



La Laguna, a 3 de marzo de 2020.

FUNDAMENTOS

1

2. El expediente acumula contrataciones que en su totalidad son de fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE (LCSP), razón por la que les es de aplicación esa norma conforme se dispone en las disposiciones transitoria primera, apartado 4 y final decimosexta de la misma.

* Voto Particular: Sra. de León Marrero.

3. En la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen la Administración considera que tales contratos son nulos de pleno derecho al omitirse los trámites procedimentales correspondientes al procedimiento ordinario y que no son de aplicación a los contratos menores (art. 99.1 LCSP). Por ello se afirma que la causa de nulidad de la que adolecen tales contratos es la establecida en el art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

4. En la Propuesta de Resolución, emitida en forma de borrador de la resolución definitiva, consta que se le otorgó el trámite de audiencia a las empresas contratistas y a (...), empresa cesionaria de los derechos de cobro de las empresas anteriormente referidas, mostrando dicha empresa cesionaria y (...) su oposición a la declaración de nulidad que se pretende. Por tanto, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 191.3.a) LCSP, el dictamen de este Consejo Consultivo es preceptivo.

5. Pese a lo manifestado reiteradamente por este Consejo Consultivo en supuestos similares (DDCCC 133, 134, 135, 156, 157, 181, 189, 248, 272, 297, 313, 314, 315, 316, 325, 326, 328, 388, 394 y 452, de 2015 y 476/2017 entre otros muchos), ha venido de entrada a acumularse -esta vez, mediante acuerdo expreso- incorrectamente distintos expedientes, al tratarse de *«contrataciones por diferentes contratistas, con objetos diferentes, cuantías diferentes, fechas diferentes, y diferentes son también las facturas acreditativas expedidas por los distintos contratistas»*.

6. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Dirección Gerencia del citado Complejo Hospitalario, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 16 y 28 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, en relación con el art. 10 del Decreto 32/1997, de 6 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Regulator de la Actividad Económico Financiera del Servicio Canario de la Salud.

7. Por último, es de recordar que el art. 41 LCSP remite a la regulación de la nulidad del procedimiento de revisión de oficio contenida en la LPACAP, cuyo art. 106.5 dispone que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio, lo que se produce mediante Resolución núm. 4.391/2019, de 6 de noviembre, sin dictarse resolución, producirá su caducidad.

II

1. Los antecedentes de hecho más relevantes, conforme resulta del expediente remitido a este Consejo, son los siguientes:

- Durante el segundo semestre de 2019, se emitieron diversas facturas por parte de las empresas contratistas correspondientes a los suministros sanitarios prestados al CHUC por las cantidades ya referidas en el fundamento anterior del presente dictamen, sin tramitación de procedimiento contractual alguno, como se afirma en la documentación incorporada al expediente, considerando la Administración, en su momento, que cada entrega constituía un contrato menor, individualizado e independiente.

- Por la antes citada Dirección Gerencia se constata, a través de los controles automatizados de su sistema contable (TARO, actualmente SEFLOGIC, apartado 8º «*control del contrato menor*»), que de manera intermitente y a lo largo de dicho periodo de tiempo se le han suministrado materiales sanitarios por los importes ya especificados, encontrándose en la documentación incorporada al expediente la identificación de las facturas objeto del presente expediente de nulidad, las cuales no han sido abonadas por el Servicio Canario de la Salud.

2. En cuanto a la tramitación del procedimiento objeto de análisis, éste se inició mediante Resolución núm. 4.391/2019, de 6 de noviembre, referido a los suministros efectuados por varias empresas contratistas, por importe total de 210.183,58 euros. Las empresas singularmente concernidas en el expediente que nos ocupa, en respuesta al trámite de audiencia otorgado, se opusieron a la declaración de nulidad pretendida, según consta en la Propuesta de Resolución, y, además, solicitaron el abono de los intereses moratorios. Subsidiariamente, para el caso de que se considerase la nulidad, se solicita la indemnización establecida en el art. 42.1 LCSP.

- Mediante Resolución 4.686/2019, de 11 de diciembre, se desagregaron del expediente inicial las contrataciones de las empresas referidas, al oponerse.

- No consta certificado acreditativo de la preceptiva suficiencia previa de crédito presupuestario para llevar a cabo tales contrataciones, lo que constituye un específico motivo de nulidad [art. 39.2.b) LCSP], pero este Consejo Consultivo se limitará al análisis de la causa de nulidad alegada por la Administración, por la que se sustancia el presente procedimiento. Por el contrario, sí se ha efectuado reserva de crédito para el presente expediente de nulidad.

- Asimismo, no constan los informes del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato menor, la justificación y comprobación exigidas al órgano de contratación por el art. 118.3 LCSP en lo que respecta a las contrataciones referidas.

- Además, el presente procedimiento administrativo cuenta con el informe de la Asesoría Jurídica Departamental y la Propuesta de Resolución, en forma de borrador de la Resolución definitiva.

III

1. En el curso de la misma reunión en que tuvo lugar el debate sobre este asunto, ha venido a aprobarse también por el Pleno de este Organismo el DCC 80/2020, sobre un supuesto similar cuyo contenido sustantivo, dada su trascendencia reproducimos ahora:

« FUNDAMENTOS

I

1. Se interesa por la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias mediante escrito de 27 de diciembre de 2019, con registro de entrada de 7 de enero de 2020, dictamen de este Consejo en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio (expediente de nulidad: EN-CHUIMI-48/2019), por la que se pretende declarar la nulidad del contrato administrativo de suministro realizado por el Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno-Infantil (CHUIMI) con la empresa (...) por un valor total de 14.750,00 euros

2. En la Propuesta de Resolución sometida a dictamen la Administración considera que tal contrato es nulo de pleno derecho pues se llevó a cabo omitiendo los trámites procedimentales correspondientes al procedimiento ordinario y que no son de aplicación a los contratos menores. Por ello se afirma que la causa de nulidad de la que adolecen tal contrato es la establecida en el art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

Nada se dice acerca de la existencia de partida presupuestaria suficiente consignada previamente, lo que constituye una específica causa de nulidad contractual (si bien en la Resolución de inicio del expediente sí se hace referencia a la omisión de fiscalización previa y a la inexistencia de crédito); tampoco hay referencia a la cuestión del cumplimiento del resto de requisitos que exige 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), en relación con los contratos menores, que resulta aplicable a este supuesto por haberse producido la totalidad de las contrataciones con posterioridad a su entrada en vigor.

3. Consta en el expediente el escrito de oposición de la empresa contratista (...). Por tanto, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 191.3.a) LCSP, el dictamen de este Consejo Consultivo es preceptivo.

4. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Dirección Gerencia del citado Complejo Hospitalario, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 16 y 28 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, en relación con el art. 10 del Decreto 32/1997, de 6 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Regulador de la Actividad Económica Financiera del Servicio Canario de la Salud.

5. Por último, es de señalar que el art. 41 LCSP remite a la regulación del procedimiento de revisión de oficio contenida en el art. 106.5 LPACAP, que dispone que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio (Resolución núm. 5.353/2019, de 10 de diciembre) sin dictarse resolución producirá su caducidad.

II

1. Del expediente remitido a este Consejo destacamos lo siguiente:

- Consta el Informe-Memoria del Director de Gestión en el que se manifiesta que «ante la necesidad inmediata y urgente (de atender suministros de medicamentos) se contactó con las empresas que figuran en el Anexo I para que procedieran a prestarlos, sin llevar a cabo los trámites preceptivos para una correcta adjudicación y formalización del correspondiente contrato»; también señala tal informe que se llevó a cabo por la empresa ya referida la prestación de los suministros, de conformidad con la Administración y en la cuantía expuesta en el fundamento anterior de este Dictamen, la cual se realizó a la entera satisfacción de la Administración.

- Por la Gerencia del CHUIMI se constata a través de los controles automatizados de su sistema contable (TARO, actualmente SEFLOGIC, apartado 8ª «control del contrato menor»), que realmente de manera intermitente y a lo largo de dicho periodo de tiempo se le han suministrado tales materiales sanitarios y prestado servicios por las empresas contratistas, incluidas en el referido anexo I del Informe-Memoria, de manera efectiva y por el valor ya referido, sin que se le haya abonado su importe por parte del Servicio Canario de la Salud.

- No consta el certificado que acredite la preceptiva suficiencia de crédito presupuestario para llevar a cabo tal contratación. Por el contrario, sí se adjunta al expediente la documentación relativa a la reserva de crédito para el presente procedimiento de nulidad, referida a diversas cantidades entre la que se encuentra la correspondiente a las facturas objeto de este expediente (documento contable «RC, retención de nulidad»).

Debemos señalar que no se menciona como motivo la falta de cobertura presupuestaria, lo que implicaría su encuadre en el motivo de nulidad previsto en el art. 39.2.b) LCSP.

2. En lo que a la tramitación del procedimiento de nulidad se refiere, se inició este el 10 de diciembre de 2019 mediante la Resolución de la Dirección Gerencia del CHUIMI núm. 5.353/2019.

En el procedimiento obra el Informe-Memoria de la Dirección de Gestión del CHUIMI, a que se ha hecho referencia. También consta el informe de la Asesoría Jurídica Departamental, que indica al respecto: «Igualmente, resulta necesario señalar que la utilización de expedientes de nulidad de contratación debe ser excepcional, ya que con ella se vulneran los principios básicos de la contratación administrativa, práctica del todo incorrecta, y que ha sido reiteradamente señalado por el Consejo Consultivo de Canarias».

Finalmente, se emitió la Propuesta de Resolución sin que conste su fecha de emisión, por la que para «convalidar el gasto» (consideración tercera) se propone la declaración de nulidad y la liquidación del contrato de suministro correspondiente a la referida empresa.

III

1. La Gerencia del CHUIMI y el resto de Hospitales del Servicio Canario de la Salud – según se desprende de los innumerables expedientes de nulidad que llegan para ser dictaminados por este Consejo Consultivo (habiéndose emitido hasta la fecha más de doscientos dictámenes en asuntos similares a éste)- siguen soslayando las indicaciones que les realiza su Servicio Jurídico y este Organismo, pues continúan realizando contrataciones sin seguir las pautas procedimentales legalmente exigidas y tantas veces recordadas por este Consejo. Del análisis del presente expediente vuelve a comprobarse la reiteración de este irregular proceder, al omitir en su integridad la aplicación del procedimiento de contratación pública que fija la Ley, desde la determinación del objeto y precio del futuro contrato, la licitación para seleccionar al contratista y la verificación de los requisitos de aptitud de éste para contratar, o la formalización misma del contrato.

Tales incumplimientos se ven agravados en el supuesto analizado, pues, como ya señalamos, les es aplicable a todos los contratos analizados el nuevo régimen jurídico previsto en la LCSP, mucho más restrictivo con la contratación menor, a fin de que no pueda servirse la Administración de esta modalidad procedimental para evitar la concurrencia de licitadores, con elusión de las reglas generales de contratación y los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores (art. 1 LCSP).

Del régimen jurídico establecido por los arts. 118 y 63.4 LCSP para la contratación menor, así como de la prohibición establecida con carácter general de fraccionar un contrato, con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y de eludir así también los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan

(art. 99.2 LCSP), se deduce con toda claridad que la nueva Ley pretende reducir la capacidad de la Administración para adjudicar directamente contratos menores con el objetivo de combatir la opacidad en los procesos de adjudicación de este tipo de contratos, imposibilitando también la adjudicación sin publicidad previa. Y, por ello, se rebajan las cuantías que limitan la contratación menor y se exigen nuevos requisitos para evitar prácticas administrativas como la que nos ocupa, tal y como se ha señalado por este Consejo Consultivo.

Sin embargo, el valor de la contratación por la que se tramita el presente procedimiento administrativo es el de 14.750,00 euros, por lo que, estando dentro del límite cuantitativo «a priori» previsto para los contratos menores, los requisitos impuestos por la Ley 9/2017 que han sido inobservados en este caso son: el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato menor; la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar las reglas generales de contratación, excepto que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen los 15.000 euros.

Estos requisitos, ciertamente, han sido desatendidos por parte de la Gerencia del CHUIMI. Y así se reconoce por la Administración en la Propuesta de Resolución, que postula la declaración de la nulidad de las contrataciones efectuadas, al constatar que [«los suministros fueron prestados sin llevar a cabo los trámites preceptivos para una correcta adjudicación y formalización del correspondiente contrato (...)»].

2. La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen, en consonancia con lo que acaba de exponerse, invoca como fundamento la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.e) LPACAP. Luego, después de señalar que los suministros realizados lo fueron a la entera satisfacción de la Administración y que es imposible en el actual momento restituir aquéllos, plantea la convalidación del gasto para permitir la liquidación de la relación contractual y el ulterior pago al suministrador, mediante la declaración de nulidad del contrato.

3. Del análisis de la documentación que aporta la Administración consultante puede afirmarse, y así lo reconoce explícitamente la PR, que se ha omitido el procedimiento de contratación que la legislación exige, sin siquiera proceder a la apertura del correspondiente expediente, y que tampoco se ha formalizado el contrato. También se ha incumplido la normativa relativa a la contratación menor. Para evitar un enriquecimiento indebido del SCS y un perjuicio cierto del suministrador, y para encontrar un soporte formal suficiente para proceder al pago, se pretende reconducir la mera vía de hecho anteriormente descrita, de modo que se alcance la convalidación del gasto que jurídicamente permita el abono de las cantidades correspondientes al valor de lo suministrado.

Desde hace muchos años, el Servicio Canario de la Salud ha optado por la vía de la revisión de oficio para convalidar gastos contraídos en contrataciones irregulares, o incluso cuando no se siguió procedimiento alguno de contratación. Así lo dispuso ya la Instrucción de

su Dirección número 08/2004, actualizada por las número 12/2011, de 15 de noviembre y 15/2012, de 19 de noviembre. Tales Instrucciones no vinculan a este Consejo Consultivo, que ha de ajustar el ejercicio de su función, estrictamente, a lo dispuesto por la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), y a la legislación estatal básica de procedimiento administrativo (LPACAP) y de contratos públicos (LCSP).

Pues bien, por el ejercicio de la función que le es propia, este Consejo Consultivo ha tenido ocasión de comprobar que el modo de proceder del Servicio Canario de la Salud en todos esos casos, para proveerse de medicamentos y otros materiales sanitarios, es el de dirigirse directamente a las empresas suministradoras solicitándoles la provisión de aquéllos, alegando urgencia, sin mediar procedimiento de contratación alguno, ni el de urgencia pero ni siquiera el de emergencia. De esta actuación administrativa, y del compromiso de la empresa suministradora de aportar el material sanitario a la espera de una contraprestación económica, surgió un auténtico vínculo contractual, si bien no formalizado conforme exige la legislación de contratos públicos; aparece así la figura del contrato verbal, en el marco de una situación de hecho de todo punto irregular. Efectuado a satisfacción el suministro, y presentada al cobro por la empresa respectiva la correspondiente factura, se pone en marcha el procedimiento de convalidación del gasto, que incluye la revisión de oficio, para posibilitar la liquidación y pago de la prestación. La Administración sanitaria, para convalidar el gasto y dar cobertura jurídica al pago, en evitación de un enriquecimiento injusto, elige la vía de la revisión de oficio.

Otras Administraciones autonómicas y también la estatal no siempre afrontan estas situaciones de hecho con la misma técnica reparadora, acudiendo en ocasiones al reconocimiento extrajudicial de la obligación o a la estimación de una solicitud de indemnización por la vía de la responsabilidad de la Administración. En las Administraciones locales, el art. 60 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, en materia de presupuestos, reconoce al Pleno de la Corporación la competencia para el reconocimiento extrajudicial de créditos.

El Consejo de Estado ha validado en ocasiones la vía de la revisión de oficio (así, el Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre), y en otras la de la responsabilidad patrimonial (Dictámenes 363/2000, 3617/2000, 1842/2007, 276/2008, 976/2008, 841/2010). En esta última línea, en su más reciente Dictamen 843/2017 el Consejo de Estado afirma: «(...) entiende el Consejo de Estado que, como indicara, entre otros, el dictamen n.º 1.019/95, "a nada conduce -antes bien, sería una formulación artificiosa- declarar la nulidad de una inexistente adjudicación contractual, pues aunque pudiera hacerse tal construcción, subsistiría la obligación de la Administración de satisfacer el precio del suministro (...) (y concluye): 1º. Que no procede la revisión de oficio a que se refiere el expediente. 2º. Que, tras la tramitación del correspondiente expediente contradictorio, procede indemnizar a T., con un importe equivalente al coste de la prestación realizada, con exclusión del beneficio

industrial, actualizado con el interés legal del dinero hasta la fecha en que se ponga fin al procedimiento».

Tampoco es unánime al respecto la doctrina de los Consejos Consultivos autonómicos, aceptando unos la vía de la revisión de oficio (así, el Dictamen 33/2016, de 11 de febrero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias; o los Dictámenes 46/2008 o 40/2011 del de La Rioja; o el Dictamen 233/2016 de Castilla-La Mancha), o considerándola otros inidónea (Dictámenes 93/2012, de 3 de octubre; 109 y 110 de 2012, 57/2014, 62 y 64/2017, 23 y 37/2018, y 87/2019 del Consejo Consultivo de las Islas Baleares); o validando fórmulas alternativas (así, Dictámenes 178/2009, de 11 de junio y 191/2015, de 18 de junio de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña).

Como acaba de señalarse, las Instrucciones internas del SCS han elegido la vía de la revisión de oficio como instrumento para convalidar el gasto. No es competente este Consejo Consultivo para plantear a la Administración sanitaria canaria cuál ha de ser la vía o vías idóneas para responder ante estas situaciones irregulares. Solicitado dictamen, como en este caso, para que dictamine si concurre una causa de nulidad, y si procede o no declararla, a tal cometido debe limitarse su intervención.

IV

1. *De entrada, ha de analizar este Consejo si concurre en este caso la causa de nulidad invocada (la del art. 47.1.e) LPACAP). En el informe-memoria, y también en la PR, la Administración solicitante del dictamen reconoce que las adquisiciones de suministros se realizaron prescindiendo de trámite procedimental alguno. Es también éste el parecer de este Consejo, por lo que puede afirmarse que concurre, en consecuencia, la indicada causa de nulidad.*

2. *No obstante lo anterior, el art. 110 LPACAP exige que «las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes». La revisión de oficio tiene carácter excepcional, de ahí la existencia de estos límites legales, lo que llama a una ponderación en cada caso de la presencia de las circunstancias a que alude el citado precepto. Por ello la Ley obliga a que, antes de proceder a la declaración de nulidad, se verifique que no concurre en el supuesto concreto ninguno de los límites a que se refiere tal artículo. Así lo exige el Tribunal Supremo, para el que «la aplicación de este precepto (el 106 de la Ley 30/1992) exige que el tribunal hubiese argumentado sobre las razones excepcionales relacionadas con la equidad, la buena fe, o derechos de los particulares» (FJ 3º de la STS 1096/2018, de 26 de junio, Sección Cuarta, RC 2011/2016).*

3. *En primer lugar, en este supuesto la Administración no puede prescindir de la toma en consideración de los derechos adquiridos por la contratista que le ha suministrado*

productos farmacéuticos a satisfacción y cuyo importe no ha sido abonado. La PR así lo reconoce, a partir de la constatación de la efectiva realización a satisfacción del suministro en su día solicitado; y para cumplimentar tal obligación de pago opta por declarar la nulidad del contrato verbal irregularmente convenido.

El art. 42.1 LCSP establece 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».

Sin embargo, la PR no reconoce el derecho del suministrador a percibir los intereses moratorios que se hubiesen generado, con desconocimiento así de la última rúbrica del antecitado precepto. El art. 1089 del Código civil dispone que «las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia»; en este caso la obligación de indemnizar se basa en el proceder ilícito de la Administración, expresamente reconocido por la Ley. El no reconocimiento de esta obligación de indemnizar provocaría un enriquecimiento injusto de la Administración sanitaria.

4. En relación con esta cuestión, este Consejo Consultivo ha señalado que «en lo que específicamente se refiere al enriquecimiento injusto cabe señalar que para que concurra en el ámbito administrativo resulta necesaria la concurrencia de la totalidad de los requisitos jurisprudencialmente exigidos: enriquecimiento patrimonial para una de las partes, con el consiguiente empobrecimiento para la otra, relación de causalidad entre ambos, y el más importante de los mismos: la falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento» (DDCCC n.º 38/2014, 89/2015, 102/2015 y el reciente 267/2018, de 7 de junio, entre otros). Estos requisitos concurren en este caso, y la Propuesta de Resolución apenas nada señala sobre este particular, a salvo una escueta mención referida a los requisitos legalmente exigibles para indemnizar por daños y perjuicios a la interesada.

Pero la respuesta a la eventual consecuencia de un enriquecimiento injusto no puede limitarse a la mera devolución del coste de lo suministrado, pues la aplicación del principio de plena indemnidad debe extender la reparación a cualquier daño añadido imputable a la actuación irregular de la Administración. Es por ello por lo que venimos afirmando en anteriores supuestos similares a éste, que la revisión de oficio que plantea la PR atenta contra el derecho del suministrador a la percepción, también, de los intereses moratorios generados por la irregular actuación y el consiguiente retraso en el pago por parte del SCS, lo que no le reconoce la Propuesta que se dictamina. En tal circunstancia, el ejercicio de la facultad revisora resultaría contrario a los derechos del suministrador, por lo que «no podrá ser ejercida» (110 LPACAP).

5. Ésta ha sido la doctrina consolidada de este Consejo sobre contratos de suministros sanitarios similares al que ahora se dictamina. No obstante, la continuidad de estas prácticas irregulares, su reiteración y -puede afirmarse- su habitualidad, plantean la oportunidad de complementar aquella doctrina con nuevas consideraciones.

Sin perjuicio de la conclusión alcanzada en el apartado anterior, y más allá de los efectos para el suministrador de una declaración de nulidad, a la revisión de oficio propuesta por la Administración también le resultan de aplicación, por otras razones, los límites del art. 110 LPACAP.

Como se indicó más arriba, la aplicación de tales límites ha de estar precedida por una fundamentación en dos fases. Como recuerda la STS 1096/2018, de 26 de junio (RC 2011/2016), en su FJ 5º, «la correcta aplicación del art. 106 de la LPAC, como ya dijimos en la sentencia de este Alto Tribunal núm. 1404/2016, de 14 de junio (rec. cont-advo. núm. 849/2014), y reiteramos en la de 11 de enero de 2017 (rec. cont-advo. núm. 1934/2014), exige dos requisitos acumulativos para prohibir la revisión de oficio, por un lado la concurrencia de determinadas circunstancias (prescripción de acciones, tiempo transcurrido u "otras circunstancias"); por otro el que dichas circunstancias hagan que la revisión resulte contraria a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes». En la primera fase habrá de comprobarse que en el caso concreto se haya manifestado una situación de prescripción de acciones o de significativo transcurso del tiempo, o bien que esté presente cualquier otra circunstancia de alguna manera conectada con la revisión de oficio pretendida.

6. Pues bien, entrando en la primera de estas fases de análisis, en el supuesto que se dictamina la utilización del instituto de la revisión de oficio se ve rodeada de una serie de singulares circunstancias que la deforman sobremanera, desbordando el marco de su propia definición conceptual o alterando su finalidad legalmente fijada.

La revisión de oficio constituye un instrumento excepcional para que la propia Administración autora de un acto o disposición pueda en todo momento privarlos de validez y efectos cuando los considere afectados por una causa de nulidad de pleno derecho. Tiene, pues, la revisión de oficio una función depuradora, para excluir del mundo del derecho los actos viciados de nulidad; cuando tal objetivo de limpieza jurídica concluye, al declararse la nulidad, el procedimiento instruido al efecto concluye.

No resulta difícil comprobar que ésta no ha sido la utilización de la revisión de oficio en el supuesto objeto de dictamen. Cuando por razones de una alegada urgencia se decide contratar sin seguir en absoluto el procedimiento legalmente establecido ya se cuenta con la expectativa de luego revisar de oficio, para así poder convalidar y pagar. Desaparece el carácter reactivo e inicialmente imprevisto de la revisión de oficio, para integrarse como tramite intermedio en un procedimiento irregular de contratación. Aquí la revisión de oficio

se incardina en un procedimiento de convalidación de gasto, para dar salida legal al pago debido al suministrador; se convierte así en un trámite más al servicio de tal procedimiento. No se revisa de oficio, propiamente, para eliminar del sistema jurídico unos actos viciados, sino para convalidar un contrato verbal, dotándolo de efectos amparados en la ley; y este objetivo se alcanza por el juego del artículo 42.1 LCSP, que sirve de broche de cierre de la operación de convalidación del gasto. Ese es el propósito claramente manifestado por la PR, en la línea ordenada por las Instrucciones del SCS que vienen aplicándose al menos desde 2004. El instituto de la revisión de oficio queda así desdibujado en su concepto y en su finalidad propios, tal como se regula en los artículos 106 y siguientes LPACAP; es por ello que puede afirmarse que la descrita utilización podría constituir un supuesto de fraude de ley.

A todo lo anterior se une el carácter reiterativo y puede afirmarse que habitual de esta práctica. A través de los numerosos expedientes sometidos a su consulta en los últimos seis años este Consejo tiene constancia de esta «dinámica contractual irregular» (en expresión del Dictamen 843/2017 del Consejo de Estado), que invariablemente se repite a pesar de las advertencias de nuestros Dictámenes. Pues bien, este carácter reiterativo también choca con el imperativo de excepcionalidad propio del instituto revisor, y también así se utiliza inadecuadamente la revisión de oficio.

En definitiva, en esta primera fase de análisis para ponderar la aplicación de los límites del art. 110 LPACAP puede concluirse que concurren esas «circunstancias singulares» a las que apela la Ley como presupuesto para la aplicación de los límites establecidos a la revisión de oficio, lo que llama a averiguar, ya en una segunda fase, si su ejercicio resulta contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

Pues bien, sin entrar a valorar si la declaración de nulidad que se pretende vulnera la justicia del caso concreto en la aplicación de las reglas jurídicas en que la equidad consiste, sí puede afirmarse que resulta contraria al derecho de los particulares y a las leyes.

7. El ejercicio por la Administración de las facultades de revisión, al estar precedido por la descrita circunstancia de desviación de su finalidad legal y por su constante reiteración, resulta contrario a los «derechos de los particulares». Y no sólo, como más arriba se expuso, del suministrador, sino también de los derechos de los potenciales contratistas, que no pudieron acceder al procedimiento de contratación porque no fueron llamados al mismo. Aceptar la revisión de oficio en estas condiciones, con el correlato de la ulterior convalidación de la irregular contratación, mediando además una habitualidad y reiteración que ya ha sido destacada y que resulta a la postre decisiva para alcanzar la conclusión que ahora se expone, supone al final validar globalmente un sistema de contratación desconocedor del principio de libre competencia, con grave lesión de los intereses de unos terceros a quienes se privó de su derecho a participar en la licitación de una contratación pública. Incluso, de forma refleja tampoco puede negarse que se comprometen los propios derechos de los ciudadanos si de forma tan recurrente no se vela adecuadamente por la

observancia de los principios nucleares sobre los que gravita el sistema de contratación pública.

8. Por lo demás, es del parecer de este Consejo que el ejercicio de las facultades revisoras resultaría contrario a las leyes (art. 110 LPACAP), por lo que también por esta razón en este caso no procede la revisión de oficio. De entrada, procede aclarar que normalmente la revisión de oficio constituye la respuesta idónea ante la nulidad de un contrato, cuando hubieren transcurrido los plazos para interponer los recursos ordinarios. No obstante, en supuestos concretos, como el que es objeto de este Dictamen, el ejercicio por la Administración de las facultades de revisión resulta contrario a las leyes porque el procedimiento de revisión de oficio incurre en el fraude de ley del art. 6.4 del Código Civil, pues con la declaración de nulidad pretendida se trata de eludir la aplicación de la legislación de contratación pública y de otras leyes, como veremos seguidamente. O lo que es lo mismo, perjudica o impide absolutamente la protección de bienes jurídicos legalmente amparados, desconociendo o chocando con principios jurídicos reconocidos o creados por una ley. En cada supuesto habrá que ponderar si ha de prevalecer el efecto depurador de la revisión de oficio o la consecución de los fines que aquellas leyes persiguen. Como enseguida se argumentará, en el caso dictaminado la declaración de la nulidad instada resulta contraria a varias leyes.

En primer lugar, es palmaria su contradicción con la legislación de contratación pública, y concretamente con la tan citada LCSP. La irregular práctica seguida ha impedido fijar el objeto del contrato y su precio conforme regulan los arts. 99 a 105 LCSP, que aseguran el interés público del contrato mismo; pero es que, además, se omitió la formación de un expediente de contratación (arts. 115 y siguientes LCSP) y la formalización del contrato (art. 37 LCSP). También se desatendieron los artículos que regulan una selección del contratista conforme al principio de libre concurrencia (art. 132.2 LCSP: «La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda»), pero también aquellos que tratan de verificar la capacidad y solvencia de los licitadores (arts. 65 a 98 LCSP), condición relacionada con el éxito o fracaso del contrato. Con el buen resultado de la contratación pública también tienen que ver las prescripciones de los arts. 106 a 114 LCSP, relativas a las garantías. Por lo demás, debe destacarse particularmente la decisión del órgano de contratación que «ante la necesidad inmediata y urgente de obtener los suministros» (informe-memoria que figura en el presente expediente), no acude a la contratación de urgencia (art. 119 LCSP), pero ni siquiera a la de emergencia (art. 120 LCSP), sino que sigue como práctica habitual la de omitir todo procedimiento de planificación previa de la contratación (art. 28.4 LCSP). En fin, una práctica irregular como la seguida, que utiliza la revisión de oficio como trámite intermedio para convalidar la irregularidad, resulta contraria a la tan citada LCSP.

Finalmente, particular referencia habrá que hacer a la legislación estatal en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (Ley 19/2013, de 9 de diciembre, especialmente arts. 8 y 12), así como a la canaria (Ley 12/2014, de 26 de diciembre, particularmente su art. 28). También por resultar la revisión de oficio que se dictamina contraria a estas Leyes procede aplicar los límites del art. 110 LPACAP.

Por todos estos motivos, en el procedimiento a que se refiere la PR resultan de aplicación los límites del art. 110 LPACAP, por lo que las facultades de revisión no podrán ser ejercidas.

9. *Ya por último, debe recordarse el carácter excepcional de las nulidades contractuales, de aplicación, por tanto, restrictiva; pese a lo cual la Administración ha recurrido a ella de forma continuada, en una práctica incorrecta reiteradamente reparada por este Consejo Consultivo (por todos, DDCC 136/2016, de 27 de abril, 430/2016, de 19 de diciembre y 285/2017, de 27 de julio).*

Por ello, procede reiterar lo señalado en multitud de Dictámenes (por todos, DDCC 128/2016, 479/2017 y 7/2018) sobre el inadecuado modo de proceder de la Administración en estos supuestos, al utilizar la declaración de nulidad de los contratos (vía excepcional y de aplicación restrictiva, como acabamos de señalar), como forma habitual de convalidar la contratación de suministros médicos, realizados con inobservancia de la normativa de aplicación.

El Servicio Canario de la Salud, al contratar, debe hacer una racional y eficiente utilización de los fondos públicos, pues así se dispone en el art. 1 LCSP, al que ya nos hemos referido, y en el art. 28.1 LCSP, que añade: «Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación».

La Administración, con carácter general, y, singularmente también en el ámbito de la contratación pública, está sujeta, además, a los principios de buena fe, confianza legítima, transparencia, participación y seguridad jurídica, en virtud de lo dispuesto el art. 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Pues bien, sobre la base de estas premisas, hemos de concluir que no procede acordar la nulidad de las contrataciones efectuadas por la empresa mencionada, tal como hemos señalado con reiteración, pues, conforme a lo dispuesto en el art. 110 LPACAP, «las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por

prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes».

Finalmente, también resulta de aplicación lo establecido en el art. 20.1 LPACAP: “Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación de procedimientos”.

Por todo ello, se estima que no procede la declaración de nulidad solicitada.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución se considera contraria a Derecho. Procede, en consecuencia, emitir dictamen desfavorable a la nulidad instada, por lo que dado el carácter vinculante de este Dictamen no podrá declararse la misma».

2. Dada la similitud de supuestos, y en aras de la coherencia y unidad de doctrina, procede ahora pronunciarse en el mismo sentido.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución se considera contraria a Derecho. Procede, en consecuencia, emitir dictamen desfavorable a la nulidad instada, por lo que dado el carácter vinculante de este Dictamen no podrá declararse la misma.

VOTO PARTICULAR QUE EMITE LA EXCMA. SRA. CONSEJERA DOÑA CRISTINA DE LEÓN MARRERO SOBRE LOS DICTÁMENES 80/2020, 81/2020 Y 82/2020 DEL PLENO, RELATIVOS A LAS PROPUESTAS DE RESOLUCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE ADQUISICIÓN DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS REALIZADOS A FAVOR DE LA DIRECCIÓN GERENCIA DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CANARIAS (EXP. 509/2019) Y DEL COMPLEJO HOSPITALARIO UNIVERSITARIO INSULAR MATERNO INFANTIL (EXPS. 2/2020 y 3/2020).

Al amparo de lo previsto en el art. 17.2 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, y tal y como expresé en las deliberaciones de estos dictámenes, con el máximo respeto, emito este Voto particular a fin de motivar las razones que han dado lugar a mi discrepancia del parecer mayoritario.

El objeto de la consulta, perfectamente explicado en el DCC 80/2020 en el que se fundan los dos siguientes (DCC 81/2020 y 82/2020), se centra en la declaración de nulidad y posterior liquidación de los contratos administrativos consistentes en la prestación de suministros de productos farmacéuticos.

Es de resaltar que dicha declaración de nulidad (DCC 80/20), se inició por importe de 2.811.790,91 €, señalando igualmente la Propuesta de Resolución que, en todos los casos, «los suministros y servicios fueron prestados sin llevar a cabo los trámites preceptivos para una correcta adjudicación y formalización del correspondiente contrato, ante la necesidad inmediata y urgente que pudiese alterar el buen funcionamiento de este Complejo Hospitalario». Sin embargo, se solicita dictamen exclusivamente respecto de un único contrato, toda vez que -conforme a lo expresado en la Propuesta de Resolución- es la única empresa que, en el preceptivo trámite de audiencia, se ha opuesto a la declaración de nulidad.

También hay que reseñar que las Resoluciones de inicio de la declaración de nulidad, justifican su actuación en cuanto a la contratación realizada en «situaciones de urgencia para atender un mismo fin, cual es garantizar el normal funcionamiento de la institución y el cumplimiento del servicio público esencial que tiene encomendado», pero no anudan a esta justificación la lógica consecuencia jurídica, que sería acudir a la contratación por urgencia, sino que se contrata prescindiendo total y absolutamente del procedimiento. Curiosamente, sí se declara de urgencia el procedimiento de declaración de nulidad, como si se tratara de un procedimiento más en el ámbito del derecho administrativo.

Ante tantas irregularidades, los dictámenes aprobados optan, reconociendo la causa de nulidad, por obstaculizarla aplicando los límites previstos en el art. 110 de la Ley 39/2015 (LPACAP), toda vez que entienden que el uso repetido de esta fórmula excepcional pretende una «suerte de convalidación» proscrita por el ordenamiento jurídico.

Y es en este punto en donde centro mi discrepancia con el parecer mayoritario. Vaya por delante el reconocimiento de la variabilidad de la doctrina consultiva en cuanto a la viabilidad jurídica del recurso a la revisión de oficio frente a las contrataciones irregulares, lo que le ha dado un carácter sumamente controvertido, tanto en lo que se refiere al tratamiento de la materia en sí misma, como en cuanto a las consecuencias de la eventual declaración de nulidad. De esta forma hay quien defiende la inidoneidad de la citada vía, aludiendo a que se pretende dotar de legalidad un acto antijurídico (doctrina defendida por los DDCC 80, 81 y 82/2020 y

otros a que éstos se refieren) junto a otro grupo de dictámenes que defienden su innecesariedad por economía procesal (por ejemplo, el dictamen del Consejo de Estado 843/2017 que en estos dictámenes se menciona, si bien el Consejo de Estado se refiere a la continuidad, ilegalmente, de un contrato legal). En estos últimos casos, se ofrece acudir directamente a la teoría del enriquecimiento injusto o en ocasiones, al instituto de la responsabilidad patrimonial e incluso tratándose de Corporaciones Locales y si la única tacha fuera la inexistencia de crédito, al reconocimiento extrajudicial de créditos. Todas estas teorías han sido ampliamente desarrolladas, aunque no son el objeto de este Voto particular.

Se defiende aquí la necesidad de revisar de oficio un acto de la Administración sanitaria que ha sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento administrativo, y que por tanto ha de ser declarado nulo. Así, refiriéndonos a lo que tan explícitamente el profesor Tomás Cano Campos denomina «el laberinto de la invalidez» y con cita expresa de sus comentarios, debemos recordar que *«cuando un órgano competente para ello declara que el acto es inválido, la situación jurídica creada pierde ese amparo o protección y la legalidad debe ser restablecida o restaurada. El Derecho no tutela los efectos de los actos. Por eso, en rigor, de la invalidez no se deriva la ineficacia de los actos (pues el acto se presume válido y produce efectos desde que se dicta hasta que se anula), sino el desamparo o desprotección de las situaciones jurídicas creadas por el acto inválido. Su fundamento reside en el principio de legalidad de la Administración que exige el retorno a la situación conforme a Derecho. Se trata de la tutela primaria que ofrece el ordenamiento jurídico y que exige el cese de la situación contraria al ordenamiento, impidiendo que el acto inválido siga produciendo efectos y prescribiendo la remoción de la situación que haya creado como consecuencia de haberse producido al margen de sus mandatos. Si el restablecimiento no es posible procederá el resarcimiento (tutela resarcitoria o secundaria) siempre que concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial. En rigor, si tales requisitos concurren, también cabe esta tutela secundaria junto al restablecimiento de la legalidad, pues la tutela resarcitoria constituye un sistema autónomo de protección»*. Y ello porque los pronunciamientos de invalidez tienen un doble carácter, por su contenido, son declarativos de una realidad jurídica anterior que constatan, pues declaran una antijuridicidad e irregularidad existente (que el acto contiene un vicio de nulidad), pero que se mantengan o no sus efectos, dependerá de cada caso, porque ya está incorporado al tráfico jurídico.

En definitiva, para el restablecimiento de la legalidad, primero hay que declarar la nulidad, después determinar si es posible la restitución de las prestaciones; si no fuera posible, acudir a las fórmulas mencionadas (compensación, indemnización etc.)

para, por último actuar aplicando las consecuencias jurídicas propias de esta forma de actuar.

Así pues, entiendo que no es posible oponer a la declaración de nulidad solicitada, la afirmación de que con dicha declaración se está vulnerando el ordenamiento jurídico, pues se trata exactamente de lo contrario: de restablecer el ordenamiento jurídico contrariado, sin perjuicio de las consecuencias que estas actuaciones conlleven y a las que nos referiremos más adelante. Si no se declara la nulidad, difícilmente se podrá exigir responsabilidad.

Con mayor claridad lo explicó Cano Campos en las «Jornadas sobre invalidez de la actuación administrativa» celebradas por la asociación española de profesores de derecho administrativo: *«El que se mantengan los efectos de un acto declarado inválido es la consecuencia que el Derecho anuda a otros principios del sistema. Pero tales principios no se erigen en canon de validez del acto, por lo que éste no puede considerarse conforme a Derecho. Si consideráramos que en estos casos el acto es válido, no se explicaría por qué en ocasiones los efectos que se mantienen no son los mismos que los que se derivan del propio acto. Además, con esa forma de entender la validez no se formula juicio de reproche alguno a la Administración cuando vulnera la legalidad a la que está sometida. Y el concepto de validez se esfuma o difumina en el de eficacia. Por el contrario, si concluimos, como creo que debe hacerse, que en tales casos el acto es inválido y el órgano de control así lo debe declarar, se estará destacando que la Administración no debió dictar nunca un acto de esa forma o con ese contenido y que por ello no podría dictarlo ahora. La declaración de invalidez cumple en tales casos un papel análogo al de las sanciones, pues implica, como éstas, un juicio de reproche que consiste en destacar que no se ha respetado la legalidad al haberse usado de forma antijurídica la norma que confiere la potestad».*

En suma, y a modo de resumen, creo que, a diferencia de lo que se señala en los dictámenes, declarar la nulidad del contrato es lo opuesto a convalidarlo.

Si no declaramos la nulidad del contrato, éste ya no podrá removerse, aunque la irregularidad subsista. La revisión de oficio es el remedio jurídico que el ordenamiento arbitra para reaccionar contra la invalidez de los actos administrativos y los efectos que éstos hayan producido. Se pone en marcha el funcionamiento del propio Derecho. La declaración de nulidad es un acto por el que se declara con carácter imperativo y *erga omnes* la invalidez de un acto nulo, a partir del cual se priva de tutela la situación creada.

En el mismo sentido se pronuncia Silvia Díaz Sastre en las Jornadas antedichas (ponencia: Los efectos de la invalidez en la Ley de Contratos del Sector Público): *«Las consecuencias derivadas de la declaración de invalidez de un acto deben constituir un*

desincentivo para que la Administración cometa irregularidades en el futuro. De hecho, un argumento a favor de mantener el concepto clásico de invalidez entendido como desajuste de la realidad, es precisamente el juicio de reproche que conlleva”.

En el caso que nos ocupa, se reprocha también a la Administración la «dinámica contractual irregular» a través de los más de doscientos expedientes sometidos a consulta. Y sin duda, ésta es una práctica más que reprochable. Pero una situación irregular que se mantiene en el tiempo, no por ello deviene regular, antes al contrario, la condena debe ser más rotunda si cabe, y como hemos dicho ya sobradamente, para exigir responsabilidad, hay que constatar la irregularidad. Esto es, declarar la nulidad.

En cuanto a los efectos de dicha declaración, debemos recordar que el art. 42 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP) establece que una vez sea firme la declaración de nulidad, ésta comportará la del contrato, el cual entrará en liquidación, originándose la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las cosas, y si no fuera posible, se devolverá su valor.

Es decir, como señala Martí i Sardà (La regularización de facturas derivadas de contrataciones irregulares. Diario La Ley n.º 9549): *«En caso de que la restitución recíproca no fuera posible, la Administración deberá acudir a la vía del reembolso del valor de las prestaciones recibidas, se trata ésta de una obligación ex lege ajena a la relación contractual, ya que la declaración de nulidad implica inexistencia de un nexo causal del que puedan derivarse obligaciones contractuales. Esta nueva obligación, por su carácter ex lege, podrá ser reconocida en vía administrativa aún cuando falte crédito para su efectividad».*

La doctrina jurisprudencial acerca de la interdicción del enriquecimiento injusto es tan extensa, que resulta imposible abordarla ahora. Baste mencionar por todas, la STS de 22 de septiembre de 1986 que, en un caso de inexistencia de expediente de contratación introduce un criterio elemental de equidad, en tanto que obliga a la Administración que ha incumplido los procedimientos a resarcir al particular que ha prestado unos servicios de buena fe y sin culpa en este incumplimiento por parte de la Administración: *«Las obligaciones nacen de la Ley, de los contratos, de los cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos, tal precepto, contenido en el art. 1089 del Código Civil, es también aplicable a los actos en que interviene la Administración, y específicamente en aquellos supuestos en que la Administración consiente una actividad del particular que la beneficia, al margen de los procedimientos legalmente establecidos. Pero es absolutamente improcedente denegar sume importe (se refiere al pago de la cantidad reclamada) fundándose en vicios formales que le son a ella imputables, pues se llegaría a la*

inadmisible conclusión que, después de haber incumplido la Administración sus propias normas y haberse beneficiado de la actividad del particular, no tendría que pagar su contraprestación precisamente por haber incumplido las normas».

Así lo ha recogido también el Tribunal de Justicia Europea, bajo la rúbrica del principio de confianza legítima, cuando dicha «confianza» se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquellos a confiar en la «apariencia de legalidad» que la actuación administrativa a través de actos concretos revela, moviendo la voluntad del administrado a realizar determinados actos. Igualmente, la STS de 15/04/2005 señalando que *«el quebrantamiento de ese principio impondrá el deber de satisfacer las expectativas que han resultado defraudadas, o bien de compensar económicamente el perjuicio de todo tipo sufrido con motivo de la actividad desarrollada por el administrado en la creencia de que su pretensión habría de ser satisfecha»*. Todo ello, una vez declarada la nulidad.

Por tanto, como señala Aguado y Cudolá citando al Consejo Consultivo de Asturias: *«Se ha considerado la revisión de oficio como la vía específica y adecuada para compensar al contratista de buena fe. Según el Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 33/2016, de 11 de febrero: “Como ya indicamos en nuestro anterior dictamen sobre este mismo asunto (Dictamen Núm. 8/2016), tras la entrada en vigor del artículo 35 de la LCSP, la previa declaración de nulidad constituye la vía específica y adecuada para compensar al contratista que actúa de buena fe; norma legal que, según expone el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, puso fin a la controversia jurisprudencial y doctrinal sobre el posible origen, contractual o extracontractual, de las obligaciones que habría de asumir la Administración en estos casos para evitar el resultado antijurídico de la apropiación de unos servicios sin compensar al contratista”»*.

En suma, es precisamente una vez declarado nulo el contrato y no al contrario - oponiéndose a esa declaración-, cuando procede analizar si, conforme a la equidad, al principio de buena fe y a la confianza legítima, debe indemnizarse por la irregularidad cometida y el alcance de dicha indemnización.

Meridianamente aclara esta idea la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2018 (Sala tercera, sección 4ª, ponente: Fonseca-Herrero Raimundo, ROJ 909/2018), cuyo fundamento jurídico tercero señala: *«Con el tercer motivo se denuncia infracción de los arts. 3.1 y 106 de la Ley 30/1992 y la jurisprudencia que los interpreta, ello afirmando que la sentencia vulnera los límites de las facultades revisoras pues la lesividad declarada resulta contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares y a las leyes. Más concretamente, sostiene que se produce la infracción del principio de confianza*

legítima pues la Administración ha cambiado de criterio sobre la forma de determinación de la retribución variable pactada, de manera injustificada y buscando eludir el pago de la legítima contraprestación. También aquí nuestra respuesta ha de ser contraria a la estimación del motivo pues la sentencia no incurre en la infracción que se denuncia. Como ya hemos dicho la sentencia no da por buena una actuación administrativa contraria a las bases del pliego de la contratación sino que, con la anulación del acto administrativo de interpretación dictado el 1 de junio de 2001 por considerarlo contrario al orden jurídico de la contratación y lesivo de los intereses públicos, lo que hace es fijar el criterio válido para la determinación y cálculo de la retribución variable del contratista y en estricta aplicación de las previsiones del PCAP, que era el aspecto sometido a su consideración en el recurso interpuesto por la Administración. No puede olvidarse, además, que la confianza legítima no puede invocarse para mantener situaciones contrarias al ordenamiento jurídico y, como ha quedado dicho, el acto anulado de 1 de junio de 2011 lo hacía. En relación con ello debe traerse a colación lo declarado por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de diciembre de 2007 (recurso de casación 1830/2005), en la que se explicita que: "El tercer motivo de casación, que se fundamenta en la alegación de que la sentencia recurrida infringe el principio de buena fe, el principio de protección de confianza legítima y la doctrina de actos propios, no puede ser acogido. Procede, en primer término, recordar el alcance del principio de confianza legítima, según expusimos en la sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2006 (RC 5959/2001): "El principio de buena fe o confianza legítima, principio que tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (Sentencia de 14-5-1956 del Tribunal Contencioso- Administrativo de Berlín), y que constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22-3-1961 y 13-7-1965 (asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación (Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92, art. 3.1.2). Así, la STS de 10 de mayo de 1999 , recuerda "la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no

garantiza la perpetuación de la situación existente; la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general". Por otra parte, en la STS de 1 de febrero de 1999 , se recuerda que "este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los "actos propios" sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos. O, en otros términos, no puede decirse que sea legítima la confianza que se deposite en un acto o precedente que sea contrario a norma imperativa».

Cierto es que el dictamen opone a la declaración de nulidad, los límites previsto en el art. 110 LPACAP. Para fundar tal oposición, se lleva a cabo una correcta interpretación del precepto, para sin embargo, concluir -incorrectamente en mi opinión- en que «sin entrar a valorar si la declaración de nulidad que se pretende vulnera la justicia del caso concreto en la aplicación de las reglas jurídicas en que la equidad consiste, sí puede afirmarse que resulta contraria al derecho de los particulares y a las leyes». Se funda el dictamen en el siguiente razonamiento:

«7. El ejercicio por la Administración de las facultades de revisión, al estar precedido por la descrita circunstancia de desviación de su finalidad legal y por su constante reiteración, resulta contrario a los "derechos de los particulares". Y no sólo, como más arriba se expuso, del suministrador, sino también de los derechos de los potenciales contratistas, que no pudieron acceder al procedimiento de contratación porque no fueron llamados al mismo. Aceptar la revisión de oficio en estas condiciones, con el correlato de la

ulterior convalidación de la irregular contratación, mediando además una habitualidad y reiteración que ya ha sido destacada y que resulta a la postre decisivo para alcanzar la conclusión que ahora se expone, supone al final validar globalmente un sistema de contratación desconocedor del principio de libre competencia, con grave lesión de los intereses de unos terceros a quienes se privó de su derecho a participar en la licitación de una contratación pública. Incluso, de forma refleja también, tampoco puede negarse que se comprometen los propios derechos de los ciudadanos si de forma tan recurrente no se vela adecuadamente por la observancia, incluso, de los principios nucleares sobre los que gravita el sistema de contratación pública».

He ahí nuevamente el motivo de disenso: Ya se ha señalado que la declaración de nulidad no puede ser contraria la Ley porque es precisamente el único mecanismo que prevé la Ley para que la Administración rectifique su actuación, pero es que también es la única fórmula posible para preservar el derecho de acceso, concurrencia y publicidad a la contratación pública, el derecho de los terceros interesados que no pudieron licitar y en suma, para preservar el interés público. Sin perjuicio de que, además, se reconoce el derecho de cobro del suministrador, el cual podrá exigir cualquier otro resarcimiento que considere que le corresponde, pues con tal declaración, se está reconociendo expresamente que se actuó incorrectamente.

Si no se llevara a cabo la revisión de oficio, se dotaría de eficacia una actuación irregular y contraria al ordenamiento jurídico y quedaría totalmente anulado el derecho de terceros de buena fe a licitar a contrataciones públicas, pues se está dotando de eficacia al acto antijurídico. Por tanto, entiendo que no procede oponer como límite a la revisión de oficio, el derecho de terceros, pues precisamente, ese es el derecho que pretende preservarse declarando la nulidad: el derecho de acceso a la contratación pública sólo se puede defender si se advierte que el acto es nulo. Por lo demás, tampoco parece necesario defender el derecho del «contratista» que actuó de buena fe, ya que, en el seno del procedimiento de revisión deberá resarcírsele de todos los gastos en que haya incurrido, incluidos, por supuesto, los intereses moratorios, para lo cual, como se ha advertido, existen múltiples vías.

Es decir, que en el análisis de la inevitable tensión que en estos supuestos se produce entre el principio de legalidad y el de confianza legítima, ha de prevalecer el principio de legalidad, pues el de confianza legítima ya está protegido, ya que al suministrador se le ha de resarcir de todos los gastos en que ha incurrido.

Por último, el dictamen señala que, en el presente caso, «el ejercicio de la facultades revisoras resultaría contrario a las leyes (...) porque incurre en el fraude

de ley del art. 6.4 del Código Civil, pues con la declaración de nulidad pretendida se trata de eludir la aplicación de la legislación de contratación pública y de otras leyes (...)" . Con esta afirmación, parece, aunque no se mencione, apelarse a lo que Díez-Picazo denomina «la infracción indirecta u oblicua de la norma», que, frente a la infracción directa, se identifica por perseguir un resultado prohibido al amparo de una norma jurídica. Pero, con todos los respetos, entiendo que no se rellena el tipo previsto en el art. 6.4 del Código Civil. Y ello precisamente porque la Administración nunca dotó de aparente legalidad el acto que ahora pretende anular. Al contrario: utiliza una vía de hecho para suministrarse de servicios, de forma abiertamente irregular y -parece ser- sin temor alguno a sus consecuencias. Por lo que, una vez más, concluimos que sólo a través de la revisión de oficio del acto nulo, se puede remover la situación creada. Declarar nula una contratación realizada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, no es contrario a la Ley, es aplicar la Ley.

Por todo lo cual, a mi juicio, no procede oponer a esta declaración de nulidad, los límites previstos en el art. 110 LPACAP, que es, en definitiva, la conclusión a la que llega el parecer mayoritario. Antes al contrario, procede declarar la nulidad del contrato porque sólo a través de tal declaración, se podrán exigir las correspondientes responsabilidades.

En el seno del procedimiento de revisión de oficio, deberá la Administración analizar si la reiteración en esta mala praxis se configura como una negligencia grave, que pudiera dar lugar a responsabilidades contables ex art. 38 de la Ley Orgánica 2/1982 de 12 de mayo del Tribunal de Cuentas y responsabilidades disciplinarias previstas en el título VII del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre por haberse causado un grave perjuicio a la Administración o a los ciudadanos.