



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 7 2 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 16 de noviembre 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 administrativo de declaración de la nulidad de la contratación del «Servicio de promoción de la autonomía personal y apoyo a la inserción social de personas sin hogar» (EXP. 453/2023 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 4 de octubre de 2023 (registro de entrada en este Consejo Consultivo de 6 de octubre de 2023), la Excm. Sra. Alcaldesa del Excmo. Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria interesa de este Consejo Consultivo preceptivo dictamen en relación con la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio derivado del vicio de nulidad de la contratación del «servicio de promoción de la autonomía personal y apoyo a la inserción social de personas sin hogar», realizado por la empresa (...).

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. 12.3 y 11.1.D.c) 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.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, 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.4 LCSP, que en este caso es La Junta de Gobierno Local, al tratarse de un municipio de gran población.

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 art. 39 LCSP (por ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido). 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.

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 la Resolución 30801/2023, de 3 de agosto, de la Concejala del Área de Bienestar Social, Saludable, Deportivo e Igualdad, Diversidad, Participación Ciudadana y Juventud, en ejecución del acuerdo de La Junta de Gobierno de la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria celebrada el día 27 de julio de 2023, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, plazo que se cumpliría el 3 de febrero 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. En este caso, se ha otorgado preceptivo trámite de vista y audiencia a la empresa contratista que mostró su conformidad con la nulidad y con el descuento de

las facturas de un 3% en concepto de beneficio industrial, en escrito de 6 de agosto de 2023.

Este Consejo Consultivo en su Dictamen 72/2023, de 1 de marzo, seguido, entre otros, por los Dictámenes 170/2023, de 20 de abril, 318/2023, de 20 de julio, 386/2023, de 5 de octubre, 412/2023, de 19 de octubre, y 452/2023, de 7 de noviembre, 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 aplicación de lo dispuesto en el art. 106.1 LPACAP, por remisión del art. 41 LCSP.

II

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

1. Con fecha 15 de diciembre de 2020, se dicta resolución n.º 2020-44628 de la Concejala de Gobierno del Área de Economía y Hacienda, Presidencia y Cultura (y posteriormente resolución rectificativa con n.º 2021-2547 de 2 de febrero de 2021), donde se acuerda la tramitación de emergencia de la contratación de un *«Servicio de Promoción de la Autonomía Personal y Apoyo a la Inserción Social de personas sin hogar»*, debido a la crisis originada por la pandemia de COVID-19. Dicha contratación fue adjudicada a la empresa (...), por un periodo de 8 meses (hasta el 15 de agosto de 2021).

2. Con fecha 20 de junio de 2021, por la Jefa de la Unidad Técnica de Inclusión Social se emite solicitud de ampliación del plazo de la contratación de emergencia del contrato mencionado en el punto anterior, debido a la persistencia de los motivos que dieron lugar a la contratación de emergencia.

3. Con fecha 14 de julio de 2021 mediante resolución n.º 2021-23783 de la Concejala de Gobierno del Área de Economía y Hacienda, Presidencia y Cultura, y a propuesta del Servicio de Contratación, se resuelve *«No acceder a la ampliación del contrato de emergencia habida cuenta que no se justifica por la Jefatura de la Unidad Técnica que se den los requisitos necesarios contemplados en el artículo 120 de la LCSP como son acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, por lo que finalizará este contrato de emergencia el 15 de agosto de 2021, de conformidad con los fundamentos de derecho mencionados anteriormente»*.

4. Debido a la imposibilidad de seguir ejecutándose el contrato de emergencia dictado para poder realizar el servicio de promoción de la autonomía personal y apoyo en la inserción social a personas sin hogar y, ante el grave perjuicio que ello supondría a la población beneficiaria, se procede a solicitar a la empresa que prestaba el servicio, a seguir con el mismo a partir del 16 de agosto de 2021.

5. Con fecha 30/09/2021, el Centro Gestor (el Servicio de Bienestar Social) remite al Servicio de Contratación para su licitación, el contrato denominado *«Servicio de promoción de la autonomía personal y apoyo a la integración social de personas sin hogar del ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria»* y, posteriormente, con fecha 29/12/2021 dicho Servicio informa que: *« (...) debido a la imposibilidad de ser revisado y tramitado por este Servicio de Contratación, es por lo que se devuelve a ese Centro Gestor, dada la imposibilidad de proceder durante este ejercicio a la conclusión del expediente, solicitándose la modificación de los documentos contables y resto de la documentación que haga referencia a su adjudicación durante el presente ejercicio, al objeto de iniciar la tramitación en el ejercicio 2022»*.

6. Con posterioridad, el Centro Gestor tras actualizar la documentación referida anteriormente, con fecha 31/03/2022 vuelve a remitir el expediente al Servicio de Contratación para la licitación y, posteriormente se realizan varias subsanaciones a petición del Servicio de Contratación en las fechas 05/05/2022 y 09/06/2022, remitiéndose finalmente a dicho Servicio con fecha 01/07/2022.

7. El Servicio de Contratación remite Comunicación Interior de fecha 18/11/2022, adjuntando informe de la Intervención General de misma fecha, donde se detalla *« (...) se devuelve el expediente para que su adaptación al nuevo Convenio Colectivo de Acción e Intervención social 2022-2024, (...) »*, respondiendo al respecto la jefa de la Unidad Técnica de Inclusión Social con fecha 23/11/2022, que *« (...) teniendo en cuenta el alcance de la modificación indicada por Intervención y los plazos que fija el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público para la tramitación del expediente de contratación, no existe tiempo material suficiente para dar continuidad a su tramitación anticipada (...) se procederá a subsanar los extremos requeridos y a remitir el expediente para su tramitación ordinaria en el ejercicio 2023»*.

8. Desde el Servicio de Bienestar Social, se remite nuevamente dicho expediente al Servicio de Contratación para su licitación, en varias ocasiones siendo la última ocasión el 16/05/2023, estando en la actualidad en trámites.

9. Informe de la Sección de Gestión Económico-Presupuestaria del Servicio de Bienestar Social, de 28 de junio de 2023, que pone de manifiesto la posible concurrencia de una causa de nulidad en la contratación del «*Servicio de promoción de la autonomía personal y apoyo a la inserción social de personas sin hogar*» (gastos realizados entre los días uno de octubre de 2022 a 31 de mayo de 2023, por importe de 314.528.19 euros, menos el importe del beneficio industrial que haya que aplicar).

Concretamente, el citado informe señala lo siguiente:

«Primero. - Desde el Servicio de Bienestar Social, a través de la Unidad Técnica de Inclusión Social, se lleva a cabo la prestación de servicios sociales a personas en situación o riesgo de exclusión social, a partir de un conjunto de recursos organizados y coordinados, ofreciendo un circuito de atención concebido para posibilitar a las personas sin hogar, el desarrollo de un itinerario de inserción social, donde se garantiza una continuidad gradual en la prestación de servicios, según las distintas fases del plan de intervención personal, todo ello, al objeto de mejorar las condiciones de vida y, en cada caso, su autonomía personal, dado que no disponen de medios propios ni de redes alternativas de apoyo.

Este servicio se venía prestando a través de un contrato de emergencia, pero debido a la imposibilidad de seguir ejecutándose y, al considerarse desde el Servicio de Bienestar Social, un servicio imprescindible, es por lo que con fecha 16 de agosto de 2021, se solicitó a la misma empresa que había prestado dicho servicio, siguiera proporcionándolo, sin ajustarse a las normas establecidas, con el fin de evitar un grave perjuicio a los beneficios de dicho servicio, siendo el expediente que nos ocupa en estos momentos, el correspondiente para la revisión de los gastos de oficio del periodo comprendido entre el uno de octubre de 2022 y el 31 de mayo de 2023.

A su vez, se informa que hasta la actualidad se han tramitado varios expedientes del mismo servicio, siendo el último el que abarcó el periodo comprendido desde el uno de junio de 2022 al 30 de septiembre de 2022.

(...)

1.2.- Descripción del servicio de promoción de la autonomía personal y apoyo en la inserción social a personas sin hogar.

El dispositivo consta de servicios no residenciales y de Centros de Acogida Municipales (CAM), así como una vivienda tutelada para la externalización de aquellos casos que han culminado con éxito el proceso de inserción social iniciado en los CAM, pero que requieren de una última actuación supervisada en un entorno alojativo normalizado, orientado a la adquisición de actividades instrumentales para la vida autónoma a través de la gestión doméstica y económica, principalmente.

Las características comunes del colectivo beneficiario de estos recursos, responde a un perfil heterogéneo que aglutina una multiplicidad de situaciones que convergen en situaciones de exclusión social, según diferentes grados de severidad, presentando el denominador común de la ausencia del hogar, entendiéndose no sólo como un lugar de residencia, sino como un espacio vital de pertenencia y seguridad desde el que la personas ven atendidas sus necesidades biológicas, afectivas y sociales. En general carecen de medios propios y, los que disponen de ellos, la presencia de graves problemáticas asociadas les impide ejercer un uso adecuado de los mismos, siendo las psicopatologías otra de las características constantes en este colectivo, bien debido al consumo de tóxicos o por la presencia de patologías psíquicas u orgánicas.

Además de todo lo expuesto, estos recursos municipales requieren de una gran adaptabilidad, dado que dicho colectivo no responde a un perfil de usuario homogéneo, sino que la diversidad en la casuística es amplia, recurriendo a estos recursos cuando el resto de alternativas y recursos han sido agotados, circunstancias que en muchas ocasiones superan las capacidades asistenciales propias de una red de atención social de carácter básico.

Esta diversidad de las características personales de la población beneficiaria, obliga a que en los recursos alojativos se precise de medios para una constante supervisión del ajuste personal y convivencial y, en muchos de los casos, del auxilio en actividades básicas y cotidianas de la vida diaria y del autocuidado. Así pues, los servicios auxiliares de apoyo a la autonomía y la promoción personal se constituyen en elemento fundamental de este ámbito de actuación sectorial, que el caso de su ausencia, la estancia en un entorno convivencial colectivo de estas características se haría inviable al no estar garantizada la capacidad de autogestión personal de los usuarios acogidos. A dicha realidad, además, se le ha sumado las exigencias derivadas de la crisis sanitaria a causa de la COVID 19, requiriendo de procedimientos de actuación establecidos por el Ministerios de Sanidad para los recursos residenciales de carácter social.

En el marco de este servicio se desarrollan los siguientes programas:

- 1. Programa de mejora de la autonomía personal y del funcionamiento psicosocial.*
- 2. Programa de atención a la dependencia.*
- 3. Programa de autocuidado personal.*

Todo ello, constituye un servicio obligatorio según la legislación vigente de carácter estatal y autonómica, donde se refleja las competencias a la administración municipal para aquellos municipios que superan los 20.000 habitantes.

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

Tercero.- Señalar que no es posible la restitución de la prestación, debido al tipo de servicio, para cual ha sido necesario, recursos materiales y medios humanos, los cuales han

aplicado sus funciones a los usuarios de los CAM dependiendo de las características que presenta cada individuo.

Cuarto.- Debido al desarrollo del mencionado servicio, la empresa ha emitido las siguientes facturas:

(...)

Importe total del periodo 01/10/2022 a 30/11/2022: 64.460,81

(...)

Importe total del periodo 01/12/2022 a 31/05/2023: 250.067,38

IMPORTE TOTAL:314.528,19

Quinto.- El valor de la prestación asciende a un importe total de 314.528,19 euros, cuyo importe corresponde con el precio de mercado habitual para este tipo de servicios, ya que esta empresa venía realizando un servicio de idénticas características bajo los requisitos de un contrato de emergencia, circunstancias por las que se valoró idóneo recurrir a esta misma empresa al estar garantizado los intereses de la administración.

Los gastos detallados en el expediente se corresponden con prestaciones efectivamente realizadas en favor del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, de cuya valoración no consta la existencia de beneficio industrial.

Sexto.- En relación a la situación contable de las facturas generadas y cuya prestación se ha realizado desde el 01/10/2022 al 31/05/2023, cuyo importe total asciende a 314.528,19 euros, se ha solicitado la contabilización de una Retención de Crédito (RC) con la siguiente descripción:

(...)

Séptimo.- (...) se ha podido destinar crédito para afrontar estos gastos con cargo al ejercicio presupuestario de 2023, sin la necesidad de incrementar los fondos existentes en la aplicación presupuestaria, al disponer de crédito a través de la vinculación jurídica, no existiendo impedimento ni limitación alguna para la aplicación de estos gastos al presupuesto 2023, ni afectando a las necesidades que deban atenderse, ni produciéndose ningún perjuicio en relación con otros gastos que se vayan a ejecutar en el ejercicio presupuestario (...) ».

Tras ello, se propone elevar a acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad, al «haberse realizado sin previa fiscalización», previa remisión a la Intervención General para que pueda apreciar la posible «omisión de fiscalización» con el fin de que aquélla acuerde que se inicie el procedimiento de revisión de oficio.

10. Con fecha 6 de julio de 2023 se emitió, por la Intervención General Municipal, informe en el que pone de manifiesto la omisión de la 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 *«los actos de preparación y adjudicación del contrato se han realizado sin ajustarse al procedimiento legalmente establecido, bien por ausencia total de procedimiento, bien por no seguir el concreto procedimiento previsto en la 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, aunque se diga *«revisado el expediente se deduce la concurrencia de causa de nulidad de la contratación, y dado el carácter de las prestaciones, el importe y los incumplimientos legales que se han puesto de manifiesto, esta intervención General considera que debe tramitarse el procedimiento de revisión de oficio de la contratación»*, no se concreta tampoco claramente la causa de nulidad de pleno derecho, añadiéndose lo 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.

11. Con fecha 27 de julio de 2023 la Junta de Gobierno Local acuerda tomar conocimiento de la omisión de fiscalización previa de la citada contratación durante el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2022 y 31 de mayo de 2023, e iniciar el procedimiento de revisión de oficio de tal contratación.

III

En cuanto a la tramitación del procedimiento de revisión de oficio, constan practicadas las siguientes actuaciones relevantes:

1. Por resolución 30801/2023 de 3 de agosto, de la Concejala del Área de Bienestar Social, Saludable, Deportivo e Igualdad, Diversidad, Participación Ciudadana y Juventud, se inicia el expediente para declarar la nulidad de la contratación descrita, notificada y recibida por la empresa en la misma fecha.

En esta resolución se le indicaba a la empresa que disponía de un plazo de 10 días hábiles para manifestar «todo lo que a su derecho convenga, especialmente lo referido a la existencia o no de beneficio industrial y su cuantificación, y aporte estudio económico y cuantos medios de prueba considere convenientes».

2. Escrito de fecha 8 de agosto de 2023 (registro de entrada número 113245-2023, de la misma fecha) en el que la empresa da por realizado el trámite de audiencia indicando que *«al tratarse de precios unitarios, a esta entidad no le es posible determinar el beneficio industrial de los servicios prestados, por lo que mostramos nuestra conformidad con que se deducirá el 3% de las facturas aportadas»*, solicitando *«que se acuerde el pago de la suma de 305.092,34 € previa declaración de nulidad y liquidación de contrato»*.

3. La empresa con fecha 11 de agosto de 2023, registra nuevas facturas de los servicios realizados, cuyos importes figuran con el descuento del 3% del beneficio industrial.

4. Informe de Intervención General de fecha 15 de septiembre de 2023, haciendo constar el cambio de criterio del Consejo Consultivo sobre la preceptividad del dictamen, haya o no oposición del contratista.

5. Informe de la Dirección General de la Asesoría Jurídica de fecha 21 de septiembre de 2023, favorable a la declaración de nulidad.

6. Informe-Propuesta de declaración de nulidad emitida por el Centro Gestor con fecha 1 de septiembre de 2023.

IV

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. La Propuesta de Resolución declara la nulidad de la contratación, a favor de (...), en relación a los gastos derivados de la contratación del *«Servicio de promoción de la autonomía personal y apoyo a la inserción social de personas sin hogar»* realizado en el período entre el 01/10/2022 y el 31/05/2023 y, asimismo, la liquidación del contrato. Dado que no es posible la restitución recíproca, se acuerda devolver su valor por un importe total, incluyendo impuestos, de 305.092,34 euros, una vez descontado el importe considerado como beneficio industrial.

En este caso, después de reproducir extensamente los antecedentes que han dado lugar a la situación descrita con anterioridad, la Propuesta de Resolución sólo razona que *«[d]ebido a la necesidad inaplazable de la contratación de las prestaciones descritas, se ha incurrido en causa de nulidad conforme a lo previsto en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 39 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público»* (Fundamento de Derecho 4.ª).

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»*, citando, asimismo, el art. 28 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.

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 los más recientes 318/2023, de 20 de julio, 386/2023, de 5 de octubre, 412/2023, de 19 de octubre, y 452/2023 de 7 de noviembre, 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».

No obstante, en el informe de la Intervención General se mantiene como causa de nulidad la «*omisión de fiscalización*». Este informe adolece de una notable imprecisión y falta de rigor, afectando a la propia función interventora en los términos exigidos por su propia normativa reguladora, pues, además de no concretar el supuesto de hecho respecto a este determinado contrato en el que se debe fundar una nulidad de pleno derecho -genéricamente alude a la «*omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales*»-, continúa manteniendo como una de las causas de nulidad la citada «*omisión de fiscalización*», dado que se utiliza un mismo modelo o plantilla que se aplica a este y otros contratos cuya revisión de oficio se pretende, que han llegado a este Consejo Consultivo y que hemos dictaminado en ocasiones anteriores.

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 DCCC 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 señalado en los DCCC 84/2014, de 17 de marzo, y 258/2020, de 25 de junio, 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 solo alude genéricamente a la causa de nulidad del art. 47.1.e) LPACAP.

5. No obstante, aunque en la Propuesta de Resolución no conste claramente la causa de nulidad sino una referencia genérica al art. 47.1.e) LPACAP en relación con el art. 39 LCSP, del expediente remitido a este Consejo y de sus antecedentes se desprende que el contrato de emergencia adjudicado se ha prorrogado sin cobertura

contractual alguna, a petición de la propia Administración, desde que se extinguió el 15 de agosto de 2021, circunscribiéndose la revisión de oficio que nos ocupa al periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2022 y el 31 de mayo de 2023 (sin que nada se diga sobre el comprendido entre el 16 de agosto de 2021 y el 30 de septiembre de 2022). Por tanto, aunque no es labor de este Consejo averiguar la causa que se alega para declarar la nulidad de pleno derecho de un acto o contrato administrativo que es sometido a nuestro dictamen, parece que esta puede reconducirse a la ausencia de cualquier acto de preparación, esto es, los actos preparatorios y los actos de adjudicación, por lo que la contratación, desde el 16 de agosto de 2021, y, en este caso, desde el 1 de octubre de 2022 hasta el 31 de mayo de 2023, 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 adjudicado mediante un contrato de emergencia, cuya prórroga, además, fue denegada expresamente.

Sin embargo, los informes previos continúan manteniendo que la causa es la «*omisión de fiscalización previa*», que, como hemos razonado, no lo es, lo que debe subsanarse. Además, se mantiene en la Propuesta de Resolución que no es preceptivo el dictamen de este Consejo (Fundamento de derecho 7.^a), en contradicción con la doctrina de este Consejo señalada en el anterior Fundamento I, apartado 6.

Por tanto, la Propuesta de Resolución debe subsanarse para concretar claramente la causa de nulidad que se alega, según lo señalado con anterioridad, así como para indicar que es preceptivo el dictamen de este Consejo.

6. En definitiva, en este caso existe una prórroga tácita del contrato de emergencia de servicios, que, además, fue expresamente denegada, por lo que la contratación de los servicios prestados a partir del 16 de agosto de 2021 -y, en este caso, los comprendidos entre el 1 de octubre de 2022 y 31 de mayo 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 promoción de la autonomía personal y apoyo a la inserción social de personas sin hogar», durante el periodo del 1 de octubre de 2022 y 31 de mayo 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 28 de junio de 2023, que «ante la imposibilidad de seguir ejecutándose el contrato de emergencia dictado para poder realizar el servicio de promoción de la autonomía personal y apoyo en la inserción social a personas sin hogar y, ante el grave perjuicio que ello supondría a la población beneficiaria, se procede a solicitar a la empresa que prestaba el servicio, a seguir con el mismo a partir del 16 de agosto de 2021». También se señala en el expediente que han ocurrido, además, diversas vicisitudes en la tramitación de la licitación de este servicio, que comenzó el 30 de septiembre de 2021, esto es, cuando ya había concluido el contrato de emergencia y comenzado a prestarse el servicio sin cobertura contractual.

En suma, la Propuesta de Resolución, hasta aquí, se ajusta a Derecho, siempre y cuando se subsane en los términos que se han señalado.

7. En relación a los efectos económicos de la anulación de la contratación, de la documentación obrante en el expediente se pone de manifiesto que el inicio del presente expediente de revisión de oficio está motivado por la continuidad de la prestación del servicio de promoción de la autonomía personal y apoyo en la inserción social a personas sin hogar, durante el periodo de tiempo comprendido entre el 1 de octubre de 2022 al 31 de mayo de 2023, sin cobertura legal alguna tras la extinción del contrato el 15 de agosto de 2021, y no haberse realizado aún nueva contratación, y que la empresa prestadora del servicio tiene derecho a percibir el precio del servicio con detracción del 3% del beneficio industrial.

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

Sin embargo, como ya ha indicado el propio Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre (y este Consejo Consultivo de Canarias -Dictamen 220/2013, de 19 de junio-), « (...) *nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (...), para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma*».

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

Pues bien, a tal fin, en trámite de audiencia, la entidad (...), en su escrito de alegaciones, puesto que se le exige el desglose de las facturas con determinación del beneficio industrial, a fin de detraerlo, señala: «*al tratarse de precios unitarios, a esta entidad no le es posible determinar el beneficio industrial de los servicios prestados, por lo que mostramos nuestra conformidad con que se detraiga el 3% de las facturas aportadas*», solicitando «*que se acuerde el pago de la suma de 305.092,34 € previa declaración de nulidad y liquidación de contrato*».

Es decir, la entidad contratista, ante la exigencia de la Administración de desglosar la factura en orden a la detracción del beneficio industrial (en contra de la doctrina sentada por este Consejo Consultivo -por todos, Dictamen 318/2023 de 20 de julio, Fundamento III.6 y 7, con cita de muchos anteriores), lleva a cabo dicha labor, si bien, constan facturas por los servicios prestados en el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2022 y 31 de mayo de 2023 cuyo desglose transcribe el informe de la Sección de Gestión Económico-Presupuestaria del Servicio de Bienestar Social, de 28 de junio de 2023, así como la propia Propuesta de Resolución, por un total de 314.528,19 euros.

Como manifestamos en el citado Dictamen 318/2023, de 20 de julio, «*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. 2020,

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 detracer 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.

(...)

Por lo que no pueden 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 sí prestada de buena fe por la contratista siguiendo órdenes de la administración (sentencia de 13 de julio de 1984) así como un pago a un subcontratista a consecuencia de una subcontrata con consentimiento

tácito de la administración en que hubo incumplimiento contractual por ambas partes contratantes.

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

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

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

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

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

En el presente caso la reparación integral del daño al contratista ha de coincidir con la totalidad del importe de las facturas en su momento presentadas, lo que incluirá la totalidad del precio del contrato efectivamente ejecutado. En este sentido, como manifestamos en el citado Dictamen 318/2023, de 20 de julio, y en el Dictamen 386/2023, de 5 de octubre, 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, sin que haya enriquecimiento injusto para ninguna de las partes, sin detracer el 3% del beneficio industrial (como sucedía en anteriores ocasiones), tal y como detallamos extensamente en el Dictamen 318/2023, al que ha de estar esa Corporación Municipal.

8. De todo lo expuesto cabe concluir que en los supuestos, como en el presente caso, en que el servicio se ha prestado a satisfacción de la Administración, interviniendo la buena fe de la contratista, aun concurriendo causa de nulidad al haberse dictado los actos preparatorios del contrato de servicio que nos ocupa, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, tal como prevé el art. 47.1.e) LPACAP, en relación con el art. 39.1 LCSP, se debe indemnizar a la contratista en idéntica cuantía al valor de los servicios prestados, por lo que hay que concluir que la Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho en ese punto.

9. Resta por abordar la cuestión relativa a las consecuencias derivadas de la prestación del servicio con posterioridad al 31 de mayo de 2023, y que se traducen en las facturas que, con origen en el presente contrato declarado ya nulo, se hayan podido emitir, o se emitirán, con posterioridad a dicha fecha. Al respecto, señalábamos en nuestro reciente Dictamen 452/2023 de 7 de noviembre:

«Esta cuestión ya ha sido resuelta por el Consejo Consultivo de Asturias, en su Dictamen 15/2020, de 23 enero, en el que razona lo siguiente:

«En el reiterado Dictamen Núm. 265/2019, remitido a la misma autoridad consultante en relación con la prórroga y modificación del mismo contrato de prestación del servicio de ayuda a domicilio en otro periodo, apreciamos que “la imposibilidad de proceder a la modificación, por el exceso producido en el precio del contrato inicialmente fijado, determinaba la procedencia de resolver el contrato y proceder a una nueva licitación. Y si bien concurre vicio de nulidad por omisión del procedimiento relativo tanto a una nueva licitación como en la prórroga que de facto se produce, no podemos obviar que al tiempo de esta última el contrato ya estaba viciado de nulidad radical. En suma, el hecho determinante de la nulidad es aquí la omisión de la nueva licitación al tiempo del modificado, suplida por la realización de una `modificación tácita´ cuando lo que procedía abrir era una nueva licitación, y ese vicio comporta la nulidad del contrato desde ese mismo momento, lo que afecta también a los postreros 20 días en los que el servicio se presta careciendo además de amparo en los plazos contractuales”. Según exponíamos entonces, “con arreglo a la cláusula 32 del pliego (...), la superación de los límites establecidos en el mismo obligaba a la resolución del contrato en vigor y al inicio de un nuevo procedimiento de licitación, de conformidad con la LCSP ya vigente en el mes de noviembre de 2018. Tal prescripción fue

desatendida en favor de la continuidad de la prestación con arreglo a unas nuevas condiciones; situación que implicó, en definitiva, tanto la vulneración del citado artículo 108 del TRLCSP como del artículo 37.1 de la LCSP, en cuanto que proscribía la contratación verbal, así como de los demás preceptos de esta Ley que someten a un determinado procedimiento la adjudicación de servicios en función de su cuantía”.

Tal razonamiento ha de extenderse, por lógica, también a la prestación del servicio con posterioridad al 1 de enero de 2019, situación idéntica a la producida en el periodo comprendido entre el 11 y el 31 de diciembre de 2018, lo que nos obliga a remitirnos a las consideraciones efectuadas en el referido dictamen sobre la causa de nulidad apreciada, que acabamos de transcribir.

Ahora bien, no puede obviarse que la adjudicación directa, tácita o verbal, del servicio por el periodo mencionado ya fue anulada por Resolución de la Alcaldía de 12 de diciembre de 2019, trasladada a este Consejo tras la emisión del Dictamen Núm. 265/2019, en la que se declara la nulidad de “los actos administrativos de modificación y prórroga del contrato administrativo de servicios de ayuda a domicilio (...), en tanto la prórroga comprendida entre el 11 y el 31 de diciembre de 2018 no ha sido objeto de tramitación, ni la misma era posible, y por cuanto el importe de adjudicación y prórroga ha sido modificado en un 21,78 %, porcentaje superior al que posibilita la realización de un modificado, no habiéndose procedido a la licitación del nuevo procedimiento de adjudicación que, a la vista de ello, hubiera resultado necesario”. Siendo así, esto es, predicada esa nulidad de la decisión administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio -y no de unas determinadas facturas, que ni siquiera tienen naturaleza de acto administrativo-, no se aprecia ninguna decisión posterior diferenciada o distinta, expresa o tácita, con relación a las nuevas facturas (por el periodo transcurrido entre 1 de enero y 31 de mayo de 2019), de modo que la nulidad carece ahora de objeto y la invalidez de las últimas facturas no es sino consecuencia material de la nulidad ya declarada el 12 de diciembre de 2019.

En efecto, aunque aparentemente la nulidad se predica de “la prórroga comprendida entre el 11 y el 31 de diciembre de 2018”, consta que la voluntad de prorrogar el contrato se extendía mientras se llevaba a cabo “una nueva licitación”, y que con fecha 13 de diciembre de 2018 se inició el nuevo procedimiento de licitación, por lo que debe entenderse que el acto tácito de prórroga se adoptó con ese horizonte temporal -en tanto se incorporaba un nuevo adjudicatario-, sin que pueda concebirse que aquella decisión tácita de prorrogar la continuidad del servicio se limitara únicamente hasta al 31 de diciembre de 2018 y excluyera los meses sucesivos cuando es manifiesto que la nueva adjudicación no se resolvería en tan corto lapso (y ni siquiera en una fecha cierta). Hallándonos ante una prestación continuada, de tracto sucesivo, en la que tampoco se exterioriza, con posterioridad a aquella decisión tácita ya anulada, ningún otro acto administrativo de cobertura, es forzoso concluir que el

contrato verbal a cuyo amparo se emiten las nuevas facturas es el ya anulado por Resolución de la Alcaldía de 12 de diciembre de 2019.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP, “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”. Por tanto, de la nulidad de los actos de contratación identificados en la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo de 12 de diciembre de 2019 resulta la consecuente nulidad de la contratación bajo cuya vigencia se prestaron los servicios que dieron lugar a las facturas que ahora se someten a nuestra consideración.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de los actos de contratación cuestionados -que, se insiste, se declaró ya por Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo de 12 de diciembre de 2019 tras haberse sometido a nuestra consideración-, con relación ahora a las facturas a las que se refiere este procedimiento concreto ha de estarse a lo señalado en el Dictamen Núm. 265/2019 y en la propia resolución de anulación, esto es, a lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP; regulación que constituye el cauce legal específico para garantizar los derechos de quien hubiera prestado servicios a la Administración en unas condiciones como las examinadas. Este artículo prescribe que la “declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que, vinculadas a esta práctica irregular de contratación pública, pudieran derivarse para el personal al servicio de las Administraciones públicas (disposición adicional vigésima octava de la LCSP)».

Conforme a la doctrina transcrita, que comparte este Consejo Consultivo, la declaración de nulidad de la decisión administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio, al no apreciarse ninguna decisión posterior diferenciada o distinta, expresa o tácita, con relación a las nuevas facturas (por el periodo transcurrido desde el 31 de mayo de 2023 hasta que se dote de cobertura contractual a la prestación), determina que las ulteriores solicitudes de nulidad carezcan de objeto y la invalidez de las subsiguientes facturas no sean sino consecuencia material de la nulidad ya dictaminada en el presente Dictamen.

Y ello por cuanto, aunque aparentemente la nulidad se predica de «la prórroga comprendida entre el 11 de abril y el 31 de mayo de 2023», consta en el expediente administrativo que la voluntad de prorrogar el contrato se extendía mientras se llevaba a cabo «una nueva licitación», iniciándose en el mes de mayo de 2022 el nuevo procedimiento de licitación. Por lo que debe entenderse que el acto tácito de prórroga se adoptó en tanto

se incorporaba un nuevo adjudicatario, sin que pueda concebirse que aquella decisión tácita de prorrogar la continuidad del servicio se limitara únicamente hasta al 31 de mayo de 2023 y excluyera los meses sucesivos, toda vez que es manifiesto que la nueva adjudicación no se resolvería en tan corto lapso (y ni siquiera en una fecha cierta), máxime cuando consta en el informe del Servicio de Educación que a fecha 14 de junio de 2023 «el expediente del contrato 350/22-s está siendo valorado por la mesa de contratación».

Por tanto, tal como señala el Consejo Consultivo de Asturias, hallándonos ante una prestación continuada, de tracto sucesivo, en la que no se exterioriza, con posterioridad a aquella decisión tácita ya anulada, ningún otro acto administrativo de cobertura, es forzoso concluir que el contrato verbal a cuyo amparo se emiten las nuevas facturas es el que constituye el objeto del presente Dictamen, por lo que no procederá dictaminar sobre las mismas al quedar afectadas por la nulidad ya dictaminada».

Esta doctrina, por tanto, resulta de aplicación a las posibles nuevas prórrogas sucesivas del mismo contrato y consiguientes facturas posteriores a 31 de mayo de 2023, que quedan afectadas por la nulidad ya dictaminada.

10. Aproximándonos a las conclusiones, como ya hemos repetido con anterioridad en diversas ocasiones, en cuanto a la habitualidad con que se realizan fragmentaciones de procedimientos de revisión de oficio, ha de recordarse lo razonado por este Consejo Consultivo en el reiterado Dictamen 452/2023, de 7 noviembre:

«De otro lado, cabe insistir una vez más en que 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 (LRJSP), 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, 80, 81 y 82/2020, de 3 de marzo, así como en los Dictámenes 386/2023, de 5 de octubre y 412/2023, de 19 de octubre, a los cuales nos remitimos para evitar reiteraciones.

Este Consejo Consultivo dictamina, entre otras cuestiones y conforme a su Ley reguladora, revisiones de oficio de actos preparatorios y de adjudicación de contratos, por lo que la fragmentación y multiplicación de procedimientos de revisión de oficio por periodos de facturación de un mismo contrato, con el fin de pagar «facturas» (nótese que cada

procedimiento en sus antecedentes surge por la existencia de una determinada «factura»), además de contravenir los principios ya citados de la LRJSP, vulnera la finalidad de la revisión de oficio en los estrictos términos en que esta ha de interpretarse, así como la naturaleza de este Órgano Consultivo, tratando de implicarlo ilegítimamente en la gestión económica- financiera diaria de la Administración solicitante.

Además, este Consejo Consultivo no puede sino reiterar la necesidad de que las Administraciones públicas respeten los principios de publicidad y concurrencia que fundamentan la regulación de los contratos administrativos, erradicando las prácticas que los vulneran. Este tipo de irregularidades, frecuentemente provocadas por graves faltas de diligencia en la gestión de los expedientes de contratación, originan situaciones de hecho en la prestación de los servicios cuya compensación luego, a su vez, genera distorsiones y tensiones sobre otras vías a fin de permitir los correspondientes pagos cuando, en puridad, deberían haberse canalizado en el marco de la relación contractual. Todo ello, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades de orden administrativo o incluso penal en que pudieran incurrir las correspondientes autoridades o personal al servicio de las Administraciones públicas».

11. Para finalizar, tampoco debe olvidarse, como también indicábamos en el citado Dictamen 452/2023, de 7 de noviembre, que además de las estrictas causas de nulidad de pleno derecho contenidas en el art. 47 LPACAP, son actos anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder (art. 48.1 LPACAP), y que estos actos anulables, en casos favorables para los interesados, se pueden impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, previa su declaración de lesividad para el interés público (art. 107.1 LPACAP).

En cualquier caso, y sin perjuicio de que la vía señalada resulta procedente si lo que se pretende es la anulación de los actos anulables, tampoco está de más recordar que cabe la convalidación de los actos administrativos anulables con carácter general, mediante el dictado de un acto que subsane o corrija (acto subsanador) los defectos que presenten (art. 52.1 LPACAP «*la Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan*»); vía que puede servir para soslayar irregularidades y de remedio, en no pocos casos, para la conservación de los actos.

Dicho en otras palabras: en caso de infracción del ordenamiento jurídico, la regla es la anulabilidad (art. 48 LPACAP) y la excepción es la nulidad de pleno derecho (art. 47.1 LPACAP). La contratación irregular es un fenómeno que encubre diferentes realidades que lejos están de poderse reconducir siempre a la vía de la

revisión de oficio. Recordando lo indicado al inicio de este Fundamento IV, y con esto concluimos, se trata, por tanto, la revisión de oficio de una potestad excepcional - porque son a los órganos judiciales a los que le incumben la anulación de los actos administrativos ilegales con carácter general-. La revisión de oficio no puede convertirse en la vía ordinaria para la depuración de los defectos ilegales de cualquier índole. Sólo si se trata de infracciones notorias, palmarias y evidentes, cabe apreciar la concurrencia de la concreta causa de nulidad que se pretende hacer valer en cada caso. Se hace preciso distinguir para circunscribir la revisión de oficio a los supuestos en los que se acredite de forma manifiesta la concurrencia de una causa de nulidad radical; y, por tanto, cuando se invoca o se aduce el art. 47.1.e) LPACAP (los actos «*dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*»), le incumbe a la Administración identificar el vicio cometido y el procedimiento omitido o el trámite que se haya incumplido y su esencialidad.

CONCLUSIONES

1. 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 del «*Servicio de promoción de la autonomía personal y apoyo a la inserción social de personas sin hogar*» realizado por (...), en el período entre el 1 de octubre de 2022 y el 31 de mayo de 2023, siempre y cuando se subsane en los términos indicados en el Fundamento IV.5 y 6, y sin perjuicio de las observaciones contenidas en los apartados 3, 9, 10 y 11 del mismo Fundamento.

2. No obstante, la Propuesta de Resolución, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, no se ajusta a Derecho, pues no procede detraer el beneficio industrial, conforme se ha señalado en el Fundamento IV, apartados 7 y 8.