



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Pleno)

La Laguna, a 5 de junio de 2020.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con el ***Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad de los contratos administrativos de prestación de suministros de productos farmacéuticos realizados a favor del Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria por la empresa (...), por un importe total de 2.111,36 euros, habiendo cedido sus derechos de cobro a (...) (EXP. 31/2020 CA)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 22 de enero de 2020 (registro de entrada en este Consejo Consultivo de 31 de enero de 2020), la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias interesa de este Consejo Consultivo preceptivo dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad HUNSC 90/2019 del contrato administrativo de suministro de productos farmacéuticos efectuados con la empresa (...), por un total de 2.111,36 euros, habiendo cedido sus derechos de cobro a (...), ejecutados a favor de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Ntra. Sra. de La Candelaria (HUNSC).

2. A la tramitación del procedimiento en que se aprobó el presente Dictamen le resultó de aplicación el RD 463/2020, de 14 de marzo, declarando el estado de alarma en todo el territorio nacional. En atención al mencionado RD se dictó por el Presidente de este Consejo Consultivo la Resolución 14/20, de 17 de marzo, ordenando la interrupción de los plazos para la aprobación de dictámenes, lo que ha afectado a la tramitación de este procedimiento consultivo. No obstante, mediante

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

* Voto Particular: Sr. Suay Rincón y Sra. de León Marrero.

Resolución de la Presidencia 20/2020, de 19 de mayo, se acordó el levantamiento de la suspensión tras la publicación en el BOC de la Resolución de 23 de abril, del Presidente del Consejo de Dirección del Servicio Canario de la Salud, por la que se acuerda la continuación de la tramitación de procedimientos administrativos, considerados indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios, en el ámbito del Servicio Canario de la Salud.

3. Se destaca el hecho de que el expediente tramitado acumula contrataciones que se rigen por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE.

4. La Propuesta de Resolución sometida a la consideración de este Consejo estima que las contrataciones efectuadas son nulas de pleno derecho, deduciéndose de su contenido que la causa de nulidad en la que se basa la declaración que se pretende, la correspondiente al 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 concernidas con posterioridad a su entrada en vigor.

5. En este caso, se ha otorgado el trámite de vista y audiencia a la empresa contratista y a la cesionaria de los derechos de cobro, que tienen la condición de interesadas en el presente procedimiento. La empresa cesionaria fue oportuna y debidamente notificada en el trámite de audiencia, pero no ha formulado alegaciones; en su condición de interesada, sus manifestaciones hubieran podido ser relevantes en el expediente de nulidad, incluso su eventual oposición a la misma, de la que cabría deducir las consecuencias oportunas.

Consta en el expediente escrito de oposición de la empresa contratista (...) a la nulidad que pretende la Administración sanitaria, por lo que ésta ha solicitado el

preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo. Esta empresa, aunque cedió los derechos de cobro derivados del contrato años antes de acordarse verbalmente éste, sigue siendo la contratista.

Pues bien, los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el art. 191.3.a) LCSP, exigen que para declarar la nulidad de los contratos administrativos cuando se hubiere opuesto a ello el contratista será requisito previo solicitar el preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo.

Con ocasión del debate plenario de este Dictamen, el Consejo ha vuelto a confirmar su doctrina al respecto, que entiende que la intervención de este Organismo sólo es preceptiva cuando previamente se hubiera formulado aquella oposición. Ello tiene una razón evidente y es que el legislador establece con el dictamen del Consejo Consultivo una garantía, únicamente, para aquellos contratistas que en los procedimientos de nulidad contractual han mostrado su disconformidad con la misma, pues es claro que si éste, por las razones que sea, todas ellas ajenas a este Consejo Consultivo, está conforme con la declaración de nulidad que se pretende no es necesaria tal garantía.

Por tanto, al amparo de lo dispuesto en los citados artículos, procede afirmar que en este caso es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo al oponerse la empresa contratista a la declaración de nulidad que se pretende, tal como señala la propia Propuesta de Resolución.

6. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Dirección Gerencia del citado Hospital Universitario, 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. El art. 41 LCSP remite la regulación de la nulidad al procedimiento de revisión de oficio al 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. 1143/2019, de 27 de noviembre) sin dictarse resolución producirá su caducidad.

II

1. Del expediente remitido a este Consejo destacamos las siguientes actuaciones:

- Consta el Informe-Memoria del Director de Gestión del Hospital de 26 de noviembre de 2019, en el que se manifiesta que se llevó a cabo por las empresas referidas en el Anexo I la prestación de suministros y servicios, emitiéndose las correspondientes facturas enumeradas en el Anexo II del expediente.

- También figuran en el expediente relación de contratistas y certificados de facturas (Anexos I y II), Resolución de inicio, trámite de audiencia a las empresas, representación y disconformidad de la empresa (...), borrador de Propuesta de Resolución (PR) de declaración de nulidad e informe del Servicio Jurídico de 16 de diciembre de 2019.

- Por la Administración sanitaria 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 se le han suministrado tales materiales sanitarios y prestado servicios por la 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 (documento contable «RC, retención de nulidad»). Debemos señalar que no se menciona como motivo la falta de cobertura presupuestaria, lo que implicaría su subsunción en el supuesto 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 mediante la Resolución de la Dirección Gerencia del HUNSC, de 27 de noviembre de 2019.

Finalmente, se emitió borrador de Propuesta de Resolución sin que conste su fecha de emisión, por la que se propone declarar la nulidad del referido contrato, proceder a su liquidación así como el abono de la cantidad adeudada.

III

1. En el curso de la sesión celebrada por el Pleno de este Organismo el pasado 3 de marzo de 2020, y en esa misma fecha, vino a aprobarse el DCC 80/2020 (así como los siguientes DCC 81 y 82/2020), en relación con un caso similar al que ahora nos ocupa. Dada la similitud de supuestos, en aras de la coherencia y unidad de los pronunciamientos de este Consejo, y en aplicación también de la doctrina establecida por el Pleno de este Organismo, procede ahora pronunciarse en el mismo sentido.

Constatábamos en aquellos Dictámenes que las Gerencias de los Hospitales del Servicio Canario de la Salud, como también ocurre en el presente caso, seguían 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 considerado, 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 2.111,36 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 en este caso, 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 Propuesta de Resolución, que se ha omitido el procedimiento de contratación que la legislación exige, sin siquiera proceder a la apertura del correspondiente procedimiento, 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 Propuesta de Resolución, 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 Propuesta de Resolución 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 Propuesta de Resolución 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 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 Propuesta de Resolución 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» (art. 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, plantearon la oportunidad de complementar aquella doctrina con nuevas consideraciones, recogidas en los citados Dictámenes 80, 81 y 82/2020, de 3 de marzo.

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 esta 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 art. 42.1 LCSP, que sirve de broche de cierre de la operación de convalidación del gasto. Ese es el propósito claramente manifestado por la Propuesta de Resolución, 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 arts. 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 procedimiento 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 Propuesta de Resolución 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 que se somete a Dictamen 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 EL EXCMO. SR. CONSEJERO DON JOSÉ SUAY RINCÓN, AL QUE SE ADHIERE LA EXCMA. SRA. CONSEJERA D.^a CRISTINA DE LEÓN MARRERO, SOBRE EL DICTAMEN 222/2020 DEL PLENO, RELATIVO AL EXP. 31/2020 CA.

I

Lamento discrepar del criterio adoptado por la mayoría en el dictamen de referencia; así que, aun cuando venga a asumir y aplicar dicho criterio en lo sucesivo como no puede ser de otra manera, con el máximo respeto, paso ahora a explicar en este Voto particular la razón en la que reside la discrepancia que acabo de manifestar.

De cualquier modo, he de agregar también que el sentido de mis objeciones es limitado y que éstas se centran en el planteamiento concretamente desarrollado en torno a las condiciones a que se subordina precisamente la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo en supuestos como el que ha tenido que abordarse en este caso (Fundamento I.5 del Dictamen).

II

El Dictamen del que disiento, en efecto, hace descansar en este punto la exigibilidad de la intervención del Consejo Consultivo sobre la base de la concurrencia de una doble premisa: 1) la oposición expresada en el expediente a la declaración de nulidad del contrato; y 2) la oposición manifestada, además, por el sujeto a quien le corresponde efectuarla, esto es, el contratista.

La concurrencia de esta doble premisa resulta imprescindible para la exigibilidad del dictamen, a juicio de la mayoría de este Consejo Consultivo.

De lo que también se deduce en sentido inverso que, a falta de una u otra premisa (sin la oposición del contratista), no es que la revisión de oficio no pueda llevarse a efecto; sino que resulta entonces improcedente la evacuación del trámite consultivo, según asimismo se manifiesta, y la revisión puede ejercitarse por tanto prescindiendo de dicho trámite.

III

1. Vaya por delante que, en realidad, ni una ni otra premisa concurren en este caso de modo inequívoco, a mi modo de ver, porque si bien consta la oposición del contratista y ésta se formula de manera expresa, no deja de ser ambigua su razón de ser en tanto que se funda sólo en la cesión de los derechos de cobro a una tercera entidad. No otra es la razón por la que se formula y manifiesta la oposición (por lo demás, a la resolución de inicio del expediente).

Con lo que dicha oposición puede también ser interpretada como una especie de cláusula de reserva a favor de los derechos de esta otra entidad, a cuyo emplazamiento en el procedimiento se insta consiguientemente a la Administración, según asimismo se hace constar en el escrito de oposición por parte de la entidad contratista (*“caso contrario”*, según se añade también, es cuando por la contratista se solicita darse *“a dicha oposición el trámite que legalmente corresponda”*).

Resulta después que en el trance de alegaciones la entidad cesionaria no expresa oposición alguna a la declaración de nulidad del contrato; por lo que, incluso, si se prosigue teniendo por una verdadera oposición la manifestación de voluntad que el contratista realiza su escrito (oposición *“ad cautelam”*), podría considerarse que con ella se dificulta la aspiración al cobro de los derechos de crédito por la entidad cesionaria, en la medida en que la revisión de oficio pasa en tal caso a depender insoslayablemente de los términos de un dictamen que, en cambio, resultaría improcedente, a falta de la oposición del contratista, siempre a juicio de la mayoría del Pleno.

2. No puede extrañar que, sea por la indicada razón o por otras que acaso asimismo pudieran tratar de traerse a colación, el foco en estos casos pudiera tener que trasladarse a la persona del cesionario, y al sentido de sus manifestaciones, a los efectos de la exigibilidad del dictamen. Al menos, así lo entendió este Organismo (DCC 590/2018, entre otros) y ésa fue la posición exteriorizada recientemente además por el Pleno del Consejo en su DCC 82/2020, que se manifestó de forma clara sobre este particular, tratándose por lo demás de las mismas precisamente las empresas concernidas que en el supuesto que ahora nos ocupa (también hubo a la sazón oposición del contratista, pero no así de la entidad cesionaria, razón por la cual se estimó que no había una verdadera oposición por parte de aquél en tanto que era la de esta otra entidad la postura a tener en cuenta, y el propio dictamen concluyó que no era preceptivo en relación con tales empresas).

3. En cualquier caso, para tratar de solventar la cuestión así suscitada, podría resultar igualmente necesario entrar en el análisis de las condiciones en que se suscribe el documento de la cesión en cada supuesto concreto, atendiendo así, por ejemplo, al momento en que se suscribe (si se hace o no por anticipado) y a su alcance (genérico o específico).

Lo que alejaría el tratamiento de dicha cuestión de la claridad deseable; y, por otra parte, en la medida que afectaría a su propia intervención, también, del verdadero discernimiento que incumbe efectuar a los organismos consultivos en estos supuestos; y que esencialmente reside, a mi modo de ver, no más que en su pronunciamiento en torno a la efectiva concurrencia de la concreta causa de nulidad que se pretende hacer valer por la Administración en punto al ejercicio de una potestad que, por su carácter quasi-jurisdiccional -en tanto que se traduce en la anulación de un acto por razones de legalidad (nulidad de pleno derecho)-, difícilmente podría justificarse su atribución a aquélla de otro modo; y, en todo caso, el recurso a su empleo necesariamente debe ser excepcional.

IV

1. Pero, al margen de las consideraciones precedentes, y aun dando por efectiva la concurrencia de la doble premisa antes expuesta sobre la que la posición mayoritaria del Pleno funda la preceptividad del dictamen para el ejercicio de la potestad de la revisión de oficio en supuestos como el que nos ocupa, la razón de mi verdadera discrepancia al criterio mayoritario se sitúa en la subordinación de la exigibilidad del trámite consultivo, precisamente, a tales circunstancias.

Esto es, al contrario de la mayoría, opino que, aunque el contratista (o el cesionario) no se oponga a la nulidad del contrato, el dictamen del Consejo Consultivo es preceptivo en todo caso. En base a las consideraciones que a continuación paso a exponer, ya con un mayor grado de detenimiento.

2. No tengo dudas de que la opinión auspiciada por la mayoría de este Consejo Consultivo pudiera encontrar su requerido amparo en la normativa que justamente se invoca a tal efecto por dicha mayoría.

La LCSP, norma actualmente en vigor que por su carácter sectorial y especial resulta de aplicación, en su art. 191.3 determina: *“(...) será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación: a)*

*La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, **cuando se formule oposición por parte del contratista (...)**".*

En términos similares, por lo demás, así lo había entendido este Organismo con anterioridad en alguna ocasión puntual en que ya tuvo que afrontar la cuestión de fondo que asimismo aquí se plantea (por ejemplo, en el DCC 281/2019; y también, con motivo del DCC 82/2020 antes mencionado, aprobado por el Pleno; ciertamente, pudo haberse acometido esta cuestión con motivo de este último Dictamen; pero la controversia primordial que se suscitaba a la sazón, que no era ésta, sino otra, acaparó entonces toda la atención).

Sucede sin embargo que, entendido de este modo que la oposición del contratista es requerida en todo caso para la exigibilidad del dictamen, el ejercicio de la potestad de revisión de oficio de los contratos administrativos reviste menos dificultades o, si se prefiere, se subordina a menor grado de exigencias que la revisión de los actos administrativos.

3. En el caso de contratos, la preceptividad del dictamen se soslayaría así a falta de la oposición expresa del contratista. Y la declaración de nulidad del contrato podría entonces llevarse a efecto sin dicho dictamen en tales casos.

La de los actos administrativos, en cambio, no se subordina a la aceptación o a la falta de aceptación (de la revisión) por parte de sus destinatarios. Resulta indeclinable la exigencia de dictamen en todo caso para proceder a la revisión, sean favorables o de gravamen, por lo demás, los actos administrativos que se pretenden revisar.

Aunque sus destinatarios no se opongan, estén de acuerdo o nada manifiesten, el dictamen es preceptivo; y, lo que no es menos importante, además dicho dictamen ha de ser también favorable para acceder a la revisión.

4. Entiendo, sin embargo, que, en la lógica institucional de ambas categorías jurídicas, las cosas debieran ser justamente al revés de cómo plantea el dictamen que ha motivado la formulación de este Voto particular.

En la medida en que el contrato es un negocio jurídico bilateral que requiere para su perfección y validez el concurso de sendas voluntades (consentimiento) -no solo la de la propia Administración, sino también la de la persona del contratista que contrata con ella-, debiera resultar más onerosa su revisión que la de los actos

administrativos, a la postre, producto exclusivo de la voluntad unilateral de la Administración.

Al socaire de una interpretación estricta y rigorista, podría incluso sostenerse la inviabilidad de la revisión de oficio en tales supuestos. Porque no le es dable a una de las partes contratantes deshacerse unilateralmente del vínculo contractual que ha sido constituido de modo bilateral.

5. No es momento de afrontar tan ardua y delicada cuestión y de determinar por tanto si nuestro más reciente ordenamiento jurídico patrocina o avala esta última interpretación. Pero sí creo, en cualquier caso, que el insatisfactorio estado actual de las cosas, en los términos antes expuestos, ha de conllevar necesariamente, cuando menos, a una interpretación más estricta y restrictiva de lo que en definitiva no es sino el ejercicio de una prerrogativa del Poder Público, de carácter excepcional, como acostumbra a señalarse en nuestros dictámenes.

V

1. De este modo, cumple afirmar que, cuando la revisión de oficio de un contrato se fundamenta en la inobservancia por la Administración de los trámites legales que le resultan de obligatorio cumplimiento para su conclusión (esto es, en supuestos de total y absoluta ausencia del procedimiento legalmente establecido, o de omisión de sus trámites esenciales), lo que se revisa en ningún caso es propiamente el contrato, sino sus actos preparatorios y de adjudicación (el procedimiento) que han sido omitidos; señaladamente, y por todos, el “inexistente” acto de adjudicación del contrato.

Habida cuenta de que, en efecto, la causa de nulidad concretamente invocada en este caso consiste en la omisión del procedimiento legalmente establecido, como la propia Administración se cuida de señalar al solicitar el dictamen, hay que convenir en que, en rigor, la revisión de oficio pretendida no se encamina directamente a la nulidad del contrato por razón de alguna causa atinente al mismo, sino a la nulidad de los actos de preparación y de adjudicación del contrato que resultaron omitidos, y cuya palmaria ausencia es lo que justamente determina la “omisión del procedimiento legalmente establecido”, que se denuncia como causa de nulidad.

Justamente, la “inexistencia” se tiene por la expresión máxima de la invalidez de un acto.

2. La revisión de tales actos preparatorios y de adjudicación está legalmente prevista, también en la norma que por su carácter sectorial y especial resulta de aplicación (ahora, LCSP: art. 41; aunque, del mismo modo, con anterioridad -y, además, lo está no sólo en relación con los contratos administrativos en sentido estricto, sino con un alcance más general-); y procede la revisión de tales actos si incurrían en alguna de las causas determinantes de la nulidad de pleno derecho previstas en la normativa estatal sobre procedimiento administrativo común (LPACAP), en virtud de la remisión que propicia el precepto mencionado (art. 41 LCSP: *“La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”*).

El art. 106 LPCAP, con el que se da inicio, en dicho Título V. Capítulo I LPACAP, a la regulación de la revisión de oficio de los actos administrativos, remite a su vez al art. 47.1 de la misma Ley para la determinación de los supuestos en que éstos incurrían en nulidad de pleno derecho y entre tales supuestos, figuran justamente en su letra e) *“los (actos) dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”*.

3. Pues bien, a ésta es a la vía que hay que acudir. Y como consecuencia de la revisión de tales actos preparatorios y de adjudicación, ahora sí, por expresa disposición legal, se extiende la revisión a la del propio contrato. Como previene la LCSP en su art. 42.1: *“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 (...)”*.

El contrato incurre, ciertamente, en uno de los supuestos de invalidez previstos legalmente (art. 38 LCSP), pero es inválido a resultas de que lo son sus actos preparatorios o de adjudicación y por incurrir éstos en una de las causas determinantes de su nulidad de pleno derecho (apartado b) de dicho art. 38 LCSP: *“Los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, serán inválidos: (...) b) Cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes”*; en concordancia con el art. 39.1 de la misma Ley).

No se trata de buscar un mero artificio sobre la que cimentar una nueva solución, sino que es más garantista entenderlo así, porque de este modo no cabe ya soslayar el dictamen de este Organismo, que, tratándose de la revisión de los actos preparatorios y de adjudicación, y no de la revisión misma del contrato, su exigibilidad no se hace depender ya de la oposición del contratista, en la medida en que para la revisión de tales actos la LCSP no requiere dicha oposición y en que resulta incondicionada la remisión que dicha normativa efectúa a favor de la LPACAP, que contempla en todo caso la imperatividad del trámite que nos ocupa (el dictamen preceptivo, y favorable, de los organismos consultivos).

4. En supuestos como el que nos ocupa en este Dictamen, así, pues, la exigibilidad del dictamen preceptivo del organismo consultivo competente deviene obligada. Lo que concuerda, por lo demás, con el sentido último y primordial de la institución de la revisión de oficio, como instrumento al servicio de la tutela objetiva de la legalidad vigente, y con vistas a evitar de este modo un uso inadecuado de tan excepcional potestad.

Si el sentido último de la institución no fuera el que acaba de señalarse, también habría de descartarse la intervención de aquel organismo, en el caso de la revisión de los actos administrativos, si dicha revisión contara con la aquiescencia de sus destinatarios (piénsese, por ejemplo, en la revisión de un acto de gravamen, en la que es difícil imaginar que su destinatario no esté de acuerdo). Y ya se ha indicado que no es así.

Es especialmente preocupante que pueda orillarse la exigibilidad del trámite que nos ocupa, cuando el dictamen en estos casos además no solo es preceptivo, sino que también resulta vinculante (ha de ser “favorable”) para proceder a la revisión. Y, consiguientemente, venir a avalar de este modo mayores facilidades para ejercer la revisión en el caso de los contratos.

Máxime cuando, por lo demás, tan amplia resultaría entonces, atendiendo a la propia doctrina de ese Consejo Consultivo, la distancia que media entre la respuesta dispensada por nuestro ordenamiento jurídico, cuando no hay oposición expresa del contratista (la viabilidad de la revisión sin necesidad de dicho dictamen; de acuerdo con la opinión mayoritaria de este Consejo), y cuando sí la hay (la imposibilidad por el contrario de proceder a la revisión por la concurrencia de límites legales a la revisión; de acuerdo también con nuestra doctrina). Lo que podría dar lugar a indeseadas situaciones.

5. Por tanto, y en suma, no es correcto fundamentar la solicitud de dictamen por la vía por la que acostumbra a promoverse el pronunciamiento de este Organismo en supuestos como el que nos ocupa en este Dictamen, al amparo del art. 11.1.D.c) de la Ley 5/2002 (*“Nulidad, interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa”*), sino que la solicitud debiera tener su base en la justamente anterior letra b) de este mismo art. 11.1.D (*“Revisión de oficio de los actos y de las disposiciones administrativas, y recurso de revisión”*).

No cabe reducir la virtualidad de este último precepto a los supuestos en que el contrato no se haya formalizado o no se haya ejecutado todavía; porque el propio tenor del art. 42.1 LCSP, antes transcrito, parte justamente de la premisa de la existencia de dicho contrato para extender después al mismo la nulidad en que pudieran haber incurrido sus actos preparatorios o de adjudicación.

Y, por otro lado, tampoco el planteamiento expuesto a lo largo de este Voto implica de un modo inexorable que no pueda invocarse en su caso directamente la nulidad (y la revisión) del contrato, como así algunos pudieran patrocinar de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico (con todo, siguen pesando más los problemas y complicaciones que acarrea la acogida de este planteamiento que las soluciones y beneficios que aporta, a mi modo de ver).

Para quienes en su caso admiten la viabilidad de revisar el propio contrato podría así resultar eventualmente de aplicación el art. 11.1. D. c) de la Ley 5/2002 antes citado, a título paradigmático, cuando, una vez observado todo el trámite procedimental precontractual a que se refieren las dos primeras Secciones Capítulo I del Título I del Libro II relativas a la preparación y adjudicación de tales contratos (de no ser así, el objeto de revisión serían tales actos: art. 41 LCSP, como ya tenemos dicho), la nulidad del contrato fuera debida a la ilegalidad de su clausulado (letra c) del art 38 LCSP).

En tal hipótesis, la ilegalidad de todo o parte del clausulado, al ser una nulidad ajena a los actos preparatorios, afectaría directamente al contrato en sí mismo y, además, con el alcance total, o parcial, que pudiera proceder en cada caso.

6. Ya para terminar este conjunto de consideraciones, valga señalar que los artículos 38 y sigs. se sitúan dentro del Capítulo IV (sobre régimen de invalidez) del Título I de Libro I LCSP, y se trata de disposiciones generales de aplicación sobre el conjunto de la contratación del sector público (ni siquiera contraen su ámbito al de

las administraciones públicas, sino que alcanzan a cuantos sujetos tienen la consideración de “poderes adjudicadores”, de acuerdo con la Ley).

Por el contrario, el art. 191 LCSP, ubicado sistemáticamente en la Sección 3ª del Capítulo I del Título I del Libro II (De los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos), exclusivamente ya para los “contratos administrativos” en sentido estricto, contempla la prerrogativa de la Administración de interpretar, declarar la nulidad o la resolución de tales contratos.

Siendo así, lo que no parece razonable es sostener que, ante un mismo supuesto (contratación verbal desatendiendo las formalidades exigibles), pueda haber lugar a la aplicación de un régimen de revisión diferente para los contratos administrativos en sentido estricto (exigiendo la oposición del contratista para la preceptividad, y consiguiente vinculatoriedad, del dictamen de los organismos consultivos) que para el resto de los contratos del sector público, en la medida en que está prevista con carácter general, a través de sus actos preparatorios y de adjudicación, la revisión de tales contratos (esto es, la de los contratos privados de las administraciones públicas, y hasta la de los poderes adjudicadores que no tuvieran tal consideración, al amparo del artículo 41 LCSP, cláusula que por su ubicación resulta de aplicación general a todo el ámbito de la contratación pública), y para la que no se requiere la oposición del contratista en punto a la exigibilidad del dictamen antes indicado.

Es más, puestos a ello, todavía tiene menos sentido seguramente subordinar la nulidad de los contratos administrativos en sentido estricto a una exigencia adicional (la oposición del contratista para la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo) que en cambio no se precisa para la revisión de los demás contratos públicos susceptibles de ser objeto de revisión de oficio de conformidad con la LCSP (y a los que ya se ha hecho mención). Dicha revisión deviene más onerosa de este modo en los contratos administrativos en sentido estricto, cuando justamente es en ellos seguramente donde el interés público que les es inmanente (obras públicas, servicios públicos, etc.) se manifiesta con mayor intensidad; lo que podría justificar, llegado el caso, la aplicación de un régimen menos severo, y no al revés, para alcanzar la nulidad de tales contratos.

Así, pues, por virtud de cuanto antecede, cumple concluir que, en mi opinión, en supuestos con el que ha dado lugar a este Dictamen (ausencia de procedimiento y contratación verbal), dicho dictamen, haya o no oposición del contratista, resulta preceptivo en todo caso.