



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Pleno)

San Cristóbal de La Laguna, a 30 de julio de 2020.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Antigua en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de nulidad del contrato de servicios celebrado entre la entidad (...) y el Ayuntamiento de Antigua (EXP. 254/2020 CA)**.

F U N D A M E N T O

ÚNICO

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Antigua es la Propuesta de Resolución mediante la que se declara la nulidad del contrato de Servicios celebrado con la entidad (...).

2. Es preciso, a la vista del expediente remitido, pronunciarnos sobre el carácter preceptivo del dictamen que se solicita y la competencia de este Consejo Consultivo para su emisión, siendo a tal fin de aplicación los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el art. 191.3.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2017 (LCSP), norma básica aplicable al presente supuesto toda vez que el contrato fue adjudicado y el presente procedimiento fue iniciado con posterioridad a su entrada en vigor.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1 LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP),

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

* Voto Particular: Sra. de León Marrero.

* Voto Particular: Sr. Suay Rincón.

porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor, y el art. 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

3. 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) LPACAP.

4. En este caso, se ha otorgado el trámite de vista y audiencia a la empresa contratista, que tiene la condición de interesada en el presente procedimiento, sin que conste en el expediente escrito de oposición de la misma, no obstante lo cual, se ha solicitado el preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo.

Pues bien, el art. 11.1.D.c) LCCC dispone que este Consejo dictaminará preceptivamente en relación con la nulidad, interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa.

Tales casos son los que establece de forma taxativa el art. 191.3.a) LCSP que establece:

«No obstante lo anterior, 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 relación con la preceptividad de la emisión de dictamen por parte de este Consejo Consultivo en los supuestos de falta de oposición del contratista, ya ha tenido ocasión de pronunciarse el Pleno de este órgano consultivo en el reciente Dictamen 222/2020, de 5 de junio, en el que se establece la siguiente doctrina *«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, la aplicación rigurosa de tales preceptos, en los que el objeto de la declaración de nulidad es un contrato, supone, necesariamente, que sólo es preceptivo el dictamen de este Organismo cuando el contratista haya manifestado su oposición, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa, pues ni siquiera se han presentado alegaciones por la contratista en el trámite conferido al efecto.

5. Por todo lo expuesto, en el presente caso no resulta preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo, lo que nos impide legalmente entrar a dilucidar sobre el fondo del asunto.

C O N C L U S I Ó N

En relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de declaración de nulidad del contrato de Servicios celebrado con la entidad (...) no resulta preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo por no existir oposición del contratista.

VOTO PARTICULAR QUE EMITE LA EXCMA. SRA. CONSEJERA DOÑA CRISTINA DE LEÓN MARRERO SOBRE EL DICTAMEN 323/2020, DEL PLENO, RELATIVO A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE NULIDAD DEL CONTRATO DE SERVICIOS SUSCRITO ENTRE LA ENTIDAD (...) Y EL AYUNTAMIENTO DE ANTIGUA (EXP. 254/2020 CA).

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 este dictamen, emito este voto particular a fin de motivar las razones que han dado lugar a mi discrepancia del parecer mayoritario:

I

El objeto de la consulta de cuyo dictamen se discrepa, es la Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad de pleno derecho, del contrato de servicios del Ayuntamiento de Antigua con LIMPIEZAS TÉCNICAS LA SIRENA S.L, por encontrarse incurso en la causa de nulidad del artículo 47.1.e) Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), al haberse llevado a cabo la contratación prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, en este caso, el procedimiento de contratación correspondiente, conforme a lo previsto en 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 2014 (LCSP).

El expediente se inició con ocasión de la fiscalización previa de las facturas de dicho contrato por parte del Interventor General, que, en lo que aquí interesa, señala:

(...) se trata de en todos los casos de facturas que documentan gastos por la prestación de servicios de mantenimiento de depuradora referidos a determinados periodos de tiempo, que, en conjunto, van desde mayo de 2018 hasta el 25 de junio de 2019.

Globalmente considerados constituyen la prestación de un servicio continuado en el tiempo cuyas características, tanto por lo que se refiere a su duración como a su importe total, impiden su calificación como contratos menores (art. 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014) lo que habría exigido la tramitación de un contrato cuya adjudicación debió realizarse conforme a lo exigido por lo establecido en la Sección 2 Cap. I Tít. I del Libro Segundo de dicha Ley.

Ningún trámite de los legalmente exigidos se ha seguido en este caso para la elección del contratista. Por tanto, a juicio de esta Intervención concurre el supuesto de nulidad absoluta del apartado e) del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

En consecuencia, no es posible proceder, sin más, al reconocimiento de las obligaciones. Deberá, conforme al artículo 42 de la Ley 9/2017, declararse la nulidad de los actos realizados y la del 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.

Efectivamente, como se señala en el expediente sometido a estudio y tal y como tiene declarado la jurisprudencia, la contratación administrativa es una actividad esencialmente formalista. A diferencia de la contratación entre particulares, en la que lo esencial y casi lo único necesario es el acuerdo de voluntades, la contratación pública requiere el cumplimiento de unos trámites y solemnidades que garantizan la igualdad de oportunidades para todos los empresarios, la transparencia y la objetividad en la adjudicación de los contratos.

Estos principios constituyen la base de las Directivas comunitarias en materia de procedimientos de adjudicación de contratos públicos e implican, en particular, la obligación de que los licitadores, incluso potenciales, se encuentren en igualdad de condiciones y dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus solicitudes de participación o de sus ofertas; en concreto, la obligación de transparencia exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos (SSTJUE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94 y STJUE de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99).

Como principio general que debe presidir la adjudicación de los contratistas, cualquiera que sea el procedimiento seguido, y que inspira todo el derecho de la contratación pública, el artículo 132 LCSP enuncia: *"los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad"*.

Por esta razón, la LCSP dentro de su libro segundo (De los contratos de las Administraciones públicas) en el capítulo I del Título I, dedica la sección primera a "la preparación de los contratos de las Administraciones Públicas", cuya subsección primera, destinada al expediente de contratación establece en el art. 116. 1 que: *"La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 28 de esta Ley y que deberá ser publicado en el perfil de contratante"*.

Es decir, no cabe duda del carácter de acto preparatorio del expediente de contratación, con la consiguiente incorporación de todos los actos administrativos

que este procedimiento incluye y cuya enumeración, por conocida, sobra exponer en este Voto particular.

En el supuesto de que, como ocurre en el caso que nos ocupa, se hubiera prescindido total y absolutamente de la realización de dichos actos preparatorios y de adjudicación (es decir, del procedimiento de contratación), el artículo 41.1 LCSP prevé que la revisión de oficio de dichos actos se efectúe de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V LPACAP.

Hasta tal punto considera la LCSP que dichos actos son anteriores a la formalización del contrato, que, como novedad, otorga también la consideración de administrativos a los exclusivos efectos de esta Ley, a los actos preparatorios de las entidades del sector público, y así lo establece en el apartado 2 de dicho art. 41.

Por tanto, no cabe ninguna duda de que nos hallamos ante actos administrativos distintos y previos a la formalización del contrato, a los que la ley ha querido amparar con la vía de la revisión de oficio prevista en la LPACAP, a cuya virtud (art. 106.1), el dictamen del órgano consultivo -en este caso de la Comunidad Autónoma- no sólo es preceptivo sino que además es vinculante, con independencia de que se manifieste la oposición a dicha revisión por quienes estén interesados en el acto.

Incluso, como es sabido, dichos actos preparatorios han de regir también en los contratos privados de la Administración (art. 26.2 LCSP). Se trata, ni más ni menos de aplicar la tan arraigada doctrina de los actos separables, que incluye entre estos, precisamente, los actos de preparación y adjudicación de los contratos, para dar cumplimiento a las previsiones del art. 103.1 CE.

Todo lo dicho, no excluye, antes al contrario, confirma, el obligado cumplimiento de las previsiones del art 42.1 LCSP relativo a los efectos de la declaración de nulidad de los actos preparatorios o de adjudicación, por cuya virtud: *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.*

En definitiva, dado que el art. 39 LCSP nos recuerda que son causas de nulidad las previstas en el art. 47 LPACAP y que este precepto establece en su apartado 1 e) que son nulos de pleno derecho *los actos dictados prescindiendo total y*

absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados como ocurre en el supuesto de estudio, lo que procede es declarar la nulidad de los actos previos de preparación y adjudicación del contrato, por la vía prevista en el Capítulo I del Título V LPACAP, y no es necesaria la oposición del contratista para considerar preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo porque no había contratista cuando se produjo la situación de hecho y porque no lo prevé así el art. 106. LPACAP, que sin embargo sí prevé en su apartado 1 *el previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma.*

No debemos olvidar, que ya desde la famosa Sentencia de 31 de enero de 1990 dictada por la Sala especial de revisión del TS, se ha establecido que las actuaciones preparatorias que conforman el procedimiento para la selección del contratista son separables del negocio jurídico y que tales actos separables se corresponden con la competencia, los actos preparatorios y los de adjudicación.

II

La doctrina del Consejo de Estado es rotunda y pacífica en estos supuestos, y dada su similitud con el caso que aquí nos ocupa, transcribimos casi en su totalidad, el Dictamen del Consejo de Estado 493/2019 de 11 de julio, relativo a la revisión de oficio sobre la nulidad de pleno de derecho del contrato de servicio de conservación y mantenimiento del campo de golf, durante el mes de diciembre de 2017 de la ciudad de Melilla (la negrilla es nuestra):

De los antecedentes resulta:

PRIMERO.- Con fecha 23 de agosto de 2017, por parte de la mercantil TALHER, S. A., se formalizó un contrato -adjudicado por la Consejería de Educación, Juventud y Deportes en virtud de un procedimiento negociado sin publicidad- por una cuantía de 50.887,36 euros y con una duración máxima de dos meses para la realización del servicio de conservación y mantenimiento del Campo de Golf de Melilla para los meses de octubre y noviembre de 2017, debiéndose expedir certificaciones mensuales para su pago (en los citados meses se expedieron sendas certificaciones de pago por importe de 25.443,68 euros cada una de ellas).

Al haberse agotado el crédito retenido para el contrato, y fuera de su plazo de duración, el Interventor informó que el servicio prestado para el mes de diciembre

de 2017 carecía ya de cobertura contractual, no pudiéndose, por otra parte, ser considerado un contrato menor, al superar los importes permitidos por la normativa contractual.

A la vista de todo lo anterior, la Intervención emitió el correspondiente reparo (Informe de reparo de legalidad núm. 1/18) en el que concluía que se estaba ante un acto nulo de pleno derecho, de conformidad con el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en tanto que la contratación del servicio de conservación y mantenimiento del Campo de Golf de la Ciudad de Melilla, durante el mes de diciembre de 2017, es un acto en el que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido ("agotado el crédito retenido para el contrato y fuera de su plazo de duración, el servicio prestado para el mes de diciembre de 2017 carece de cobertura contractual, no pudiéndose, por otra parte, ser considerado un contrato menor, al superar los importes permitidos por la normativa contractual"). (...).

CUARTO.- Por Orden de 9 de abril de 2019 del Consejero de Educación, Juventud y Deportes de la Ciudad de Melilla se ordena la incoación de un expediente de revisión de oficio, por si procediera declarar la nulidad de pleno derecho de la contratación del servicio de conservación y mantenimiento del Campo de Golf de Melilla, durante el mes de diciembre de 2017 por una cuantía de 25.443,68 euros.

El 17 de abril siguiente, el instructor dio trámite de audiencia a la mercantil interesada. No consta que se haya presentado escrito de alegaciones alguno. (...)

Y, en tal estado de tramitación, el expediente fue remitido al Consejo de Estado para dictamen.

I. Se somete a consulta la revisión de oficio, por causa de nulidad, de un contrato adjudicado por la Consejería de Educación, Juventud y Deportes de la Ciudad de Melilla a la empresa TALLER, S.A., para la realización del servicio de conservación y mantenimiento del Campo de Golf de Melilla.

El dictamen se emite con carácter preceptivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.10 de la Ley 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, según el cual su Comisión Permanente deberá ser consultada en la "revisión de oficio de actos administrativos". (...)

III. El expediente de revisión de oficio trae causa del reparo puesto por la Intervención de la Ciudad de Melilla. En concreto, señalaba la Intervención que el

servicio prestado para el mes de diciembre de 2017 en el Campo de Golf de la Ciudad de Melilla carecía ya de cobertura contractual, no pudiéndose, por otra parte, ser considerado un contrato menor, al superar los importes permitidos por la normativa contractual. Por ello, la Intervención hacía constar en su reparo que se estaba ante un acto nulo de pleno derecho, en tanto que la contratación del servicio de conservación y mantenimiento del citado Campo de Golf fuera de los meses de octubre y noviembre -en este caso, el mes de diciembre- era un acto en el que se había prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

IV. A este respecto, el Consejo de Estado ha tenido ya la oportunidad de conocer otros expedientes en los que se plantean casos muy similares al que ahora es objeto de examen, provenientes también de la Ciudad de Melilla (entre otros, dictámenes números 47/2016, de 10 de marzo; 48, 49, 50, 51 y 52/2016, de 17 de marzo; 929/2016, de 1 de diciembre; 928/2016 y 931/2016, de 15 de diciembre; 927/2016 y 930/2016, de 19 de enero de 2017; 389/2017, de 6 de julio; 543/2017, de 20 de julio; 842/2017, 1.114/2017, 971/2018, 986/2018 o, más recientemente, 80/2019, de 21 de febrero y 81/2019, de 14 de marzo), recordándose encarecidamente en todos ellos la necesidad de respetar los principios de publicidad y concurrencia que inspiran la contratación administrativa, erradicando todas aquellas prácticas que, aun derivadas de la mera imprevisión, vulneran aquellos. (...).

En el presente asunto, debe recordarse que se formalizó el correspondiente contrato para la realización del servicio de conservación y mantenimiento del Campo de Golf de Melilla, por una cuantía de 50.887,36 euros, si bien, tenía una duración máxima de dos meses (octubre y noviembre de 2017). El problema se planteó en el mes de diciembre cuando todavía no se había adjudicado el contrato definitivo y hubo de continuarse con el servicio de conservación y mantenimiento, habiéndose agotado ya el crédito retenido como informó la Intervención. De ahí que esta pusiera de manifiesto que el servicio prestado para el mes de diciembre de 2017 carecía ya de cobertura contractual, no pudiéndose, por otra parte, ser considerado un contrato menor, al superar los importes permitidos por la normativa contractual. Fue entonces cuando el Presidente de la Ciudad de Melilla acepta el reparo de la Intervención (Decreto número 2018000029), devolviéndose el expediente a la Consejería de Educación, Juventud y Deportes, quien seguidamente ordenó incoar un expediente de revisión de oficio por si procediera declarar la nulidad de pleno derecho de la contratación del servicio de conservación y mantenimiento del Campo

de Golf de Melilla, durante el mes de diciembre de 2017 por una cuantía de 25.443,68 euros.

El órgano instructor concluye en la propuesta de resolución que si el informe del Consejo de Estado es positivo ("en el sentido de declarar procedente la nulidad del servicio de conservación y mantenimiento (...) durante el mes de diciembre de 2017") procederá declarar nulo el contrato y "se entrará en fase de liquidación, debiendo decidir si procede la restitución a la mercantil del valor de los servicios recibidos".

V. Siguiendo, pues, la doctrina ya expuesta por el Consejo de Estado en estos asuntos, al amparo del artículo 106.4 de la Ley 39/2015 ("Las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados..."), procede abonar a TALHER, S. A., previo expediente contradictorio, el importe equivalente al coste de las prestaciones realizadas y actualizado con el interés legal del dinero hasta la fecha en que se ponga fin al procedimiento de revisión de oficio. Y todo ello de acuerdo, también, con lo previsto en el apartado 1 del artículo 35 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre: "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".

El primero de los incisos de este precepto legal consagra, para el supuesto de la declaración de nulidad de un contrato, el principio de indemnidad de las partes contratantes, que obliga a estas a restituirse recíprocamente las prestaciones entregadas y, si no fuera posible, su "valor". En principio, la indemnidad del contratista se alcanza con la restitución de un importe equivalente al coste de la prestación realizada, prescindiendo del beneficio que incorpora su precio: por tal razón, el valor de la prestación a que se refiere este precepto debe equipararse, como regla general, al coste de la prestación y no a su precio.

Cuestión distinta es que, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del mismo precepto, y a la vista de la actitud que haya observado el contratista con ocasión del procedimiento de adjudicación del contrato, la Administración

contratante pueda estar obligada a abonarle un importe superior al coste de la prestación, sea el precio de la misma, sea incluso una cantidad superior por daños y perjuicios, como podría suceder cuando el adjudicatario ha sido ajeno a la causa que motivó la nulidad del contrato y, por tanto, no ha tenido responsabilidad alguna en esta.

VI. Las consideraciones que acaban de realizarse se fundamentan no solo en el propio tenor literal del apartado 1 del artículo 35 de la LCSP, sino en una interpretación finalista del mismo que no se compadece con la posibilidad de que un contratista que ha tenido conciencia de la antijuridicidad de la contratación realizada obtenga, en caso de nulidad del contrato, la misma contraprestación que percibiría si el contrato fuera válido, máxime si se tiene en cuenta la incidencia que tal posibilidad tendría en la proliferación de este tipo de práctica.

En definitiva, el Consejo de Estado ha venido concluyendo en estos casos que, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 35 de la LCSP, no debe abonarse a la empresa contratista el precio de la prestación, sino su coste, que se calculará detrayendo del precio el beneficio industrial que aquella esperaba obtener, determinado en expediente contradictorio; y si no fuera posible determinar dicho beneficio a la vista de la oferta presentada o de otra forma fehaciente, se considerará como tal el 10 por 100 del precio de los contratos, aplicando lo dispuesto en el artículo 309.3 de la LCSP para el supuesto de resolución por desistimiento de los contratos de servicios. Finalmente, el importe a que asciende el coste de la prestación habrá de ser actualizado con el interés legal del dinero hasta el momento en que se ponga fin al procedimiento de revisión de oficio.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen.

Que procede declarar la nulidad, en ejercicio de la potestad de revisión de oficio, de los contratos adjudicados a la empresa TALHER, S. A., para cubrir los servicios de conservación y mantenimiento del Campo de Golf de la Ciudad de Melilla durante el mes de diciembre de 2017, abonando a la mencionada empresa un importe equivalente al coste de las prestaciones realizadas y actualizado con el interés legal del dinero hasta la fecha en que se ponga fin al procedimiento de revisión de oficio".

Poco más se puede añadir, después de la lectura de tan claro dictamen, siquiera resumir que: cuando en el proceso de elaboración de un contrato, la Administración ha prescindido total y absolutamente del procedimiento administrativo, procede

revisar de oficio los actos preparatorios y de adjudicación de dicho negocio jurídico. Que dichos actos son separables del contrato administrativo. Que dichos actos, por virtud de lo previsto en el art. 41.1 de la LCSP, en el procedimiento de revisión deben seguir lo previsto en el Capítulo I del Título V LPACAP, y que, en consecuencia, el dictamen ha de ser preceptivo y vinculante conforme a lo establecido en el art. 106.1 del mismo texto legal, sin que la oposición o ausencia de ésta por el interesado sea relevante en orden a determinar la preceptividad del dictamen. Y por último, que la declaración de nulidad de dichos actos llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, conforme a lo previsto en el art. 42 LCSP.

III

Situación muy distinta a todo lo dicho, se daría si nos encontráramos frente a un contrato correctamente perfeccionado, con arreglo a lo previsto en los arts. 37 y 153 LCSP en el que, con posterioridad a su formalización se apreciara causa de nulidad. Entonces sí que, en buena lógica, la Ley sólo prevé el dictamen del Consejo Consultivo cuando hay oposición del contratista, pues perfeccionada la relación sinalagmática con arreglo a la Ley, podrán ambas partes convenir la suerte del contrato sin que el parecer del órgano consultivo tenga que ser determinante (dado su carácter vinculante), ya que se trata de una relación *inter partes*.

Por esta razón, el art. 191 LCSP, regula la preceptividad del dictamen del órgano consultivo, dentro del procedimiento de ejercicio de las prerrogativas de la Administración Pública en la interpretación y modificación de los contratos administrativos, como un límite a las mismas en los supuestos más gravosos, como son, entre otros, la prevista en la letra a) del precepto. (*interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista*).

De una simple lectura del artículo, puede advertirse que éste se refiere a situaciones de contratos válidamente perfeccionados, y no sólo por su lectura -que se refiere a modificaciones no incluidas en los pliegos o reclamaciones fundadas en responsabilidad contractual de cuantía igual o superior a 50.000 euros- sino también por su posición en el texto legal, dentro de la subsección 2 (prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos) incluida a su vez en la sección 3 (de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos).

Es por ello que el art. 191 LCSP, cuando regula el procedimiento que se instruya para adoptar acuerdos relativos a las prerrogativas de la Administración, determina la necesidad de dar audiencia al contratista, y en los supuestos en que dichas

prerrogativas sean más gravosas (como puede ser la interpretación, nulidad, resolución, modificaciones no previstas en el pliego de elevada cuantía etc.), si hubiera oposición del contratista, se exige la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, que habrá de operar como límite de legalidad al ejercicio de una facultad que de otro modo pudiera desarrollarse de modo exorbitante.

Pero de ninguna manera, entiendo, con el debido respeto, puede confundirse este límite de la Ley al ejercicio de las prerrogativas de interpretación y modificación de los contratos que ostenta la Administración, con la exigencia del art. 106.1 LPACAP de dictamen preceptivo en los supuestos de revisión de oficio de los actos administrativos, aunque estos actos sean de preparación o adjudicación de los contratos.

IV

Estos son los argumentos que, a mi modo de ver, correctamente, esgrime la Propuesta de Resolución del presente expediente, que señala en sus fundamentos de derecho:

PRIMERO. Tal y como se pone de manifiesto en el informe de Intervención, y ya se manifestó en el informe de esta Secretaría de fecha 21 de febrero de 2020, en el caso que nos ocupa se ha producido la prestación de un servicio continuado en el tiempo cuyas características, tanto por lo que se refiere a su tramitación como a su importe total, impiden su calificación como contratos menores conforme a lo dispuesto en el artículo 118 de la LCSP, debido a que los requisitos de este precepto establecen que el importe no podrá superar los 15.000 euros cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, y en cuanto a la tramitación del expediente exige la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior.

Por tanto, al no poder encajar dicha contratación en la figura de un contrato menor, debería haberse acudido a la tramitación de un contrato cuya adjudicación debió realizarse conforme los procedimientos establecidos en la LCSP, procedimiento que no se llevó a cabo para la contratación de dicho servicio.

Entiende la Propuesta de Resolución, correctamente, que no resulta procedente en este caso acudir al procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos:

Normalmente, la vía a la que por muchos entes locales se había acudido para dar respuesta a dicha práctica era la del reconocimiento extrajudicial de créditos (REC en adelante), y ello sin haber seguido el oportuno procedimiento de la revisión de oficio contemplado en la LPACAP, que sería a juicio de quien suscribe el procedimiento correcto, ya que la figura del REC es una figura excepcional, que debería únicamente dar solución a casos muy puntuales, y a tal efecto podemos traer a colación pronunciamientos como el Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre, del Consejo de Estado; la Sentencia 00148/2017, de 12 de junio de 2017, del Juzgado Contencioso-Administrativo no4 de Oviedo; el Dictamen 208/2018, de 24 de septiembre, del Consejo Consultivo de Aragón; y el artículo 28 del R.D. 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local.

De la lectura de los mismos se desprende que sería de aplicación el régimen de invalidez de los contratos previsto en los artículos 39 a 43 de la LCSP, los cuales establecen las causas de nulidad de los contratos, el procedimiento de revisión de oficio así como los efectos de la declaración de nulidad, ya que una vez declarado nulo el contrato, este entra en liquidación y posteriormente corresponderá en su caso abonar la correspondiente indemnización al contratista.

Además, actualmente, el artículo 28 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, establece en su apartado 2.e) respecto a la posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento, “que será apreciada por el interventor en función de si se han realizado o no las prestaciones, el carácter de éstas y su valoración, así como de los incumplimientos legales que se hayan producido. Para ello, se tendrá en cuenta que el resultado de la revisión del acto se materializará acudiendo a la vía de indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de haberse producido un enriquecimiento injusto en su favor o de incumplir la obligación a su cargo, por lo que, por razones de economía procesal, sólo sería pertinente instar dicha revisión cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone.”

Consta en el expediente tal y como se ha mencionado en los antecedentes de hecho informe de intervención, en el cual, en cumplimiento del precepto citado, se indica: “En consecuencia, no es posible proceder, sin más, al reconocimiento de las obligaciones. Deberá, conforme al artículo 42 de la Ley 9/2017, declararse la

nulidad de los actos realizados y la del contrato, que entrará en fase de liquidación (...)”

SEGUNDO. Podemos afirmar por tanto que nos encontramos ante supuestos donde no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido en la normativa de contratación, que exige llevar a cabo una licitación, adjudicación y formalización del contrato conforme a los procedimientos de la LCSP, y que así mismo no se ha dispuesto la correspondiente consignación presupuestaria (...).

Y ya por último, respecto a los efectos de la declaración de nulidad, y las posibles indemnizaciones a los interesados, sostiene la Propuesta de Resolución:

SEXTO. En el caso de que se acordase la revisión de oficio, respecto a los efectos de la misma, conforme a la LPACAP, las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

Y en virtud de lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP, «*La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, 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*». Por tanto, una vez se haya dictado la declaración de nulidad y esta sea firme, procederá restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido, o si esto no fuese posible se devolverá su valor, y añade además dicho precepto que la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

Respecto a la determinación del valor, la misma se deberá realizar conforme a la base de informes técnicos ajustados a las reglas de mercado, y deberán quedar excluidos los intereses de demora (ya que para que procediesen los mismos debería haber preexistido un contrato administrativo válido, el cual no ha existido), y el beneficio industrial (justificada dicha exclusión en la concurrencia de culpas de las a la base de informes técnicos ajustados a las reglas de mercado, tal interpretación es doctrina seguida por diversos Consejos Consultivos, ente ellos el Consejo de Estado

(Dictamen 552/2016), así como el criterio jurisprudencial plasmado en la STC de la Sala de lo contencioso administrativo del TS, de 11 de mayo de 2004, que afirma la «posibilidad de excluir del total de la liquidación de los contratos que hubieran sido declarados nulos el importe correspondiente al beneficio industrial determina la necesidad de fijar el quantum de tal beneficio en cada contrato».

Criterio que también compartimos plenamente junto con el Consejo de Estado, que nos recuerda que no puede considerarse al contratista tercero de buena fe, pues era conocedor de la antijuridicidad de la contratación realizada, amén de que deba tenerse en cuenta “la incidencia que tal posibilidad (incluir el beneficio industrial) tendría en la proliferación de esta práctica”.

Por todo lo cual, por las razones expuestas, considero que sí procede entrar en el fondo de la Propuesta de Resolución sometida a dictamen, la cual se ajusta a Derecho.

Este es el sentido en el que formulo mi Voto particular discrepante, que emito en la sede del Consejo Consultivo de Canarias, a 30 de julio de 2020.

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. JOSÉ SUAY RINCÓN SOBRE EL DICTAMEN 323/2020, DEL PLENO, RELATIVO A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE NULIDAD DEL CONTRATO DE SERVICIOS SUSCRITO ENTRE LA ENTIDAD (...) Y EL AYUNTAMIENTO DE ANTIGUA (EXP. 254/2020 CA).

Vengo a discrepar de la opinión mayoritaria manifestada por el Pleno de este Consejo, por las mismas razones que expresé con ocasión del Dictamen 279/2020 y de las que a la sazón dejé constancia en voto particular suscrito al mismo, cuyo contenido íntegro, dado que en este caso se aborda la misma cuestión de un modo todavía más frontal y directo, si cabe, vengo igualmente ahora a reproducir:

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. JOSÉ SUAY RINCÓN, AL QUE SE ADHIERE LA EXCMA. SRA. CONSEJERA D^a. CRISTINA DE LEÓN MARRERO SÁNCHEZ, 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 incurren 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 LPACAP, 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 incurren 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 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.

Por las razones expuestas vengo a formular este voto particular, en San Cristóbal de La Laguna, con fecha 8 de junio de 2020.

En coherencia con el planteamiento precedente, procede ahora propinar la misma respuesta al asunto controvertido.

En el sentido expuesto, así, pues, vengo consecuentemente a formular el presente voto particular, que firmo en San Cristóbal de La Laguna, el 30 de julio de 2020.