Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 9 1 / 2 0 2 4

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 2 de julio 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 para la declaración de nulidad de la contratación del servicio de centro de día de atención especializada a personas en situación de dependencia en el Centro de Día para personas mayores (...), Santa Cruz de Tenerife, durante los meses de diciembre de 2023 y enero de 2024, prestado por la Asociación (...) (EXP. 339/2024 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El Dictamen -solicitado por la Sra. Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias- tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución que pone fin al procedimiento administrativo de declaración de nulidad de la contratación del *« (...) servicio de centro de día de atención especializada a personas en situación de dependencia en el Centro de Día para personas mayores (...), Santa Cruz de Tenerife, durante el mes de diciembre de 2023 y enero de 2024»*, prestado por la *«Asociación (...)»* -en adelante, (...)-.

2. La legitimación de la Sra. Consejera para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D).b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 41 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2017 [en adelante, LCSP], norma básica aplicable al

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

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 1º de la LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [en adelante, LPACAP], porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor.

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

3. Se ha otorgado el preceptivo trámite de vista y audiencia a la entidad (...), en el que ésta ha comparecido manifestando su conformidad con la nulidad planteada.

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.

5. Por lo que se refiere al órgano competente para incoar y resolver el procedimiento, sostiene la Propuesta de Resolución que «el artículo 41.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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, 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».

Sin embargo, la competencia para resolver el presente procedimiento no le corresponde por aplicación del art. 29.1, letra k) -como órgano de contratación- de la Ley 14/1990, sino por aplicación del apartado g) de este mismo precepto que establece la competencia para resolver los procedimientos de revisión de oficio de los actos del Departamento. Como hemos manifestado en los Dictámenes 272, 273, 274, 275 y 276/2024, todos de 4 de junio, o el 291/2024, de 6 de junio, la competencia para incoar y resolver los procedimientos de revisión de oficio compete en el ámbito autonómico a la persona titular de cada Consejería, dado que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en su Sentencia n.º 68/2021, de 18 de marzo, lo dispuesto en el art. 41.3 LCSP en este extremo no reviste carácter básico, correspondiendo a la normativa autonómica su determinación en virtud de su competencia exclusiva de autoorganización, lo que se ha contemplado en el art.

29.1, letra g) de la Ley 14/1990 de 26 de julio de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias, que dispone:

«Artículo 29.

1. Los Consejeros dirigen sus respectivos Departamentos y en tal condición les corresponde:

(...)

g) Incoar y resolver los expedientes de revisión de oficio de los actos del propio Departamento y de los Cabildos Insulares dictados en ejercicio de competencias delegadas».

En este sentido, hemos manifestado en los citados Dictámenes 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, compete al titular de cada Departamento esta competencia».

En consecuencia, la Resolución que concluya el presente procedimiento administrativo de revisión de oficio debe ser efectivamente adoptada por la persona titular de la Consejería -como indica la Propuesta de Resolución-, pero no en su calidad de órgano de contratación, sino por aplicación de lo dispuesto en el art. 29.1.g) de la Ley 14/1990, debiendo, por tanto, subsanarse la Propuesta de Resolución en este sentido.

6. Tal y como se extrae del expediente instruido, la Administración autonómica afirma la nulidad de pleno derecho del contrato al tratarse de la prestación continuada de un servicio en el que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento -de licitación- legalmente establecido [art. 39.1 LCSP, en relación con el art. 47.1, letra e) LPACAP].

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, al disponer que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso en el que se inició la tramitación el 12 de marzo de 2024, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, plazo que se cumpliría el 12 de septiembre de 2024.

8. No se aprecia la existencia de deficiencias en la tramitación del procedimiento que impidan un pronunciamiento de este Consejo sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento administrativo son los siguientes:

1. Con fecha 14 de noviembre de 2014 se suscribió, entre la extinta Consejería de Cultura, Deportes, Políticas Sociales y Vivienda y la entidad (...) contrato administrativo de gestión de servicio público, en la modalidad de concierto, para la prestación del servicio de centro de día de atención especializada a personas en situación de dependencia en el Centro de Día para personas mayores *(...)*, Santa Cruz de Tenerife, fijándose en el mismo como plazo de vigencia el de dos años, plazo que se computa a partir del día 1 de diciembre de 2014. Este contrato fue prorrogado posteriormente, mediante Adenda suscrita con fecha 30 de noviembre de 2016, por un periodo de dos años, plazo que se computa a partir del día 1 de diciembre de 2016 y finaliza el 30 de noviembre de 2018.

2. El 25 de febrero de 2019 se remite escrito de la Dirección General de Dependencia y Discapacidad a la entidad (...), en calidad de adjudicataria del contrato vigente hasta el 30 de noviembre de 2018, en el que se solicita conocer la disponibilidad de asumir la prestación del servicio de centro de día de atención especializada a personas en situación de dependencia en el Centro de Día para personas mayores *(...)*, Santa Cruz de Tenerife, durante el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2018 y el inicio de la gestión del centro por la empresa adjudicataria del nuevo contrato.

3. Con fecha 29 de abril de 2019 la entidad (...) remite escrito a la Dirección General de Dependencia y Discapacidad en el que comunica su disposición a seguir prestando el servicio de referencia.

En este sentido, y como indica el órgano instructor, «el 1 de diciembre de 2018, la entidad (...) (...) (...) continuó con la gestión del servicio en el centro de día de atención especializada a personas en situación de dependencia en el Centro de Día para personas mayores (...), Santa Cruz de Tenerife, hasta la fecha».

4. Según se pone de relieve en la Propuesta de Resolución, *« (...) las actuaciones llevadas a cabo en la ejecución de la gestión de servicio público, para la prestación del servicio de centro de día de atención especializada a personas en situación de dependencia en el Centro de Día para personas mayores (...), Santa Cruz de Tenerife, aprobadas hasta ahora son las siguientes»:*

N.º ORDEN	*FECHA ORDEN*	*PERIODO*	*EMPRESA*	*IMPORTE (€)*
LOR2019CA00608	*13/09/2019*	*01/12/2018 - 30/06/2019*	*(...)*	*148.744,00*
436/2020	*09/07/2020*	*01/07/2019 - 31/04/2020*	*(...)*	*221.965,98*
82/2021	*16/02/2021*	*01/06/2020 - 31/10/2020*	*(...)*	*102.340,32*
1140/2021 modificada por Orden 1262/2021 de 28 de diciembre de 2021	*14/12/2021*	*01/11/2020 - 31/07/2021*	*(...)*	*153.967,50*
398/2022	*21/04/2022*	*01/08/2021 - 31/12/2021*	*(...)*	*58.119,26*
798/2022	*15/06/2022*	*01/01/2022 - 31/03/2022*	*(...)*	*28.211,04*
1025/2022	*05/08/2022*	*01/04/2022 - 31/05/2022*	*(...)*	*16.441,62*
1383/2022	*24/10/2022*	*01/06/2022 - 31/07/2022*	*(...)*	*20.263,20*
1671/2022	*16/12/2022*	*1/08/2022 - 31/08/2022*	*(...)*	*11.708,76*
286/2023	*13/03/2023*	*01/09/2022 - 31/12/2022*	*(...)*	*64.273,61*
1068/2023	*06/09/2023*	*01/01/2023 - 31/03/2023*	*(...)*	*88.871,00*
1094/2023	*12/09/2023*	*01/04/2023 - 31/05/2023*	*(...)*	*55.764,76*
1211/2023	*10/10/2023*	*01/06/2023 - 31/07/2023*	*(...)*	*63.296,48*
1401/2023	*04/12/2023*	*01/08/2023 - 31/08/2023*	*(...)*	*32.586,40*
1524/2023	*28/12/2023*	*01/09/2023 - 31/10/2023*	*(...)*	*62.021,82*
1563/2023	*29/12/2023*	*01/11/2023 - 30/11/2023*	*(...)*	*31.105,20*

5. Consta en las actuaciones la presentación -por parte de la entidad (...)- de las facturas n.º 101 -de 28 de diciembre de 2023- y 107 -de 5 de febrero de 2024-, por importe de 26.661.6 € y 32.388,84 €, respectivamente, correspondientes a la prestación del servicio de referencia durante los meses de diciembre del año 2023 y enero del año 2024.

6. Con fecha 12 de febrero de 2024 se emite memoria-informe por parte de la Dirección General de Discapacidad en el que se pone de manifiesto lo siguiente:

«a.- Que la causa que motiva la nulidad de las actuaciones llevadas a cabo en la ejecución del servicio de gestión de referencia ha sido prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para proceder a tramitar la nueva contratación que diera cobertura legal a su ejecución y que, en ningún caso, esa consideración es imputable a la entidad Asociación (...), que ha adquirido el compromiso de buena fe.

b.- Que la prestación objeto de la gestión de servicio público llevado a cabo por la empresa (...) ha sido realizada a entera satisfacción de la Dirección General de Dependencia y Discapacidad, actual Dirección General de Discapacidad, según el Decreto 123/2023, de 17 de julio, por el que se determina la estructura orgánica y las sedes de las Consejerías del Gobierno de Canarias, crea la Dirección General de Discapacidad, como órgano superior de la Consejería de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias, durante el mes de diciembre de 2023 y enero de 2024, cuantificándose el mismo en CINCUENTA Y NUEVE MIL CINCUENTA EUROS Y CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (59.050,44 €). (...) .

Las facturas correspondientes al citado periodo son las siguientes:

Nº Factura	*Fecha*	*Período servicios*	*Importe (€)*
101	*28/12/2023*	*DICIEMBRE 2023*	*26.661,60*
107	*05/02/2024*	*ENERO 2024*	*32.388,84*

c.- La imposibilidad de restituir las prestaciones realizadas por la entidad Asociación (...), ya que éstas forman parte de un servicio público ya prestado en beneficio de las personas en situación de dependencia del Centro de Día para personas mayores (...), Santa Cruz de Tenerife, por lo que procede abonar el importe de los servicios recibidos para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración.

d.- La existencia de crédito suficiente en el presupuesto de gasto de la Dirección General de Discapacidad para afrontar el compromiso adquirido».

7. Con idéntica fecha -12 de febrero de 2024- la Dirección General de Discapacidad informa lo siguiente:

«Con fecha 28 de febrero de 2022 se firma la Orden n.º 142/2022 de la Consejera de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud por la que se establece el Reglamento de Régimen Interno de los Servicios de Centro de Día de atención especializada a personas en situación de dependencia derivada de Alzheimer y otras demencias seniles (...), en Santa Cruz de Tenerife, y de (...), en Las Palmas de Gran Canaria, necesaria para proceder a la contratación del servicio conforme a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. Así mismo, tras la redacción de los pertinentes pliegos de cláusulas administrativas particulares

y de prescripciones técnicas, se procede a la firma de una nueva Orden n.º 1175/2022 de fecha de 31 de agosto de 2022 de inicio del expediente de contratación.

Con fecha 1 de diciembre de 2022 se informa favorablemente el expediente de referencia. De conformidad con el artículo 32 del Decreto 76/2015, de 7 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Intervención General.

Con Fecha 7 de febrero de 2023, se firma la Orden N.º 115/2023 por la que se aprueba el gasto y se inicia el procedimiento de licitación del expediente de contratación administrativa, del Servicio de Centro De Día para personas con Alzheimer y otras demencias seniles en las Unidades De Alzheimer de los Centros De Día Para Personas Mayores "(...)", En Santa Cruz de Tenerife, Y (...), en Las Palmas de Gran Canaria, mediante procedimiento abierto de Adjudicación, sujeto a regulación armonizada y Tramitación Ordinaria.

Con fecha 12 de mayo de 2023 se realiza la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y en la Plataforma de Contratación del Estado de la licitación de la contratación del servicio de Centro de Día para personas con Alzheimer y otras demencias seniles, en las unidades de Alzheimer de los Centros de Día "(...)" y (...).

Con fecha 30 de junio de 2023 se firma la Orden n.º 829/2023 por la que se declara desierta la licitación del contrato del servicio de centro de día para personas con Alzheimer y otras demencias seniles en las unidades de Alzheimer de los Centros de Día "(...)", en Santa Cruz de Tenerife y (...) en Las Palmas de Gran Canaria."

En consecuencia, mientras se tramita un nuevo expediente de licitación, se ha continuado prestando el servicio teniendo en cuenta que se trata de un servicio de Atención Especializada dirigido a personas en situación de dependencia».

III

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

1. Mediante Orden n.º 239/2024, de 12 de marzo, de la Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias, se acuerda la incoación del procedimiento administrativo de revisión de oficio para declarar la nulidad de la contratación del servicio de referencia, en lo que se refiere a la facturación correspondiente a los meses de diciembre de 2023 y enero de 2024, por un importe total de 59.050,44 €.

Asimismo, se concede trámite de audiencia a la entidad contratista para que pueda formular alegaciones y presentar cuantos documentos y/o justificaciones estime oportunas.

La resolución administrativa por la que se incoa el presente procedimiento revisorio consta debidamente notificada a la contratista.

2. Con fecha 26 de marzo de 2024 la entidad (...) manifiesta su conformidad con la declaración de nulidad contractual.

3. Consta en el expediente la evacuación -con fecha 16 de abril de 2024- de informe jurídico por parte 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].

4. Figura en las actuaciones la correspondiente Propuesta de Resolución en la que se plantea, por un lado, *« (...) declarar la nulidad de actuaciones llevadas a cabo en la prestación de la gestión de servicio público para la prestación del servicio de centro de día de atención especializada a personas en situación de dependencia en el Centro de Día para personas mayores (...), Santa Cruz de Tenerife, durante el mes de diciembre de 2023 y enero de 2024»; y, por otro lado, « (...) proceder a la liquidación del mismo y reconocer la obligación contraída con la entidad Asociación (...), por la prestación realizada durante dicho periodo, cuantificándose la misma en (...) 59.050,44 € (...), conforme a las facturas presentadas por la misma».*

5. Mediante oficio de 22 de mayo de 2024 [con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 24 de ese mismo mes y año], la Sra. Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias 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, la Propuesta de Resolución advierte de la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho en la prestación del servicio de referencia: el tratarse de una prestación contractual que se ha ejecutado -ininterrumpidamente- prescindiendo total y absolutamente del procedimiento -de licitación- legalmente establecido [art. 39.1 LCSP, en relación con el art. 47.1.e) LPACAP].

Pues bien, en relación con la causa establecida en el art. 47.1, letra e) LPACAP, este Consejo Consultivo ha manifestado, por ejemplo, en el Dictamen 489/2021, de 14 de octubre [con cita de los Dictámenes 8/2021, de 15 de enero, y 161/2020, de 1 de junio], lo siguiente:

«El art. 62.1, e) LRJAP-PAC configura como una causa de nulidad el que los actos sean dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Como las causas de nulidad radical o absoluta de los actos administrativos son tasadas,

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

También hemos señalado en los Dictámenes 84/2014, de 17 de marzo y 258/2020, de 25 de junio, 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.

3. En el presente caso, de los informes obrantes en el expediente se desprende que, una vez vencido el contrato anterior y sus prórrogas, y mientras se regularizaba el servicio y se procedía a la tramitación de un nuevo contrato en la forma legalmente prevista [contratación/adjudicación que, finalmente, quedó desierta], fue necesario proseguir con la prestación del servicio a partir del 1 de diciembre de 2018 hasta la actualidad.

Por tanto, se ha continuado prestando el servicio una vez finalizado el anterior contrato, contratándose verbalmente el mismo, lo que no permite el art. 29.2 LCSP; por lo que la contratación del referido servicio a partir del 1 de diciembre de 2018 -y, en este caso, durante los meses de diciembre de 2023 y enero de 2024- es nula conforme a lo previsto en los arts. 39.1 LCSP y 47.1, letra e) LPACAP, incumpliéndose de forma palmaria y evidente la normativa y principios de la LCSP sobre licitación y adjudicación de contratos.

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, letra 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.

En el presente caso se acude a la prórroga tácita del contrato, manteniendo las mismas condiciones que el contrato vencido y mientras se tramitaba un nuevo contrato con nuevas condiciones.

Además, tal infracción del Ordenamiento Jurídico no puede ser imputable al tercero -que ha realizado la prestación de buena fe-, sino únicamente a la propia Administración, que justifica su actuación en la necesidad de garantizar la prestación de un servicio público esencial, tal y como se argumenta en los folios 67 y 68 del expediente.

Así pues, habiéndose obviado toda clase de procedimiento de licitación al efecto -y, por tanto, prestándose el servicio de referencia sin cobertura jurídica formal alguna-, y desarrollado el servicio a entera satisfacción de la Administración, se ha de concluir que la Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho en cuanto a la concurrencia de la causa de nulidad.

4. En cuanto a los efectos económicos de la declaración de nulidad de la contratación, con relación ahora a las facturas a las 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 de la 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 las facturas en su momento presentadas, lo que incluye la totalidad del precio del contrato efectivamente ejecutado.

En este sentido, como manifestamos en el citado Dictamen 318/2023, de 20 de julio, y en el Dictamen 386/2023, de 5 de octubre, la finalidad del procedimiento indemnizatorio es la reparación integral del daño causado de forma que los interesados vuelvan a la misma situación patrimonial que tenían antes del acaecimiento del hecho lesivo, sin que haya enriquecimiento injusto para ninguna de las partes, 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 referencia, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, tal como prevé el art. 47.1, letra 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

concluir que la Propuesta de Resolución debe liquidar el contrato por la cantidad igual al coste del servicio efectivamente realizado.

5. Resta por abordar la cuestión relativa a las consecuencias derivadas de la prestación del servicio 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 la presente prórroga tácita cuya nulidad se dictamina, se hayan podido emitir.

En relación con ello, ya en nuestros Dictámenes 452/2023, de 7 de noviembre de 2023, 49/2024, de 25 de enero y 121/2024, de 7 de marzo, señalábamos lo siguiente:

«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».

Por tanto, tal y 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 prorroga 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 Publico (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 Publicas respeten los principios de publicidad y concurrencia que fundamentan la regulación de los contratos administrativos, erradicando las practicas 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, cabe 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 de la contratación del servicio de centro de día de atención especializada a personas en situación de dependencia en el Centro de Día para personas mayores (...), Santa Cruz de Tenerife, durante los meses de diciembre de 2023 y enero de 2024, prestado por la Asociación (...), es conforme a

Derecho, dictaminándose favorablemente, por las razones expuestas en el Fundamento IV del presente Dictamen, sin perjuicio de lo señalado en el Fundamento I.5.