



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 8 6 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 5 de octubre de 2023.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de resolución del procedimiento de declaración de la nulidad de la contratación del servicio de gestión de las Escuelas Municipales de Educación Infantil del Servicio de Educación, durante el período de 1 al 18 de abril de 2023 (EXP. 362/2023 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio dirigido a declarar la nulidad de la contratación del servicio de gestión de las Escuelas Municipales de Educación Infantil en el periodo del 1 al 18 de abril de 2023, realizados por la empresa (...), por importe total de 278.105,58 €.

2. La legitimación de la Sra. Alcaldesa 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, 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.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

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 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 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, según expresa la propia Propuesta de Resolución.

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 Cuarto de las «Disposiciones Legales de aplicación» de la citada Propuesta de Resolución). No obstante, en los antecedentes de hecho y en los informes precedentes del expediente se cita en varias ocasiones la «omisión de fiscalización de la citada contratación» como causa de nulidad, 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 y que se concreta finalmente en la Propuesta de Resolución.

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 2023-29074, de 19 de julio de 2023, de la Concejala de Gobierno del Área de Educación y Cultura, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, plazo que se cumpliría el día 19 de enero de 2024.

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 conformidad con los efectos de la declaración de nulidad, pues, a diferencia de ocasiones anteriores, en este caso no se detrae el beneficio industrial del importe de la indemnización por los servicios prestados al Ayuntamiento.

Sin embargo, 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 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, 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».

Así pues, el escrito de solicitud de dictamen resulta erróneo y contradictorio con el contenido del expediente remitido, pues resulta que no ha existido oposición del contratista, sino todo lo contrario: su plena conformidad.

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 18 de abril de 2023, sin que conste procedimiento alguno de contratación.

- En el Informe del Centro Gestor (Servicio de Educación) de fecha 3 de mayo de 2023 (folios 936 a 940 del expediente), 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 1 al 18 de abril de 2023, por importe total de 278.105,58 euros. Se esgrime como causa de nulidad de pleno derecho la prevista en el artículo 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 18 de mayo de 2023, ratifica la omisión de fiscalización de la citada contratación (folios 943 a 948).

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, arts. 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 incurrida 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 25 de mayo de 2023 (folios 951 a 954), 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 01/04/2023 al 18/04/2023 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 2023-29074, de 19 de julio de 2023, de la Concejala de Gobierno del Área de Educación y Cultura, 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 01/04/2023 al 18/04/2023, dando así cumplimiento al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 25 de mayo de 2023.

En los antecedentes de esta resolución se citan, entre otros, el informe del Centro Gestor de 03/05/2023 sobre la posible concurrencia de una causa de nulidad de la citada contratación, así como el informe de la Intervención General de 18/05/2023 sobre la omisión de fiscalización previa y la existencia de crédito presupuestario.

En los fundamentos de derecho se hace referencia al órgano competente y con carácter genérico a las causas de nulidad de pleno derecho del art. 47.1 e) LPACAP, afirmando que los gastos detallados son prestaciones efectivamente realizadas a favor del Ayuntamiento y *«debido a la necesidad inaplazable de su contratación se ha incurrido en causa de nulidad»*.

- Dado trámite de audiencia a (...), efectúa alegaciones con fecha 27 de julio 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 «valoración económica») del Servicio, de fecha 31/07/2023, en el que a la vista del Dictamen de este Consejo 318/2023, de 20 de julio, sobre la misma contratación, pero referida al periodo de 01/01/2023 a 31/03/2023, se procede a aceptar la integridad del escrito presentado por la contratista con el importe íntegro de la factura presentada por ésta, como coste del servicio de la prestación, sin detracer el beneficio industrial.

- Dado trámite de audiencia a (...), el 1 de agosto de 2023 la contratista muestra su conformidad y acepta la indemnización propuesta por importe de 278.105,58 euros.

- La Propuesta de Resolución, de 1 de agosto 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 278.105,58 euros; esto es, el coste íntegro de la prestación.

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 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, *«toda vez que se ha procedido a recibir la prestación del servicio sin la previa tramitación del oportuno expediente de contratación, en lo referido a los actos de preparatorios y actos de adjudicación, por lo que la contratación sería nula por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Siendo tales actos preparatorios nulos, también lo es el contrato (art. 38. b LCSP)»* (apartado Cuarto de la fundamentación jurídica *«disposiciones legales aplicables»*).

3. Sin embargo, en los informes previos (del Centro Gestor y de la Intervención General) y en la resolución que da inicio al procedimiento revisor, se imputa como causa de nulidad 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, y en el más reciente 318/2023, de 20 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 “subsanar” 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».

4. 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 cita claramente la causa de nulidad de pleno derecho en que incurre la contratación afectada, pero continúan manteniendo los informes previos que la causa es la «omisión de fiscalización previa», que, como hemos razonado, no lo es, debiendo subsanarse este extremo, como acertadamente subsana y fundamenta la Propuesta de Resolución.

Sin embargo, en la Propuesta de Resolución no se explica la razón por la que la contratación que se pretende declarar nula sólo abarca un periodo de 18 días del mes de abril. Dado el carácter restrictivo de las causas de nulidad, debe explicarse, tal y como se desprende del expediente remitido, que con anterioridad ya se había declarado nula la contratación entre el 01/01/2023 y 31/03/2023 y que el periodo de contratación actual -prorrogado sin procedimiento alguno- terminó el 18 de abril de

2023 porque el 19 de abril 2023 se firmó el nuevo contrato del servicio en cuestión, comenzando a prestarse el servicio ese día por la nueva adjudicataria resultante de la nueva adjudicación.

5. No obstante, la reiteración de la fragmentación de procedimientos de revisión de oficio por periodos de facturación, de una misma prórroga contractual que se mantiene en el tiempo, contraviniendo 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, por cuanto ello obliga a sucesivos procedimientos de revisión de oficio, puede suponer, en su caso, 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, como manifestamos en el Dictamen 318/2023, de 20 de abril, con cita de los dictámenes 158/2023, de 18 de abril, 81 y 82/2020, de 3 de marzo, a los cuales nos remitimos para evitar reiteraciones.

6. 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 y el 18 de abril de 2023, ambos inclusive-, es nula conforme a los 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 1 al 18 de abril de 2023, sin la previa tramitación del oportuno expediente de contratación a tal efecto. Siendo tales actos nulos, también lo es el contrato [art. 38, b) LCSP].

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 3 de mayo 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.

En suma, la Propuesta de Resolución, que asume lo contenido en el Dictamen 318/2023, se ajusta a Derecho.

7. Por último, en relación con la cuantía, la interesada manifiesta que 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 período de tiempo comprendido entre el 1 de abril de 2023 al 18 de abril 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 contrato, y que, como empresa prestadora del servicio tiene derecho a percibir el coste íntegro del servicio, dando conformidad a la cuantía ofrecida por la Administración, que corresponde con el coste de los servicios efectivamente prestados.

Como manifestamos en el Dictamen 318/2023, 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, sin detraer el 3% del beneficio industrial (como sucedía en anteriores ocasiones), tal y como detallamos extensamente en el citado dictamen, a cuyos fundamentos nos remitimos para evitar reiteraciones.

También, 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).

8. 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, por lo que, aun concurriendo causa de nulidad al haberse dictado los actos preparatorios del contrato de gestión de las Escuelas Municipales de Educación Infantil prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, tal como prevé el art. 47.1, e) LPACAP, en relación con el 39.1 LCSP, se debe indemnizar a la contratista en idéntica cuantía al coste de los servicios prestados, por lo que hay que concluir que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la declaración de nulidad de la contratación del servicio de gestión de las Escuelas Municipales de Educación Infantil del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, realizados durante el periodo del 1 al 18 de abril de 2023, por la empresa (...), liquidándole el importe total de 278.105,58 euros, tal como se razona en el Fundamento III.