Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 4 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 del procedimiento administrativo de revisión de oficio para la declaración de nulidad de la contratación de la gestión del servicio público para la para la prestación del servicio de centro de día (...) de Arucas, Gran Canaria, desde diciembre de 2023 a enero de 2024 (EXP. 342/2024 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias del Gobierno de Canarias el 22 de mayo de 2024, con registro de entrada en este Consejo Consultivo el 27 mayo de 2024, tiene por objeto el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio para la declaración de nulidad de la contratación de la gestión del servicio público para la para la prestación del servicio de centro de día (...) de Arucas, Gran Canaria, desde diciembre de 2023 a enero de 2024, por importe total de 262.014,15 euros.

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 (LCSP), norma básica aplicable al presente

[*] **Ponente: Sr. Belda Quintana.**

supuesto porque el contrato que se pretende declarar nulo fue iniciado con posterioridad a su entrada en vigor.

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

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

3. En este procedimiento se ha otorgado preceptivo trámite de vista y audiencia a la empresa contratista, la cual mediante escrito de 25 de marzo de 2024 manifiesta su conformidad al inicio del expediente de revisión de oficio para declarar la nulidad pretendida.

Este Consejo Consultivo en su Dictamen 72/2023, de 1 de marzo, seguido, entre otros, por los Dictámenes 170/2023, de 20 de abril, 318/2023, de 20 de julio, 386/2023, de 5 de octubre, 412/2023, de 19 de octubre, 452/2023, de 7 de noviembre y 533/2023, de 21 de diciembre, ha considerado que el dictamen debe ser preceptivo haya o no oposición del contratista, en los casos de ausencia de actos administrativos preparatorios o de adjudicación del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 106.1 LPACAP, por remisión del art. 41 LCSP.

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

4. La regulación del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP, puesto que el art. 41.1 LCSP, en relación con la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas viciados de nulidad, remite a la regulación que del procedimiento de revisión de oficio que 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 PR 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 Decreto 43/2020, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y 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, aunque la competencia para incoar y resolver el procedimiento de revisión de oficio corresponde, efectivamente, a la Consejera, dicha competencia no deviene de su consideración como órgano de contratación, sino de lo previsto en el art. 29.1, letra g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, de conformidad con lo dispuesto en el art. 41.3 LCSP.

Como ha sostenido este Consejo en sus recientes Dictámenes 272, 273, 274, 275 y 276/2024, todos de 4 de junio, esta competencia se atribuye por el ordenamiento jurídico autonómico a la persona titular de la Consejería competente, por aplicación de lo previsto en el art. 29.1, letra g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, que atribuye al titular de cada Departamento la competencia para «*resolver los expedientes de revisión de oficio de los actos del propio Departamento*»-. 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) 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, por lo que se deberá subsanar la Propuesta de Resolución en este sentido. Siendo competente, en este caso, la Consejería de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias del Gobierno de Canarias por aplicación de lo previsto en el art. 29.1, letra g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, de conformidad con lo dispuesto en el art. 41.3 LCSP.

6. En la Propuesta de Resolución se considera que procede la declaración de nulidad de pleno derecho del contrato que se somete a dictamen por concurrir, en la referida contratación, la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.e) LPACAP, afirmando que una vez acabada la prórroga del último contrato (1 de febrero de 2021) el Director General de Dependencia y Discapacidad realiza contratación verbal con la empresa (...), por la que se establece la continuidad de la prestación del servicio de atención sociosanitaria en el (...) de Arucas, Gran Canaria. El servicio se ha venido prestando desde entonces por la empresa (...), servicios que se han abonado mediante presentación de facturas, previa conformidad de las mismas por la Dirección General de Dependencia y Discapacidad.

De este modo se señala en la Propuesta de Resolución que *«la causa que motiva la nulidad de las actuaciones llevadas a cabo en la ejecución del servicio de gestión integral de referencia ha sido prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para proceder a tramitar la prórroga que diera cobertura legal a su ejecución y que, en ningún caso, esa consideración es imputable a la empresa (...) que ha adquirido el compromiso de buena fe».*

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, 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 de revisión de oficio, según los hechos relatados en la Propuesta de Resolución, son los siguientes:

1. La Consejería de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias es la propietaria y responsable de un Centro Residencial de Atención a Personas en situación de dependencia derivada de discapacidad física ((...)) ubicado en el municipio de Arucas. La gestión de dicho centro se lleva a cabo de forma indirecta, mediante contrato de servicios con empresas especializadas en la gestión de este tipo de centros.

2. El 1 de febrero de 2017 se suscribió entre la Consejería Empleo, Política Sociales y Vivienda y la empresa (...), contrato administrativo de Gestión de Servicio Público, en la modalidad de concierto, para la prestación del servicio de atención sociosanitaria en el (...) de Arucas, Gran Canaria, fijándose en el mismo como plazo de vigencia hasta el 31 de enero de 2018. El contrato preveía la posibilidad de prórroga anual hasta un máximo de cuatro años, incluida la duración del contrato inicial.

3. Mediante Orden de 24 de enero de 2018, de la Consejera de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda, se aprueba la primera prórroga del contrato, suscribiéndose la oportuna adenda de prórroga con fecha 26 de enero de 2018, estableciéndose en la misma como plazo de prórroga el de un año; plazo que se computa a partir del día 1 de febrero de 2018.

Con fecha 7 de noviembre de 2018, mediante Orden de la Consejera de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda, se aprueba la segunda prórroga del contrato, suscribiéndose la misma el 14 de noviembre de 2018, estableciéndose como plazo de prórroga el de un año, plazo que se computa a partir del día 1 de febrero de 2019.

Con fecha de 29 de octubre de 2019, mediante Orden de la Consejera de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda, se aprueba la tercera prórroga suscribiéndose esta con fecha 11 de noviembre de 2019 y estableciendo el plazo de prórroga de un año y computándose a partir del día 1 de febrero de 2020.

4. El 27 de enero de 2021, el Director General de Dependencia y Discapacidad realiza contratación verbal con la empresa (...), por la que se establece la continuidad de la prestación del servicio de atención sociosanitaria en el (...) de Arucas, Gran Canaria.

5. El 9 de febrero de 2021 se dicta Orden 64/2021 de la Consejera de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud por la que se convalida la contratación verbal efectuada el 27/01/2021 por el Director General de Dependencia y Discapacidad con la empresa (...), por la que se establece la continuidad de la prestación del servicio de atención sociosanitaria en el (...) de Arucas, Gran Canaria.

En dicha Orden se declara *« (...) la tramitación de emergencia en las actuaciones que sean precisas realizar para la contratación del servicio consistente en la prestación del servicio de atención sociosanitaria en el centro de atención de personas en situación de dependencia derivada de discapacidad física (camf) de Arucas, Gran Canaria dependiente de la Dirección General de Dependencia y Discapacidad, por un importe anual de un millón trescientas cuarenta y cuatro mil ciento once euros y setenta y cinco céntimos (1.344.111'75 €), -el cual podrá fluctuar al alza ó baja en función tanto de la ocupación de las plazas como del período de vigencia condicionado éste a la desaparición de la necesidad, circunstancias ambas no previsibles- , estando la actividad objeto de la presente contratación exenta de IGIC, al amparo de lo dispuesto en el artículo 50.Uno.8º.a) de la Ley 4/2012, de 25 de junio, de medidas administrativas y fiscales (B.O.C. nº 124 de 26.06.2012).*

El precio unitario por persona y día queda establecido en noventa y dos euros y treinta y cinco céntimos (92'35 € €) en atención residencial y treinta y ocho euros y setenta y siete céntimos (38'77 €) en atención diurna».

Igualmente, se ordena *« (...) la prestación del servicio objeto de la presente contratación de emergencia a la empresa (...), N.I.F. Nº (...), por un importe mensual estimado de ciento doce mil nueve euros y treinta y un céntimos (112.009'31€), en los términos y condiciones expuestos anteriormente».*

Finalmente, la Orden recoge que *«Las obligaciones económicas que se deriven de la contratación, se imputarán con cargo a la partida presupuestaria 2308 231N 2270900, del presupuesto de gastos de la Dirección General de Dependencia y*

Discapacidad existiendo en la misma, crédito adecuado, suficiente y disponible para el ejercicio 2021».

6. En consecuencia, la empresa (...), continúa a fecha de hoy prestando el servicio de atención sociosanitaria en el (...) Arucas, bajo las mismas condiciones que las pactadas en la Orden 64/2021, de 9 de febrero de 2021, de la Consejera de Empleo, Igualdad, Diversidad y Juventud.

Los servicios se han abonado mediante presentación de facturas, previa conformidad de las mismas por la Dirección General de Dependencia y Discapacidad.

7. Con anterioridad al presente procedimiento de revisión de oficio se ha procedido a declarar la nulidad de las actuaciones llevadas a cabo en la ejecución de la gestión de servicio público, modalidad de concierto, para la prestación del servicio de atención sociosanitaria en el (...) de Arucas, Gran Canaria, en virtud de distintas Ordenes de la Consejería competente, en el período que va desde el 1 de enero de 2022 hasta 30 de noviembre de 2023.

Por tanto, desde el 1 de febrero de 2021 se ha llevado a cabo la prestación del servicio sin seguir los trámites previstos en la legislación de contratos para la adjudicación y formalización del oportuno contrato administrativo, sin que por parte de la Consejería competente se indique que se haya iniciado el oportuno procedimiento de contratación para poner fin a esta situación irregular.

III

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

1. Por Orden de la Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias n.º 238/2024 de 12 de marzo de 2024 se acuerda «i*niciar el procedimiento para declarar la nulidad de actuaciones llevadas a cabo por parte de la empresa (...) en la ejecución de la gestión de servicio público para la prestación del servicio de Centro (...) de Arucas en Gran Canaria, durante el periodo correspondiente a los meses de diciembre de 2023 y enero de 2024, cuantificándose el mismo en DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL CATORCE EUROS Y QUINCE CÉNTIMOS (262.014,15 €)».*

2. Se otorga trámite de audiencia a la empresa (...)que manifiesta, el 25 de marzo de 2024, su conformidad con el procedimiento de nulidad iniciado.

3. Con fecha 16 de abril de 2024 se emite el preceptivo informe de la Viceconsejería de Servicios Jurídicos.

4. Consta en el expediente informes de conformidad de la Dirección General de Discapacidad de la Consejería de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias en relación con la factura n.º 272/2023 de fecha 31 de diciembre de 2023 presentada por la empresa (...), correspondiente al mes de diciembre de 2023, y de la factura número 4/2024, de fecha 31 de enero de 2024, presentada por la empresa (...), correspondiente al mes de enero de 2024.

5. El 14 de mayo de 2024 se dicta la correspondiente Propuesta de Resolución en cuya virtud se propone *«declarar la nulidad de actuaciones llevadas a cabo en la ejecución de la gestión de servicio público para la prestación del servicio de Centro (...) de Arucas en Gran Canaria, durante el mes de diciembre de 2023 y enero de 2024.*

SEGUNDO.- Proceder a la liquidación del mismo y reconocer la obligación contraída con la empresa (...), por la prestación realizada durante dicho periodo, cuantificándose la misma en DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL CATORCE EUROS Y QUINCE CÉNTIMOS (262.014,15 €), conforme a las facturas presentadas por la misma.

TERCERO.- Aprobar las facturas que se indican a continuación y ordenar su abono a favor de la empresa (...), con cargo a la aplicación presupuestaria 2320 231N 2270900 del presupuesto de gastos de la Dirección General de Discapacidad para 2024, no procediendo la indemnización por daños y perjuicios».

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 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, ya se reprodujo en el Fundamento I del presente Dictamen lo manifestado en la Propuesta de orden resolutoria acerca de la causa de nulidad en la que se considera que incurre la prestación del servicio referida y su fundamentación jurídica, siendo la misma la correspondiente al art. 47.1.e) LPACAP.

Si bien en la Propuesta de Resolución se señala que «la causa que motiva la nulidad de las actuaciones llevadas a cabo en la ejecución del servicio de gestión integral de referencia ha sido prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para proceder a tramitar la prórroga que diera cobertura legal a su ejecución y que, en ningún caso, esa consideración es imputable a la empresa (...) que ha adquirido el compromiso de buena fe», no obstante, en el presente caso, no procedía la prórroga del contrato inicial celebrado el día 1 de febrero de 2017 con la empresa (...), ya que en el mismo se fijaba como plazo de vigencia hasta el 31 de enero de 2018 y la posibilidad de prórroga anual hasta un máximo de cuatro años, incluida la duración del contrato inicial.

Se formalizaron tres prórrogas suscribiéndose la última el 11 de noviembre de 2019 y estableciendo el plazo de prórroga de un año, computándose a partir del día 1 de febrero de 2020, de modo que el contrato se ha extinguido el 1 de febrero de

2021 sin posibilidad de nueva prórroga, puesto se superaría el plazo máximo de cuatro años previsto en el contrato.

Por tanto, la prestación de los servicios a partir de esta fecha, y específicamente durante el período objeto del procedimiento de revisión de oficio (diciembre de 2023 y enero de 2024) sin haberse adjudicado el correspondiente contrato tras el oportuno procedimiento de contratación, incurre en la causa de nulidad de pleno Derecho del art. 47.1.e) LPACAP. Así pues, en el presente caso, en el periodo a que se contrae el presente expediente -diciembre de 2023 y enero de 2024- se ha continuado prestando el servicio -a petición de la Administración- una vez finalizada la duración total -incluidas sus prórrogas- del contrato inicial, prorrogándose tácitamente el mismo, cuando tal prórroga se encuentra proscrita por el art. 29.2 LCSP, por lo que la contratación de los referidos servicios 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.e) LPACAP, incumpliéndose de forma palmaria y evidente la normativa y principios de la LCSP sobre licitación y adjudicación de contratos.

En la Propuesta de Resolución se indica que con fecha 12 de febrero de 2024, la Dirección General de Discapacidad emite informe en el que expone que: *«Actualmente, desde la Dirección General de Discapacidad, se permanece trabajando en la preparación del expediente de contratación, redactándose los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas particulares, que regirán la nueva contratación del servicio, habiéndose firmado con fecha 15 de febrero de 2022, la Orden n.º 119/2022 de la Consejera de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud por la que se establece el Reglamento de Régimen Interno del centro de atención a personas con discapacidad física ((...)) de Arucas, Gran Canaria, necesaria para proceder a la contratación del servicio conforme a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público».*

Sin embargo, a día de hoy, no consta en el expediente remitido a este Consejo que se haya iniciado y se encuentre en trámite el procedimiento de contratación administrativa, para la adjudicación del respectivo contrato.

Ese procedimiento debe ser iniciado y tramitado oportunamente para garantizar los principios básicos a los que debe sujetarse la actuación de la Administración pública, de servicio con objetividad a los intereses generales, con sometimiento pleno a la legalidad, así como a los principios que rigen la contratación de no discriminación, igualdad de trato, publicidad y transparencia y concurrencia. Prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido vulnera los principios básicos de la contratación administrativa previstos en el artículo 1 de la

LCSP, de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos; así como el de asegurar una eficiente utilización de los fondos públicos. De otra parte, la contratación verbal se prohíbe (art. 37 LCSP), salvo que se trate de un contrato que tenga el carácter de emergencia, siempre que concurran los requisitos establecidos legalmente para acudir a esta vía excepcional.

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 prorroga

tácita de un contrato anterior instrumentalizada mediante 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 meses de diciembre de 2023 y enero de 2024, objeto del presente procedimiento. 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, de la documentación obrante en el expediente se pone de manifiesto que el inicio del presente expediente de revisión de oficio está motivado por la continuidad de la prestación del servicio en los meses de diciembre de 2023 y enero de 2024, sin cobertura legal alguna.

Con relación a las facturas 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 las facturas en su momento presentadas (262.014,15 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 diferentes a los que son objeto del presente procedimiento de revisión de oficio y que se traduzcan en 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 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 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».

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.

Como hemos repetido en otras ocasiones, 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 utilización -y, en muchos

casos, reiteración- de procedimientos de revisión de oficio con el fin de pagar «*facturas*», vulnera la finalidad de la revisión de oficio en los estrictos términos en que ésta ha de interpretarse (entre otros, Dictámenes 412/2023, de 19 de octubre, 452/2023, de 7 de noviembre, 499/2023, de 7 de diciembre o 11/2024, de 11 de enero).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio con el fin de declarar la nulidad de la contratación de la gestión del servicio público para la prestación del servicio de centro de día (...) de Arucas, Gran Canaria, desde diciembre de 2023 a enero de 2024, por importe total de 262.014,15 euros, se considera conforme a Derecho, dictaminándose favorablemente, en virtud de los razonamientos y con las advertencias expuestas en el Fundamento IV del presente Dictamen, sin perjuicio de lo señalado en el Fundamento I.5.