Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 0 8 / 2 0 2 4

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 21 de octubre de 2024.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de la nulidad de la contratación del servicio de reparación de las instalaciones de protección contraincendios de diversos edificios municipales, prestados por la empresa (...), en el período de noviembre de 2017 a febrero de 2019 (EXP. 569/2024 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado por la Excma. Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria el 29 de agosto de 2024, con registro de entrada en este Consejo Consultivo el 11 de septiembre 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 del servicio de reparación de las instalaciones de protección contraincendios de diversos edificios municipales, prestados por la empresa (...), en el período de noviembre de 2017 a febrero de 2019.

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

---

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

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

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

3. Se ha otorgado el preceptivo trámite de vista y audiencia al contratista, que no presenta alegaciones en el presente procedimiento, si bien, con anterioridad sí las había presentado.

No obstante, 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, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 106.1 LPACAP, por remisión del art. 41 LCSP.

4. La competencia para resolver el presente procedimiento le corresponde al órgano de contratación, en virtud de lo previsto en el art. 41.3 LCSP y en la DA 2.ª.1 LCSP, que en este caso es la Junta de Gobierno Local.

5. En el Informe Propuesta de Resolución se afirma la existencia de la causa de la nulidad de pleno derecho prevista en el art. 47.1. letra e) LPACAP, según el cual son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

6. Por su parte, 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 -se inició por Resolución de 3 de junio de 2024-, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, plazo que se cumpliría el 3 de diciembre de 2024.

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

II

Los antecedentes relevantes que han dado origen al presente procedimiento administrativo que constan documentados en el expediente remitido, son los siguientes:

1. Consta en el expediente Informe de 5 de julio de 2022, de la Concejala de gobierno del área de Economía y Hacienda y del Jefe de la Unidad Técnica de Patrimonio, sobre posible omisión de fiscalización en relación con una serie de facturas que son presentadas en el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria por la empresa (...) durante el período de noviembre a diciembre de 2017, de enero a agosto de 2018 y el 18 de marzo de 2019, el 1 de diciembre de 2020 y el 28 de mayo de 2021, correspondientes al servicio de reparación de las instalaciones de protección contraincendios de diversos edificios municipales.

En el informe se señala, en síntesis lo siguiente:

« (...) en los ejercicios presupuestarios 2017, 2018 y 2019 han estado en vigor distintos contratos de mantenimiento de las instalaciones de protección contraincendios en las distintas dependencias municipales, pero que en ellos se incluía únicamente el mantenimiento preventivo, no incluyéndose las reparaciones o pruebas hidrostáticas, etc, en definitiva, el mantenimiento correctivo que surge de lo anterior. Dado el volumen de facturación que soporta la Sección de Patrimonio y la escasez de personal, hizo inviable la tramitación de estos presupuestos correctivos que iban surgiendo mediante el procedimiento adecuado.

(...) En los nuevos expedientes que han ido surgiendo una vez se vencían los expedientes antiguos, ya se ha incluido una bolsa de mantenimiento correctivo que permite realizar las reparaciones y pruebas a las instalaciones de protección contra incendios para que estén en perfectas condiciones de uso en caso necesario y que permita la protección de las personas que utilizan estos edificios municipales.

(...) La realización de la prestación se ha desarrollado a entera satisfacción de la Administración y bajo el principio de buena fe y confianza legítima.

(...) En este caso, NO es posible la restitución de la prestación del servicio debido a que se trata de un servicio de mantenimiento ya ejecutado.

(…) El valor de la prestación asciende a la cantidad total de 13.972,23 €. Los precios unitarios de las reparaciones que se detallan en las facturas son precios que están en consonancia con los precios de mercado.

(…) Una vez que por la Junta de Gobierno Local se acuerde, en su caso, tomar conocimiento de la omisión de fiscalización previa de la contratación y ordene la iniciación del correspondiente procedimiento de revisión de oficio, en el marco de las actuaciones previas a la adopción de la resolución de inicio del mismo se notificará al contratista escrito solicitando información sobre el desglose de los costes generales del citado gasto con especial incidencia en el importe correspondiente al beneficio industrial, ya que el mismo, en caso de existir, deberá ser detraído del coste a abonar a la empresa contratista como consecuencia de la eventual declaración de nulidad.

La contratación de la prestación descrita podría estar incursa en causa de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 39 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, puesto que se trata de un gasto realizado en los ejercicios 2018 y 2019, en el que el procedimiento no se ha ajustado a lo legalmente establecido y carece de fiscalización previa por Intervención General sin que ello pueda ser imputable a la empresa (…)».

2. El Informe de Intervención General de fecha 22 de julio de 2022, que pone de manifiesto la omisión de fiscalización de la citada contratación, estableciendo en su apartado segundo E) lo siguiente: *«Revisado el expediente, se deduce la concurrencia de causa de nulidad de la contratación, y dado el carácter de las prestaciones, el importe y los incumplimientos legales que se han puesto de manifiesto, esta intervención General considera que debe tramitarse el procedimiento de revisión de oficio de la contratación.*

En relación con el importe de la prestación incursa en nulidad, debe advertirse lo señalado en distintos dictámenes del Consejo de Estado, entre otros número 680/2019, de 26 de septiembre, números 667/2019 y 679/2019, de 24 de octubre, en los que ha concluido que, " (…) en estos casos que, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 42 de la LCSP, no debe abonarse a la empresa contratista el precio de la prestación, sino su coste, que se calculará detrayendo del precio el beneficio industrial que aquella esperaba obtener, determinado en expediente contradictorio; y si no fuera posible determinar dicho beneficio la vista de la oferta presentada o de otra forma fehaciente, se considerará como tal el 3 por 100 del precio de los contratos, aplicando lo dispuesto en el artículo 313.3 de la LCSP para el supuesto de resolución por desistimiento de los contratos de servicios. Finalmente, el importe a que asciende el coste de la prestación habría de ser actualizado conforme al artículo 34.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, hasta que se ponga fin al procedimiento de revisión de oficio».

3. El 28 de julio de 2022, la Junta de Gobierno de la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria acuerda la toma de conocimiento de la omisión de fiscalización previa de la contratación del servicio de reparación de las instalaciones de protección contra incendios de diversos edificios municipales, prestado por la empresa (...), en el periodo de noviembre de 2017 a febrero de 2019

4. El 17 de agosto de 2022 se dicta Resolución n.º 32164/2022 de la Concejala de gobierno del Área de Economía y Hacienda, Presidencia y Cultura por la que se acuerda Iniciar el expediente de declaración de nulidad de la contratación, a favor de (...)., de los gastos derivados del servicio de reparación de las instalaciones de protección contraincendios de diversos edificios municipales, en el periodo de noviembre de 2017 a febrero de 2019, por un importe total incluyendo impuestos, de 13.972,23 euros, importe del que habrá que detraer el beneficio industrial si no hubiera sido detraído ya, lo que deberá quedar acreditado.

5. Otorgado trámite de audiencia al contratista, éste manifiesta mediante escrito presentado el 28 de septiembre de 2022 su disconformidad con la declaración de nulidad que se pretende, además considera improcedente la deducción del beneficio industrial, no obstante, ante la antigüedad de las facturas y las necesidades financieras de la empresa, asumen la reducción del 3% que se pretende, sin perjuicio de su posterior reclamación junto con los intereses devengados.

6. El 9 de marzo de 2023 la empresa contratista presenta nuevo escrito de alegaciones en el que solicita el efectivo abono de las facturas pendientes de pago por importe de 13.972,23 euros, con la reducción del 3% manifestada y, asimismo, se inicien los trámites para el abono de las restantes facturas pendientes. Manifestando la renuncia a cualesquiera reclamaciones posteriores por dicha detracción del beneficio industrial.

7. Con fecha 12/05/2023, el Responsable de la Unidad Técnica de Patrimonio, emite informe sobre la determinación del beneficio industrial en relación con la nulidad del contrato denominado «*servicio de reparación de las instalaciones de protección contraincendios de diversos edificios municipales*», prestado por la empresa (...).

8. Con base en la conformidad por parte de la empresa (...), de fecha 09/03/2023, y el informe del Responsable de la Unidad Técnica de Patrimonio, de fecha 12/05/2023, se estima detraer el 3 % del importe del beneficio neto servicio de reparación de las instalaciones de protección contraincendios de diversos edificios

municipales, por valor final a abonar de 13.565,29 euros, por lo que el 15 de mayo de 2023 se devuelven las facturas y se solicita nuevas facturas conforme a lo indicado.

9. La empresa (...) presenta nuevas facturas, con el beneficio industrial detraído, correspondientes al servicio de reparación de las instalaciones de protección contraincendios de diversos edificios municipales. La suma total de la prestación es de 13.595,27 euros.

10. Por Resolución de 31 de mayo de 2024 se declara la caducidad del procedimiento, y se acuerda iniciar nuevo procedimiento de revisión de oficio para la declaración de nulidad de la contratación del servicio de reparación de las instalaciones de protección contra incendios de diversos edificios municipales, periodo de noviembre de 2017 a febrero de 2019. Se Concede trámite de audiencia por plazo de diez días hábiles a (...), de conformidad con lo establecido en el art. 82 LPACAP, a los efectos de que pueda formular las alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

11. Dicha resolución se notifica a la empresa (...) el 3 de junio de 2024, no consta que haya formulado alegaciones en el plazo otorgado. No obstante obra certificado de la Jefa de Servicio de Contratación que hace constar que *«que en el citado expediente de nulidad obra documentación que acredita poder de (...), con DNI/NIF número (...), en representación de la mercantil (...), CON NIF Nº (...), para mostrar la conformidad a la declaración de nulidad de la contratación en el marco del expediente de referencia, y a la liquidación de las prestaciones correspondientes».*

12. El 21 de junio de 2024 se dicta propuesta de resolución en virtud de la cual se propone:

«Primero. Declarar la nulidad de la contratación, a favor de (...)., de los gastos derivados del servicio de reparación de las instalaciones de protección contraincendios de diversos edificios municipales, en el periodo de noviembre de 2017 a febrero de 2019.

Segundo.- Liquidar el contrato y, dado que no es posible la restitución recíproca, devolver su valor por un importe total incluyendo impuestos, 13.595,27 euros, para lo cual será precisa la tramitación del oportuno expediente de reconocimiento extrajudicial de crédito por el Pleno, de conformidad con lo previsto Bases de ejecución del presupuesto del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en los siguientes términos:

Valor del servicio: 13.972,23 €

Resultado de la determinación del beneficio industrial: 13.565,29 €».

13. El 29 de junio de 2024 se emite informe por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento en sentido favorable a la propuesta de resolución.

III

1. Este Consejo Consultivo, siguiendo constante y abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reiterado que la revisión de oficio supone el examen por la Administración de la legalidad de sus propios actos y en razón de los vicios e infracciones legales que le son imputables a los mismos, es decir, que por formar parte de su contenido, formal o sustantivo, le son atribuibles y susceptibles de valoración y corrección por la propia Administración autora del acto en el ejercicio de su potestad de revisión, sin que pueda extenderse al examen de la legalidad de otros actos dictados por otras administraciones no sujetos a revisión (STS 405/2020, de 14 de mayo).

La revisión de oficio implica el ejercicio de una facultad exorbitante por parte de la Administración para expulsar del ordenamiento jurídico actos firmes en vía administrativa que adolecen de vicios especialmente graves, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ella solo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva (Dictámenes de este Consejo 302/2018, de 29 de junio y 430/2017, de 14 de noviembre, que reiteran varios pronunciamientos de este Organismo en el mismo sentido).

Por su parte, en nuestro Dictamen 46/2016, de 18 de febrero, afirmábamos que *«no toda infracción del Ordenamiento jurídico conlleva la revisión de oficio, que no está prevista para corregir errores o deficiencias de la Administración, sino para suprimir actos administrativos contaminados con vicios graves determinantes del nacimiento del derecho o facultad (...) ».*

En definitiva, *«la revisión de oficio en principio no es una técnica al servicio de la instrucción de una "causa general" respecto de determinado procedimiento, sino el instrumento que permite anular actos con vicios de orden público, que son los que la ley califica como causas de revisión, debidamente interpretadas en función de las*

circunstancias del caso, la conducta de los interesados y la actuación de la Administración» (Dictamen 449/2017, de 5 de diciembre).

2. En la propuesta de resolución se indica que *«Debido a la necesidad inaplazable de la contratación de las prestaciones descritas, se ha incurrido en causa de nulidad conforme a lo previsto en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en relación con el que artículo 39 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público».*

Según consta en el expediente la empresa (...), lleva prestando del servicio de reparación y recarga de las instalaciones de protección contraincendios de diversos edificios municipales al menos desde noviembre de 2017 sin que dicha prestación forme parte de ningún contrato administrativo de servicios adjudicado en virtud del correspondiente procedimiento de contratación previsto en la LCSP.

La causa de la nulidad de pleno derecho de las actuaciones que se invoca por la Administración es la prevista en el art. 47.1e) LPACAP, al haberse prescindido total o absolutamente del procedimiento de adjudicación que correspondía y eludiendo los principios de publicidad y concurrencia.

Tal y como se contiene en los informes que obran en el expediente estamos ante un servicio recurrente, de tracto sucesivo, no esporádico ni puntual, de modo que no puede ser prestado mediante contratación verbal, que nuestro ordenamiento prohíbe (art. 37 LCSP), salvo que se trate de un contrato que tenga el carácter de emergencia, ni tampoco puede ser objeto de un contrato menor cuando se supera el límite cuantitativo previsto en el art. 118 LCSP a lo largo de 5 años, que es el tiempo máximo de duración de los contratos de servicios, según el art. 29.4 LCSP. Por tanto, si la contratación no supera los 3.000 euros al año, se pueden realizar distintos contratos menores durante un periodo máximo de 5 años, pues al cabo de ese periodo no se superaría el umbral de los 15.000 euros previsto en el art. 118.1 LCSP para los contratos de servicios, tal y como hemos señalado en reiteradas ocasiones (por todos, el reciente Dictamen 546/2024, de 2 de octubre, con cita de los Dictámenes 119 y 120/2024, de 7 de marzo).

Por tanto, año tras año, responde a una misma necesidad para la entidad contratante, de modo que puede y debe planificarse su contratación y hacerse por los procedimientos ordinarios. Consecuentemente, a pesar de que el expediente consta de numerosas facturas reveladoras de distintos contratos menores, su reiteración y la obligación normativa de reparar los sistemas contraincendios, cuyas

averías se producen periódicamente (recarga de extintores, prueba de extintores, averías en sistemas de detección de incendios, etc.), dado que la naturaleza de la prestación es recurrente y supera los límites citados, para prestarse el servicio de reparación de los sistemas contraincendios de las distintas dependencias municipales se debe incoar el oportuno expediente de contratación.

No obstante, debe advertirse que la suscripción de diversos contratos menores que podrían conformar el objeto de un único contrato no implicaría un supuesto de fraccionamiento irregular, si la misma prestación mediante un único contrato también hubiera podido llevarse a cabo recurriendo a la suscripción de un contrato menor, pues la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público está dirigida fundamentalmente a evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato y, por este motivo, no tiene que considerarse contrario a la LCSP el fraccionamiento del objeto del contrato en aquellos casos en qué no origine alteración de las normas relativas a los procedimientos de adjudicación que deben aplicarse ni a las normas de publicidad.

Ahora bien, este no es el caso, puesto que además de ser, como se ha indicado, un servicio recurrente, su importe en el periodo que abarca (noviembre de 2017 hasta febrero de 2019, esto es, un año y cuatro meses) determina que el valor estimado en su conjunto y en cómputo anual superaría el umbral establecido para el contrato menor de servicios (art. 118.1 LCSP), en los términos señalados en nuestra doctrina anteriormente citada.

Sentado lo anterior, podemos concluir que la declaración de nulidad se fundamenta en la efectiva realización por la empresa de los servicios referidos en los anteriores apartados, con el conocimiento y aquiescencia de la Administración, y a solicitud de la misma, sin seguir los cauces previstos en la LCSP, y, por tanto, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, por lo que concurre la causa de nulidad de pleno Derecho prevista en el art. 47.1.e) LPACAP, según los cuales son nulos de pleno derecho los actos de las administraciones públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Así la propia Administración Pública actuante reconoce que ha omitido el procedimiento de contratación previsto en los arts. 131 y ss. LCSP, sin cumplir las

exigencias legales, que resultan fundamentales para garantizar una adecuada tutela del interés público en el ámbito de la contratación.

3. En relación con la causa establecida en el art. 47.1, letra e) LPACAP, este Consejo Consultivo ha manifestado reiteradamente (por todos, 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.

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.

Con base en lo expuesto, procede afirmar que en el presente caso existe una contratación verbal no amparada legalmente. Por todo ello, a la vista de esta circunstancia, se ha de concluir que se han ejecutado las prestaciones propias del contrato relativo al servicio referido, sin que se hayan seguido los trámites exigidos legalmente, por lo que tal contratación es nula conforme a lo previsto en los arts. 39.1 LCSP y 47.1.e) LPACAP.

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

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

Ahora bien, esta continuidad en la prestación de servicios, recibiendo las prestaciones sin la cobertura de procedimiento alguno, que lleva produciéndose desde el año 2017, sin justificación alguna, es una situación a todas luces contraria a Derecho, que debe cesar.

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).

Prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido vulnera los principios básicos de la contratación administrativa previstos en el art. 1 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.

4. En relación a los efectos económicos de la declaración de nulidad de los actos preparatorios y de adjudicación 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 el periodo de noviembre de 2017 a febrero de 2019, sin cobertura legal alguna.

En cuanto a los efectos derivados de la resolución que declare la invalidez, debemos acudir a lo establecido en el artículo 42.1 LCSP, según el cual *«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».*

Como se ha señalado en múltiples ocasiones por este Consejo Consultivo, en lo que se refiere al momento procedimental en el que procede efectuar el cálculo de la liquidación del contrato, cabe recordar que el art. 42.1 LCSP establece que aquella fase se producirá una vez firme la resolución por la que se acuerde la revisión de oficio (a través del oportuno expediente contradictorio).

Sin embargo, como ya ha indicado el propio Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre (y este Consejo Consultivo de Canarias -Dictamen 220/2013, de 19 de junio-), *« (...) nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (...), para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma».*

De esta manera, resulta posible resolver de forma conjunta sobre la nulidad del acto de contratación afectado y sobre la liquidación y, en su caso, indemnización que proceda (art. 42.1 LCSP).

En el presente caso la restitución del valor de la prestación al contratista coincide con la totalidad del importe de la factura en su momento presentadas (13.972,23 €), lo que incluye la totalidad del precio del contrato efectivamente ejecutado, sin que sea posible detraer el beneficio industrial, que se ha determinado en un 3 %.

No existiendo una previsión legal que ampare expresamente este descuento del beneficio industrial que viene a ser una forma de «*sanción impropia*» o «*encubierta*» al contratista cómplice y beneficiario de una contratación irregular, no es conforme a derecho su aplicación en todos los supuestos en que se revisa de oficio una

contratación irregular, sobre todo cuando consta que el contratista ha actuado de buena fe, sin embargo recibe a modo de «*sanción*» la deducción del beneficio industrial y por su parte la Administración que comete la irregularidad y realización una actuación radicalmente nula, se beneficia de su propia actuación irregular.

Del art. 42 LCSP cabe inferir la correlación de deudas, esto es, que la Administración estará obligada a restituir su enriquecimiento en la misma medida en que se acredite el efectivo empobrecimiento del contratista, lo que incluye el beneficio industrial.

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 mantenimiento, 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.

Sobre esta cuestión este Consejo Consultivo le ha señalado a este Ayuntamiento en reiteradas ocasiones, como en los recientes Dictámenes 458/2024, de 25 de julio, 514/2024, de 19 de septiembre, y 554/2024, de 3 de octubre, con cita de otros muchos, emitidos a solicitud también de dicha Administración, que, aun cuando concurra una causa de nulidad, procede restituir el valor total de la prestación sin detraer el beneficio industrial cuando hay buena fe del contratista, ya que lo contrario sería tanto como privilegiar la actuación ilegal de la Administración, a la que le saldría más rentable -en términos económicos- actuar al margen de la ley y luego declarar la nulidad de su actuación; lo cual, evidentemente, contraviene los más elementales principios del Estado de Derecho, tal y como también ha señalado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, de 29 de octubre de 2019.

Así, hemos indicado en los referidos Dictámenes que *« (…) Es lógico esperar del empresario que lleva a cabo una obra, que exija, y obtenga, un lícito beneficio (en una economía de mercado cual la nuestra). Lo contrario supondría admitir el absurdo de que un particular, empresario o no, trabaje para la administración sin obtener beneficio alguno. No se repararía así íntegramente el perjuicio ocasionado al contratista. Y téngase en cuenta*

que, si el contrato es nulo, la imputación principal de esa nulidad ha de mirar a la administración.

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 y con plena creencia de su cobertura legal, no procede «castigarla», por una situación no buscada ni generada por ella, detrayendo un porcentaje en concepto de beneficio industrial, sino que ha de abonarse el importe total de las facturas en concepto de restitución del valor de la prestación, tal como se habría efectuado en cumplimiento del contrato original.

En el mismo sentido nos hemos pronunciado, entre otros, en nuestros Dictámenes 189/2022, de 12 de mayo, 203 y 204/2022, de 26 de mayo, 267/2022, de 30 de junio, 279/2022, de 7 de julio, y 26 y 27/2023, de 26 de enero».

Aplicando al presente supuesto la doctrina expuesta en las líneas precedentes, ha de concluirse que la Propuesta de Resolución que ordena el pago de las facturas debidas a la empresa contratista, excluyendo específicamente el beneficio industrial, no es conforme a Derecho.

En el presente caso la reparación integral del daño a la empresa contratista ha de coincidir con la totalidad del importe de las facturas en su momento presentadas, lo que incluirá la totalidad del precio del contrato efectivamente ejecutado. En este sentido, como manifestamos, entre otros muchos, en los Dictámenes 318/2023, de 20 de julio, 386/2023, de 5 de octubre, y 452/2023, de 7 de noviembre, la finalidad del procedimiento indemnizatorio es la reparación integral del daño causado de forma que los interesados vuelvan a la misma situación patrimonial que tenían antes del acaecimiento del hecho lesivo, sin que haya enriquecimiento injusto para ninguna de las partes, sin detraer el 3 % del beneficio industrial, tal y como detallamos extensamente en el Dictamen 318/2023, al que ha de estar esa Corporación Municipal.

Así, en los supuestos en los que el servicio se ha prestado a satisfacción de la Administración, interviniendo la buena fe de la contratista, aun concurriendo causa de nulidad, se debe pagar a la contratista en idéntica cuantía al valor de los servicios prestados, por lo que no es conforme a Derecho detraer cantidad alguna del coste de los servicios prestados, debiendo liquidarse el contrato, cuando no es posible la restitución recíproca, por su valor íntegro, esto es, sin descontar importes en concepto de beneficio industrial o análogo.

5. 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, llevara 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.

6. Por último, en cuanto a la habitualidad con que se realizan fragmentaciones de procedimientos de revisión de oficio, ha de recordarse lo razonado por este Consejo Consultivo en el reiterado Dictamen 452/2023, de 7 de noviembre:

«De otro lado, cabe insistir una vez más en que la reiteración de la fragmentación de procedimientos de revisión de oficio por periodos de facturación, de una misma prórroga contractual que se mantiene en el tiempo, contraviniendo los principios de racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos, eficacia, economía y eficiencia contenidos en el art. 3.1 d), h), i) y j) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), por cuanto ello obliga a sucesivos procedimientos de revisión de oficio, puede suponer, en su caso, un abuso de derecho o fraude de ley, que puede operar como un límite a la revisión de oficio del art. 110 LPACAP, tal y como hemos apreciado en algunas ocasiones, como manifestamos en el Dictamen 318/2023, de 20 de abril, con cita de los dictámenes 158/2023, de 18 de abril, 80, 81 y 82/2020, de 3 de marzo, así como en los Dictámenes 386/2023, de 5 de octubre y 412/2023, de 19 de octubre, a los cuales nos remitimos para evitar reiteraciones.

Este Consejo Consultivo dictamina, entre otras cuestiones y conforme a su Ley reguladora, revisiones de oficio de actos preparatorios y de adjudicación de contratos, por lo que la fragmentación y multiplicación de procedimientos de revisión de oficio por periodos de facturación de un mismo contrato, con el fin de pagar «facturas» (nótese que cada procedimiento en sus antecedentes surge por la existencia de una determinada «factura»), además de contravenir los principios ya citados de la LRJSP, vulnera la finalidad de la revisión de oficio en los estrictos términos en que esta ha de interpretarse, así como la naturaleza de este Órgano Consultivo, tratando de implicarlo ilegítimamente en la gestión económica financiera diaria de la Administración solicitante.

Además, este Consejo Consultivo no puede sino reiterar la necesidad de que las Administraciones públicas respeten los principios de publicidad y concurrencia que fundamentan la regulación de los contratos administrativos, erradicando las prácticas que los vulneran. Este tipo de irregularidades, frecuentemente provocadas por graves faltas de diligencia en la gestión de los expedientes de contratación, originan situaciones de hecho en la prestación de los servicios cuya compensación luego, a su vez, genera distorsiones y tensiones sobre otras vías a fin de permitir los correspondientes pagos cuando, en puridad, deberían haberse canalizado en el marco de la relación contractual. Todo ello, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades de orden administrativo o incluso penal en que pudieran incurrir las correspondientes autoridades o personal al servicio de las Administraciones públicas».

Finalmente, 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 reparación de las instalaciones de protección contraincendios de diversos edificios municipales, prestados por la empresa (...), en el período de noviembre de 2017 a febrero de 2019, se considera conforme a Derecho en cuanto a la concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho, dictaminándose favorablemente, en virtud de los razonamientos expuestos.

No obstante, la Propuesta de Resolución es contraria a Derecho en cuanto a los efectos económicos de la declaración de nulidad en relación con la deducción del beneficio industrial, de acuerdo con lo señalado en el Fundamento III, apartado 4, del presente Dictamen.