Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 13 de junio de 2024.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio tramitado con la finalidad de declarar la nulidad de la prestación del servicio de «atención a personas menores migrantes no acompañados en dispositivo de atención inmediata», prestado por parte de la (...), correspondiente a los meses de enero y febrero de 2024, por un importe de 2.373.115,00 euros (EXP. 225/2024 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante oficio de 12 de abril de 2024 (con registro de entrada en este Consejo Consultivo el 15 de abril de 2024), la Excma. Sra. Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias del Gobierno de Canarias interesa de este Consejo Consultivo dictamen preceptivo en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio tramitado con la finalidad de declarar la nulidad de la prestación del «*servicio de atención a personas menores migrantes no acompañados en dispositivo de atención inmediata*», prestado por parte de la (...), con CIF (...), correspondiente a los meses de enero y febrero de 2024, por un importe total de 2.373.115,00 euros.

2. La legitimación de la Sra. Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias del Gobierno de Canarias para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 41 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del

[*] **Ponente: Sra. Navarro de Paz.**

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

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1 LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del 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 contratista quien, mediante escrito presentado en fecha 30 de marzo 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 y 452/2023, de 7 de noviembre, 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.

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 correspondiente 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.

Por tanto, 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.

5. En lo que se refiere a la competencia para resolver el presente procedimiento se afirma en la Propuesta de Resolución que:

«El artículo 41.3 de la citada Ley 9/2017, dispone que, sin perjuicio de lo que para el ámbito de las Comunidades Autónomas establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, será competente para declarar la nulidad de estos actos, el órgano de contratación. Conforme a ello, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 29.1.k) de la Ley 14/1990 de 26 de julio de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias (sic), corresponde a la titular departamental la competencia para firmar, en nombre de la Comunidad Autónoma, los contratos y convenios relativos a asuntos de su consejería y, por ende, dictar los actos que en vía administrativa determinen su nulidad o anulabilidad», lo cual no resulta ser conforme con el criterio doctrinal de este Consejo Consultivo.

Como ha sostenido este Consejo en sus recientes Dictámenes 272, 273 y 276/2024, de 4 de junio, esta competencia se atribuye, efectivamente, por el ordenamiento jurídico autonómico a la persona titular de la Consejería.

Así, hemos manifestado lo siguiente:

«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, se atribuye al titular de cada Departamento esta competencia.

6. En la Propuesta de Resolución, la Administración manifiesta acerca de la causa de nulidad de pleno derecho del contrato cuya nulidad se pretende que *«Primera.- El artículo 39.1 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público por la que se traspone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante de la Ley 9/2017), señala que son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.*

Segunda.- El artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, recoge en su apartado e) que los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho cuando son dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido».

7. A su vez, el art. 41.1 LCSP, en relación con la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas viciados de nulidad, remite a la regulación que del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP, especialmente en su art. 106.5 LPACAP, que dispone que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso, pues se inició a través de la Orden de la Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias del Gobierno de Canarias 289/2024, de 27 de marzo, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, plazo que se cumpliría el día 27 de septiembre de 2024.

II

1. En cuanto a los antecedentes relativos al presente procedimiento, constan en la Propuesta de Resolución, estando debidamente documentados en el expediente remitido a este Consejo Consultivo, siendo los siguientes:

«PRIMERO.- Mediante diversas Resoluciones la Directora General de Protección a la Infancia y la Familia, que se detallan a continuación, se procedió a declarar la tramitación de emergencia en las actuaciones para la contratación, con la (...), con CIF (...), del servicio consistente en dispositivos de atención inmediata a menores extranjeros no acompañados:

(...)

SEGUNDO.- Para poder garantizar la prestación inmediata del servicio objeto de estas emergencias y en atención a la disponibilidad presupuestaria del momento, se generaron los correspondientes documentos contables, estableciendo que este importe se iría complementando en base a las necesidades reales de la contratación. Una vez agotado el crédito, se dio continuidad a los expedientes iniciales mediante sucesivas ampliaciones de crédito.

TERCERO.- Con fecha 23 de noviembre de 2021, la Intervención Delegada de la extinta Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud, emitió informe relativo a determinados expedientes de prórrogas e incrementos de crédito de los contratos de emergencia de los dispositivos de atención inmediata a menores extranjeros no acompañados, tramitados por la anteriormente denominada Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia, hoy Dirección General de Protección a la Infancia y las Familias, estableciendo entre las medidas correctoras, al considerar los expedientes nulos de pleno derecho, la tramitación de oficio de todos los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, según lo dispuesto en el artículo 47.1e) de la ley 39/2015 de 1 de noviembre, el cese de inmediato en la tramitación de prórrogas y/o incrementos de créditos de los contratos, así como el inicio la contratación de los servicios afectados por esta situación a través de la tramitación ordinaria regulada en la LCSP.

CUARTO.- Visto el informe de la Intervención Delegada, la extinta Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia elevó, con fecha 13 de diciembre de 2021, discrepancia a la Intervención General respecto a las medidas correctoras propuestas.

QUINTO.- El 8 de febrero de 2022 la Intervención General emite informe sobre la discrepancia planteada que viene a concluir:

Primera.- Los contratos de emergencia tramitados por la Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia para la prestación del servicio objeto del informe se han tramitado conforme al procedimiento establecido en el artículo 120 de la Ley de Contratos del Sector Público, no procediendo por tanto su revisión de oficio.

Segunda.- Deberá procederse a la revisión de oficio de aquellas contrataciones calificadas de emergencia en las que, conforme a las consideraciones expuestas en este informe no se den los requisitos establecidos en el artículo 120 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercera.- Por la Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia deberá iniciarse los procedimientos de contratación ordinarios para la prestación de los servicios consistentes en los dispositivos de atención inmediata a personas menores migrantes no acompañadas.

SEXTO.- Asimismo, se recoge en las consideraciones del informe de la Intervención General que, como ciertamente la prestación de asistencia a las personas menores migrantes no acompañadas debe seguir realizándose durante el tiempo que tarde en tramitarse el correspondiente expediente de contratación, el abono de dichas prestaciones, al no realizarse en ejecución de un contrato administrativo deberá hacerse por el llamado procedimiento de nulidad, acogiéndose al concepto jurídico indeterminado del enriquecimiento injusto, pero no acogiéndose a la contratación de emergencia.

SÉPTIMO.- Habiéndose abonado toda la facturación hasta el 31 de enero de 2022 y siguiendo las indicaciones de la Intervención, mediante Resoluciones 2769 y 2770 de 18 de febrero de 2022, de la Directora General de Protección a la Infancia y la Familia, se acuerda la extinción de los contratos suscritos con la (...), con CIF (...), para la prestación de un servicio consistente en dispositivos de atención inmediata a menores extranjeros no acompañados, notificada en igual fecha a la Asociación.

OCTAVO.- En cumplimiento de lo expresado por la Intervención General en el punto segundo de su informe, según se recoge en el antecedente quinto anterior, se ha tramitado la Orden 1258/2022, de 21 de septiembre, por la que se declara la nulidad de los servicios prestados en los meses de septiembre de 2021 a enero de 2022, ambos inclusive, por haberse superado el año de vigencia de los contratos de emergencia señalados en el antecedente primero.

NOVENO.- En cumplimiento de lo recogido en el antecedente sexto anterior, se ha tramitado la nulidad de la referida contratación, para los periodos que a continuación se indican, mediante diversas Órdenes de la Consejera de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud, y la Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias, al haberse llevado a cabo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido:

(...)

DÉCIMO.- Con la fecha y numeración que a continuación se indica, tienen entrada en el Departamento, facturas correspondientes al desarrollo de esta actividad:

(...)

El abono de las facturas relacionadas, conformadas por esta Dirección General, supone la compensación total de la prestación del servicio, al no haberse producido otros daños o perjuicios que requieran indemnización.

DÉCIMOPRIMERO.- La anteriormente denominada Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia, durante el periodo 2020-2022, se vio imposibilitada para iniciar la contratación ordinaria de los servicios consistentes en los dispositivos de atención inmediata a personas menores migrantes no acompañadas, por la inexistencia de crédito suficiente y adecuado para la aprobación del gasto que comporta la prestación del servicio durante un periodo mínimo. Durante el ejercicio 2022 se llevaron a cabo diversas actuaciones para la dotación a este Centro Directivo del crédito necesario para dicha contratación ordinaria ya que con el crédito existente se debía hacer frente a las obligaciones que se iban generando. Finalmente, dicha contratación se inició con cargo a la dotación presupuestaria del ejercicio 2023.

Acuerdo de Gobierno en sesión celebrada el día 18 de mayo de 2023, a propuesta de la Consejera de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud, se autoriza la realización del gasto plurianual derivado del expediente de contratación administrativa y con fecha 16 de agosto de 2023, mediante Orden n.º 969/2023, la Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias, se acuerda iniciar la tramitación del expediente de contratación administrativa de este servicio denominado "servicio de dispositivos específicos de acogimiento residencial de personas menores de edad migrantes no acompañados que estando en situación legal de desamparo se encuentran bajo la tutela de la Dirección General de Protección a la Infancia y las Familias, de la Consejería de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias", mediante adjudicación por procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada, con un cálculo estimado para la atención residencial de aproximadamente unos 1.220 menores.

En atención a las llegadas masivas de menores de edad migrantes no acompañados que se ha producido desde el mes de agosto de 2023 y a la obligación, por causa de fuerza mayor, de atender a estas personas que se encuentran en situación de riesgo personal (desamparo) en el contexto de una crisis migratoria, mediante Orden 1158/2023 de 27 de septiembre de 2023 de la Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias, publicada en el Boletín Oficial de Canarias número 198, de viernes 6 de octubre de 2023, se declara de emergencia social y atención prioritaria la situación de los menores extranjeros no acompañados que permanecen en los recursos alojativos designados por el Gobierno de Canarias.

Las circunstancias sobrevenidas que motivan la Orden de 27 de septiembre de 2023, justifican que las previsiones económicas contenidas en el expediente de contratación administrativa instruido quedan absolutamente insuficientes, - a principios del mes de octubre, la cifra de menores de edad migrantes no acompañados que se encuentran en Canarias ya supera los 3.500 menores-, siendo de todo punto imposible atender la situación de emergencia a través de dicha contratación por lo que procede desistir del procedimiento de contratación administrativa, Orden 1236/2023 de 18 de octubre de 2023, de la Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias.

En tanto se inicie un nuevo expediente de contratación ordinaria, y siguiendo lo recogido en el informe de la Intervención General de fecha 8 de febrero de 2022, como ciertamente la prestación de asistencia a las personas menores migrantes no acompañadas debe seguir realizándose, el abono de las mismas deberá hacerse por el llamado procedimiento de nulidad, acogiéndose al concepto jurídico indeterminado del enriquecimiento injusto. La nulidad afectará sólo a aquellos centros que estaban operando con anterioridad al 1 de agosto de 2023, fecha desde la cual, mediante Orden 1158/2023, se declaró la emergencia social.

DÉCIMOSEGUNDO.- La prestación del servicio se ha realizado con la aquiescencia y consentimiento de la Dirección General de Protección a la Infancia y las Familias y con la buena fe del prestatario, pero sin que el encargo se haya producido al amparo de un procedimiento de licitación previo y posterior adjudicación, con formalización del contrato en documento administrativo, o suscripción de un Convenio de Colaboración, para dar cobertura legal a su realización, siendo por lo tanto nulo de pleno derecho, no siendo la causa de nulidad imputable a la Asociación.

DÉCIMOTERCERO.- La prestación del servicio, que ha realizado la entidad a entera satisfacción de la Dirección General de Protección a la Infancia y las Familias, se adecua a los precios de mercado en el momento de su ejecución.

DÉCIMOCUARTO.- Existe imposibilidad material de proceder a la restitución de la prestación realizada por la Asociación. No obstante ello, lo anterior no empece a que se efectúe el abono de la prestación realizada, ya que, en caso contrario, se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, además de causar a tal entidad un perjuicio de imposible o difícil reparación.

DÉCIMOQUINTO.- Existe crédito adecuado y suficiente para proceder al libramiento del importe total señalado en el antecedente décimo con cargo al presupuesto de gastos de la Dirección General de Protección a la Infancia y las Familias».

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

- El presente procedimiento se inició a través de la Orden de la Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias del Gobierno de Canarias 289/2024, de 27 de marzo.

- Con fecha 20 de marzo de 2024 se emite informe por el Servicio de Planificación, Gestión y Administración de la Dirección General de Protección a la Infancia y las Familias.

- Además, se le otorgó trámite de vista y audiencia a la entidad contratista, que mediante escrito de 30 de marzo de 2024 mostró su conformidad con la revisión de oficio que se pretende.

- Obra asimismo en el expediente el informe de la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos de 4 de abril de 2024.

- Finalmente, con fecha 9 de abril de 2024 se emitió la Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen y se adjunta el Borrador de la Orden definitiva.

III

1. Este Consejo Consultivo, siguiendo constante y abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reiterado que la revisión de oficio supone el examen por la Administración de la legalidad de sus propios actos y en razón de los vicios e infracciones legales que le son imputables a los mismos, es decir, que por formar parte de su contenido, formal o sustantivo, le son atribuibles y susceptibles de valoración y corrección por la propia Administración autora del acto en el ejercicio de 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 ella solo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva (Dictámenes de este Consejo 302/2018, de 29 de junio y 430/2017, de 14 de noviembre, que reiteran varios pronunciamientos de este Organismo en el mismo sentido).

Por su parte, en 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, consta en la Propuesta de Resolución acerca de la causa de nulidad en la que se considera que incurre la prestación del servicio referida y su fundamentación jurídica, lo siguiente:

«Segunda.- El artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, recoge en su apartado e) que los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho cuando son dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

(...)

Cuarta.- La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha recogido el principio general de enriquecimiento injusto en la contratación administrativa, entre otras en la sentencia de 12 de diciembre de 2012, la cual reconoce el enriquecimiento injusto como principio general y como específica acción del ordenamiento jurídico y, en concreto del ordenamiento jurídico administrativo.

Quinta.- En el caso que nos ocupa, se advierte una efectiva prestación por terceros de prestaciones (gestión de servicio público) realizadas a favor de la Administración, pero efectuada sin que se hubiera perfeccionado un contrato, lo que hace inviable jurídicamente satisfacer el abono del importe efectivo de la prestación en el seno de una relación contractual válida. En efecto, las actuaciones llevadas a cabo para la ejecución de la gestión de servicio público de referencia se han efectuado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para la contratación de la gestión de servicio público, defecto que no es imputable a la entidad. Por otro lado, resulta imposible la restitución "in natura" al contratista de la prestación realizada.

Sexta.- Por otra parte, el servicio que ha prestado la (...), con CIF (...), del servicio consistente en la atención a personas menores migrantes no acompañadas en dispositivos de atención inmediata, durante el período expresado en el antecedente décimo, no puede atribuirse a su propia iniciativa, ni revela una voluntad maliciosa de la fundación, sino que tiene origen en un hecho dimanante de la Administración Pública, que ha generado una razonable creencia de que le incumbía a la fundación un deber de colaboración con la Administración.

Séptima.- Siendo los efectos de la declaración de nulidad, los previstos en el artículo 42.1 LCSP: el contrato "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"; ello a fin de evitar el enriquecimiento injusto que se produciría a favor de la Administración de no proceder a abonar a la contratista el coste de las prestaciones ejecutadas (STS 19 de marzo de 2008); y sin perjuicio de las responsabilidades que se deriven. En consecuencia, habiéndose prestado el servicio de buena fe, a entera satisfacción de la Dirección General de Protección a la Infancia y las Familias, y con el fin de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración, procede abonar la prestación del servicio realizado por la (...), con CIF (...), que asciende al importe reseñado en el antecedente décimo, entendiéndose que con dicho abono queda totalmente compensada la prestación del servicio, al no haberse producido otros daños o perjuicios que requieran indemnización».

3. En relación con la causa establecida en el art. 47.1.e) LPACAP, este Consejo Consultivo ha manifestado, por ejemplo, en el Dictamen 66/2024, de 1 de febrero (con cita de los Dictámenes 8/2021, de 15 de enero, 489/2021, de 14 de octubre 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 Dictámenes 84/2014, de 17 de marzo, y 258/2020, de 25 de junio, que *«(L)a interpretación jurisprudencial de este precepto considera que se está ante esta causa de nulidad no sólo cuando el acto se dicta prescindiendo de todo procedimiento, sino también cuando se dicta a través de un procedimiento que no es el previsto legalmente; o cuando, aun siguiendo el*

procedimiento debido, se omiten trámites esenciales de éste que causan indefensión absoluta a los interesados». Véanse por todas las SSTS de 25 de abril de 2002 y de 27 de junio de 2012.

4. A la vista de los antecedentes expuestos, resulta ser un hecho indubitado, no cuestionado por la Administración, que nos hallamos ante un supuesto de contratación verbal en el que, pese a su evidente nulidad inicial, se continuaron efectuando prestaciones sin la debida cobertura de procedimiento contractual alguno por parte de la empresa contratista, entre ellas la correspondiente a los mes de enero y febrero de 2024, objeto del presente procedimiento, sin olvidar las nulidades que se declararon a través de las distintas Órdenes dictadas a tal efecto y consignadas en la Propuesta de Resolución.

Por todo ello, habiéndose prescindido del procedimiento legalmente establecido para llevar a cabo la contratación y, desarrollado el servicio a entera satisfacción de la Administración, la Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho en cuanto a la concurrencia de la causa de nulidad.

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 al tercero que ha realizado la prestación sino únicamente a la Administración, por lo que, en suma, la Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho.

5. En cuanto a los efectos económicos de la declaración de nulidad de la contratación, con relación ahora a la factura a la que se refiere este procedimiento concreto, ha de estarse a lo señalado en el Dictamen 265/2019, esto es, a lo dispuesto en el art. 42.1 LCSP, que 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 LCSP).

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 restitución del valor de la prestación al contratista coincide con la totalidad del importe de la factura en su momento presentada (2.373.115,00 euros), 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, tal y como detallamos extensamente en el citado Dictamen 318/2023, de 20 de julio.

De todo lo expuesto cabe concluir que en los supuestos, como en el presente caso, en que la contratista ha manifestado buena fe, prestando el servicio a

satisfacción de la Administración, aun concurriendo causa de nulidad al haberse dictado los actos preparatorios del contrato de vigilancia, 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 pagar a la contratista en idéntica cuantía al coste del servicio realizado, por lo que hay que hay que concluir que la Propuesta de Resolución debe liquidar el contrato por la cantidad igual al coste del servicio efectivamente realizado.

6. Resta por abordar la cuestión relativa a las consecuencias derivadas de la posible prestación del servicio durante periodos posteriores al mes de febrero de 2024 y que se traduzcan en futuras facturas que puedan emitirse al amparo del presente contrato cuya nulidad se dictamina.

En relación con ello, ya en nuestros Dictámenes 452/2023, de 7 de noviembre de 2023, y 49/2024, de 25 de enero, señalábamos:

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

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

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

Ahora bien, no puede obviarse que la adjudicación directa, tácita o verbal, del servicio por el periodo mencionado ya fue anulada por Resolución de la Alcaldía de 12 de diciembre de 2019, trasladada a este Consejo tras la emisión del Dictamen Núm. 265/2019, en la que se declara la nulidad de "los actos administrativos de modificación y prórroga del contrato administrativo de servicios de ayuda a domicilio (...), en tanto la prórroga comprendida entre el 11 y el 31 de diciembre de 2018 no ha sido objeto de tramitación, ni la misma era posible, y por cuanto el importe de adjudicación y prórroga ha sido modificado en un 21,78 %, porcentaje superior al que posibilita la realización de un modificado, no habiéndose procedido a la licitación del nuevo procedimiento de adjudicación que, a la vista de ello, hubiera resultado necesario". Siendo así, esto es, predicada esa nulidad de la decisión administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio -y no de unas determinadas facturas, que ni siquiera tienen naturaleza de acto administrativo-, no se aprecia ninguna decisión posterior diferenciada o distinta, expresa o tácita, con relación a las nuevas facturas (por el periodo transcurrido entre 1 de enero y 31 de mayo de 2019), de modo que la nulidad carece ahora de objeto y la invalidez de las últimas facturas no es sino consecuencia material de la nulidad ya declarada el 12 de diciembre de 2019.

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

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

prestaron los servicios que dieron lugar a las facturas que ahora se someten a nuestra consideración.

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

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

Y ello, por cuanto, aunque aparentemente la nulidad se predica de las prestaciones realizadas en los meses de enero y febrero de 2024, no consta en el expediente administrativo que se haya licitado y adjudicado el nuevo contrato que dé cobertura a la prestación del servicio.

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 dictaminada la nulidad de esta contratación, 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.

7. 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».

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de Revisión de Oficio que tiene por objeto declarar la nulidad de la prestación del servicio de atención a personas menores migrantes no acompañadas en dispositivos de atención inmediata prestado por la (...) es conforme a Derecho, tanto en cuanto a la declaración de nulidad de la prestación del «servicio como en cuanto a los efectos económicos derivados de la declaración de nulidad, en los términos expuestos en el Fundamento III del presente Dictamen, sin perjuicio de lo indicado en el Fundamento I.5.