Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 16 de noviembre de 2023.

Dictamen solicitado por el Sr. Presidente del Instituto Municipal para el Empleo y la Formación 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 mantenimiento de ascensores del centro de emprendedores de Las Palmas de Gran Canaria, correspondiente al año 2022 (EXP. 459/2023 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Acuerdo formulada por el Instituto Municipal para el Empleo y la Formación -en adelante, IMEF- y en cuya virtud se plantea la declaración de *« (...) nulidad de la contratación, a favor de la empresa (...) (...) de los gastos derivados del servicio de mantenimiento de ascensores del centro de emprendedores de Las Palmas de Gran Canaria, adscrito al IMEF, correspondiente al periodo de enero a diciembre de 2022, ambos inclusive, por un importe total de 2.010,45 €»* (apartado primero de la parte dispositiva).

Debe advertirse desde ahora, la incongruencia que se aprecia a lo largo del expediente, pues en algunas ocasiones se hace referencia a una factura del mes de abril de 2021 más las facturas comprensivas de los meses de enero a diciembre de 2022, mientras que otras sólo se refieren a las facturas del año 2022.

2. La legitimación para solicitar la emisión del Dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde al Presidente del IMEF, según lo dispuesto en el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias -en adelante, LCCC-.

---

[*] **Ponente: Sra. de León Marrero.**

En cuanto a la legitimación del Presidente del IMEF, ha de advertirse que, si bien no figura expresamente previsto el Presidente del citado organismo autónomo local entre los sujetos legitimados para solicitar el Dictamen de este Consejo Consultivo, atendiendo al art. 12.3 LCCC, sin embargo, no es menos cierto que, con carácter general, nuestra doctrina -expresada, entre otros, en los Dictámenes 484/2012 de 18 de octubre, 381/2015 de 16 de octubre, 405/2020 de 14 de octubre o 18/2023 de 19 de enero, emitidos a solicitud de distintos presidentes de entes u organizaciones instrumentales dotadas de personalidad jurídica propia y/o autonomía orgánica y funcional-, ha sido interpretar extensivamente el art. 12.3 LCCC en el sentido de considerar que la autoridad legitimada para solicitar el correspondiente dictamen es la que ostente la representación legal del mismo, cuando se trate de organizaciones con personalidad jurídica propia y funcionamiento autónomo, siempre que su eventual adscripción orgánica no lesione su autonomía funcional.

Por lo que en el presente caso no existe objeción para que se solicite el Dictamen por el Presidente del IMEF, en tanto que tiene conferida la representación institucional de dicho organismo [art. 15.1, letra a) de los Estatutos del IMEF -Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas, n.º 93, de 24 de julio de 2009-] y es, además, el titular del Área de Gobierno municipal a la que figura adscrito el IMEF (art. 1.4 en relación con el art. 14.1 de los Estatutos).

3. El carácter preceptivo del Dictamen y la competencia de este Consejo Consultivo para su emisión se derivan de lo establecido en el art. 11.1.D.b) 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 (en lo sucesivo, LCSP), norma básica aplicable al presente supuesto porque el contrato que ahora se pretende declarar nulo fue concertado con posterioridad a su entrada en vigor.

También resulta de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), por remisión expresa del art. 41.1 LCSP, al haberse iniciado el presente procedimiento con posterioridad a su entrada en vigor (Disposición final cuarta, apartado 1 de la LCSP).

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria LCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, también de carácter básico.

Por lo demás, y en lo que a la preceptividad del Dictamen de este Consejo Consultivo se refiere, resulta oportuno reproducir la doctrina sentada por esta Institución consultiva, entre otros, en su Dictamen 318/2023, de 20 de julio:

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

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

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

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

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

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

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

declararse la nulidad de aquellos actos, en tanto que tienen la condición de actos administrativos.

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

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

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

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

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

Así pues, y de acuerdo con la doctrina consultiva expuesta anteriormente, se ha de concluir que el Dictamen de este Consejo Consultivo *« (...) 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»* (Dictamen

412/2023, de 19 de octubre, con cita de los anteriores Dictámenes 72/2023, de 1 de marzo, 170/2023, de 20 de abril, 318/2023, de 20 de julio y 386/2023, de 5 de octubre).

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 la Disposición Adicional segunda LCSP.

Sin embargo, en el caso concreto analizado, y a la vista de lo establecido en los estatutos del IMEF [arts. 9.1, letra p), 19, letra d), y 32], se habrá de aclarar a qué concreto órgano de dirección (básicamente, al Consejo Rector o al Gerente -arts. 5 y 6 de los estatutos) le corresponde la competencia para declarar la nulidad del acto que se pretende revisar. Adviértase, en este sentido, que mientras la resolución de incoación del expediente de nulidad contractual es adoptada por el Gerente del IMEF [sobre la base de lo establecido en el art. 19, letra d) de los estatutos -Fundamento de Derecho primero-], la Propuesta de Resolución atribuye la competencia para resolver en última instancia al Consejo Rector (Fundamento de Derecho primero).

5. En la Propuesta de Resolución se afirma la nulidad de pleno derecho de la contratación emprendida por el IMEF al concurrir la causa de nulidad prevista en el art. 47.1, letra e) LPACAP.

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, que dispone que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio -como es el caso, pues se incoó a través de la Resolución n.º 353/2023, de 18 de mayo, de la Gerencia del IMEF-, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad. Circunstancia esta última que no concurre en el momento de emisión del presente Dictamen. 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:

1. Mediante Resolución n.º 121/2018, de 4 de abril, del Gerente del IMEF, se acuerda la adjudicación del *«contrato de mantenimiento de los ascensores del Centro de Emprendedora de Las Palmas de Gran Canaria»* a la empresa *(...)»*

2. Con fecha 25 de abril de 2018 se procede a la formalización del contrato de referencia; indicándose que «el plazo de duración del contrato será de tres años, renovable otro más, a partir del día que se firme el acta de inicio del servicio» -estipulación cuarta-.

3. Con fecha 27 de abril de 2018 el Gerente del IMEF y la empresa contratista suscriben el «acta de iniciación del servicio para el mantenimiento de los ascensores del centro de emprendedores de Las Palmas de Gran Canaria», señalando como *«fecha de inicio del servicio» el día 1 de mayo de 2018 y como «fecha de finalización teórica»* el día 2 de mayo de 2021.

4. Mediante Resolución n.º 16044/2023, de 13 de abril, de la Concejala de Gobierno del Área de Economía y Hacienda, Presidencia y Cultura del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria se acuerda *« (...) la desadscripción del inmueble denominado "Centro de Gestión de Empresas" de El Sebadal, bien de naturaleza patrimonial, inscrito bajo el número de inventario 1A/1340, que se encontraba hasta este momento adscrito al Instituto Municipal de Empleo y Formación (IMEF). La desadscripción del inmueble se realiza en su totalidad, a excepción del local número 13 del citado Centro de Empresas, puesto que ya fue objeto de desadscripción y posterior concesión administrativa a la (...)»*.

En la citada Resolución se especifica que «la tramitación de todos los asuntos derivados de la gestión, vigilancia, protección, conservación, mantenimiento y cualquiera otra actuación llevada a cabo durante el periodo durante el cual el Centro ha estado adscrito al IMEF, será responsabilidad exclusiva del IMEF, siendo este último el encargado de tramitar y resolver por completo los procedimientos que procedan» -apartado segundo de la parte dispositiva-.

5. Con fecha 18 de abril de 2023 se emite -por parte del jefe de unidad del IMEF, con la conformidad de la Gerencia del citado organismo- *«informe previo a la certificación de conformidad del servicio prestado al Instituto Municipal para el Empleo y la Formación»*.

Asimismo, y con idéntica fecha, el jefe de unidad del IMEF -con la conformidad de la Gerencia del citado organismo- emite *«informe en relación con omisión de fiscalización del gasto realizado por el Instituto Municipal para el Empleo y la Formación (IMEF), con la empresa "(...)».*

Finalmente, consta en el expediente el *«informe sobre extremos reseñados en el acuerdo de la Junta de Gobierno de la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 01.02.2018, por el que se modifica el acuerdo de 24.03.2017 de la Junta de Gobierno de la ciudad, que aprobó la instrucción para la tramitación de expedientes en los que sea necesario declarar previamente la nulidad de las actuaciones por incumplimiento de las normas y procedimientos exigidos en la legislación de contratación pública»,* elaborado por el jefe de unidad del IMEF -con la conformidad de la Gerencia del referido organismo- con fecha 18 de abril de 2023.

6. Con fecha 9 de mayo de 2023 la Intervención General emite informe en el que, tras señalar las causas de nulidad concurrentes [básicamente, la omisión de la preceptiva fiscalización previa por parte de la Intervención General de los actos que han generado la obligación de contenido económico que se pretende reconocer *ex* 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; y la omisión del procedimiento legalmente establecido, al no haberse observado los procedimientos de licitación previstos en la normativa sobre contratación pública], propone la revisión de oficio de la contratación del servicio de mantenimiento de los ascensores, correspondiente al periodo de abril de 2021 y enero a diciembre de 2022.

7. Mediante Acuerdo de 18 de mayo de 2023, de la Junta de Gobierno de la Ciudad, se toma conocimiento de la omisión de la fiscalización previa de la contratación celebrada con la empresa (...). y se acuerda la tramitación del correspondiente procedimiento de revisión de oficio.

III

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

1. Mediante Resolución n.º 353/2023, de 18 de mayo, de la Gerencia del IMEF, se acuerda la incoación de procedimiento administrativo para la *« (...) declaración de nulidad de la contratación, a favor de la empresa (...), de las facturas del servicio de mantenimiento de los ascensores del centro de emprendedores de Las Palmas de Gran Canaria, adscrito al IMEF, correspondiente al mes de abril de 2021 y al periodo de enero a diciembre de 2022, ambos inclusive, por un importe total de dos mil diez euros y cuarenta y cinco céntimos (2.010,45 €)»*.

La citada Resolución consta debidamente notificada a la empresa contratista.

2. Con fecha 23 de junio de 2023, la contratista presenta escrito de alegaciones manifestando su conformidad con los términos de la declaración de nulidad contractual planteada por el IMEF [incluido el descuento del beneficio industrial].

3. Con fecha 19 de septiembre de 2023 la Intervención General emite informe en el que se advierte lo siguiente:

«Habiéndose recibido por esta entidad local, Dictamen número 318/2023 del Consejo Consultivo de Canarias, emitido en fecha 20.07.2023, en el marco de un expediente de revisión de oficio de la contratación instado por este Ayuntamiento; se comprueba que el referido dictamen viene a establecer un cambio de criterio en relación al carácter preceptivo de su actuación en este tipo de expedientes, afirmando lo siguiente:

" (...) recientemente este Consejo Consultivo ha modificado la misma (doctrina refiere) y en su Dictamen 72/2023, de 1 de marzo, seguido, entre otros, por el Dictamen 170/2023, de 20 de abril, ha considerado que el dictamen debe ser preceptivo haya o no oposición del contratista, en los casos de ausencia de actos administrativos preparatorios o de adjudicación del contrato (...) ".

Es por ello, que existiendo en este expediente el supuesto fáctico "de ausencia de actos administrativos preparatorios o de adjudicación del contrato", se procede a la devolución del mismo ya que resulta imprescindible someter la revisión de oficio, de la contratación que nos ocupa, al Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias».

4. Con fecha 23 de septiembre de 2023 se emite informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria favorable a la nulidad contractual tramitada por el IMEF.

5. Con fecha 4 de octubre de 2023 se formula Propuesta de Resolución en cuya virtud se plantea la declaración de nulidad de la contratación del servicio de referencia en los siguientes términos:

«Primero.- Declarar la nulidad de la contratación, a favor de la empresa (...), de los gastos derivados del servicio de mantenimiento de ascensores del centro de emprendedores de Las Palmas de Gran Canaria, adscrito al IMEF, correspondiente al periodo de enero a diciembre de 2022, ambos inclusive, por un importe total de 2.010,45.-€.

Segundo.- Liquidar el contrato por el periodo de enero a diciembre de 2022, ambos inclusive y, dado que no es posible la restitución recíproca, devolver su valor por un importe total, incluyendo impuestos, de mil doscientos diez euros y cuarenta y cinco céntimos (2.010,45 €), crédito incluido dentro de la reserva de crédito de fecha 17 de marzo de 2023, con núm. de operación 220230001117. (...) ».

6. Mediante oficio de 5 de octubre de 2023 (con registro de entrada en este Organismo consultivo al día siguiente), el Presidente del IMEF solicita la emisión del Dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias al amparo de lo dispuesto en su ley reguladora.

IV

1. La Propuesta de Resolución, como se ha señalado anteriormente, declara, por un lado, la nulidad de la contratación del servicio de mantenimiento de ascensores del centro de emprendedores de Las Palmas de Gran Canaria -adscrito al IMEF-, concertado con la empresa (...) [al considerar que existe una ausencia total y absoluta del procedimiento -de licitación- legalmente establecido, incurriendo en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1, letra e) de la LPACAP] y, por otro lado, ordena el abono de las facturas correspondientes al servicio de mantenimiento efectivamente prestado durante el periodo que abarca desde enero a diciembre del año 2022, ambos inclusive, por un importe total de 2010,45 € (apartados primero y segundo de la parte dispositiva de la Propuesta de Resolución).

2. 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 su 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, de 14 de mayo).

La revisión de oficio implica 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 esta 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 nuestro DCCC 46/2016, de 18 de febrero, 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»* (DCCC 449/2017, de 5 de diciembre).

3. 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 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 32 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre / artículo 39 de la ley 9/2107, de Contratos del Sector Público, toda vez que se ha procedido a recibir la prestación del servicio sin la previa tramitación del expediente de contratación, en lo referido a los actos 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 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.

4. A la vista de los antecedentes expuestos 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.

Dicho 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 de 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 2 de mayo de 2021 (aunque, según señala el Jefe de la unidad técnica del IMEF «*pero dado que no se tramitó el reajuste de las anualidades, sería hasta marzo de 2021»),* no se había formalizado el nuevo contrato ni se va a formalizar, por cuanto el servicio pasó a ser prestado por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria.

Además, no se ha justificado la existencia de razones de interés público para continuar con la prestación del servicio y no interrumpirla. 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.

5. Pues bien, una vez examinado el contenido del expediente administrativo que se ha remitido a este Consejo Consultivo de Canarias, se entiende que el contrato de servicio de mantenimiento de ascensores concertado por el IMEF con la empresa (...) incurre en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1, letra e) LPACAP, puesto que se prescindió totalmente del procedimiento previsto legalmente para llevar a cabo la contratación y, por ende, los gastos realizados por el servicio efectuado sin cobertura contractual, que constituye el objeto de la presente revisión de oficio; procediendo declarar su nulidad, toda vez 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 -en relación con el art. 39 LCSP-, por cuanto se ha procedido a recibir la prestación del servicio de mantenimiento de ascensores llevado a cabo por la empresa (...). durante el mes de abril de 2021 y el periodo de enero a diciembre de 2022, sin la previa tramitación del oportuno expediente de contratación a tal efecto. De tal manera que, siendo tales actos nulos, también lo es el contrato [art. 38.b) LCSP].

Como bien se indica en el informe evacuado por el Jefe de la unidad técnica del IMEF -con la conformidad de la Gerencia del referido organismo-, de 18 de abril de 2023 (folio 38 del expediente consultivo), *«con fecha 25 de abril de 2018, se adjudicó el contrato de "Mantenimiento de Ascensores del IMEF y del Centro de Emprendedores de Las Palmas de Gran Canaria" a la empresa ORONA (...) . Dicho contrato tiene una vigencia de tres años renovable otro más a partir del día que se firme al acta de inicio del servicio (1 de mayo de 2018), es decir, hasta mayo de 2021, pero dado que no se tramitó el reajuste de las anualidades, sería hasta marzo de 2021.*

A raíz del estado de alarma por COVID 19, en marzo de 2020 y ante una serie de bajas del personal del IMEF, desde este Organismo no se procedió al inicio del trámite del expediente de contratación para la prórroga de dicho contrato de "Mantenimiento de Ascensores del IMEF y del Centro de Emprendedores de Las Palmas de Gran Canaria".

Ante la necesidad de continuar con servicio (hasta 31 de diciembre de 2022, fecha a partir de la cual se hará cargo el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, según Resolución nº 16.044/23, de 13 de abril de 2023, de la concejala de gobierno del Área de Economía y Hacienda, Presidencia y Cultura por la que se resuelve la desadscripción del inmueble denominado Centro de Gestión de Empresas; actualmente adscrito al Instituto Municipal de Empleo y Formación (IMEF), conforme el punto segundo del resuelve de la misma "la tramitación de todos los asuntos derivados de la gestión, vigilancia, protección, conservación, mantenimiento y cualquiera otra actuación llevada a cabo durante el periodo durante el cual el Centro ha estado adscrito al IMEF, será responsabilidad exclusiva del IMEF, siendo este último el encargado de tramitar y resolver por completo los procedimientos que procedan"), y siendo necesario para el correcto funcionamiento del Centro de Emprendedores, se solicitó a la empresa continuar con el servicio. En tal sentido en el IMEF se reciben por sistema FACE las facturas correspondientes a los meses de abril de 2021 y de enero a diciembre de 2022, ambos inclusive, así como las notas de abono donde la empresa deduce el 3% en concepto de beneficio industrial (…) ».

De lo que se extrae que la infracción del ordenamiento jurídico determinante de la nulidad de pleno derecho de la contratación celebrada no resulta imputable al tercero que ha realizado la prestación (...) sino, únicamente, al IMEF -tal y como reconoce expresamente el citado organismo-.

En definitiva, habiéndose prestado el servicio de mantenimiento de ascensores al IMEF sin que éste haya observado las más mínimas previsiones normativas en materia de contratación pública -omitiendo, de plano, cualquier clase de procedimiento de licitación pública-, es por lo que se entiende que procede declarar la nulidad de la contratación afectada *ex* arts. 39 LCSP y 47.1, letra e) LPACAP.

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 en nuestros Dictámenes 318/2023, 386/2023, 412/2023 y 452/2023, 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, 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, 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 incursa 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».

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 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.

7. En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, se ha de significar que la Propuesta de Resolución plantea abonar a la empresa contratista el importe de las facturas correspondientes con exclusión del beneficio industrial. Pues bien, respecto a esta cuestión procede efectuar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, como se ha dicho, se advierte de la existencia, en la Propuesta de Resolución, de una discordancia en cuanto a los periodos a abonar a la entidad contratista. Así, mientras en el apartado primero de la parte dispositiva se hace referencia al *«periodo de enero a diciembre de 2022, ambos inclusive»*, en su apartado segundo, al desglosar el concepto e importe de las facturas se incluye, además, la correspondiente al *«servicio de mantenimiento ascensores abril 2021»*. Por lo que procede enmendar el citado error.

En segundo lugar, y 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 empresa (...) puesto que se le exige el desglose de las facturas con determinación del beneficio industrial, a fin de detraerlo o, en su defecto, de no poderse determinar, detraer el 3%, procedió a la detracción del beneficio industrial.

Es decir, la 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.

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 detraer el beneficio industrial:

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

(...)

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 25de febrero de 1991, siguiendo lo vertido en las de 20 de diciembre de 1983 y 2 de abril de 1986, significa la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 detraer 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 ese Instituto.

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 abril 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 proscribe 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 diciembre de 2022, que quedan afectadas por la nulidad determinada.

10. Por último, 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.

10. 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).

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 en cuanto a la declaración de nulidad de la contratación del servicio de «*Mantenimiento de Ascensores del IMEF y del Centro de Emprendedores de Las Palmas de Gran Canaria*» si bien, no es conforme a Derecho en cuanto sus efectos económicos, pues no procede la detracción del beneficio industrial.