



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 4 4 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 28 de diciembre 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 Musical del Servicio de Educación, durante el período comprendido entre el 11 de febrero de 2023 y el 31 de mayo de 2023 (EXP. 543/2023 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 del contrato del servicio de gestión de las Escuelas Municipales de Educación Musical durante el periodo comprendido entre el 11 de febrero de 2023 y el 31 de mayo de 2023, realizados por la empresa (...), por importe total de 161.792,03 euros.

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.

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. Marrero Sánchez.

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. 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.

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 y 386/2023, de 5 de octubre, 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.

4. 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.

5. 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.

6. 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 2023-39945, de 27 de octubre 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 27 de abril 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.

II

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

- El 6 de febrero de 2017 se adjudicó a (...) la contratación del servicio de gestión de la Escuela Municipal de Educación Musical, formalizándose el contrato el 7 de febrero de 2017. El 11 de febrero de 2017 se firmó el acta de iniciación de las prestaciones, por lo que en tal fecha se inició la contratación, por un plazo de cuatro años, prorrogable por dos más. Prórrogas que se hicieron efectivas, finalizando el contrato el día 10 de febrero de 2023.

- Con fecha 20 de abril de 2023 la Junta de Gobierno de la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria acuerda la «Adjudicación del contrato, disposición del gasto para el procedimiento abierto, con pluralidad de criterios de adjudicación, sujeto a regularización armonizada, en relación al contrato de servicios de la "Organización y ejecución de la enseñanza presencial y en línea de diferentes especialidades musicales al alumnado de la Escuela Municipal de Educación Musical de Las Palmas de Gran Canaria».

- Con fecha 25 de mayo de 2023 se firma el contrato de servicio de *«Organización y ejecución de la enseñanza presencial y en línea de diferentes especialidades musicales al alumnado de la Escuela Municipal de Educación Musical de Las Palmas de Gran Canaria»*.

- Con fecha 1 de junio de 2023 se firma el acta de inicio del servicio correspondiente al contrato de *«Organización y ejecución de la enseñanza presencial y en línea de diferentes especialidades musicales al alumnado de la Escuela Municipal de Educación Musical de Las Palmas de Gran Canaria»*.

- Con fecha 13 de julio de 2023 el Centro Gestor emite en el que expone lo siguiente:

«Cabe señalar que desde el servicio de Educación se inició el procedimiento administrativo para la nueva licitación objeto de esta prestación con más de un año de antelación y que debido a la complejidad de ese tipo de expedientes en los que intervienen diferentes departamentos municipales en el periodo que nos ocupa aún no se había podido formalizar el nuevo contrato, aunque en el momento de la finalización del contrato 113/16-S ya había sido celebrada la primera Mesa de Contratación correspondiente al nuevo contrato 134/22-S, fecha que coincidió con el ecuador del actual curso escolar 22/23, cuya interrupción abrupta habría supuesto, como ya se ha argumentado, un importante perjuicio al proceso de aprendizaje del alumnado, a la situación laboral de la plantilla y a la propia ciudad en tanto que beneficiaria directa de este servicio municipal».

Para evitar graves perjuicios la empresa que venía realizando el servicio, (...), lo prosigue entre el 11 de febrero y el 31 de mayo de 2023, sin que conste procedimiento alguno de contratación.

En este mismo informe se pone de manifiesto la posible concurrencia de una causa de nulidad del contrato de servicio de gestión de las Escuelas Municipales de Educación Musical realizados por la empresa (...), del 11 de febrero al 31 de mayo de 2023, por importe total de 161.792,03 euros.

- Con fecha 24 de octubre de 2023 se emite informe por la Intervención General relativo a la omisión de la fiscalización de la citada contratación, aludiendo, en su punto primero, 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 y además por ausencia total de procedimiento, por órgano manifiestamente incompetente por razón de materia y sin acreditar la correspondiente consignación presupuestaria regulados en los artículos (art. 47.1 letra b) y e) LPACAP y 38.b) y 39.2.b) LRLRHL. El incumplimiento concreto figura en el ANEXO»*. En ese ANEXO se citan como infracciones del ordenamiento jurídico las siguientes:

«1.- Omisión Fiscalización.

(...)

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

Por ello, en el apartado E) -«*En relación con la posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento*»- de este punto segundo del informe de Intervención, después de citar el contenido de los arts. 38 y 39 LCSP, art. 47.1.b) y e) LPACAP y 173.5 TRLRHL, no se concreta tampoco la causa de nulidad de pleno derecho, sino que se refiere al importe de la prestación 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 26 de octubre de 2023, se toma conocimiento de la omisión de la fiscalización previa del contrato de servicio de gestión de las Escuelas Municipales de Educación Musical realizados por la empresa (...), del 11 de febrero al 31 de mayo de 2023 y se acuerda que se inicie el procedimiento de revisión de oficio de dicha contratación.

En este Acuerdo, en su fundamentación de derecho II («*Disposiciones legales de aplicación*») se hace mención genéricamente a las causas de nulidad de los contratos y en la fundamentación de derecho III 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 2023-39945, de 27 de octubre de 2023, de la Concejala de Gobierno del Área de Educación y Cultura, se inicia el expediente para declarar la nulidad del contrato de gestión del servicio de las Escuelas Municipales de Educación Musical durante el período del 11 de febrero de 2023 al 31 de mayo de 2023.

En los antecedentes de esta resolución se citan, entre otros, el informe del Centro Gestor de 13 de julio de 2023 sobre la posible concurrencia de una causa de nulidad de la citada contratación, así como el informe de la Intervención General de 24 de octubre de 2023 sobre la omisión de fiscalización previa y el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 11 de mayo de 2023.

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 (...), presenta escrito en el que muestra su conformidad con la declaración de nulidad pretendida.

- Con fecha 31 de octubre de 2023 se emite informe contradictorio (documento de «*valoración económica*») del Servicio de Educación, en el que a la vista de las alegaciones de la contratista recuerda el Dictamen de este Consejo Consultivo 318/2023, de 20 de julio, sobre la contratación del Servicio de Escuelas Municipales de Educación Infantil, referida al periodo del 1 de enero de 2023 al 31 de marzo de 2023, sobre la falta de adecuación a Derecho de la detracción del beneficio industrial, por lo que se procede a aceptar el importe íntegro de la factura presentada por la contratista, como coste de la prestación, sin detracer el beneficio industrial.

- Dado trámite de audiencia nuevamente a (...), el 6 de noviembre de 2023 la contratista muestra su conformidad y acepta la indemnización propuesta por importe de 161.792,03 euros.

- La Propuesta de Resolución, de 6 de noviembre 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 161.792,03 euros.

III

1. Este Consejo Consultivo, siguiendo constante y abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reiterado 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»*).

En relación con 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 Dictámenes 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.

3. En el supuesto que nos ocupa, los antecedentes del presente procedimiento, que constan debidamente documentados en el expediente que se ha remitido a este Consejo Consultivo, ponen de manifiesto los siguientes hechos:

- El 6 de febrero de 2017 se adjudicó a (...) la contratación del servicio de gestión de la Escuela Municipal de Educación Musical, formalizándose el contrato el 7 de febrero de 2017. El 11 de febrero de 2017 se firmó el acta de iniciación de las prestaciones, por lo que en tal fecha se inició la contratación, por un plazo de cuatro años, prorrogable por dos más. Prórrogas que se hicieron efectivas, finalizando el contrato el día 10 de febrero de 2023.

- Con fecha 20 de abril de 2023 la Junta de Gobierno de la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria acuerda la «*Adjudicación del contrato, disposición del gasto para el procedimiento abierto, con pluralidad de criterios de adjudicación, sujeto a regularización armonizada, en relación al contrato de servicios de la “Organización y ejecución de la enseñanza presencial y en línea de diferentes especialidades musicales al alumnado de la Escuela Municipal de Educación Musical de Las Palmas de Gran Canaria”*».

- Con fecha 23 de marzo de 2022 desde el Servicio de Educación se remite el pliego de prescripciones técnicas del contrato de servicio de *«Organización y ejecución de la enseñanza presencial y en línea de diferentes especialidades musicales al alumnado de la Escuela Municipal de Educación Musical de Las Palmas de Gran Canaria»* al Servicio de Contratación y se inicia el expediente asignándole el n.º 134/22-S.

- Con fecha 25 de mayo de 2023 se firma el contrato de servicio de *«Organización y ejecución de la enseñanza presencial y en línea de diferentes especialidades musicales al alumnado de la Escuela Municipal de Educación Musical de Las Palmas de Gran Canaria»*.

- Con fecha 1 de junio de 2023 se firma el acta de inicio del servicio correspondiente al contrato de *«Organización y ejecución de la enseñanza presencial y en línea de diferentes especialidades musicales al alumnado de la Escuela Municipal de Educación Musical de Las Palmas de Gran Canaria»*.

A la vista de estos antecedentes, se ha de analizar necesariamente si al contrato sometido a nuestra consideración le es de aplicación la prórroga máxima prevista en el art. 29.4 LCSP que dispone:

«No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario o, tratándose de un contrato basado en un acuerdo marco o un contrato específico en el marco un sistema dinámico de adquisición, se hayan enviado las invitaciones a presentar oferta del nuevo contrato basado o específico al menos quince días antes de la finalización del contrato originario».

El mencionado precepto contiene una figura extraordinaria, que no constituye una prórroga tácita del contrato, sino que se trata de un supuesto de rehabilitación o mantenimiento *ex lege* de los efectos del contrato ya extinguido hasta que finalice la nueva licitación, de modo que no se cause perjuicio para el interés público, cuando, entre otros requisitos, esté ejecutándose el contrato y se encuentre en vías de

vencimiento, y haya habido una actuación diligente de la entidad contratante en la programación de la actividad contractual, anunciando con una mínima antelación la nueva licitación que tenga que sustituir el contrato que se está ejecutando.

El mencionado precepto, cuando de contratos de tracto sucesivo se trata -como en el presente caso-, persigue la finalidad de garantizar la continuidad de la prestación, en aquellos supuestos en que, concurriendo razones de interés público por no interrumpirla, al vencimiento del contrato no se disponga de un nuevo contrato formalizado a causa de incidencias que se tienen que producir en el procedimiento de adjudicación y que tienen que ser resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano contratante.

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, con sede en Oviedo, de 18 de abril de 2023, cuando señala:

«Esta interpretación del art. 7.1 PCAP no se considera acorde a su literalidad ya que el párrafo segundo comienza con la expresión "En cualquier caso (...)", lo que impide limitar la remisión al 29.4 LCSP al supuesto en que el Ayuntamiento no hubiera hecho uso de la prórroga ordinaria. Pero, por otro lado, porque tal interpretación viene a asimilar esta prórroga con la ordinaria cuando del tenor del artículo 29.4 párrafo quinto LCSP se colige que la prórroga de que se trata, a diferencia de las prórrogas ordinarias fruto de la autonomía de la voluntad de las partes, tiene una naturaleza y finalidad especial. Así lo demuestra el propio tenor literal del referido apartado 29.4 LCSP cuando comienza regulándola separadamente de las prórrogas ordinarias con la expresión "No obstante lo establecido en los apartados anteriores (...)". Se configura así como una suerte de habilitación legal para el caso de que no dé tiempo a formalizar un nuevo contrato al vencimiento del anterior, regulando la posibilidad de prorrogar los contratos originarios hasta que comience la ejecución del nuevo contrato por un periodo máximo de 9 meses siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en dicho artículo, esto es:

- *Cuando al vencimiento del contrato originario no se hubiera formalizado el nuevo contrato.*
- *Se hayan producido incidencias en el procedimiento de adjudicación, por acontecimientos imprevisibles.*
- *Existan razones de interés público para continuar con la prestación y no interrumpirla.*
- *No se modifiquen las condiciones del contrato originario.*
- *El anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de 3 meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario».*

Puesta en relación la anterior doctrina con el supuesto concreto analizado en el presente Dictamen resulta que:

- Al vencimiento del contrato originario, que tuvo lugar el día 10 de febrero de 2023, no se había formalizado el nuevo contrato.

- Existen razones de interés público para continuar con la prestación del servicio y no interrumpirla. Así se pone de manifiesto en el informe del Servicio de Educación en el que se señala:

« (...) La Escuela Municipal de Educación Musical de Las Palmas de Gran Canaria -un proyecto activo en el municipio desde 2002- desarrolla una prestación singularmente demandada que atiende anualmente a alrededor de 2.000 alumnos y alumnas de entre 4 y 85 años.

Tanto la Orden de 30 de julio de 1992 por la que se regulan las condiciones de creación y funcionamiento de las escuelas de Música y Danza como el Decreto 179/1994 de 29 de julio de regulación de escuelas de música y danza en la Comunidad Autónoma de Canarias o la "Guía de las Escuelas Municipales de Música" de la Federación Española de Municipios y Provincias hacen especial hincapié en la importante y valiosa función social, formativa y cultural de estos centros, que suponen una herramienta básica para enriquecer la vida cultural del municipio, crear sinergias con todo tipo de agentes sociales y favorecer la cohesión social y el desarrollo integral de la ciudadanía. Este aspecto se ve reflejado igualmente en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, que señala como una de las competencias de las administraciones locales la "Promoción de la cultura y equipamientos culturales".

El 10 de febrero de 2023 -último día de vigencia del recientemente extinto contrato 113/16-S- más de 1.600 personas se encontraban inscritas en esta escuela, por lo que una situación de no prestación de este servicio habría originado un grave perjuicio para el alumnado y sus familias, más aún teniendo en cuenta que el servicio supone una herramienta fundamental para población de escasos recursos y que atiende de manera personalizada a alrededor de un centenar de alumnado con discapacidad y necesidades específicas de apoyo educativo, entre otros gracias a la labor desarrollada por la figura del especialista en atención a alumnado con discapacidad y/o necesidades específicas de apoyo educativo.

Por otro lado la no prestación del servicio podría haber derivado en la interrupción de los contratos laborales del más de medio centenar de trabajadores y trabajadoras que se encuentran adscritos al mismo, produciendo un perjuicio de difícil reparación al tratarse de una población de difícil empleabilidad dado el sector que nos ocupa y que de media supera los 45 años de edad (...) ».

- No se modifican las condiciones del contrato originario.

- El anuncio de licitación del nuevo contrato se publicó con una antelación mínima de 3 meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario, en este caso cuatro meses antes (25 de diciembre de 2022).

Sin embargo, pese al cumplimiento de los requisitos expuestos, no se aprecia que se hayan producido incidencias en el procedimiento de adjudicación, por acontecimientos imprevisibles, que hayan sido causa de la dilación en su tramitación.

En efecto, de la documentación obrante en el expediente administrativo remitido a este Organismo consultivo, se advierte que no ha existido en la tramitación del nuevo expediente contractual ninguna incidencia o acontecimiento imprevisible que haya justificado la dilación a la hora de adjudicar el nuevo contrato, sino más bien la existencia de diferencia de criterios y la subsanación de deficiencias en el procedimiento, que se consideran incidencias normales y absolutamente previsibles.

Por ello, dado el carácter excepcional de la previsión contenida en el art. 29.4 LCSP, que exige una interpretación restrictiva de los presupuestos para su aplicación, se ha de concluir que al contrato analizado no le era de aplicación la prórroga prevista en el precepto analizado.

4. Así pues, finalizado el 10 de febrero de 2023 el contrato de «*Servicio de Escuela Municipal de Educación Musical*», adjudicado a la entidad (...), lo cierto es que no consta cobertura contractual de las prestaciones que, con posterioridad a esa fecha, han sido efectuadas por la citada mercantil.

En definitiva, en este caso existe una prórroga tácita del contrato de servicios que no permitía el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) de 2017 - art. 7 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-, ya que se establecía una duración de 4 años, susceptible de prórroga expresa por otros dos años adicionales, por lo que la contratación de los servicios prestados a partir del 11 de febrero de 2023 -y, en este caso, los comprendidos entre el aquella fecha y el 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 «Escuela Municipal de Educación Musical», durante el periodo del 11 de febrero al 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 13 de julio de 2023, señalando:

« (...) El 10 febrero de 2023 —último día de vigencia del recientemente extinto contrato 113/16-S— más de 1.600 personas se encontraban inscritas en esta escuela, por lo que una situación de no prestación de este servicio habría originado un grave perjuicio para el alumnado y sus familias, más aún teniendo en cuenta que el servicio supone una herramienta fundamental para población de escasos recursos y que atiende de manera personalizada a alrededor de un centenar de alumnado con discapacidad y necesidades específicas de apoyo educativo, entre otros gracias a la labor desarrollada por la figura del especialista en atención a alumnado con discapacidad y/o necesidades específicas de apoyo educativo.

Por otro lado, la no prestación del servicio podría haber derivado en la interrupción de los contratos laborales del más de medio centenar de trabajadores y trabajadoras que se encuentran adscritos al mismo, produciendo un perjuicio de difícil reparación al tratarse de una población de difícil empleabilidad dado el sector que nos ocupa y que de media supera los 45 años de edad.

Por último, el gasto que se expone en el presente informe viene justificado en el objetivo de evitar graves perjuicios y atendiendo a que el nuevo contrato se encontraba en el periodo que nos ocupa en fase de formalización, habiéndose cumplido ya la mayoría de los trámites administrativos y siendo entonces inminente la firma del nuevo contrato (que como figura en los antecedentes fue formalizado el pasado 25 de mayo). Cabe señalar que desde el servicio de Educación se inició el procedimiento administrativo para la nueva licitación objeto de esta prestación con más de un año de antelación y que debido a la complejidad de ese tipo de expedientes en los que intervienen diferentes departamentos municipales en el periodo que nos ocupa aún no se había podido formalizar el nuevo contrato, aunque en el momento de la finalización del contrato 113/16-S ya había sido celebrada la primera Mesa de Contratación correspondiente al nuevo contrato 134/22-S, fecha que coincidió con el ecuador del actual curso escolar 22/23, cuya interrupción abrupta habría supuesto, como ya se ha argumentado, un importante perjuicio al proceso de aprendizaje del alumnado, a la

situación laboral de la plantilla y a la propia ciudad en tanto que beneficiaria directa de este servicio municipal».

En suma, la Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho.

5. 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 *«Escuela Municipal de Educación Musical»*, durante el período de tiempo comprendido entre el 11 de febrero al 31 de mayo de 2023, sin cobertura legal alguna tras la expiración de la última prórroga del contrato el pasado 10 de febrero de 2023, 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 los Dictámenes 318/2023 y 386/2023, 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 detracer el 3% del beneficio industrial (como sucedía en anteriores ocasiones), tal y como detallamos extensamente en el Dictamen 318/2023, 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).

6. Sentado lo anterior, cabe advertir, igualmente, que en el informe previo de la Intervención General 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.

Como hemos señalado, entre otros, en nuestros Dictámenes 318/2023 y 386/2023, 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 (TRLHL), 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 Consultivo, 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, y 386/2023, de 5 de octubre, viene expresando que de esta regulación legal resulta que la fiscalización previa, si bien es un trámite que ha de cumplimentarse en los casos en que el acto sea susceptible de producir efectos económicos, no puede ser calificado de trámite esencial que implique su equivalencia con una omisión total y absoluta del procedimiento, puesto que, de haberse emitido el informe, los reparos que en su caso pudieran formularse podrían ser solventados por el órgano competente en caso de discrepancia.

Además, del art. 156 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria resulta que la omisión del trámite es subsanable, por lo que en ningún caso puede ser determinante de la nulidad del acto, sino en todo caso de su

anulabilidad. En este sentido se ha pronunciado además el Consejo de Estado en su Dictámenes 1436 y 1437/2012, en los siguientes términos:

«La consulta se recaba en el seno de un procedimiento de revisión de oficio de la resolución estimatoria del recurso, que se entiende incurso en la causa de nulidad de pleno derecho contemplada en la letra e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.

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

(...)

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

Sin embargo, 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 *«los actos de preparación y adjudicación del contrato se han realizado sin ajustarse al procedimiento legalmente establecido y además por ausencia total de procedimiento, por órgano manifiestamente incompetente por razón de materia y sin acreditar la correspondiente consignación presupuestaria regulados en los artículos (art. 47.1 letra d) b) y e) LPACAP y 38.b) y 39.2.b) LRLRHL.»* (como hemos señalado al describir el contenido del mismo en el Fundamento II), 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.

7. 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 del Servicio de Escuela Municipal de Educación Musical 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.

8. 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.

9. Tampoco debe olvidarse 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). Dicho en otras palabras: en caso de infracción del ordenamiento jurídico, la regla es la anulabilidad y la excepción es la nulidad de pleno derecho.

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.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución que se somete a dictamen se considera conforme a Derecho, tanto en cuanto a la declaración de nulidad de la contratación del servicio de «Escuela Municipal de Educación Musical» durante el periodo comprendido entre el 11 de febrero de 2023 al 31 de mayo de 2023, realizado por la empresa (...), como en cuanto a los efectos económicos derivados de la declaración de nulidad.