Consejo Consultivo de Canarias

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

(Pleno)

San Cristóbal de La Laguna, a 4 de junio de 2024.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Hacienda y Relaciones con la Unión Europea del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución para la declaración de la nulidad del contrato que tiene por objeto la prestación del servicio de vigilancia y seguridad realizado por la entidad (...), en los edificios titularidad de la Dirección General de Patrimonio y Contratación de la Consejería de Hacienda y Relaciones con la Unión Europea de Santa Cruz de Tenerife durante el mes de enero 24 (EXP. 244/2024 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Hacienda y Relaciones con la Unión Europea el 19 de abril de 2024, con registro de entrada en este Consejo consultivo el 22 de abril de 2024, tiene por objeto el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio para la declaración de nulidad de del contrato que tiene por objeto la prestación del servicio de vigilancia y seguridad, realizado por la empresa (...), en el mes de enero de 2024, en edificios titularidad de la Dirección General de Patrimonio y Contratación de la Consejería de Hacienda y Relaciones con la Unión Europea en Santa Cruz de Tenerife (Servicios Múltiples I, Servicios Múltiples II, Tres de mayo y Prodamer) por importe total de 80.000,39 €.

2. La legitimación de la Sra. Consejera de Hacienda y Relaciones con la Unión Europea 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

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

transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2017 (LCSP), norma básica aplicable al presente supuesto porque el contrato que se pretende declarar nulo fue iniciado con posterioridad a su entrada en vigor.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, 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. En este caso, se ha otorgado el trámite de vista y audiencia a la empresa prestadora del servicio, quien, mediante escrito de fecha 23 de febrero de 2024, manifiesta su conformidad con la nulidad propuesta.

Este Consejo Consultivo en su Dictamen 72/2023, de 1 de marzo, seguido, entre otros, por los Dictámenes 170/2023, de 20 de abril, 318/2023, de 20 de julio, 386/2023, de 5 de octubre, 412/2023, de 19 de octubre, 452/2023, de 7 de noviembre y 533/2023, de 21 de diciembre, 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, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 106.1 LPACAP, por remisión del art. 41 LCSP.

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.

4. La regulación del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP, puesto que 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 procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP. Esta remisión normativa efectuada por el art. 41.1 LCSP a la legislación estatal en materia de procedimiento administrativo común, nos conduce a la aplicación de los arts. 106 a 111 LPACAP.

El art. 106.1 LPACAP contempla la revisión de oficio de los actos administrativos nulos; permitiendo a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo Dictamen favorable del órgano consultivo autonómico, declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 47.1 LPACAP.

Este artículo no contempla un procedimiento específico para la tramitación de los expedientes de declaración de nulidad, por lo que se entienden aplicables las normas recogidas en el título IV de la LPACAP (*«De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común»*), con la especialidad exigida por el art. 106, que establece como preceptivo el previo Dictamen favorable del órgano consultivo que corresponda.

5. La Propuesta de Resolución atribuye la competencia para resolver el presente procedimiento se atribuye al órgano de contratación, en virtud de lo previsto en el art. 41.3 LCSP. No obstante, se indica, dicho precepto confiere dicha competencia al órgano de contratación, sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas establezcan sus normas respectivas. En este caso, el órgano de contratación es la Dirección General de Patrimonio y Contratación, ahora bien, el art. 29.1.g de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias dispone que corresponde a los Consejeros incoar y resolver los expedientes de revisión de oficio de los actos del propio Departamento. Asimismo, el art. 8.2.k) del Decreto 175/2022, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos dispone que corresponde a la persona titular del Departamento la incoación y resolución de los procedimientos de revisión de oficio de las disposiciones y actos dictados por cualquiera de los órganos de la Consejería. Por tanto, la competencia para resolver el presente procedimiento corresponde a la Consejera de Hacienda y Relaciones con la Unión Europea.

El Pleno de este Consejo Consultivo coincide con este criterio, teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en su Sentencia 68/2021, de 18 de marzo [FJ 9.b), conforme a la cual la determinación del órgano autonómico competente para iniciar y resolver estos procedimientos es de la competencia exclusiva autonómica. Reza así la Sentencia:

«b) En relación con el régimen de invalidez, el art. 41.3 (capítulo cuarto, título primero, del libro primero LCSP) regula el órgano competente para resolver la revisión de oficio en materia de contratación pública.

En primer lugar, el precepto establece la regla general según la cual para determinar el órgano competente se estará «para el ámbito de las comunidades autónomas [a lo que] establezcan sus normas respectivas». Es decir, la Ley de contratos del sector público atribuye expresamente a las comunidades autónomas la decisión de determinar el órgano competente para llevar a cabo la revisión de oficio, de acuerdo con su potestad de autoorganización.

En segundo lugar, *«sin perjuicio»* de lo que establezcan las comunidades autónomas para su ámbito, establece unos criterios para determinar los órganos competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos a los que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 41 LCSP: (i) *«el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una administración pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando esta no tenga el carácter de administración pública»;* (ii) «si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria»; (iii) *«en el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, presidente o director de la entidad que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando esta no tenga el carácter de administración pública»* y (iv) *«en el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la subvención primeramente concedida».*

En tercer lugar, establece una regla común que condiciona la elección del órgano competente, y es que «en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa» (inciso inicial, párrafo primero del art. 41.3 LCSP).

El tribunal considera que no estamos ante un supuesto de establecimiento de una norma supletoria como alega la parte recurrente. El precepto debe interpretarse en el sentido de que la única previsión de carácter básico y común para el conjunto de las administraciones públicas es el inciso que exige «atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa». Este precepto debe

estimarse como dictado al amparo del título competencial del Estado en materia de régimen básico de las administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), que condiciona la potestad de organización autonómica dada la singular naturaleza de la institución de la revisión de oficio. La cláusula «sin perjuicio» permite entender que los restantes criterios para determinar el órgano competente –inciso final del párrafo primero y el párrafo segundo–, no tienen carácter básico y son aplicables únicamente a la administración general del Estado».

En consecuencia, en aplicación de esta doctrina, compete a la Comunidad Autónoma en virtud de su potestad de autoorganización [arts. 61.1,b), 104 y 106 del Estatuto de Autonomía, en relación con el art. 149.1.18º CE] la determinación del órgano competente para resolver los procedimientos de revisión de oficio en materia de contratación pública. De esta manera y en aplicación del art. 29.1, letra g) – en relación con el apartado e) del mismo precepto- de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, compete al titular de cada Departamento esta competencia.

6. En la Propuesta de Resolución, la Administración autonómica afirma la nulidad de pleno derecho de la contratación por incurrir en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.e) LPACAP, al que se remite el art. 39.1 LCSP.

7. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver, el art. 41.1 LCSP, en relación con la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas viciados de nulidad, remite a la regulación que del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP, especialmente en su art. 106.5 LPACAP, que dispone que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso (se inició por Resolución n.º 107/2024 de 20 de febrero de 2024), el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse Resolución producirá su caducidad, plazo que se cumpliría el día 20 de agosto de 2024, por lo que no se ha incurrido en caducidad al no haber transcurrido el citado plazo.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de revisión de oficio, según los hechos relatados en la Propuesta de Resolución, son los siguientes:

1. Mediante resolución 220/2017, de 4 de octubre, se adjudica el contrato del servicio de vigilancia y seguridad de los edificios destinados a dependencias

administrativas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias en Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife, a la empresa (...) (lotes 1, 4, 5, 6 y 7), y a la empresa (...) (lotes 2 y 3).

2. Con fecha 19 de septiembre de 2018, se emite Resolución n.º 241/2018, de la Dirección General de Patrimonio y Contratación, por la que se procede a resolver el contrato para la vigilancia de los edificios Servicios Múltiples I, Múltiples II, Tres de mayo y Promader, por incumplimiento culpable de la empresa (...).

3. Con fecha 19 de septiembre de 2018, se solicita a la empresa (...), oferta económica para la prestación del servicio de vigilancia y seguridad, hasta que la Dirección General de Patrimonio y Contratación adjudique nuevo contrato para los edificios anteriormente relacionados. Oferta que dicha empresa presenta el 24 de septiembre de 2018.

4. Mediante Resolución de fecha 5 de julio de 2022 de la Dirección General de Patrimonio y Contratación se inició expediente de contratación administrativa, para la adjudicación de dicho contrato mediante el sistema de adjudicación por procedimiento abierto.

5. El 2 de agosto de 2022 se interpone recurso especial en materia de contratación por la Asociación de Empresas de seguridad y vigilancia de la provincia de Las Palmas (APEMES) contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas. Por Resolución N.º 232, de 20 de septiembre de 2022, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias se estima parcialmente el recurso especial.

6. Mediante Resolución del órgano de contratación de fecha 30/1/2023, con motivo de lo dispuesto en la Resolución N.º 232, de 20 de septiembre de 2022, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, se declara la nulidad de los pliegos impugnados y de todos los actos del expediente contractual relacionados con la aprobación de los mismos. En consecuencia, se procedió al archivo del expediente de contratación administrativa.

7. El 30 de enero de 2023 se emite informe técnico por el Servicio de Mantenimiento y Gestión de Infraestructuras de la Dirección General de Patrimonio y Contratación mediante el que se justifica la necesidad y se propone la contratación del servicio de vigilancia y protección de los edificios de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias que son competencia de la Dirección General de

Patrimonio y Contratación, distribuido en los siguientes lotes: Lote 1: edificios en Las Palmas de Gran Canaria. Lote 2: edificios en Santa Cruz de Tenerife

Mediante Resolución de fecha 31 de enero de 2023 de la Dirección General de Patrimonio y Contratación se inicia expediente de contratación administrativa, para la adjudicación de dicho contrato.

8. Se interpone nuevo recurso especial por la Asociación de empresas de seguridad y vigilancia de la provincia de Las Palmas (APEMES) contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares, el cual es desestimado por Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias con fecha 9 de junio de 2023.

9. Se interpone un tercer recurso especial en materia de contratación el 26 de junio de 2023 por la representación de la Asociación de la Pequeña y Mediana empresa de seguridad de Las Palmas, contra el pliego de cláusulas administrativas que ha de regir la contratación del Servicio de Vigilancia y Protección de los Edificios de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias de competencia de la Dirección General de Patrimonio y Contratación. Con fecha 13 de julio de 2023, el Tribunal de Recursos resuelve estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto, acordando la retroacción del procedimiento a efectos de que se apruebe expresamente la corrección operada del PCAP y se establezca un nuevo plazo de presentación de ofertas.

10. Mediante Resolución de la Dirección General de Patrimonio y Contratación n.º 139/2024 de 8/3/2024 se acuerda el desistimiento del procedimiento de adjudicación referido.

11. Por la entidad (...), se presentan facturas correspondientes al mes de enero de 2024 por el servicio de seguridad y vigilancia de los edificios Múltiples I, Múltiples II, Tres de mayo y Prodamer por importe total de 80.000,39 € IGIC incluido. No consta la fecha de registro de entrada de las citadas facturas en el órgano de contratación.

III

En lo que a la tramitación del procedimiento de revisión de oficio se refiere, constan los siguientes trámites:

1. Con fecha 20 de febrero de 2024 se dicta Resolución n.º 107/2024 del Director General de Patrimonio y Contratación por la que se inicia el procedimiento para la declaración de nulidad del contrato administrativo que tiene por objeto la prestación del servicio de vigilancia y seguridad, realizado por la entidad (...), durante el mes de enero de 2024, en los edificios de Servicios Múltiples I y II, edificio Tres de mayo y edificio Prodamer, en Santa Cruz de Tenerife, por un importe total de 80.000,39 €, IGIC incluido

Asimismo, se concede a la empresa prestadora del servicio un plazo de diez días, para que formule, en su caso, la conformidad a la declaración de nulidad del contrato administrativo de referencia.

2. Mediante escrito de fecha 23 de febrero de 2024, la entidad (...) manifiesta su conformidad con el procedimiento de nulidad iniciado. Debe advertirse que si bien se expresa la conformidad a la declaración de nulidad respecto al periodo del 1 al 31 de enero de 2024, se indica que el importe total es de 90.000,39 € con IGIC. Sin embargo, las facturas presentadas por la propia empresa ascienden a 80.000,39 € con IGIC, que es el importe cuyo pago se reconoce en el procedimiento de revisión de oficio, por lo que debe entenderse un mero error de transcripción en el escrito de conformidad de la empresa.

3. Con fecha 16 de febrero de 2024, se presta conformidad a los servicios prestados por la Administradora de los edificios administrativos, resultando acreditado que por la contratista se ha prestado correctamente el servicio de vigilancia y seguridad en los edificios del presente expediente a entera satisfacción y con adecuación de las prestaciones realizadas a los precios de mercado en el momento de su ejecución.

4. Figura en las actuaciones la correspondiente Propuesta de Resolución en cuya virtud se propone declarar la nulidad del contrato que tiene por objeto la prestación del servicio de vigilancia y seguridad, realizado por la empresa (...), en los edificios que se indican en la misma y se acuerde la liquidación de la citada contratación y el abono a dicha entidad del valor de la prestación que asciende a la cantidad de 80.000,39 € IGIC incluido.

5. Con fecha 21 de marzo de 2024 se emite informe de la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias [art. 20, letra e) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero].

6. Mediante oficio de 9 de abril de 2024, con registro de entrada en este Consejo consultivo el 22 de abril de 2024, la Sra. Consejera de Hacienda y Relaciones con la Unión Europea del Gobierno de Canarias solicita la emisión del Dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias al amparo de lo dispuesto en su ley reguladora.

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 Dictamen 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» (Dictamen 449/2017, de 5 de diciembre).

2. En el presente caso, se pretende, mediante el procedimiento de revisión de oficio, la declaración de nulidad del contrato administrativo relativo a la prestación del servicio de vigilancia y seguridad realizado por la empresa (...), en el mes de enero de 2024, en edificios titularidad de la Dirección General de Patrimonio y Contratación de la Consejería de Hacienda y Relaciones con la Unión Europea en Santa Cruz de Tenerife (Servicios Múltiples I, Servicios Múltiples II, Tres de mayo y Prodamer) por importe total de 80.000,39 € IGIC incluido.

La declaración de nulidad se fundamenta en la efectiva realización por la empresa de los servicios de vigilancia y seguridad referidos en los anteriores apartados, con el conocimiento y aquiescencia de la Administración y a solicitud de la misma, sin seguir los cauces previstos en la Ley 9/2017 de Contratos de Sector Público para la adjudicación del contrato, y, por tanto, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, por lo que concurre la causa de nulidad de pleno Derecho prevista en el art. 47.1.e) LPACAP, según los cuales son nulos de pleno derecho los actos de las administraciones públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Así, la propia Administración Pública actuante reconoce que ha omitido el procedimiento de contratación previsto en los arts. 131 y ss. LCSP, sin cumplir las exigencias legales, que resultan fundamentales para garantizar una adecuada tutela del interés público en el ámbito de la contratación.

De los antecedentes expuestos en el Fundamento II del presente Dictamen se deriva que la empresa (...) a solicitud de la propia Administración ha venido prestando el servicio de seguridad y vigilancia, sin cobertura contractual, desde el mes de septiembre de 2018 en los siguientes edificios administrativos situados en Santa Cruz de Tenerife:

- Servicios Múltiples I
- Servicios Múltiples II
- Tres de mayo
- Prodamer

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 *«La interpretación jurisprudencial de este precepto considera que se está ante esta causa de nulidad no sólo cuando el acto se dicta prescindiendo de todo procedimiento, sino también cuando se dicta a través de un procedimiento que no es el previsto legalmente; o cuando, aun siguiendo el procedimiento debido, se omiten trámites esenciales de éste que causan indefensión absoluta a los interesados».* Véanse por todas las SSTS de 25 de abril de 2002 y de 27 de junio de 2012.

En definitiva, y para el caso que nos ocupa, se ha de concluir que en el presente caso, se han venido ejecutando las prestaciones de servicios de vigilancia y seguridad por la empresa (...) sin que se hayan seguido los trámites exigidos legalmente, por lo que tal contratación 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 sin la previa tramitación del oportuno procedimiento de contratación a tal efecto.

Además, tal infracción del Ordenamiento Jurídico no puede ser imputable a los terceros que han realizado la prestación, sino únicamente a la Administración, por lo que, en suma, la Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho.

Ahora bien, esta continuidad en la prestación de servicios, recibiendo las prestaciones sin la cobertura de procedimiento alguno, es una situación a todas luces contraria a Derecho, que debe cesar.

No obstante, de lo indicado en el expediente, puede derivarse que la Administración competente comenzó los trámites para dar fin a esta situación irregular para dar cobertura jurídica adecuada a esta actuación material, mediante nueva licitación para la contratación del servicio de vigilancia y protección de los edificios de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias que son competencia de la Dirección General de Patrimonio y Contratación, entre los cuales se encuentran los Edificios de Servicios Múltiples de Santa Cruz de Tenerife y de Las Palmas de Gran Canaria. Ahora bien, consta que mediante Resolución de la Dirección General de Patrimonio y Contratación n.º 139/2024 de 8/3/2024 se acuerda el desistimiento del procedimiento de adjudicación referido.

Por tanto, a día de hoy, no consta que se encuentre en trámite el procedimiento de contratación administrativa, para la adjudicación del contrato de servicio de vigilancia y protección de los edificios de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias que son competencia de la Dirección General de Patrimonio y Contratación, entre los cuales se encuentran los Edificios de Servicios Múltiples de Santa Cruz de Tenerife y de Las Palmas de Gran Canaria. Ese procedimiento debe ser iniciado y tramitado oportunamente para garantizar los principios básicos a los que debe sujetarse la actuación de la Administración pública, de servicio con objetividad a los intereses generales con sometimiento pleno a la legalidad, así como a los principios que rigen la contratación de no discriminación, igualdad de trato, publicidad y transparencia y concurrencia.

Prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido vulnera los principios básicos de la contratación administrativa previstos en el artículo 1 de la LCSP, de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y

transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos; así como el de asegurar una eficiente utilización de los fondos públicos. De otra parte, la contratación verbal se prohíbe (art. 37 LCSP), salvo que se trate de un contrato que tenga el carácter de emergencia.

3. 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 vigilancia y seguridad en el mes de enero de 2024, sin cobertura legal alguna.

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 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, tal y como detallamos extensamente en el citado Dictamen 318/2023 de 20 de julio.

Por otra parte, procede recordar en cuanto al pago de intereses de demora en estos casos de declaración de nulidad por revisión de oficio, que el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, ha venido a establecer su doctrina en Sentencias de 24 de octubre de 2005 (rec. 3444/2003), Sentencia de 18 de febrero de 2009 (rec. 3525/2006) y la más reciente en Sentencia 722/2022 de 13 Jun. 2022, Rec. 5437/2020, que ha establecido doctrina en relación con las siguientes cuestión de interés casacional:

«Precisamos que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es determinar: si el derecho al cobro del importe de las unidades de obra ejecutadas al margen del contrato y sin mediar modificado alguno, que se reconoce en aplicación del principio de enriquecimiento injusto, tiene naturaleza indemnizatoria o es precio del contrato; y si a los intereses de demora que genera le es de aplicación la Ley 3/2004 de 29 de diciembre por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales».

La respuesta a las cuestiones de interés casacional determinadas en el auto de admisión a trámite del recurso de casación es la siguiente (Fundamento de Derecho Tercero):

«Ante la realización de unas obras en favor de la Administración pública ejecutadas al margen de un contrato y sin modificado alguno, el ordenamiento admite diversas alternativas legales, por lo que la cuestión de la naturaleza indemnizatoria o contractual del pago deberá hacerse en atención a las circunstancias del caso.

En el supuesto examinado en este recurso, en el que la Administración siguió un procedimiento de revisión de oficio, con declaración de nulidad de las actuaciones de ejecución de unidades de obra en las que se prescindió total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, al haberse omitido los trámites previstos en el artículo 217.3 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), para los casos en los que el Director facultativo de la obra considere necesaria la modificación del proyecto, la naturaleza del pago de las unidades de obra ejecutadas fuera de proyecto tuvo un carácter indemnizatorio, como resulta de la propia resolución de declaración de nulidad, que fijó una indemnización en favor del contratista con expreso fundamento en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto de la Administración.

Al no proceder los intereses de demora desde los 60 días siguientes a la terminación y ocupación de las obras realizadas fuera de proyecto, como reclama la parte recurrente, no es necesario un pronunciamiento sobre si resulta aplicable el tipo de interés determinado por la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales».

Y es que el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo desde su sentencia de 24 de octubre de 2005 indicaba al respecto lo siguiente (FD

3º): *«En definitiva se está ante un contrato nulo de pleno derecho, por haberse realizado prescindiendo totalmente del procedimiento establecido por la Ley. En consecuencia, según la normativa del último articulo citado, las partes deben resarcirse o restituirse recíprocamente las cosas que hubieran recibido. Se añade además en el precepto que la parte culpable debe indemnizar a la contraria de daños y perjuicios.*

A la vista del mencionado artículo de la Ley, y toda vez que resulta evidente y palmario para esta Sala que se estaba ante un contrato nulo, en efecto debe considerarse que el pago realizado después de la convalidación del gasto por el Consejo de Ministros tenía el carácter de compensación o indemnización, dándose en el supuesto las circunstancias y requisitos establecidos en el artículo 65 de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas"»

Por tanto, en la revisión de oficio por nulidad radical para declarar esa nulidad y abrir la liquidación se deberá abonar exclusivamente las cantidades correspondientes, no ya a un contrato, sino de cobertura de gastos del contratista, excluyendo intereses de demora de la ley de morosidad, como ha señalado el TS.

El incremento patrimonial, con el consiguiente empobrecimiento, resultaría de la ejecución de unos trabajos por el contratista en beneficio de la administración no abonados. No procede así el interés moratorio de la Ley 3/2004 pues el fundamento de la deuda no es el contrato (nulo radicalmente), sino la estimación de la pretensión en virtud de la doctrina del enriquecimiento injusto.

4. 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 los contratistas, aun concurriendo causa de nulidad al haberse dictado 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 los contratistas 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.

5. Resta por abordar la cuestión relativa a las consecuencias derivadas de la prestación del servicio o durante periodos diferentes a los que no se refiere el presente procedimiento de revisión de oficio 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, procede recordar lo señalado en nuestro Dictamen 452/2023 de 7 de noviembre*: « (...) Esta cuestión ya ha sido resuelta por el Consejo Consultivo de Asturias, en su Dictamen 15/2020, de 23 enero, en el que razona lo siguiente:*

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

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

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

Siendo así, esto es, predicada esa nulidad de la decisión administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio -y no de unas determinadas facturas, que ni siquiera tienen naturaleza de acto administrativo-, no se aprecia ninguna decisión posterior diferenciada o distinta, expresa o tácita, con relación a las nuevas facturas (por el periodo transcurrido entre 1 de enero y 31 de mayo de 2019), de modo que la nulidad carece ahora de objeto y la invalidez de las últimas facturas no es sino consecuencia material de la nulidad ya declarada el 12 de diciembre de 2019. En efecto, aunque aparentemente la nulidad se predica de "la prórroga comprendida entre el 11 y el 31 de diciembre de 2018", consta que la voluntad de prorrogar el contrato se extendía mientras se llevaba a cabo "una nueva licitación", y que con fecha 13 de diciembre de 2018 se inició el nuevo procedimiento de licitación, por lo que debe entenderse que el acto tácito de prórroga se adoptó con ese horizonte temporal -en tanto se incorporaba un nuevo adjudicatario-, sin que pueda concebirse que aquella decisión tácita de prorrogar la continuidad del servicio se limitara únicamente hasta al 31 de diciembre de 2018 y excluyera los meses sucesivos cuando es manifiesto que la nueva adjudicación no se resolvería en tan corto lapso (y ni siquiera en una fecha cierta). Hallándonos ante una prestación continuada, de tracto sucesivo, en la que tampoco se exterioriza, con posterioridad a aquella decisión tácita ya anulada, ningún otro acto administrativo de cobertura, es forzoso concluir que el contrato verbal a cuyo amparo se emiten las nuevas facturas es el ya anulado por Resolución de la Alcaldía de 12 de diciembre de 2019.

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

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de los actos de contratación cuestionados -que, se insiste, se declaró ya por Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo de 12 de diciembre de 2019 tras haberse sometido a nuestra consideración-, con relación ahora a las facturas a las que se refiere este procedimiento concreto ha de estarse a lo señalado en el Dictamen Núm. 265/2019 y en la propia resolución de anulación, esto es, a lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP; regulación que constituye el cauce legal específico para garantizar los derechos de quien hubiera prestado servicios a la Administración en unas condiciones como las examinadas. Este artículo prescribe que la "declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido

en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido". Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que, vinculadas a esta práctica irregular de contratación pública, pudieran derivarse para el personal al servicio de las Administraciones públicas (disposición adicional vigésima octava de la LCSP)».

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

Y ello, por cuanto, aunque aparentemente la nulidad se predica de «la prórroga comprendida entre el 11 de abril y el 31 de mayo de 2023», consta en el expediente administrativo que la voluntad de prorrogar el contrato se extendía mientras se llevaba a cabo «una nueva licitación», iniciándose en el mes de mayo de 2022 el nuevo procedimiento de licitación. Por lo que debe entenderse que el acto tácito de prórroga se adoptó en tanto se incorporaba un nuevo adjudicatario, sin que pueda concebirse que aquella decisión tácita de prorrogar la continuidad del servicio se limitara únicamente hasta al 31 de mayo de 2023 y excluyera los meses sucesivos, toda vez que es manifiesto que la nueva adjudicación no se resolvería en tan corto lapso (y ni siquiera en una fecha cierta), máxime cuando consta en el informe del Servicio de Educación que a fecha 14 de junio de 2023 «el expediente del contrato 350/22-s está siendo valorado por la mesa de contratación». Por tanto, tal como señala el Consejo Consultivo de Asturias, hallándonos ante una prestación continuada, de tracto sucesivo, en la que no se exterioriza, con posterioridad a aquella decisión tácita ya anulada, ningún otro acto administrativo de cobertura, es forzoso concluir que el contrato verbal a cuyo amparo se emiten las nuevas facturas es el que constituye el objeto del presente Dictamen, por lo que no procederá dictaminar sobre las mismas al quedar afectadas por la nulidad ya dictaminada».

Por tanto, tal como señala el Consejo Consultivo de Asturias y acoge este Consejo en los citados Dictámenes, hallándonos ante un servicio de tracto sucesivo, es forzoso concluir que una vez declarada la nulidad de esta contratación sin procedimiento no procederá la emisión de nuevo Dictamen de este Consejo en relación con otras facturas que no hayan sido objeto del presente pronunciamiento, al quedar afectadas por la nulidad ya dictaminada.

6. 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 de 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».

Finalmente señalar que la prestación de los servicios y el abono de las correspondientes facturas a través de la declaración de nulidad de contratos por no cumplir las formalidades legalmente establecidas, en ningún caso, puede erigirse

como forma habitual de contratación por parte de las Administraciones públicas, eludiendo la tramitación del oportuno procedimiento de contratación donde se respeten los principios de publicidad y concurrencia que fundamentan la regulación de los contratos administrativos.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio para la declaración de nulidad del contrato que tiene por objeto la prestación del servicio de vigilancia y seguridad, realizado por la empresa (...) en el mes de enero de 2024, en edificios titularidad de la Dirección General de Patrimonio y Contratación de la Consejería de Hacienda y Relaciones con la Unión Europea en Santa Cruz de Tenerife (Servicios Múltiples I, Servicios Múltiples II, Tres de mayo y Prodamer) por importe total de 80.000,39 € IGIC incluido, es conforme a Derecho, dictaminándose favorablemente, en virtud de los razonamientos expuestos en el Fundamento IV del presente Dictamen.