



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 1 / 2 0 2 4

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 18 de enero de 2024.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de la nulidad de la contratación del «Servicio de Ayuda a Domicilio», incoado por Resolución n.º 2023-39628 de 25 de octubre de 2023, de la Concejalía de Gobierno del Área de Bienestar Social, Saludable, Deportivo e Igualdad, Diversidad, Participación Ciudadana y Juventud (EXP. 548/2023 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 17 de noviembre de 2023 (registro de entrada en este Consejo Consultivo de 20 de noviembre de 2023), la Excm. Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria interesa de este Consejo Consultivo preceptivo Dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad de la contratación del Servicio de Ayuda a Domicilio, suscrito con la empresa (...), en relación con los gastos correspondientes al periodo comprendido entre el 23 de septiembre y el 30 de noviembre de 2022.

2. La legitimación de la Sra. Alcaldesa para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 41 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2017 (LCSP), norma básica aplicable al presente supuesto porque el contrato que se pretende declarar nulo fue iniciado con posterioridad a su entrada en vigor.

* Ponente: Sra. de León Marrero.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del 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 el preceptivo trámite de vista y audiencia a la empresa contratista, que mostró su conformidad con la declaración de nulidad y sus efectos mediante escrito de 5 de noviembre de 2023.

Este Consejo Consultivo en su Dictamen 72/2023, de 1 de marzo, seguido, entre otros, por los Dictámenes 170/2023, de 20 de abril, 318/2023, de 20 de julio 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, de conformidad con lo previsto en el Decreto del Alcalde-Presidente 48169, de 29 de noviembre de 2018, 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 art. 39 de la ley 9/2017, de Contratos del Sector Público».

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, pues se inició a través de Resolución número 39628/2023 de 25 de octubre, de la

titular de la concejalía de gobierno del Área de Bienestar social, Saludable, Deportivo e Igualdad, Diversidad, Participación Ciudadana y Juventud, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, plazo que se cumplirá el 25 de abril de 2024.

Asimismo, de conformidad con lo previsto en el art. 106.1 LPACAP, es preciso que el Dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si el Dictamen no lo considera así.

II

1. En el supuesto que nos ocupa, los antecedentes del presente procedimiento constan en el informe del centro Gestor de 6 de septiembre de 2023, que se reproduce en la Resolución de inicio del procedimiento, en el que se señala lo siguiente:

«Primero. – Se informa que la Sección de Servicios Sociales Comunitarios, adscrita al Servicio de Bienestar Social, con fecha uno de octubre de 2020 inició la prestación del servicio denominado “Servicio de Ayuda a Domicilio” (SAD) en el marco del contrato con Nº de expediente 50/19-S, el cual se formalizó el 29/09/2020 estableciendo como plazo de ejecución, tres años y susceptible de prórroga por un año adicional. Las actas de inicio para el comienzo de los servicios de cada uno de sus lotes fueron firmadas el 30/09/2020, teniendo efectividad a partir de la fecha anteriormente indicada (01/10/2020). Los tres lotes que contempla la prestación abarcan una zona de actuación distinta del municipio, según la siguiente descripción:

Lote 1: Centro Municipal de Servicios Sociales (CMSS) Distrito Vegueta-Cono Sur-Tafira; CMSS Distrito Isleta Puerto Guanarteme y los Centros de Acogida Municipal de Gánigo, La Isleta y el Lasso adscritos a la Unidad Técnica de Inclusión Social.

Lote 2: CMSS Distrito Centro y CMSS Distrito Tamaraceite-San Lorenzo.-Tenoya.

Lote 3: CMSS Distrito Ciudad Alta.

Dicho contrato comprende las anualidades de ejecución 2020, 2021, 2022 y hasta el 30 de septiembre de 2023. Para la anualidad de 2022 fue autorizado y dispuesto crédito en las operaciones contables con números: 220209000590, 220209000591 y 220209000592, por importes de 3.180.752,97 euros, 3.331.921,58 euros y, 3.841.339,04 euros respectivamente para los lotes nº 1, 2 y 3.

El servicio de ayuda a domicilio es un servicio destinado a la atención personal y/o del hogar básica de sus usuarios. Éste se ha caracterizado por ir evolucionando hacia un crecimiento exponencial de los servicios de difícil previsión en los momentos de planificación y preparación de los contratos para su licitación. Distintas variables poblacionales, sociales y económicas han influido en las condiciones de ejecución de un servicio como el que nos ocupa, tales como: una

mayor esperanza de vida para los mayores y personas con discapacidad (que supone un mayor número de población que se mantiene y accede al servicio cada año); una mayor integración en el mercado laboral de las mujeres que a lo largo de la vida habían ejercido las funciones de cuidadoras de sus familiares; un déficit de ofertas de plazas residenciales y/o centros de día y además como efecto, la profesionalización de la labor de las auxiliares de hogar. Todo ello, ha ido generando el incremento anual de los beneficiarios de este servicio y esto ha ido desbordando todas las previsiones de fondos previstos consignados inicialmente, siendo esta situación un hándicap que ha ido marcando, para las distintas anualidades de ejecución, problemas por la insuficiencia de los créditos que han sido autorizados y dispuestos en los años de implementación de la prestación.

En tal sentido, la Sección de Gestión Económico-Presupuestaria, adscrita al Servicio de Bienestar Social solicitó al órgano competente un incremento de los créditos de este contrato en un 20% en virtud de lo que establece la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratación del Sector Público.

Finalmente, fue tomado el Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad, en sesión celebrada el 28/07/2022 para la modificación del contrato en un incremento del 20% del precio inicial, ascendiendo la cantidad total a 6.212.408,15 euros (IGIC incluido) para los ejercicios económicos de 2022 y 2023 (Ver en anexo n.º 1), en su apartado "Segundo.-" se autoriza y dispone el gasto para el ejercicio 2022, en la cuantía total de 1.779.140,36 euros, distribuido para cada uno de sus lotes y contabilizándose en fase AD/RC tras el acuerdo tomado, según el siguiente cuadro:

LOTEN.º DE OPERACIÓNIMPORTE EJERCICIO 2022

1220220028401546.551,92

2220220028402572.527,37

3220220028403660.061,07

TOTAL:1.779.140,36

A continuación, se describe mediante cuadro los créditos totales autorizados (incluye los fondos autorizados inicialmente y el incremento acordado posteriormente del 20%) del contrato para el 2022:

Lotes	Importe anual para el ejercicio 2022 en fase AD	Incremento del 20% del crédito para el ejercicio 2022 en fase AD/RC	Crédito totales acordados por JGL para el SAD en ejercicio 2022
1	3.180.752,97	546.551,92	3.727.304,89

2	3.331.921,58	572.527,37	3.904.448,95
3	3.841.339,04	660.061,07	4.501.400,11
TOTAL:	10.354.013,59	1.779.140,36	12.133.153,95

Tal como se explica anteriormente, al haberse producido un aumento en la demanda de usuarios de este servicio, hubo como consecuencia un aumento del coste del servicio, ya que se ejecutaron más horas de las que inicialmente se contemplaban en el contrato adjudicado, por lo que los créditos que fueron autorizados y dispuestos inicialmente junto al crédito incrementado del 20%, no han sido suficientes para cumplir con las previsiones del gasto que finalmente fue realizado, por lo que al seguir efectuando los servicios de esta prestación entre los días 23 de septiembre y 30 de noviembre de 2022 ha quedado sin abonar al contratista los gastos realizados por importe de 1.711.256,71 euros, por lo que se vulneró lo dispuesto en los artículos 32 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Es importante señalar, que debido a las características de este servicio, se consideró que de no dar respuesta a la demanda incrementada, iba a ocasionar un grave perjuicio a la ciudadanía del municipio, debido a que su realización ofrece soluciones a necesidades básicas en domicilio para aquellas personas beneficiarias que requieren de la atención personal de una auxiliar de hogar; efectuándose actuaciones desde el aseo personal, elaboración de alimentos, lavado/planchado de la ropa, limpieza del hogar o el auxilio en otras actividades cotidianas; estimándose que todas y cada una de dichas tareas son impostergables, dado que en el caso de haber tenido que suspender temporalmente alguna de estos servicios, hubiera supuesto un gran deterioro en la calidad de vida de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad social, y por tanto, se trata de servicios imprescindibles para dar cobertura a las necesidades más básicas de la población en su domicilio.

La prestación se ha realizado con los mismos efectos y bajo las mismas cláusulas del contrato que se encuentra en vigor.

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

Tercero. - Señalar que no es posible la restitución de la prestación, debido al tipo de servicio efectuado, ya que se trata de actuaciones de atención personal y del hogar que se realizan a los beneficiarios por su situación personal y social.

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

Nº	Nº Factura	Fecha de factura	Concepto	Importe
1	22ZNX0000015	07/12/2022	Servicio de Ayuda a Domicilio Lote Nº1 (23/09/2022 al 30/09/2022)	108.095,10 €
2	22ZNX0000018	07/12/2022	Servicio de Ayuda a Domicilio Lote Nº1 (01/10/22 al 31/10/2022)	375.424,39 €
3	22ZNX0000332	28/12/2022	Servicio de Ayuda a Domicilio Lote Nº1 (01/11/2022 al 30/11/2022)	380.499,47 €
4	23ZNX0000001	12/01/2023	Servicio de Ayuda a Domicilio Lote Nº2 (28/09/2022 al 30/09/2022)	52.630,28 €
5	22ZNX0000020	07/12/2022	Servicio de Ayuda a Domicilio Lote Nº2 (01/10/22 al 31/10/2022)	391.599,58 €
6	22ZNX0000333	28/12/2022	Servicio de Ayuda a Domicilio Lote Nº2 (01/11/2022 al 30/11/2022)	403.007,89 €
TOTAL:				1.711.256,71 €

Quinto.- El valor de la prestación de los gastos realizados entre el 23 de septiembre y 30 de noviembre de 2022, asciende a un importe total de 1.711.256,71 euros, cuyo coste corresponde plenamente con el precio de mercado habitual para este tipo de servicios, ya que los precios facturados están en concordancia con los precios establecidos en el contrato firmado con esta misma empresa y adjudicataria del servicio (Ver anexo n.º 2 Oferta económica).

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

Sexto.- Existe crédito adecuado y suficiente para atender las obligaciones económicas derivadas de las prestaciones efectuadas, debido a que para ello, se ha solicitado crédito para el abono de las facturas pendientes de aplicación (OPA) del periodo comprendido entre el 23 de septiembre y 30 de noviembre de 2022, a través de incorporación de remanentes mediante la correspondiente modificación de crédito realizada al efecto contabilizada con N.º Operación 220230029875. Posteriormente, es efectuada la retención de crédito (RC) tramitada por el Órgano de Gestión Presupuestaria siendo contabilizada con N.º de Operación 220230030318, por un importe de 1.711.256,71 euros, disponiendo así de crédito suficiente que permite la tramitación del expediente para su elevación al órgano competente en la aplicación presupuestaria 06.247/231.00/227.96 Trabajos realizados por otras Empresas y Profesionales. Indemnizaciones.

En conclusión, se ha podido destinar crédito para esta prestación, ya que, con relación a estos gastos, como se ha descrito, se ha procedido a incrementar los fondos existentes en la aplicación presupuestaria a través de una modificación de créditos efectuada con remanentes de tesorería para gastos generales resultantes de la liquidación del presupuesto 2022 para las operaciones pendientes de aplicación a 31/12/2022. Por lo que, no existe impedimento ni limitación alguna para la aplicación de estos gastos al presupuesto del Servicio de Bienestar Social, no afectando a las necesidades que se encontraban previstas atender ni produciéndose ningún perjuicio en relación con otros gastos previstos que se vayan a ejecutar en el presente ejercicio económico (...) ».

2. El informe de la Intervención General del Ayuntamiento, emitido el día 19 de octubre de 2023, afirma acerca de la causa en la que se fundamenta la declaración de nulidad pretendida lo siguiente:

«B) En relación con los incumplimientos normativos que se produjeron con la adopción del acto, debe señalarse lo siguiente:

En el presente caso, por el Servicio Gestor se informa que el contrato comprende las anualidades de ejecución 2020, 2021, 2022 y hasta el 30 de septiembre de 2023 y que para la anualidad de 2022 fue autorizado y dispuesto crédito en las operaciones contables con números:

220209000590, 220209000591 y 220209000592, por importes de 3.180.752,97 euros, 3.331.921,58 euros y, 3.841.339,04 euros respectivamente para los lotes nº 1, 2 y 3.

Asimismo, consta en el expediente Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad, en sesión celebrada el 28/07/2022 a efectos de la modificación del contrato en un incremento del 20% del precio inicial, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 31 del PCAP.

Por tanto, y según consta en el informe del Servicio Gestor de fecha 06/09/2023, los créditos totales autorizados (fondos autorizados inicialmente y el incremento acordado posteriormente del 20%) del contrato para el 2022 son los siguientes:

Lotes	Importe anual para el ejercicio 2022 en fase AD	Incremento del 20% del crédito para el ejercicio 2022 en fase AD/RC	Crédito totales acordados por JGL para el SAD en ejercicio 2022
1	3.180.752,97	546.551,92	3.727.304,89
2	3.331.921,58	572.527,37	3.904.448,95
3	3.841.339,04	660.061,07	4.501.400,11
TOTAL	10.354.013,59	1.779.140,36	12.133.153,95

No obstante lo anterior, por el Servicio se comunica que “ (...) al haberse producido un aumento en la demanda de usuarios de este servicio, hubo como consecuencia un aumento del coste del servicio, ya que se ejecutaron más horas de las que inicialmente se contemplaban en el contrato adjudicado, por lo que los créditos que fueron autorizados y dispuestos inicialmente junto al crédito incrementado del 20%, no han sido suficientes para cumplir con las previsiones del gasto que finalmente fue realizado, por lo que al seguir efectuando los servicios de esta prestación entre los días 23 de septiembre y 30 de noviembre de 2022 ha quedado sin abonar al contratista los gastos realizados por importe de 1.711.256,71 euros”.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 203 de la LCSP, los contratos administrativos solo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204.

b) Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en esta Ley.

Las modificaciones del contrato deberán ajustarse al procedimiento regulado en el artículo 191, formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 153, y deberán publicarse de acuerdo con lo establecido en los artículos 207 y 63.

Las prestaciones realizadas por importe de 1.711.256,71 euros suponen una modificación del contrato que, junto con la aprobada en el Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad, en sesión celebrada el 28/07/2022, supera el límite previsto en la cláusula 31 del PCAP, no se acredita que se den los supuestos previstos en el artículo 205, ni que se haya seguido el procedimiento legalmente establecido ni las formalidades anteriormente expuestas (...) ».

III

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

1. Por Resolución de la Concejala de gobierno del Área de Bienestar Social, Saludable, Deportivo e Igualdad, Diversidad, Participación Ciudadana y Juventud de 25 de octubre, se acordó iniciar el expediente para declarar la nulidad de la contratación del Servicio de Ayuda a Domicilio, suscrito con la empresa (...) en relación con los gastos comprendidos en el periodo comprendido entre el 23 de septiembre y el 30 de noviembre de 2022.

2. Se otorgó trámite de audiencia a la interesada, que, mediante escrito de 5 de noviembre de 2023, mostró su conformidad con la declaración de nulidad.

3. Con fecha 15 de noviembre de 2023 se emitió la Propuesta de Resolución por la que se pretende declarar la nulidad de la contratación ya referida.

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. 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 39 de la ley 9/2017, de Contratos del Sector Público»*.

La Propuesta de Resolución no cita claramente la causa de nulidad de pleno derecho en que incurre la contratación afectada, lo que habrá de subsanarse dado el carácter restrictivo de las causas de nulidad, pues solo alude genéricamente a la causa de nulidad del art. 47.1.e) LPACAP.

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.

3. Cabe advertir que en el informe de la Intervención General –que se denomina omisión de la fiscalización– se esgrimen como causas de nulidad las siguientes:

«Las prestaciones realizadas por importe de 1.711.256,71 euros suponen una modificación del contrato que, junto con la aprobada en el Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad, en sesión celebrada el 28/07/2022, supera el límite previsto en la cláusula 31 del PCAP, no se acredita que se den los supuestos previstos en el artículo 205, ni que se haya seguido el procedimiento legalmente establecido ni las formalidades anteriormente expuestas.

En cuanto a la competencia del órgano para dictar actos por razón de la materia, según la Disposición adicional segunda, punto 4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, establece que:

“En los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las competencias del órgano de contratación que se describen en los apartados anteriores se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo, siendo el Pleno el competente para aprobar los pliegos de cláusulas administrativas generales.”

En base a ello, y no constando acuerdo de la Junta de Gobierno Local, la modificación ha sido acordada por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia.

El artículo 173.5 del TRLRHL dispone que “no podrán adquirirse compromisos de gasto por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la

expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar”.

El gasto fue realizado sin la existencia de crédito adecuado y suficiente en el ejercicio 2022. Por tanto, se ha producido la modificación del contrato sin ajustarse al procedimiento legalmente establecido, por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia. y sin que existiera crédito adecuado y suficiente en el ejercicio 2022.

Se ha producido la modificación del contrato sin ajustarse al procedimiento legalmente establecido, por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia y sin que existiera crédito adecuado y suficiente en el ejercicio 2022».

4. A la vista de los antecedentes expuestos en el Fundamento II del presente Dictamen, resulta ser un hecho indubitado, no cuestionado por la Administración, ni por la empresa contratista, que se procedió a la modificación del contrato, y, una vez aumentado un 20% el precio inicial, se siguieron realizando prestaciones por encima de ese 20%, por un importe total de 1.711.256,71 euros, superando el límite previsto en la cláusula 31 del PCAP y sin justificar de forma suficiente que concurrieran los supuestos previstos en el artículo 205 LCSP, ni que se hubiera seguido el procedimiento legalmente establecido, ni las formalidades anteriormente expuestas, tal y como se señala en el informe de la Intervención General y se deduce de la documentación obrante en el expediente.

Ahora bien, dada la imprecisión de la Propuesta de Resolución, que alega de forma genérica la causa de nulidad prevista en el art. 47.1 LPACAP, y que la Intervención General esgrime tres distintas causas de nulidad, esto es: ausencia del procedimiento previsto, órgano manifiestamente incompetente y ausencia de crédito, ha de traerse a colación la doctrina consultiva expresada, entre otros, en nuestro Dictamen 6/2023 de 12 de enero (Fundamento IV,3) en el que expresábamos:

«Pues bien, ante tal multiplicidad de causas de nulidad esgrimidas por la Administración municipal, y aplicando mutatis mutandis el mismo criterio sostenido por este Consejo Consultivo en materia de resoluciones contractuales y revisión de oficio de actos administrativos [véase en este sentido el Dictamen 46/2022, de 3 de febrero, con cita del Dictamen 63/2020, de 18 de febrero: « (...) resulta de aplicación la reiterada y constante doctrina de este Consejo (por todos, Dictámenes 88/2019, de 13 de marzo; 263/2018, de 6 de junio; y 60/2016, de 10 de marzo), que reproduce, asimismo, la doctrina consolidada del Consejo de Estado referida a que, en caso de concurrencia de varias causas de resolución, debe aplicarse prioritariamente la causa de resolución que aparezca antes en el tiempo, de modo que, si posteriormente sobrevienen otras causas, estas son ya irrelevantes»], se entiende que procede analizar, en primer término, la causa de nulidad prevista en el art. 62.1, letra e) LRJAP-PAC, al ser considerada como la primera en aparecer en el tiempo».

De tal modo que la Propuesta de Resolución deberá completarse señalando expresamente la primera causa de nulidad que ha dado lugar al presente procedimiento de revisión de oficio.

5. En relación a los efectos económicos de la anulación de la contratación, de la documentación obrante en el expediente se pone de manifiesto que el inicio del presente expediente de revisión de oficio está motivado por la continuidad de la prestación del servicio de Ayuda a Domicilio, durante el periodo de tiempo ya reiterado y no haberse realizado aún nueva contratación.

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 caso la reparación integral del daño al contratista coincide con la totalidad del importe de las facturas en su momento presentadas, lo que incluye 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, tal y como detallamos extensamente en el citado Dictamen 318/2023 de 20 de julio, al que ha de estar esa Corporación Municipal.

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 (Antecedente V: «*se deja constancia de que no existe beneficio industrial alguno*»).

En la medida que no se detrae ninguna cantidad en concepto de beneficio industrial de la valoración de la prestación, la Propuesta de Resolución es correcta, siguiendo la reiterada doctrina de este Consejo (por todos, Dictamen 318/2023, de 20 de julio).

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, por lo que hay que concluir que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho en ese punto.

7. Resta por abordar la cuestión relativa a las consecuencias derivadas de la prestación del servicio con posterioridad al 30 de noviembre de 2022, y que se traducen en las facturas que, con origen en el presente contrato declarado ya nulo, se hayan podido emitir o, se emitirán, con posterioridad a dicha fecha. Al respecto, señalábamos en nuestro reciente Dictamen 452/2023, de 7 de noviembre:

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

«En el reiterado Dictamen Núm. 265/2019, remitido a la misma autoridad consultante en relación con la prórroga y modificación del mismo contrato de prestación del servicio de ayuda a domicilio en otro periodo, apreciamos que “la imposibilidad de proceder a la modificación, por el exceso producido en el precio del contrato inicialmente fijado, determinaba la procedencia de resolver el contrato y proceder a una nueva licitación. Y si bien concurre vicio de nulidad por omisión del procedimiento relativo tanto a una nueva licitación como en la prórroga que de facto se produce, no podemos obviar que al tiempo de esta última el contrato ya estaba viciado de nulidad radical. En suma, el hecho determinante de la nulidad es aquí la omisión de la nueva licitación al tiempo del modificado, suplida por la realización de una ‘modificación tácita’ cuando lo que procedía abrir era una nueva licitación, y ese vicio comporta la nulidad del contrato desde ese mismo momento, lo que afecta también a los postreros 20 días en los que el servicio se presta careciendo además de amparo en los plazos contractuales”. Según exponíamos entonces, “con arreglo a la cláusula 32 del pliego (...), la superación de los límites establecidos en el mismo obligaba a la resolución del contrato en vigor y al inicio de un nuevo procedimiento de licitación, de conformidad con la LCSP ya vigente en el mes de noviembre de 2018. Tal prescripción fue desatendida en favor de la continuidad de la prestación con arreglo a unas nuevas condiciones; situación que implicó, en definitiva, tanto la vulneración del citado artículo 108 del TRLCSP como del artículo 37.1 de la LCSP, en cuanto que proscribía la contratación verbal, así como de los demás preceptos de esta Ley que someten a un determinado procedimiento la adjudicación de servicios en función de su cuantía”.

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

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

naturaleza de acto administrativo-, no se aprecia ninguna decisión posterior diferenciada o distinta, expresa o tácita, con relación a las nuevas facturas (por el periodo transcurrido entre 1 de enero y 31 de mayo de 2019), de modo que la nulidad carece ahora de objeto y la invalidez de las últimas facturas no es sino consecuencia material de la nulidad ya declarada el 12 de diciembre de 2019.

En efecto, aunque aparentemente la nulidad se predica de “la prórroga comprendida entre el 11 y el 31 de diciembre de 2018”, consta que la voluntad de prorrogar el contrato se extendía mientras se llevaba a cabo “una nueva licitación”, y que con fecha 13 de diciembre de 2018 se inició el nuevo procedimiento de licitación, por lo que debe entenderse que el acto tácito de prórroga se adoptó con ese horizonte temporal -en tanto se incorporaba un nuevo adjudicatario-, sin que pueda concebirse que aquella decisión tácita de prorrogar la continuidad del servicio se limitara únicamente hasta al 31 de diciembre de 2018 y excluyera los meses sucesivos cuando es manifiesto que la nueva adjudicación no se resolvería en tan corto lapso (y ni siquiera en una fecha cierta). Hallándonos ante una prestación continuada, de tracto sucesivo, en la que tampoco se exterioriza, con posterioridad a aquella decisión tácita ya anulada, ningún otro acto administrativo de cobertura, es forzoso concluir que el contrato verbal a cuyo amparo se emiten las nuevas facturas es el ya anulado por Resolución de la Alcaldía de 12 de diciembre de 2019.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP, “La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato”. Por tanto, de la nulidad de los actos de contratación identificados en la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo de 12 de diciembre de 2019 resulta la consecuente nulidad de la contratación bajo cuya vigencia se prestaron los servicios que dieron lugar a las facturas que ahora se someten a nuestra consideración.

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

Conforme a la doctrina transcrita, que comparte este Consejo Consultivo, la declaración de nulidad de la decisión administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio, al no apreciarse ninguna decisión posterior diferenciada o distinta, expresa o tácita, con relación a las nuevas facturas que puedan emitirse 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.

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 facturas posteriores al 30 de noviembre de 2022 al quedar afectadas por la nulidad ya dictaminada.

8. 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».

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución por la que se pretende la declaración de nulidad de la contratación del Servicio de Ayuda a Domicilio, suscrito con la empresa (...) en relación con los gastos comprendidos en el periodo comprendido entre el 23 de septiembre y el 30 de noviembre de 2022, es conforme a Derecho en virtud de los razonamientos expuestos en el Fundamento IV del presente Dictamen.

Éste es nuestro Dictamen (DCC 31/2024, de 18 de enero de 2024, recaído en el EXP. 548/2023 RO), que pronunciamos y emitimos en el lugar y fecha indicados en el encabezado.