya prescindido de modo completo y absoluto del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de sus trámites. La omisión de algún trámite se equipara a la omisión total del procedimiento cuando tiene la naturaleza de esencial en los supuestos en que haya causado indefensión material al interesado (para lo cual habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por la omisión del trámite). También se equipara a la omisión total si los trámites incumplidos, de haberse observado, habrían determinado un acto de contenido distinto. Consúltense al respecto las SSTs de 23 febrero de 2016; de 26 enero de 2016; de 24 enero de 2014; de 27 junio de 2012 y de 25 abril de 2002 (...) ».

También hemos dicho en los DDCC 84/2014 y 258/2020 que *«(L)a interpretación jurisprudencial de este precepto considera que se está ante esta causa de nulidad no sólo cuando el acto se dicta prescindiendo de todo procedimiento, sino también cuando se dicta a través de un procedimiento que no es el previsto legalmente; o*

cuando, aun siguiendo el procedimiento debido, se omiten trámites esenciales de éste que causan indefensión absoluta a los interesados». Véanse por todas las SSTs de 25 de abril de 2002 y de 27 de junio de 2012.

En el presente caso, la Propuesta de Resolución no cita claramente la causa de nulidad de pleno derecho en que incurre la contratación afectada, lo que habrá de subsanarse dado el carácter restrictivo de las causas de nulidad, pues aparentemente sólo consta claramente como causa de nulidad la «omisión de fiscalización previa», que, como hemos razonado, no lo es.

4. Además, se ha separado una parte de la pretensión inicial de declaración de nulidad, que sí constaba en el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 11 de mayo de 2023, -el periodo comprendido entre el 30/11/2022 y el 31/12/2022- (sobre el que se anuncia una futura revisión de oficio), por razones de índole presupuestario relacionadas con el pago de la indemnización, lo que contraviene los principios de racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos, eficacia, economía y eficiencia contenidos en el art. 3.1.d), h), i) y j) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, pues si la contratación es nula desde un principio (desde el 30/11/2022), nada impide que así se pretenda declarar, independientemente del momento concreto en el que se tenga que abonar la indemnización para liquidar el contrato, obligándose, con este actuar, a reproducir la tramitación de una revisión de oficio por periodos de facturación. Además, la carencia de crédito presupuestario es una causa de nulidad de pleno derecho autónoma, reconocida expresamente en el art. 39.2.b) LCSP.

Con esto se quiere significar que la reiteración de esta actuación administrativa puede dar lugar a un abuso de derecho o fraude de ley, que puede operar como un límite a la revisión de oficio del art. 110 LPACAP, tal y como hemos apreciado en algunas ocasiones. Así, por todos, en el Dictamen 158/2023, de 18 de abril, con cita de los dictámenes 81 y 82/2020, de 3 de marzo, hemos señalado lo siguiente:

«8. Por lo demás, es del parecer de este Consejo que el ejercicio de las facultades revisoras resultaría contrario a las leyes (art. 110 LPACAP), por lo que también por esta razón en este caso no procede la revisión de oficio. De entrada, procede aclarar que normalmente la revisión de oficio constituye la respuesta idónea ante la nulidad de un contrato, cuando hubieren transcurrido los plazos para interponer los recursos ordinarios. No obstante, en supuestos concretos, como el que es objeto de este Dictamen, el ejercicio por la Administración de las facultades de revisión resulta contrario a las leyes porque el procedimiento de revisión de oficio incurre en el fraude de ley del art. 6.4 del Código Civil, pues con la declaración de nulidad pretendida se trata de eludir la aplicación de la

legislación de contratación pública y de otras leyes, como veremos seguidamente. O lo que es lo mismo, perjudica o impide absolutamente la protección de bienes jurídicos legalmente amparados, desconociendo o chocando con principios jurídicos reconocidos o creados por una ley. En cada supuesto habrá que ponderar si ha de prevalecer el efecto depurador de la revisión de oficio o la consecución de los fines que aquellas leyes persiguen. Como enseguida se argumentará, en el caso dictaminado la declaración de la nulidad instada resulta contraria a varias leyes.

En primer lugar, es palmaria su contradicción con la legislación de contratación pública, y concretamente con la tan citada LCSP. La irregular práctica seguida ha impedido fijar el objeto del contrato y su precio conforme regulan los arts. 99 a 105 LCSP, que aseguran el interés público del contrato mismo; pero es que, además, se omitió la formación de un expediente de contratación (arts. 115 y siguientes LCSP) y la formalización del contrato (art. 37 LCSP). También se desatendieron los artículos que regulan una selección del contratista conforme al principio de libre concurrencia (art. 132.2 LCSP: “La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda”), pero también aquellos que tratan de verificar la capacidad y solvencia de los licitadores (arts. 65 a 98 LCSP), condición relacionada con el éxito o fracaso del contrato. Con el buen resultado de la contratación pública también tienen que ver las prescripciones de los arts. 106 a 114 LCSP, relativas a las garantías. Por lo demás, debe destacarse particularmente la decisión del órgano de contratación que “ante la necesidad inmediata y urgente de obtener los suministros” (informe-memoria que figura en el presente expediente), no acude a la contratación de urgencia (art. 119 LCSP), pero ni siquiera a la de emergencia (art. 120 LCSP), sino que sigue como práctica habitual la de omitir todo procedimiento de planificación previa de la contratación (art. 28.4 LCSP). En fin, una práctica irregular como la seguida, que utiliza la revisión de oficio como trámite intermedio para convalidar la irregularidad, resulta contraria a la tan citada LCSP.

Finalmente, particular referencia habrá que hacer a la legislación estatal en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (Ley 19/2013, de 9 de diciembre, especialmente arts. 8 y 12), así como a la canaria (Ley 12/2014, de 26 de diciembre, particularmente su art. 28). También por resultar la revisión de oficio que se dictamina contraria a estas Leyes procede aplicar los límites del art. 110 LPACAP.

Por todos estos motivos, en el procedimiento a que se refiere la PR resultan de aplicación los límites del art. 110 LPACAP, por lo que las facultades de revisión no podrán ser ejercidas.

9. Ya por último, debe recordarse el carácter excepcional de las nulidades contractuales, de aplicación, por tanto, restrictiva; pese a lo cual la Administración ha

recorrido a ella de forma continuada, en una práctica incorrecta reiteradamente reparada por este Consejo Consultivo (por todos, DDCC 136/2016, de 27 de abril, 430/2016, de 19 de diciembre y 285/2017, de 27 de julio).

Por ello, procede reiterar lo señalado en multitud de Dictámenes (por todos, DDCC 128/2016, 479/2017 y 7/2018) sobre el inadecuado modo de proceder de la Administración en estos supuestos, al utilizar la declaración de nulidad de los contratos (vía excepcional y de aplicación restrictiva, como acabamos de señalar), como forma habitual de convalidar la contratación de suministros médicos, realizados con inobservancia de la normativa de aplicación.

El Servicio Canario de la Salud, al contratar, debe hacer una racional y eficiente utilización de los fondos públicos, pues así se dispone en el art. 1 LCSP, al que ya nos hemos referido, y en el art. 28.1 LCSP, que añade: “Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.

La Administración, con carácter general, y, singularmente también en el ámbito de la contratación pública, está sujeta, además, a los principios de buena fe, confianza legítima, transparencia, participación y seguridad jurídica, en virtud de lo dispuesto el art. 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Pues bien, sobre la base de estas premisas, hemos de concluir que no procede acordar la nulidad de las contrataciones efectuadas por la empresa mencionada, tal como hemos señalado con reiteración, pues, conforme a lo dispuesto en el art. 110 LPACAP, “las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

Finalmente, también resulta de aplicación lo establecido en el art. 20.1 LPACAP: “Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación de procedimientos”.

Por todo ello, se estima que no procede la declaración de nulidad solicitada».

5. No obstante, aunque en la Propuesta de Resolución solo conste claramente como causa de nulidad la «omisión de fiscalización previa» -que, insistimos, no supone causa de nulidad-, del expediente remitido a este Consejo y de las alegaciones presentadas por la contratista (*«el inicio del presente expediente de declaración de nulidad está motivado por la continuidad de la prestación del servicio de Gestión de las Escuelas de Educación Infantil, durante el periodo de tiempo comprendido entre el 1 de enero de 2023 a 31 de marzo de 2023, sin cobertura legal alguna tras la expiración de la última prórroga del contrato el pasado 29 de noviembre de 2022, y no haberse adjudicado todavía el nuevo servicio como consecuencia de una serie de recursos que han demorado la formalización de la adjudicación»*) se desprende palmariamente la ausencia de cualquier procedimiento: ergo, de haber cualquier acto de preparación, esto es, los actos preparatorios y los actos de adjudicación, por lo que la contratación sería nula por haber sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Siendo tales actos preparatorios nulos, también lo es el contrato [art. 38, b) LCSP].

En definitiva, existe una prórroga tácita del contrato de servicios que no permitía el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) de 2010 -art. 8 PCAP en relación con el art. 23 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP)-, ya que se establecía una duración de 10 años, susceptible de prórroga expresa por otros dos años adicionales, por lo que la contratación de los servicios prestados a partir del 30 de noviembre de 2022 -y, en este caso, los comprendidos entre el 1 de enero de 2023 y el 31 de marzo de 2023-, es nula conforme al art. 32.a) TRLCSPP y 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de septiembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -de igual contenido a los actuales arts. 39.1 LCSP y 47.1.e) LPACAP-.

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 del servicio de gestión de las Escuelas Municipales de Educación Infantil, durante el periodo del

01/01/2023 al 31/03/2023, 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 10 de abril de 2023, por el retraso que ha existido con la nueva licitación iniciada en junio de 2021 y publicada en febrero de 2022 por la complejidad al intervenir varios departamentos y los diversos recursos contractuales presentados, lo que ha dilatado en extremo la adjudicación de la misma, siendo necesaria la continuación de la prestación para evitar graves perjuicios en este servicio público dado que en las escuelas infantiles se encuentran inscritos 1.240 alumnos y la no prestación del servicio originaría el despido de unos 200 trabajadores, habiéndose desarrollado el servicio a entera satisfacción del Servicio de Educación.

6. Por último, la Propuesta de Resolución no se ajusta a Derecho en relación con la cuantía indemnizatoria y liquidación del contrato.

En efecto, la empresa prestadora del servicio acierta cuando esgrime que tiene derecho a percibir el coste íntegro del servicio.

Por lo que corresponde a la valoración de los daños y perjuicios derivados de la revisión de oficio que procede, debemos considerar, como ya dijéramos en el Dictamen 103/2017, que la finalidad del procedimiento indemnizatorio es la reparación integral del daño causado de forma que los interesados vuelvan a la misma situación patrimonial que tenían antes del acaecimiento del hecho lesivo -que en este caso sería la nulidad de la contratación-, sin que haya enriquecimiento injusto para ninguna de las partes.

Además, en el Dictamen 276/2019, de 18 de julio, en lo que se refiere a la cuantificación global de tales daños y la aplicación del principio de reparación integral del daño que rige en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se ha manifestado que:

«Así, la STS de 3 de febrero de 1989, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sostiene que se ha declarado reiteradamente que la imposibilidad de evaluar, cuantitativamente y con exactitud, el daño material y moral sufrido por el administrado implica que la fijación de la cuantía de la indemnización se efectúe generalmente, de un modo global; esto es, atemperándose al efecto los módulos valorativos convencionales utilizados por las jurisdicciones civil, penal o laboral, sin que además haya de reputarse

necesario en ningún caso que la cantidad globalmente fijada sea la suma de las parciales con las que se cuantifique cada uno de los factores o conceptos tomados en consideración.

En este contexto, ha de considerarse la aplicación del principio de reparación integral del daño, propio de la responsabilidad patrimonial. En este sentido, la STS de 11 de noviembre de 2011, también de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, recuerda que múltiples Sentencias del propio Tribunal Supremo han proclamado, insistentemente, que la indemnización debe cubrir todos los daños o perjuicios sufridos, hasta conseguir la reparación integral de los mismos y, con ello, la indemnidad del derecho subjetivo o interés lesionado», siendo toda esta doctrina aplicable al presente asunto.

También hemos manifestado en el dictamen 103/2017 que para la determinación de la valoración de esos daños no hay criterios cerrados, aunque sí preferentes (los de expropiación forzosa); pero no se pueden obviar, otros aspectos como la buena fe de las partes o la mayor o menor diligencia desplegada en el cumplimiento de los respectivos derechos y deberes.

Por su parte, desde el Dictamen 38/2014, de 11 de febrero, este Organismo viene afirmando que en lo que específicamente se refiere al enriquecimiento injusto cabe señalar que para que concurra en el ámbito administrativo resulta necesaria la concurrencia de la totalidad de los requisitos jurisprudencialmente exigidos: enriquecimiento patrimonial para una de las partes, con el consiguiente empobrecimiento para la otra, relación de causalidad entre ambos, y el más importante de los mismos: la falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento, todo lo cual es aplicable al asunto que nos ocupa.

7. La Administración detrae en este caso el 3%, correspondiente al beneficio industrial, del coste del servicio prestado por la empresa, aplicando el art. 313.3 LCSP, lo que produce un enriquecimiento injusto de esta.

En el Informe de la Intervención General municipal se invoca que en distintos dictámenes del Consejo de Estado, entre otros número 680/2019, de 26 de septiembre, números 667/2019 y 679/2019, de 24 de octubre, se ha concluido que, « (...) en estos casos que, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 42 de la LCSP, no debe abonarse a la empresa contratista el precio de la prestación, sino su coste, que se calculará trayendo 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 (...) ».

El art. 42.1 LCSP dispone 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.

Como se ha señalado en múltiples ocasiones por este Consejo, 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, indemnización que proceda (art. 42.1 LCSP).

Se ha extendido la idea en los Consejos Consultivos de que es necesario desincentivar este tipo de actividades irregulares, cuando se aprecia concurrencia de culpa del contratista junto a la de la Administración (cuestión ésta que debe ser apreciada caso a caso), estableciendo que solo se debe restituir el coste efectivo del suministro o servicio, y no su precio de mercado, excluyendo el beneficio industrial u otros componentes retributivos propios de la contratación válidamente celebrada [Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía 2/1995 y 244/2020 (entre otros muchos), DCC Aragón 5/2020, DCC Baleares 38/2013, Madrid 513/17, Murcia 257/14].

En el mismo sentido, la Instrucción 2/2012, de 12 de marzo, de la Intervención General y la Directora de la Abogacía de Las Islas Baleares.

Este Consejo Consultivo ha venido sosteniendo (por ejemplo, DCC 267/2022, de 30 de junio) que, en los casos de buena fe del contratista, que hemos de presumir en este caso (art. 434 del Código Civil), dado que se prorrogó tácitamente el contrato para evitar los graves perjuicios que se ocasionaba si no se continuaba con la prestación del servicio debido a los retrasos en la nueva licitación provocada por diversos recursos contractuales, procede restituir el valor total de la prestación sin detraer el beneficio industrial:

«Por tanto, hemos de partir de la base de que, aunque se declare la nulidad de pleno derecho de la contratación verbal (con la consecuencia de que deba procederse a la liquidación de tal “contrato”), la realidad es que estamos ante la continuación de los servicios que se vinieron prestando hasta la finalización del contrato originario y válido y más que una verdadera contratación realizada verbalmente (pues no consta tal encargo o encomienda de carácter verbal), nos encontramos ante una prórroga carente de título administrativo, impuesta por la propia realidad y la dinámica de los hechos que implica precarizar lo que hasta ese momento se venía ejecutando -de uno u otro modo- por la empresa contratista.

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

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

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

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

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

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

SEGUNDO.- No hay duda alguna de que el fundamento para la estimación del recurso se halla en la doctrina del enriquecimiento injusto. Declara el Tribunal Supremo:

“CUARTO.- En la STS de 21 de marzo de 1991 se afirma que “el enriquecimiento sin causa viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa -enriquecimiento y empobrecimiento al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara.

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

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

Así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la

administración afectada (20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 11 de mayo de 1995, 8 de abril de 1998) o modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (sentencias de 12 de febrero de 1979, 12 de marzo de 1991, 4 de marzo de 1997), u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna (sentencia de 22 de noviembre de 2004, recurso de casación 4574/2001).

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

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

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

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

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

De todo lo expuesto cabe concluir que en los supuestos, como en el presente caso, en que la contratista ha manifestado buena fe, prestando el servicio a satisfacción de la Administración y con plena creencia de su cobertura legal, no procede "castigarla", por una situación no buscada ni generada por ella, detrayendo un porcentaje en concepto de beneficio industrial, sino que ha de abonarse el importe total de las facturas en concepto de restitución del valor de la prestación, tal como se habría efectuado en cumplimiento del contrato original».

En el mismo sentido nos hemos pronunciado, entre otros, en nuestros Dictámenes 189/2022, de 12 de mayo, 203 y 204/2022, de 26 de mayo, 267/2022, de 30 de junio, 279/2022, de 7 de julio, 26 y 27/2023, de 26 de enero, y 170 y 171/2023, de 20 de abril.

Por todo lo expuesto, debe concluirse que la Propuesta de Resolución que liquida la contratación detrayendo del valor de la prestación específicamente el beneficio industrial no es conforme a Derecho. En este caso, la exclusión del beneficio industrial haría recaer todas las consecuencias de la actuación irregular en el contratista, sin consecuencia alguna para la Administración actuante responsable última de lo ocurrido, lo que va en contra de un elemental principio de equidad y justicia.

CONCLUSIONES

1. La Propuesta de Resolución que se somete a dictamen no es conforme a Derecho en cuanto a la declaración de nulidad de la contratación por la omisión de la fiscalización previa, por lo que se dictamina desfavorablemente la declaración de nulidad por esta causa, como se ha indicado en el Fundamento III.2.

2. Sin embargo, la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, y así se dictamina favorablemente, en cuanto a la declaración de nulidad de la contratación al haberse dictado los actos preparatorios del contrato de gestión de las escuelas municipales de educación infantil, en los periodos desde enero a marzo de 2023, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, tal como prevé el art. 47.1, e) LPACAP, en relación con el 39.1 LCSP, siempre y cuando se subsane y aclare debidamente esta causa en la citada Propuesta de Resolución en los términos señalados en los Fundamentos III.3 y 5, y sin perjuicio de la observación efectuada en el Fundamento III.4.

3. No obstante, la Propuesta de Resolución, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, no se ajusta a Derecho, pues la liquidación del contrato al detracer un 3% del coste de la prestación del servicio provoca un enriquecimiento injusto de la Administración local, conforme se ha señalado en el Fundamento III.6 y 7.