Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 3 1 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 21 de diciembre de 2023.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad de la contratación del servicio de mantenimiento de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes 1, 2 y 3, durante los periodos de noviembre y diciembre de 2022, por un importe total de 628.007,89 € (EXP. 542/2023 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen es la Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad de la contratación del servicio de mantenimiento de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes 1, 2 y 3, durante los periodos de noviembre y diciembre de 2022, por importe de 628.007,89 euros (383.503,54 y 244.504,35 euros, respectivamente), a favor de la mercantil (...) Y (...), UNION TEMPORAL DE EMPRESAS, (...), ABREV. UTE (...).

2. La legitimación de la Sra. Alcaldesa para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlos 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.

---

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

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, de la LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria de la LCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, también de carácter básico.

3. Se ha otorgado preceptivo trámite de vista y audiencia a la empresa contratista que mostró su conformidad con los efectos de la declaración de nulidad.

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 en la Disposición adicional 2.ª LCSP, que en este caso es la Junta de Gobierno Local, y también de conformidad con lo previsto en el Decreto del Alcalde-Presidente 33511, de 11/10/2017, por el que se modifica su Decreto 21615/2015, de 9 de julio, 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) 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 / art. 39 de la ley 9/2017, de Contratos del Sector Público» (fundamento de derecho quinto). 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»* entre las causas de nulidad, si bien ésta es solo es causa de anulabilidad. 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, al disponer que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse Resolución producirá su caducidad.

El presente procedimiento se inició a través de Resolución de 27 de octubre de 2022, por lo que no ha caducado.

7. Se ha presentado demanda ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Las Palmas de Gran Canaria, por parte de la empresa interesada, contra el silencio administrativo desestimatorio por la prestación de servicios relativo al período comprendido entre diciembre 2021 y diciembre 2022, más los intereses legales desde la fecha de presentación de la correspondiente factura (procedimiento ordinario n.º 212/2023). Tal circunstancia no impide la tramitación y resolución del presente procedimiento administrativo (art. 21 LPACAP), toda vez que no consta que se haya dictado Sentencia.

8. 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

Respecto de los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento, son los que siguen:

1. Mediante acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 26 de abril de 2012, se adjudicó el *«Servicio de Conservación de Calzadas, Aceras, Plazas y Zonas Peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes 1, 2 y 3».*

2. Con fecha 18 de mayo de 2012, se formalizaron los contratos del «Servicio de Conservación de Calzadas, Aceras, Plazas y Zonas Peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes 1, 2 y 3» con las siguientes empresas:

• Contrato de «Servicio de Conservación de Calzadas, Aceras, Plazas y Zonas Peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lote 1», con la mercantil (...), por

importe total de dos millones sesenta mil euros al año, incluido IGIC, con un plazo de ejecución de cuatro años, susceptible de prórroga expresa en dos adicionales.

• Contrato de «Servicio de Conservación de Calzadas, Aceras, Plazas y Zonas Peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lote 2», con la mercantil (...)./(...) UTE (...), por importe total de dos millones sesenta mil euros al año, incluido IGIC, con un plazo de ejecución de cuatro años, susceptible de prórroga expresa en dos adicionales.

• Contrato de «Servicio de Conservación de Calzadas, Aceras, Plazas y Zonas Peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lote 3», con la mercantil (...)/(...) UTE (...), por importe total de doscientos cuarenta mil euros, incluido IGIC, con un plazo de ejecución de cuatro años, susceptible de prórroga expresa en dos adicionales.

3. Con fecha 25 de febrero de 2016, se aprobó por la Junta de Gobierno de la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria la primera prórroga del contrato de «Servicio de Conservación de Calzadas, Aceras, Plazas y Zonas Peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes I, II y III» para el periodo comprendido entre el 18 de mayo de 2016 y el 17 de mayo de 2017, ambos inclusive.

4. Con fecha 17 de mayo de 2016, finalizó el plazo de ejecución de cuatro años del contrato de «Servicio de Conservación de Calzadas, Aceras, Plazas y Zonas Peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes 1, 2 y 3».

5. Con fecha 16 de febrero de 2017, se aprobó por la Junta de Gobierno la segunda prórroga del contrato para el periodo comprendido entre el 18 de mayo de 2017 y el 17 de mayo de 2018.

6. Con fecha 17 de mayo de 2018, se aprobó por la Junta de Gobierno la prórroga forzosa del contrato de «Servicio de Conservación de Calzadas, Aceras, Plazas y Zonas Peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes I, II y III» durante el periodo comprendido entre el 18 de mayo de 2018 y el 15 de agosto de 2018.

7. Con fecha 9 de agosto de 2018, se les remite carta a ambas adjudicatarias, solicitándoles su disposición a continuar prestando los servicios de mantenimiento en nulidad, adecuando los precios a mercado. En ese mismo documento, también se les emplazó a que mostraran su interés o no, de hacerse cargo también del lote que no les había sido adjudicado, en el caso de que la empresa que venía desempeñando el servicio, declinara su interés por la misma.

8. Con fecha 13 de agosto de 2018, la mercantil (...), presenta escrito en el que solicita que se le releve de la prestación del servicio y también de prestarlo en los lotes que no le habían sido adjudicado en 2012.

9. Con fecha 13 de agosto de 2018, la mercantil (...) y (...), UTE (...) (Abrev., UTE (...)) presenta escrito en el que acepta la continuación de la prestación en sus dos lotes (2 y 3), así como el lote 1 (en el caso de que hubiese renuncia). Concretamente señala:

« (...) 1º Que la Ute (...)/(...), estaría dispuesta a continuar con la prestación del Servicio de Conservación de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales de Las Palmas de Gran Canaria (Lote 2 y 3) de acuerdo a los precios de licitación sin baja, actualizados según IPC mes de agosto de 2018.

2º Que en lo relativo al Servicio de Conservación de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales de Las Palmas de Gran Canaria Lote 1, esta Ute estaría dispuesta a continuar con la prestación del Servicio de Conservación en las mismas condiciones que los Lotes 2 y 3, previo estudio de situación real del mismo y con especial atención a los costes pendientes de abonar a los trabajadores a subrogar. Incluyendo la salvedad de que dicha prestación de Servicio debe ser por un periodo superior a los cuatro meses. Ya que tal y como se recoge en el convenio de la Construcción en su artículo 27.3 "Será requisito necesario para tal subrogación que los trabajadores lleven prestando sus servicios en la contrata que cambia de titular, al menos cuatro meses antes de la fecha de finalización efectiva de la misma, sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo con independencia de que con anterioridad al citado periodo de cuatro meses, hubieran trabajado en otra contrata. El personal o trabajadores que no reúnan estos requisitos y condiciones no tendrán derecho a ser subrogados" (...) ».

10. Con la misma fecha de 13 de agosto de 2018, por la sección de vías y obras se remite escrito a la mercantil (...) (antes UTE (...)), comunicando la decisión de continuación de la prestación con la UTE (...), y solicitando que realice los trámites oportunos para comunicar a la misma y a la Corporación el listado de trabajadores que efectivamente prestaban servicios en el ámbito del contrato actual, para que se proceda a la subrogación de los mismos.

11. Con fecha 26 de abril de 2019, se emite informe técnico de nulidad referido a las condiciones del acuerdo de nulidad para certificar la prestación del servicio de mantenimiento de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes 1, 2 y 3 por importe de 628.007,89 €, que señala:

« (...) Vista la circular e instrucción para la tramitación en los procedimientos de nulidad, se establecen para la prestación del servicio y según el informe emitido por el técnico municipal de fecha 26 de abril de 2019, que consta en el expediente, con código seguro de verificación (...) se establecen para la prestación del servicio:

Los trabajos se reducen hasta el mínimo imprescindible para la subsanación de aquellas incidencias, que su no reparación pueda poner en riesgo la seguridad de los ciudadanos y/o las propias infraestructuras que pueda incurrir esta administración en responsabilidad patrimonial.

Todos los precios contenidos en las facturas corresponden a precios actuales de mercado, perfectamente justificados mediante:

Mano de obra: Presentación de nóminas.

Materiales: Facturas de ferretería.

Vehículos y maquinaria: Facturas y/o contratos de arrendamiento.

Gastos Generales: Solo aquellos gastos justificados como imprescindibles para la prestación del servicio.

Beneficio Industrial: NO SE ABONARÁ.

En la licitación de los contratos, la justificación de los Gastos Generales, viene reflejada mediante un porcentaje sobre el Presupuesto de ejecución material (PEM), que la ley lo establece entre un 13 y un 17 % del PEM, la Orden FOM/1824/2013, de 30 de septiembre, por la que se fija el porcentaje a que se refiere el artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, a aplicar en el Ministerio de Fomento, define: "en concepto de gastos generales de la empresa, gastos financieros, cargas fiscales, impuesto sobre el valor añadido excluido, tasas de la Administración legalmente establecidas, que inciden sobre el costo de las obras y demás derivados de las obligaciones del contrato. Se excluirán, asimismo, los impuestos que graven la renta de las personas físicas o jurídicas".

Dado que en nuestro caso no procederemos con la aplicación de un porcentaje (%), se justifican, al menos, los siguientes gastos (en caso de existir):

Servicios jurídicos, Revisiones médicas personal subrogado, Formación personal subrogado, Seguridad y salud, Póliza resp. Civil, Póliza seguros accidentes, Material vario oficina, Avales bancarios, Gastos gerencia y representación, Gastos dirección técnica, Gastos servicios centrales, Aseguramiento de calidad y medioambiente, IAE, Reparaciones y conservación, Reclamaciones e indemnizaciones a terceros, Servicios profesionales independientes, Amortización de inmovilizado, etc.

En la presentación de las correspondientes certificaciones mensuales, contienen una relación de obras realizadas en dicho mes y se adjuntará toda la documentación que justifique el coste. (...) »

12. Ha de señalarse que, finalizado el contrato de servicio de mantenimiento, por el centro gestor se envió a la sección de contratación la documentación preceptiva para el inicio de un nuevo contrato, siendo recurrido por una de las empresas licitadoras, mediante recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, así como sus anexos. En consecuencia, mediante acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 4 de julio de 2019, se aprobó desistir del procedimiento de licitación.

13. Con fecha 21 de abril de 2020, por el centro gestor se remitió nuevamente a la sección de contratación la documentación preceptiva para el inicio de un nuevo contrato, siendo recurrido nuevamente por una de las empresas licitadoras, mediante recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Canarias, contra los pliegos, sus anexos y el estudio económico, acordándose por la Junta de Gobierno en fecha 3 de diciembre de 2020, desistir del procedimiento al haberse producido una nulidad de los mismos y de todos los actos del expediente contractual relacionados con la aprobación de aquellos en virtud de lo establecido por el artículo 57.2 LCSP.

14. Con fecha 10 de febrero de 2021, por el centro gestor se remitió nuevamente a la sección de contratación la documentación preceptiva para el inicio de un nuevo contrato, el cual fue devuelto con fecha 15 de noviembre de 2021, dada la imposibilidad de proceder durante ese ejercicio a la conclusión del expediente, solicitando la modificación de los documentos contables y resto de la documentación que hiciera referencia a su adjudicación durante ese ejercicio, al objeto de iniciar la tramitación en el ejercicio 2022.

15. Con fecha 9 de febrero de 2022, se remitió al servicio de contratación distinta documentación, entre ella, los documentos contables del ejercicio presupuestario de 2022, a efectos de continuar con la tramitación del expediente administrativo.

16. Durante la tramitación del mismo, la Intervención General emitió informe de devolución de expediente, y solicitó a la oficina gestora aclaración y/o subsanación

en relación con las observaciones y defectos descritos en el mismo, al objeto de fiscalización de la aprobación del citado expediente.

17. Con fecha 21 de septiembre de 2022, se solicitó al servicio de contratación la retirada del expediente, dado que, a esa fecha, el técnico redactor del pliego no había emitido el informe de subsanación solicitado por la Intervención General, todo ello por la necesidad de disponer de crédito en la aplicación presupuestaria para tramitar los expedientes de nulidad de mantenimiento de calzadas del ejercicio 2022.

18. Constan en el expediente los informes del técnico municipal adscrito a la Sección de Vías y Obras y responsable del servicio de mantenimiento de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes 1, 2 y 3, que a continuación se relacionan:

a) Justificación de los medios y costes de la «Nulidad de la contratación del servicio de conservación de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes 1, 2 y 3». Certificación mes de noviembre 2022, de fecha 21 de marzo de 2023.

b) Justificación de los medios y costes de la «Nulidad de la contratación del servicio de conservación de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes 1, 2 y 3». Certificación mes de diciembre 2022, de fecha 21 de marzo de 2023.

c) Informe técnico nulidad contratación servicio mantenimiento aceras, plazas y zonas peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes 1, 2 y 3, en el periodo de noviembre y diciembre de 2022, por importe de 628.007,89 €, de fecha 26 de abril de 2019, ya transcrito.

19. Informe de la sección de Vías y Obras de fecha 28 de marzo de 2023, en el que se pone de manifiesto la posible concurrencia de una causa de nulidad en la contratación del servicio de mantenimiento de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes 1, 2 y 3, en el periodo de noviembre y diciembre de 2022, por importe de 628.007,89 €, a favor de la mercantil (...) y (...) UTE (...).

20. Informe de la Intervención Municipal de fecha 18 de mayo de 2023 poniendo de manifiesto la omisión de la fiscalización de la contratación del servicio.

21. Acuerdo de la Junta de Gobierno municipal, de 8 de junio de 2023 por el que se toma conocimiento de la omisión de fiscalización previa de la contratación del

servicio de mantenimiento de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes 1, 2 y 3, en el periodo de noviembre y diciembre de 2022, prestado por la mercantil (...) y (...) Unión Temporal de Empresas, (...), con CIF (...), por importe de 628.007,89 euros, y el inicio del procedimiento de revisión de oficio de la contratación descrita.

22. Escrito de la mercantil de fecha 4 de septiembre de 2023, destinado a la Concejalía de Gobierno del Área de Planificación, Desarrollo Urbano y Vivienda, Limpieza, Vías y Obras y Alumbrado, contestando al requerimiento de la Sección de Vías y Obras en relación con la existencia o no de beneficio industrial, señalando al respecto:

« (...) 1º Que es cero (0%) el porcentaje de beneficio industrial aplicado a las contrataciones en nulidad del servicio de mantenimiento de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes 1, 2 y 3, en los periodos de noviembre y diciembre de 2022».

23. Informe técnico de 26 de octubre de 2023, en el que, en cuanto al beneficio industrial se señala que las certificaciones de fechas 11 de enero y 8 de febrero de 2023, del expediente de nulidad de la contratación del «Servicio de mantenimiento de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes 1, 2 y 3», en el periodo de noviembre y diciembre de 2022, los precios utilizados para la elaboración de dichas certificaciones NO CONTEMPLAN, NI INCORPORAN NINGÚN BENEFICIO INDUSTRIAL (...) .

III

En cuanto al procedimiento de revisión de oficio, constan en el expediente las siguientes actuaciones:

1. Por Resolución de 27 de octubre de 2023, del Concejal delegado del Área de Vías y Obras y Alumbrado, se incoa procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de la contratación del servicio de mantenimiento de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes 1, 2 y 3, en el periodo entre noviembre y diciembre de 2022, por importe de 628.007,89 euros, a favor de la mercantil (...) Y (...) UNION TEMPORAL DE EMPRESAS, (...), ABREV. UTE (...).

2. Consta escrito de 31 de octubre de 2023 de la UTE, que manifiesta que no se opone al procedimiento de revisión de oficio.

3. Informe del técnico municipal adscrito a la sección de Vías y Obras y responsable del servicio de mantenimiento de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes 1, 2 y 3, de fecha 2 de noviembre de 2023, en el que informa en cuanto a la declaración de nulidad de la contratación del servicio: « *(...) Visto el escrito presentado por la mercantil en el que no se opone al procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de la contratación del servicio siendo procedente la revisión de oficio del acto administrativo dictado, no existe inconveniente en que se prosiga la tramitación del expediente conforme a la "Instrucción para la tramitación de expedientes en los que sea necesario declarar previamente la nulidad en las actuaciones por incumplimiento de las normas y procedimientos exigidos en la legislación de contratación pública", aprobada por Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, en sesión extraordinaria y urgente de 24 de marzo de 2017 y modificado por Acuerdo de 1 de febrero de 2018, así como la Circular del Concejal de Gobierno del Área de Presidencia, Hacienda, Modernización y Recursos Humanos, relativa a expedientes de nulidad en la contratación y su revisión de oficio (...)* ».

4. La Propuesta de Resolución declara la nulidad de la contratación a favor de la mercantil (...) y (...) Unión Temporal de Empresas, (...), Abrev. UTE (...), con CIF-U76125616, de los gastos derivados de la prestación del Servicio de mantenimiento de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes 1, 2 y 3, en el periodo de noviembre y diciembre de 2022, por un importe de 628.007,89 euros, así como liquidar el contrato y, dado que no es posible la restitución recíproca, devolver su valor por el mismo importe total.

IV

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 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 ésta 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).

2. En el presente caso, la Propuesta de Resolución se limita a declarar 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 9/2017, de Contratos del Sector Público».*

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 DDCC 8/2021, de 15 de enero, y 161/2020, de 1 de junio), lo siguiente:

«El art. 62.1, e) LRJAP-PAC configura como una causa de nulidad el que los actos sean dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Como las causas de nulidad radical o absoluta de los actos administrativos son tasadas, tienen carácter excepcional y han de interpretarse de forma estricta, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es especialmente restrictiva en cuanto a la aplicación de esa causa de

nulidad, ya que el empleo por la Ley de los dos adverbios "total y absolutamente" impone que los defectos formales necesarios para aplicar esta nulidad radical deben ser de tal dimensión que es preciso que se haya prescindido de modo completo y absoluto del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de sus trámites. La omisión de algún trámite se equipara a la omisión total del procedimiento cuando tiene la naturaleza de esencial en los supuestos en que haya causado indefensión material al interesado (para lo cual habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por la omisión del trámite). También se equipara a la omisión total si los trámites incumplidos, de haberse observado, habrían determinado un acto de contenido distinto. Consúltense al respecto las SSTS de 23 febrero de 2016; de 26 enero de 2016; de 24 enero de 2014; de 27 junio de 2012 y de 25 abril de 2002 (…) »

También hemos dicho en los DCCC 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. A la vista de los antecedentes expuestos en el Fundamento II del presente Dictamen, 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 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 especifico 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 16 de agosto de 2018, ni se había licitado, ni mucho menos 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 de 26 de abril de 2019 del técnico municipal adscrito a la sección de vías y obras y responsable del servicio de mantenimiento de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales. Informe transcrito en el Fundamento II.11 del presente Dictamen.

Sin embargo, como se ha dicho, no consta que se haya iniciado aún una nueva licitación.

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 16 de agosto de 2018 el contrato de «Servicio de mantenimiento de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales de Las Palmas de Gran Canaria», prestado por la empresa UTE (...), 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) -art. 23 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP)-, ya que se establecía una duración de cuatro años, susceptible de prórroga expresa por otros dos años adicionales y otra extraordinaria de 90 días, por lo que la contratación de los servicios prestados a partir del 16 de agosto de 2018 -y, en este caso, los comprendidos entre los meses de noviembre y diciembre de 2022- es nula conforme a lo previsto en los arts. 39.1 LCSP y 47.1.e) LPACAP.

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, aplicando los razonamientos jurídicos que se han

expuesto en las líneas precedentes al supuesto de hecho analizado, se ha de concluir que la actuación administrativa incurre de forma clara, manifiesta y ostensible en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1, apartado e) LPACAP, toda vez que se ha procedido a recibir la prestación del servicio de mantenimiento de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales sin la previa tramitación del oportuno expediente de contratación a tal efecto.

Además, tal infracción del Ordenamiento Jurídico no puede ser imputable al tercero que ha realizado la prestación sino únicamente a la Administración, quien justifica su actuación en el informe del Centro Gestor de 28 de marzo de 2023, que pone de manifiesto la posible concurrencia de una causa de nulidad de la contratación del servicio de mantenimiento de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes 1, 2 y 3, en el período de noviembre y diciembre de 2022.

Por todo ello, habiéndose desarrollado el servicio a entera satisfacción de la Unidad Técnica, la Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho.

5. En relación con los efectos económicos de la anulación de la contratación, de la documentación obrante en el expediente se pone de manifiesto que el inicio del presente expediente de revisión de oficio está motivado por la continuidad de la prestación del servicio de mantenimiento de mantenimiento de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales de Las Palmas de Gran Canaria prestado por la empresa UTE (...) en el periodo comprendido de noviembre a diciembre de 2022, sin cobertura legal alguna tras la expiración de la última prórroga extraordinaria del contrato el 16 de agosto de 2018, y no haberse adjudicado todavía el contrato, y que, la empresa prestadora del servicio tiene derecho a percibir el precio del servicio, pretendiendo que se detraiga el 3% del beneficio industrial.

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

Sin embargo, como ya ha indicado el propio Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre (y este Consejo Consultivo de Canarias -Dictamen 220/2013, de 19 de junio-), *« (...) nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y*

aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (...), para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma».

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

En el presente expediente, la entidad ha señalado expresamente que en la prestación realizada no se obtiene beneficio industrial. En el mismo sentido se pronuncia la Propuesta de Resolución*: «Cuarto.- Los gastos detallados en el expediente se corresponden con prestaciones efectivamente realizadas en favor del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, de cuya valoración no consta la existencia de beneficio industrial».*

Como manifestamos en el 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. 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 y, por tanto, sin detraer el 3% del beneficio industrial (como sucedía en anteriores ocasiones).

6. 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.

7. Resta por abordar la cuestión relativa a las consecuencias derivadas de la prestación del servicio con posterioridad al 31 de diciembre de 2022, y que se traducen en las facturas que, con origen en el presente contrato cuya nulidad se dictamina, se hayan podido emitir o se emitirán con posterioridad a dicha fecha.

En relación con ello, ya en nuestro Dictamen 452/2023, de 7 de noviembre de 2023, señalábamos:

«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 las prestaciones realizadas entre los meses de noviembre y diciembre de 2022, consta en el expediente administrativo que la voluntad de continuar la prestación del servicio se extendía mientras se llevaba a cabo una nueva licitación, que aún no consta que se haya iniciado. 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 entre los meses de noviembre y diciembre de 2022 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).

Por tanto, tal como señala el Consejo Consultivo de Asturias, y acoge este Consejo en el citado Dictamen 452/2023 de 7 de noviembre, 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.

8. 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 tan 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, tanto en cuanto a la declaración de nulidad de la contratación del servicio de mantenimiento de calzadas, aceras, plazas y zonas peatonales de Las Palmas de Gran Canaria, Lotes 1, 2 y 3, en el periodo de noviembre y diciembre de 2022, por importe de 628.007,89 euros, a favor de la mercantil (...) Y (...), UNION TEMPORAL DE EMPRESAS, (...), ABREV. UTE (...), como en cuanto a los efectos económicos derivados de la declaración de nulidad, de acuerdo con lo señalado en el Fundamento IV del presente Dictamen, por lo que procede su revisión de oficio.