



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 476/2020

(Pleno)

San Cristóbal de La Laguna, a 19 de noviembre de 2020.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Presidenta del Cabildo Insular de Lanzarote en relación con el *Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento administrativo de revisión de oficio para declarar la nulidad de la contratación verbal con (...) para los siguientes servicios: 1. Residencia de Necesidad Tercera Persona, Residencia de discapacidad intelectual y Centro de día necesidad de tercera persona. 2. Centro de día discapacidad intelectual (centro ocupacional) y Hogares funcionales. 3. Transporte adaptado para los centros dependientes del Cabildo. Ejecución de traslados desde domicilios a los centros dependientes del Cabildo y otros traslados para actividades (EXP. 386/2020 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El presente dictamen, solicitado por la Presidenta del Cabildo Insular de Lanzarote mediante oficio de 9 de septiembre de 2020 -con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 18 de ese mismo mes y año-, tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la propuesta de resolución de un procedimiento administrativo de revisión de oficio cuya finalidad es «(...) declarar la nulidad de la contratación verbal (...) con (...) para los siguientes servicios (...):

1.- Residencia de Necesidad Tercera Persona, Residencia de discapacidad intelectual y Centro de día necesidad de tercera persona. (...)

2.- Centro de día discapacidad intelectual (centro ocupacional) y Hogares funcionales. (...)

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

* Voto Particular: Sras. Marrero Sánchez y de León Marrero.

3.- *Transporte adaptado para los centros dependientes del Cabildo. Ejecución de traslados desde domicilios a los centros dependientes del Cabildo y otros traslados para actividades».*

«*Todo ello por contravenir lo establecido en el Artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público (...) »; concurriendo la causa de nulidad establecida en el art. 47.1, letra e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), por cuanto «(...) los servicios prestados se realizaron prescindiendo de los trámites preceptivos para una correcta adjudicación y formalización del contrato, sin causa imputable al contratista, habiéndose realizado las prestaciones a entera satisfacción de la Administración» (apartado segundo de la parte dispositiva de la Propuesta de Resolución).*

2. La legitimación para solicitar la emisión del Dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde a la Presidenta del Cabildo Insular de Lanzarote, según lo dispuesto en el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC), quien por otra parte fundamenta su solicitud: «*En cumplimiento de lo establecido en el Artículo 11. D Dictámenes preceptivos, puntos b) Revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas, y recurso de revisión. y c) Nulidad, interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa, Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias».*

3. En lo que se refiere al Derecho procedimental aplicable, así como a la regulación sustantiva de las causas de nulidad, se ha de indicar lo siguiente.

3.1. Respecto al *iter* procedimental, resultan de aplicación las normas de procedimiento vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la revisión de oficio de la actuación administrativa.

En relación con la cuestión analizada, es necesario advertir que la propia LCSP (art. 41.1) remite, a su vez, a la legislación administrativa general (LPACAP) en lo que se refiere al procedimiento de revisión de oficio («*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»*). De tal manera, que las normas de procedimiento a observar en esta materia son las comprendidas en el art. 106 y ss. LPACAP [Disposición transitoria tercera, apartado b) LPACAP].

Pues bien, en el presente supuesto, el procedimiento de revisión de oficio se incoó mediante acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno Insular de 25 de mayo de 2020; por lo que resultan de aplicación las normas que sobre procedimiento

aparecen recogidas en el art. 106 LPACAP [ex arts. 41.1 y disposición transitoria primera, apartado 4.º LCSP, en relación con la disposición transitoria tercera, apartado b) LPACAP].

3.2. En lo que se refiere a la normativa aplicable a las causas de nulidad, se ha de traer a colación lo ya manifestado por este Organismo consultivo en diversos dictámenes (v. gr., Dictamen n.º 354/2020, de 24 de septiembre), al indicar que la determinación de las causas de nulidad debe hacerse con arreglo a la Ley vigente cuando se dictó el acto cuya revisión de oficio se pretende. Así, resulta especialmente ilustrativo lo expuesto, entre otros, en el Dictamen n.º 156/2017, de 11 de mayo; en cuyo Fundamento III, apartado primero, se expone lo siguiente:

«Antes de abordar el análisis de las causas de nulidad alegadas conviene recordar que un acto administrativo es inválido si se produce contraviniendo las normas preexistentes y vigentes que regulan su elaboración y predeterminan su contenido. De ahí que el parámetro para establecer su validez o invalidez esté constituido exclusivamente por las normas vigentes al tiempo de dictarse y no por las normas posteriores que las hayan derogado o desplazado su aplicación, porque es obvio que la Administración no está vinculada por normas derogadas ni por normas inexistentes en el momento de dictar el acto. Por consiguiente, para apreciar si (la) OD 70/2004 incurre en causa de nulidad se debe atender al art. 62 y concordantes LRJAP-PAC, que estaba vigente a la fecha en que se dictó; y no a los preceptos de la LPACAP, con independencia de que reproduzcan el contenido de aquéllos».

Partiendo de lo señalado anteriormente, y teniendo en cuenta la fecha en que fueron dictados los actos administrativos (ejercicios 2019 y 2020 -folios 156 a 159 del expediente remitido-) cuya revisión de oficio ahora se pretende -mayo de 2020-, se ha de concluir que las causas de nulidad a las que se debe atender en nuestro análisis jurídico son las previstas en el art. 47 LPACAP (norma que estaba vigente durante la emisión de los actos de contratación verbal que ahora se pretenden anular).

4. La competencia para resolver el presente procedimiento de revisión de oficio, tal y como señala la Propuesta de Resolución, le corresponde al Consejo de Gobierno Insular del Cabildo de Lanzarote, de conformidad con lo establecido en el art. 146.1, letra i) del Reglamento Orgánico del Cabildo Insular de Lanzarote -B.O.C., n.º 139, de 10 de julio de 2020-; la Disposición Adicional segunda, apartado 4.º LCSP, en relación con la Disposición adicional decimocuarta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL); el art. 218.1 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales; y los arts. 53, 127.1,

letra k) y la Disposición adicional decimocuarta LRBRL, en relación con la Ley 2/2006, de 7 de febrero, de integración del Cabildo Insular de Lanzarote en el régimen previsto en la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local.

5. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver, se entiende que el presente procedimiento administrativo de revisión de oficio no está caducado. Respecto a esta cuestión, el art. 106.5 LPACAP prevé que *«cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo»*.

En el supuesto analizado, el procedimiento de revisión se incoó de oficio el día 25 de mayo de 2020; por lo que no se ha superado el plazo legal de los seis meses establecido en dicho art. 106.5 LPACAP.

No obstante, a la tramitación del procedimiento cuya Propuesta de Resolución se dictamina le resultó de aplicación el RD 463/2020, de 14 de marzo, declarando el estado de alarma en todo el territorio nacional. Asimismo, mediante Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se procedió al levantamiento de la suspensión declarada por el Real Decreto 463/2020, a cuyo efecto su art. 9 dispone que *«con efectos desde el 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas»*. Por ello el plazo de resolución del presente procedimiento caducará el 2 de diciembre.

II

Los antecedentes que han dado origen a este procedimiento de revisión de oficio son los que se detallan a continuación -folios 116 a 122-:

«I.- Con fecha 23 de julio de 1997 se suscribió Convenio de Colaboración entre el Excmo. Cabildo insular de Lanzarote, los Ayuntamientos de Arrecife, Haría, San Bartolomé, Tegüise, Tías, Tinajo y Yaiza y (...) para la ejecución de un proyecto de "Actuación Asistencial", cuyo plazo de duración fue de CAUTRO AÑOS, y su dotación económica 60% Cabildo (15.608.278,00 pesetas), 40% Ayuntamientos (10.405,518,00 pesetas) TOTAL: VEINTISEIS MILLONES TRECE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SIETE PESETAS (26.013.797 PTAS).

II.- Mediante Decreto 160/1997, de 11 de julio, el Gobierno de Canarias delega en los Cabildos Insulares la competencia en materia de gestión de Centros de Atención a Minusválidos y Tercera Edad de titularidad de la Comunidad Autónoma.

III.- Acuerdo plenario de fecha 23 de julio de 1998 de Protocolo de Acuerdo entre el Cabildo de Lanzarote, la Dirección General de Servicios Sociales y (...), para la ejecución del proyecto "Ampliación del Centro de Discapacitados de Lanzarote" con una financiación:

Año 1998: 5.000.000,00 pesetas

Año 1999: 9.225.359,00 pesetas

TOTAL: 14.225.359,00 PESETAS.

IV.- Con fecha 27 de julio de 1998 se suscribió Convenio de Colaboración entre el Excmo. Cabildo insular de Lanzarote y (...) para el mantenimiento en el centro de Tahiche Talleres Ocupacionales. Duración hasta el 31 de diciembre de 1998, Financiación 14.975.852 pesetas.

V.- Con fecha 25 de mayo de 1999 Convenio de Colaboración entre el Excmo. Cabildo insular de Lanzarote y (...) para el mantenimiento de la Residencia de Discapacitados. Duración desde el 25 de mayo de 1999 hasta el 31 de diciembre de 1999. Financiación 13.187.852,00 pesetas.

VI.- Con fecha 25 de mayo de 1999, se procedió a la prórroga de convenios suscritos con distintas entidades en materia de Sanidad y Servicios Sociales ((...)). Mantenimiento de Talleres Ocupacionales y Mantenimiento de Residencia de Discapacitados. Acuerdo Plenario 17 de mayo de 1999, 1 de enero de 1999 y 1 de diciembre de 1999. Financiación:

31/12/1999 15.185.002,00 pesetas.

31/12/1999 13.059.064,00 pesetas.

VII.- Renovación de Convenios con (...) Mantenimiento de Talleres Ocupacionales (15.185.002,00 pesetas + IPC) y Mantenimiento de Residencia de Discapacitados (13.059.064,00 pesetas+ IPC). Acuerdo Plenario de fecha 31 de enero de 2000. Duración UN AÑO.

VIII.- Con fecha 22 de enero de 2001, Acuerdo Plenario Convenio de Colaboración con (...) para mantenimiento de Talleres Ocupacionales. Duración UNA AÑO, Financiación 16.410.642 pesetas.

IX.- Con fecha 19 de junio de 2001 se remite al Gobierno de Canarias documentación relativa a la declaración de entidad de Utilidad Pública de (...).

X.- Mediante acuerdo Plenario de fecha 14 de enero de 2002, se concede Subvención para la realización de obras de mejoras en el Centro de Tahiche: 5.500.000,00 pesetas.

XI.- Con fecha 15 de marzo de 2002 Convenio de Colaboración entre el Excmo. Cabildo insular de Lanzarote y (...) para la dirección y gestión de la Residencia y Talleres Ocupacionales de Minusválidos Psíquicos. Duración UN AÑO desde el 1 de enero de 2002. Financiación 188.404,64 euros.

XII.- Mediante Acuerdo Plenario de fecha 18 de marzo de 2003 se concede Subvención para acondicionamiento y mejoras del Centro. Financiación

XIII.- Con fecha 19 de mayo de 2003, Convenio de Colaboración entre el Excmo. Cabildo insular de Lanzarote, los Ayuntamientos de Arrecife, Haría, San Bartolomé, Teguiise, Tías, Tinajo y Yaiza y (...) en orden al desarrollo de un Proyecto de Actuación Asistencial en materia de discapacitados psíquicos. Duración de CUATRO AÑOS. Financiación:

Cabildo 208.063, 44 euros

Ayuntamientos 138.708,96 euros

TOTAL: 346.772,40 EUROS.

XIV.- Mediante Acuerdo Plenario de fecha 28 de junio de 2006 se concedió Subvención para el programa de Gestión y Prestación de Servicios de Atención Temprana. Financiación 122.501,00 euros.

XV.- Convenio de Colaboración entre el Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote, y (...) para la gestión de los recursos, Periodo 2007-2010 Financiación 689.780,00 euros con revisión de IPC anual.

XVI.- Con fecha 2 de diciembre de 2011 Convenio de Colaboración entre el Excmo. Cabildo insular de Lanzarote, los Ayuntamientos de Arrecife, Haría, San Bartolomé, Teguiise, Tías, Tinajo y Yaiza y (...) en orden al desarrollo de un Proyecto de Actuación Asistencial en materia de discapacitados psíquicos. Duración de UN AÑO, prorrogable un máximo de CUATRO AÑOS.

Cabildo: 221.700,00 euros

Ayuntamientos: 135.800,00 euros

TOTAL: 357.500,00 euros.

XVII.- Con fecha 15 noviembre de 2012 Convenio de Colaboración entre el Excmo. Cabildo insular de Lanzarote, los Ayuntamientos de Arrecife, Haría, San Bartolomé, Teguiise, Tías, Tinajo, Yaiza y (...) en orden al desarrollo de un Proyecto de Actuación Asistencial en materia de discapacitados psíquicos. Duración de UN AÑO, prorrogable un máximo de CUATRO AÑOS.

Cabildo: 1.069.840,00 euros

Ayuntamientos: 135.800,00 euros

TOTAL: 1.205.640,00 euros.

XVIII.- Con fecha 6 de junio de 2013 Convenio de Colaboración entre el Excmo. Cabildo insular de Lanzarote, los Ayuntamientos de Haría, San Bartolomé, Teguise, Tías, Tinajo y Yaiza y (...) en orden al desarrollo de un Proyecto de Actuación Asistencial en materia de discapacitados psíquicos. Duración de UN AÑO.

Cabildo: 532.582,15 euros

Ayuntamientos: 85.868,07 euros

TOTAL: 618.450,22 euros.

Addenda de Adhesión del Ayuntamiento de Arrecife al Convenio de Colaboración de fecha 21 de agosto de 2013, entre el Excmo. Cabildo insular de Lanzarote, los Ayuntamientos de Haría, San Bartolomé, Teguise, Tías, Tinajo y Yaiza y (...) en orden al desarrollo de un Proyecto de Actuación Asistencial en materia de discapacitados psíquicos.

Cabildo: 532.582,15 euros

Ayuntamientos: 668.382,15 euros

XIX.- Mediante Decreto 4673/16, se concede Subvención de Hogares Funcionales en el Sector de Retraso Mental Ejercicio 2016. Financiación 20.000,00 euros.

XX.- Mediante Decreto de fecha 10 de agosto de 2017, se concede subvención para Actuaciones de Asistencias en materia de discapacitados psíquicos 2.013.400,00 euros más la cantidad de 1.125.000,00 euros.

XXI.- Mediante Decreto 3825/2017 Subvención para la actuación asistencias en materia de discapacitados psíquicos. Financiación 888.400,00 euros.

XXII.- Mediante Decretos 2017-2785 (decreto 2017-3968, corrección de errores) Subvención proyecto Actuación asistencial en materia de discapacitados psíquico Proyecto actuación en materia de discapacitados psíquicos. Financiación 2.013.400,00 euros más la cantidad de y 1.125.000,00 euros.

XXIII.- Mediante Decreto 2017-3825 Subvención proyecto de Actuación asistencial en materia de discapacitados psíquicos. Financiación 885.400,00 euros.

XIV.- Mediante Decreto 2018-5805 Subvención Proyecto Pro-Discapacidad Atención Temprana y Equipo Transversal. Financiación 125.684,88 euros.

XV.- Proyecto Pro Discapacidad Atención Temprana, Decreto 2019-3714, Financiación 377.054,70 euros.

XVI.- En el ejercicio 2019 y 2020, la entidad (...) ha recibido en contraprestación por los servicios que presta de atención a las personas las cantidades que se detallan:

Ejercicio 2020: 429.977,16.

Ejercicio 2019: 2.047.913,92.

La prestación de servicios no está amparada por un contrato administrativo por lo que adolece de omisión de procedimiento que supone el reparo de legalidad de las facturas que se presentan.

Esta situación debe ser regularizada por lo que se insta el inicio de las licitaciones oportunas de los diferentes servicios que se prestan.

(...)

Los servicios competencia del Cabildo Insular de Lanzarote en materia de atención de las personas en discapacidad y que deben tramitarse el correspondiente expediente de licitación son los siguientes:

1.- Residencia de Necesidad Tercera Persona, Residencia de discapacidad intelectual y Centro de día necesidad de tercera persona. (...).

2.- Centro de día discapacidad intelectual (centro ocupacional) y Hogares funcionales. (...).

3.- Transporte adaptado para los centros dependientes del Cabildo. Ejecución de traslados desde domicilios a los centros dependientes del Cabildo y otros traslados para actividades».

III

En cuanto a la tramitación del expediente administrativo de revisión de oficio, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Con fecha 25 de mayo de 2020, el Consejo de Gobierno Insular del Cabildo de Lanzarote acordó iniciar expediente de revisión de oficio en relación con los «(...) *contratos verbales con la entidad (...) para la atención a las personas con discapacidad Residencia de Necesidad Tercera Persona, Residencia de discapacidad intelectual y Centro de día necesidad de tercera persona, Centro de día discapacidad intelectual (centro ocupacional) y Hogares funcionales (...)*»; y ello al objeto de declarar su nulidad de pleno derecho.

No obstante, con carácter previo a la incoación del presente procedimiento, consta en el expediente remitido a este Organismo Consultivo, copia de los informes de la Intervención y de la Coordinadora de Contratación de obras, servicios y suministros y Directora Adjunta de la Asesoría Jurídica, emitidos el día 21 de mayo de 2020; y copia del informe de 19 de mayo de 2020, evacuado por el Secretario General del Pleno.

2. Con fecha 27 de mayo de 2020, en sesión extraordinaria y urgente, se dio cuenta al Pleno del Cabildo del acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno Insular, en sesión extraordinaria celebrada el 25 de mayo de 2020.

3. Con fecha 1 de junio de 2020 se dio traslado a la (...) del acuerdo del Consejo de Gobierno Insular de 25 de mayo de 2020 por el que se incoó procedimiento administrativo de revisión de oficio; concediéndose el oportuno plazo legal para poder formular alegaciones.

4. Mediante escrito de 11 de junio de 2020, la entidad contratista formula el correspondiente escrito de alegaciones en defensa de sus intereses en que no expresa su voluntad favorable a la revisión, por lo que en garantía de sus derechos se hace necesaria en todo caso la intervención de este Consejo.

5. El día 31 de agosto de 2020, se emite informe de la Asesoría Jurídica del Cabildo Insular de Lanzarote por el que se propone desestimar las alegaciones planteadas por (...).

6. Con fecha 9 de septiembre de 2020 se emite informe-propuesta de resolución de la Presidenta del Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote, por el que se acuerda «(...) declarar la nulidad de la contratación verbal de las prórrogas contrato con (...) para los siguientes servicios (...):

1.- *Residencia de Necesidad Tercera Persona, Residencia de discapacidad intelectual y Centro de día necesidad de tercera persona. (...)*

2.- *Centro de día discapacidad intelectual (centro ocupacional) y Hogares funcionales. (...)*

3.- *Transporte adaptado para los centros dependientes del Cabildo. Ejecución de traslados desde domicilios a los centros dependientes del Cabildo y otros traslados para actividades».*

«Todo ello por contravenir lo establecido en el Artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público (...)»; concurriendo la causa de nulidad establecida en el art. 47.1, letra e) LPACAP, por cuanto «(...) los servicios prestados se realizaron prescindiendo de los trámites preceptivos para una correcta adjudicación y formalización del contrato, sin causa imputable al contratista, habiéndose realizado las prestaciones a entera satisfacción de la Administración».

IV

1. Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo, se ha de señalar que es criterio jurídico mayoritariamente aceptado el que, en los casos de contratación irregular (esto es, supuestos en los que un contratista ha procedido efectiva y materialmente a ejecutar una obra o a prestar un servicio o suministro en favor de la Administración, pero con incumplimiento de las normas presupuestarias - contrataciones sin crédito presupuestarios- y/o de contratación aplicables -existe crédito pero no cobertura contractual, bien por haber expirado el plazo de duración y sus prórrogas, bien por haber contratado verbalmente fuera de los casos permitidos por el ordenamiento y prescindiendo de toda formalidad procedimental, esto es, sin tramitar el correspondiente expediente de licitación destinado a la preparación, adjudicación y formalización del contrato de acuerdo con la legislación en materia de contratación pública; o, en general, por haber sido celebrado concurriendo alguna causa de nulidad de pleno derecho), y al objeto de compensar al contratista por las prestaciones ejecutadas -a favor de la Administración- en cumplimiento de un contrato nulo de pleno derecho (evitando así, el correspondiente injusto o sin causa de la Administración Pública), procede acudir al procedimiento de revisión de oficio establecido en el Capítulo I del Título V LPACAP (art. 106 LPACAP, al que remite íntegramente el art. 41.1 LCSP). De tal manera que, cuando existe un contrato nulo de pleno derecho, el cauce procedimental para proceder al pago al contratista por los trabajos ya ejecutados es el marcado legalmente; debiendo la Administración Pública declarar, previamente, la nulidad de la contratación a través del cauce de la revisión de oficio ex arts. 41.1 LCSP y 106 LPACAP.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado en su dictamen n.º 1724/2011, de 21 de diciembre (Consideración III), en donde se sostiene que la vía adecuada en supuestos de contratación viciada de nulidad de pleno derecho es la declaración de nulidad por el órgano competente, previa tramitación del procedimiento de revisión de oficio, de conformidad con el art. 106 LPACAP. En este sentido, se expone lo siguiente:

«(...) por mucho que la práctica y doctrina anterior a la introducción del artículo 35.1 en la legislación de contratos hubiese utilizado la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración para evitar un efecto antijurídico (la apropiación por la Administración de unos bienes o servicios sin el correspondiente abono de su precio), lo cierto es que en la actualidad, a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se ha instituido una vía precisa y adecuada para alcanzar prácticamente los mismos efectos, la del citado artículo 35.1, que claramente subsume la reclamación objeto del presente expediente en la responsabilidad contractual. Eso sí, para proceder a compensar conforme a lo específicamente regulado

ahora en ese artículo 35, hay que decidir previamente si la adjudicación es o no nula de pleno derecho y para ello es necesario seguir el procedimiento específicamente previsto para ello en el ordenamiento.

Y es que la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad, por lo que deberá tramitarse el correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato.

Por tanto, con el artículo 35.1 de la Ley de Contratos lo que se produce es que las adjudicaciones realizadas prescindiendo totalmente del procedimiento de contratación son supuestos de nulidad de pleno derecho que deben dar lugar a la declaración de tal nulidad a través de los cauces que para ello tiene el ordenamiento (revisión de oficio) para poder procederse a aplicar las consecuencias -la compensación- que el mismo artículo 35 regula para cuando se produzca tal nulidad.

Ello no obstante, nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (sin necesidad de invocar en abstracto el enriquecimiento injusto como principio general del derecho subsumible en un procedimiento de responsabilidad extracontractual) para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma».

En idénticos términos se han pronunciado otros Consejos Consultivos. Así, se puede traer a colación lo señalado por el Dictamen n.º 33/2016, de 11 de febrero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias (Consideración de Derecho cuarta):

«Como ya indicamos en nuestro anterior dictamen sobre este mismo asunto (Dictamen Núm. 8/2016), tras la entrada en vigor del artículo 35 de la LCSP, la previa declaración de nulidad constituye la vía específica y adecuada para compensar al contratista que actúa de buena fe; norma legal que, según expone el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, puso fin a la controversia jurisprudencial y doctrinal sobre el posible origen, contractual o extracontractual, de las obligaciones que habría de asumir la Administración en estos casos para evitar el resultado antijurídico de la apropiación de unos servicios sin compensar al contratista».

Asimismo, el propio Consejo Consultivo de Canarias en supuestos de contratación verbal, efectuada no sólo en contra de la prohibición legal al respecto (actual art. 37 LCSP), sino, además, «(...) prescindiendo de toda formalidad procedimental y del resto de requisitos exigidos por la normativa reguladora de la materia», ha venido

sosteniendo el mismo criterio jurídico que el Consejo de Estado. Así, en su Dictamen n.º 220/2013, de 19 de junio, se indica lo siguiente:

«En cuanto al cauce formal y procedimental al que corresponde tratar este asunto, también se ha manifestado este Organismo, por ejemplo, en el Dictamen 128/2010 en el que se afirma que:

“La circunstancia de que la prestación objeto de este contrato se haya efectivamente ejecutado y que la Administración haya procedido a su abono, no enervan ni convalidan, por el régimen propio de la nulidad de pleno derecho, las causas de nulidad en que hubiera incurrido la contratación. Por ello, si la Administración advierte la presencia de una causa de nulidad de pleno derecho, lo procedente, como señala el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 40/1998, es la tramitación del procedimiento de revisión de oficio contemplado en el artículo 102 LRJAP-PAC y no el de resolución contractual, que presupone, por lo demás, la existencia de un contrato válido.

Frente a la argumentación vertida en la Propuesta de Resolución acerca de la existencia del contrato y en consecuencia su posibilidad de resolución, la jurisprudencia lo único que ha reconocido en los casos de nulidad contractual es el derecho del contratista a percibir el valor de la prestación realizada al amparo de la doctrina del enriquecimiento sin causa: si a pesar de la nulidad del contrato el contratista ha realizado su prestación, se ha producido para la Administración un enriquecimiento sin causa o injustificado en la medida en que el contrato es nulo y ello determina la necesidad de restituir al contratista el valor de su prestación. Pero resultando el contrato nulo, su mera existencia en los términos que parecen deducirse de la Propuesta de Resolución, no habilita para iniciar y culminar un procedimiento de resolución. En definitiva, la apreciación de causa de nulidad de pleno derecho del contrato adjudicado por el Ayuntamiento determina que no sea procedente la resolución del contrato, sino la tramitación del procedimiento de revisión de oficio (...). Por lo demás, las prestaciones efectuadas con posterioridad a la extinción del contrato que eventualmente se hubiere acordado verbalmente no pueden, como es obvio, ampararse en prórrogas, encima tácitas y, por tanto irregulares de tal contrato, imposibles al estar extinguido, siendo por consiguiente conectables a otro contrato similar al previo y que, por idéntica razón, incurre en la misma causa de nulidad, independiente de que proceda su abono para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración».

Finalmente, existen diversos pronunciamientos de la jurisprudencia menor que han venido a acoger la doctrina sentada por el Consejo de Estado en su Dictamen n.º 1724/2011, de 21 de diciembre; y que anulan el «reconocimiento extrajudicial de créditos» acordado por las entidades locales como remedio para pagar al contratista que ejecutó la prestación en virtud de un contrato nulo. Entendiendo que, actuando de esa manera, se ha omitido totalmente el procedimiento aplicable en estos casos:

el mercado por el actual art. 42.1 LCSP. Es decir, previa declaración de nulidad del contrato y reconocimiento consiguiente de indemnización al empresario.

Así, resulta especialmente ilustrativa la sentencia n.º 148/2017, de 12 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Oviedo. En ella se analiza el marco normativo aplicable y se trae a colación lo expuesto en el Dictamen del Consejo de Estado n.º 1724/2011 de 21 de diciembre, así como en el Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, n.º 33/2016, de 11 de febrero de 2016; señalando que los vicios puestos de manifiesto son de nulidad de pleno derecho, al haberse incurrido en omisión total del procedimiento de contratación aplicable y haberse incurrido en una *«falta gravísima de dotación presupuestaria»*. Concluyendo que, *«por tanto, el punto de partida de la actuación municipal está viciado en la medida en que, entre la pretendida opción entre revisión de acto nulo y ejecución extrajudicial de crédito, en realidad y a juicio de este Juzgado, no tenía otra alternativa que seguir la primera»*. Y estimando, en consecuencia, el recurso contencioso-administrativo.

Idéntica línea argumental se mantiene en las sentencias n.º 128/2017 de 27 de junio o n.º 213/2017, de 20 de octubre del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Tarragona.

2. Centrándonos en el tema de fondo, se ha de indicar que la decisión del Cabildo Insular de Lanzarote consistente en permitir la prestación material de un servicio, no sólo contraviniendo la prohibición legal de contratar verbalmente ex art. 37.1 LCSP, sino, además, sin la necesaria cobertura jurídica formal -al no haber procedido a la convocatoria de un procedimiento de licitación pública destinado a la adjudicación y posterior formalización del correspondiente contrato, con arreglo a lo dispuesto en la normativa de contratación pública- (circunstancias ambas reconocidas por la propia Administración insular), supone una actuación administrativa calificable como nula de pleno derecho, al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, esto es, de la tramitación del oportuno expediente de contratación destinado a la selección de un nuevo contratista, dotando, así, de cobertura jurídica formal a la prestación del servicio [art. 41.1 LCSP en relación con el art. 47.1, letra e) LPACAP].

En efecto, como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en numerosas ocasiones, la contratación pública tiene un marcado carácter formalista (art. 37 LCSP), lo que se traduce en el necesario cumplimiento de una serie de

exigencias procedimentales destinadas a disciplinar la preparación (arts. 115 y ss. LCSP), adjudicación (arts. 131 y ss. LCSP) y posterior formalización de los contratos públicos (arts. 36, 37 y 153 LCSP) -tanto administrativos como privados en virtud de la doctrina de los actos separables-. De tal suerte que, cuando se omite totalmente dicho procedimiento (o, en su caso, alguno de sus trámites esenciales), la actuación administrativa -constitutiva de una auténtica vía de hecho-, sólo puede ser calificada como nula de pleno derecho ex art. 47.1, letra e) LPACAP.

En este sentido, resulta oportuno traer a colación lo manifestado por este Consejo Consultivo al hilo del tratamiento de la contratación administrativa irregular [esto es, «(...) *prescindiendo de toda formalidad procedimental y del resto de requisitos exigidos por la normativa reguladora de la materia*»]. Así, en el Dictamen n.º 220/2013, de 19 de junio, se indica lo siguiente:

«En relación con los supuestos de contratación irregular este Organismo se ha pronunciado de forma reiterada y constante en diversos Dictámenes, considerando que, en tales casos, estamos ante una causa de nulidad de pleno derecho, concretamente, la establecida en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC. Así, en el Dictamen 283/2010, se señala:

“A estos efectos procede resaltar que las normas de procedimiento, a través de las cuales el Ordenamiento determina el cauce al que ha de someter su actuación la Administración en cada momento, son de derecho necesario y de estricta observancia, sin que la Administración pueda disponer libremente de las mismas. En el sector de la contratación, la legislación es además especialmente rigurosa al exigir el cumplimiento de los trámites relativos a la preparación y adjudicación de los contratos, en orden a asegurar no sólo el interés público a procurar en cada momento y el adecuado control de la existencia del presupuesto necesario, sino también el respeto a principios tan esenciales en este ámbito de actuación administrativa como son los de publicidad y concurrencia (salvo las excepciones que establece la propia Ley), o bien, los de igualdad y no discriminación (artículo 11.1 TRLCAP).

El carácter formalista de la contratación administrativa, a la que resulta consustancial la existencia de un expediente de contratación (SSTS de 28 de mayo de 1996 y 18 de diciembre de 2001), explica que el artículo 55 TRLCAP expresamente prohíba en concreto la contratación verbal, con la única salvedad de que el contrato tenga carácter de emergencia; lo que no acontece en el presente caso.

Debe, por tanto, concluirse que se produce la concurrencia de la causa de nulidad del contrato prevista en el artículo 62.a) TRLCAP en relación con el artículo 62.1.e) LRJAP-PAC, al no haberse tramitado por la Administración el procedimiento legalmente previsto para la adjudicación de los contratos administrativos».

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, y en lo que se refiere a la causa de nulidad del art. 47.1, letra e) LPACAP, este Consejo Consultivo ha indicado lo que a continuación se expone (Dictamen n.º 212/2017, de 4 de julio:

«Así lo ha venido reconociendo de forma reiterada este Organismo -véanse los Dictámenes 182/2015, 271/2014, 116/2014, entre otros-, siguiendo la doctrina fijada por el Tribunal Supremo al señalar que la expresión legal “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido” hay que referirla pues no sólo al supuesto en que el acto se produce sin la instrucción previa de procedimiento alguno sino también a la omisión de los trámites esenciales, integrantes de un procedimiento determinado, y a aquellos casos en que la Administración ha observado un procedimiento total y absolutamente distinto al concreto establecido en la Ley (SSTS de 21 de marzo de 1988, 29 de junio de 1990, 31 de enero de 1992, 28 de diciembre de 1993, 15 de junio de 1994, 17 de noviembre de 1998, 17 de marzo de 2000, entre otras)” (véase, entre otros, el reciente Dictamen 155/2017, de 11 de mayo)».

Pues bien, en el presente supuesto, y una vez examinado en detalle el expediente remitido a este Organismo Consultivo, se constata de manera patente la ausencia de cualquier procedimiento de contratación pública. No es que se hayan omitido algunos trámites en un procedimiento de licitación pública, sino que, sencillamente, el mismo es inexistente; por lo que, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, de interpretación restrictiva (SSTS de 17 de octubre de 1991, 31 de mayo de 2000, 5 de mayo de 2008 y 11 de mayo de 2005) se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, al haberse ejecutado *«de facto»* la prestación material de un servicio sin la necesaria cobertura jurídica formal, y sin que se haya procedido a tramitar el correspondiente procedimiento de licitación pública con el que dotar de esa cobertura jurídica formal a la prestación de dicho servicio (vulnerándose con ello los más básicos principios de la contratación pública: arts. 1, 28, 29, 37, 116 y demás concordantes LCSP).

En definitiva, aplicando los razonamientos jurídicos que se han expuesto en las líneas precedentes al supuesto de hecho analizado, se ha de concluir que la actuación administrativa incurre de forma clara, manifiesta y ostensible en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1, apartado e) LPACAP, sin que la infracción del Ordenamiento jurídico pueda ser, en principio, imputable a los terceros que han realizado la prestación.

3. En cuanto a los límites a la revisión de oficio consagrados en el art. 110 LPACAP, y atendiendo a las circunstancias concurrentes en el presente caso, se entiende que no resultan de aplicación.

4. La propuesta de acuerdo del Consejo de Gobierno Insular del Cabildo de Lanzarote sometido al parecer jurídico de este Consejo Consultivo, establece como última proposición (apartado cuarto de la parte dispositiva) la siguiente:

«Fijar, en su caso, las indemnizaciones que diera lugar este acuerdo a posteriori».

En lo que se refiere al momento procedimental en el que procede efectuar el cálculo de la liquidación del contrato, cabe recordar que el art. 42.1 LCSP establece que aquella fase se producirá una vez firme la resolución por la que se acuerde la revisión de oficio (a través del oportuno expediente contradictorio -tal y como, correctamente, señala la propuesta de resolución analizada-).

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

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

5. Por lo demás, se habrá de valorar, en atención a las circunstancias concurrentes en el presente caso, la aplicación de lo dispuesto en el art. 42.3 LCSP: *«Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio».*

C O N C L U S I Ó N

La propuesta de resolución sometida a la consideración jurídica de este Consejo Consultivo se considera conforme a Derecho en virtud de los argumentos contenidos en el Fundamento IV de este Dictamen.

VOTO PARTICULAR QUE EMITE LA EXCMA. SRA. CONSEJERA DOÑA ESTELLA MARRERO SÁNCHEZ SOBRE EL DICTAMEN 476/2020 DEL PLENO, AL QUE SE ADHIERE LA EXCMA. SRA. CONSEJERA D.^a CRISTINA DE LEÓN MARRERO, RELATIVO A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN FORMULADA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE REVISIÓN DE OFICIO PARA DECLARAR LA NULIDAD DE LA CONTRATACIÓN VERBAL CON (...) PARA LOS SIGUIENTES SERVICIOS: 1.- RESIDENCIA DE NECESIDAD TERCERA PERSONA, RESIDENCIA DE DISCAPACIDAD INTELLECTUAL Y CENTRO DE DÍA NECESIDAD DE TERCERA PERSONA. 2.- CENTRO DE DÍA DISCAPACIDAD INTELLECTUAL (CENTRO OCUPACIONAL) Y HOGARES FUNCIONALES. 3.- TRANSPORTE ADAPTADO PARA LOS CENTROS DEPENDIENTES DEL CABILDO. EJECUCIÓN DE TRASLADOS DESDE DOMICILIOS A LOS CENTROS DEPENDIENTES DEL CABILDO Y OTROS TRASLADOS PARA ACTIVIDADES (EXP. 386/2020 RO)

Al amparo de lo previsto en el art. 17.2 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, y tal como anuncié en la deliberación de este Dictamen, con el máximo respeto y dentro del plazo legal, emito este Voto particular a fin de motivar las razones que han dado lugar a mi discrepancia del parecer mayoritario, las cuales, por otro lado, tienen un carácter delimitado y se centran, fundamentalmente, en el planteamiento desarrollado en torno a las condiciones a que se subordina la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo en supuestos como el que ha tenido que abordarse en este caso.

1. El Dictamen del que disiento omite cualquier fundamentación relativa a las normas, en virtud de las cuales, resulta preceptiva, en el presente expediente, la intervención de este Consejo Consultivo, limitándose a recoger en su Fundamento I.2 *“La legitimación para solicitar la emisión del Dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde a la Presidenta del Cabildo Insular de Lanzarote, según lo dispuesto en el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC), quien por otra parte fundamenta su solicitud: «En cumplimiento de lo establecido en el Artículo 11.D Dictámenes preceptivos, puntos b) Revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas, y recurso de revisión. y c) Nulidad, interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa, Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias”.*

De esta manera, el Cabildo Insular de Lanzarote solicita la emisión de Dictamen preceptivo de este Órgano Consultivo en base, tanto a la revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas [art. 11.1.D.b) LCCC], como a la nulidad, interpretación, modificación y extinción de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa [art. 11.1.D.c) LCCC].

Esta indeterminación del presupuesto legitimador de la intervención de este Consejo Consultivo no carece de importancia, antes al contrario, puesto que, es conocida la discusión doctrinal existente en este Órgano en relación con la cuestión referente a la preceptividad de dictamen en los casos de nulidad derivada de la contratación irregular (contratos verbales, contratos celebrados prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, contrataciones sin crédito presupuestario, por citar algunos). Así, en este sentido, se estableció, como doctrina mayoritaria en el Dictamen 80/2020 (seguida por los Dictámenes 81/2020, 82/2020, 222/2020 y 223/2020, entre otros), que sobre la base del art. 11.1.D.c) LCCC, la preceptividad del dictamen derivaba directamente del art. 191.3 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 (LCSP), esto es, el Consejo Consultivo de Canarias dictamina en los supuestos de nulidad contractual únicamente cuando exista oposición del contratista. Por contra, respecto de los indicados Dictámenes, se emitieron votos particulares, en los que se venía a sostener que, el dictamen del Consejo Consultivo era preceptivo al amparo del art. 11.1.D.b) LCCC, en relación con el art. 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) por remisión del art. 41.1 LCSP, esto es, en todo caso, con independencia de la posición del contratista.

2. Sentado lo anterior, se considera en este Voto particular, que la preceptividad del dictamen en los supuestos de nulidad contractual, en aquellos casos en los que la misma deriva de los actos preparatorios o de adjudicación o de la ausencia de estos, tiene su fundamento, en todo caso, en el art. 11.1.D.b) de la Ley reguladora de este Consejo, por resultar así del art. 41.1 de la LCSP en relación con el art. 106 de la LPACAP. En consecuencia, en aquellos supuestos en los que se ha procedido materialmente a ejecutar una obra, o a prestar un servicio o suministro por la entidad contratista, pero con incumplimiento de las normas presupuestarias - contrataciones sin crédito presupuestario- y/o de contratación aplicables -existe crédito pero no cobertura contractual, bien por haber expirado el plazo de duración y sus prórrogas o, en general, por haber sido celebrado concurriendo alguna causa de nulidad-, se entiende, que la emisión del dictamen del Consejo Consultivo en estos supuestos de contrataciones irregulares resulta, en todo caso, preceptiva ex art. 11.1.D.b) de la LCCC, con independencia, por consiguiente, de la oposición o no del contratista a la nulidad contractual pretendida.

Y ello sobre la base de las siguientes consideraciones jurídicas.

En primer lugar, es necesario advertir 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 -art. 47.1, letra e) de la LPACAP-), 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, 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.

Pues bien, 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 (art. 41 de la LCSP); 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. 41.1 de la 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 de la LPACAP 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”*.

Así pues, como de lo que se trata en estos supuestos de contratación irregular es de declarar la nulidad de pleno de derecho de esa fase precontractual inexistente, precisamente al haberse omitido total y absolutamente cualquier procedimiento de contratación pública, es por lo que resulta obligado acudir a la vía de la revisión de oficio ex art. 41.1 LCSP; siendo preceptivo, en todo caso, el dictamen del Consejo Consultivo de Canarias al amparo de lo establecido en el art. 106.1 de la LPACAP en relación con el art. 11.1.D.b) de la LCCC.

En este mismo sentido se ha pronunciado el propio Consejo Consultivo de Canarias en fechas pretéritas. Así, en el dictamen n.º 220/2013, de 19 de junio, se puede leer lo siguiente:

“En cuanto al cauce formal y procedimental al que corresponde tratar este asunto, también se ha manifestado este Organismo, por ejemplo, en el Dictamen 128/2010 en el que se afirma que:

“La circunstancia de que la prestación objeto de este contrato se haya efectivamente ejecutado y que la Administración haya procedido a su abono, no enervan ni convalidan, por el régimen propio de la nulidad de pleno derecho, las causas de nulidad en que hubiera incurrido la contratación. Por ello, si la Administración advierte la presencia de una causa de nulidad de pleno derecho, lo procedente, como señala el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 40/1998, es la tramitación del procedimiento de revisión de oficio contemplado en el artículo 102 LRJAP-PAC y no el de resolución contractual, que presupone, por lo demás, la existencia de un contrato válido.

Frente a la argumentación vertida en la Propuesta de Resolución acerca de la existencia del contrato y en consecuencia su posibilidad de resolución, la jurisprudencia lo único que ha reconocido en los casos de nulidad contractual es el derecho del contratista a percibir el valor de la prestación realizada al amparo de la doctrina del enriquecimiento sin causa: si a pesar de la nulidad del contrato el contratista ha realizado su prestación, se ha producido para la Administración un enriquecimiento sin causa o injustificado en la medida en que el contrato es nulo y ello determina la necesidad de restituir al contratista el valor de su prestación.

Pero resultando el contrato nulo, su mera existencia en los términos que parecen deducirse de la Propuesta de Resolución, no habilita para iniciar y culminar un procedimiento de resolución. En definitiva, la apreciación de causa de nulidad de pleno de derecho del contrato adjudicado por el Ayuntamiento determina que no sea procedente la resolución del contrato, sino la tramitación del procedimiento de revisión de oficio (...). Por lo demás, las prestaciones efectuadas con posterioridad a la extinción del contrato que eventualmente se hubiere acordado verbalmente no pueden, como es obvio, ampararse en prórrogas, encima tácitas y, por tanto irregulares de tal contrato, imposibles al estar

extinguido, siendo por consiguiente conectables a otro contrato similar al previo y que, por idéntica razón, incurre en la misma causa de nulidad, independiente de que proceda su abono para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración". (...)

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, en el presente asunto el contrato complementario efectuado verbalmente, de forma irregular, es nulo de pleno derecho (art. 62.1.e) LRJAP-PAC), debiéndose declarar tal nulidad a través del procedimiento previsto en el art. 102. LRJAP-PAC (...)”.

En definitiva, tratándose en estos casos de contratación irregular, de la revisión de los actos preparatorios y de adjudicación -como consecuencia de su total y absoluta omisión- (art. 41.1 de la LCSP en relación con los arts. 47 y 106 de la LPACAP), y no de la revisión misma del contrato (art. 191.3, letra a) de la LCSP), la exigibilidad del dictamen del Consejo Consultivo 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 -art. 106.1-).

Por todo lo expuesto anteriormente, se ha de concluir que, en los supuestos de contratación irregular, no resulta correcto, desde el punto de vista jurídico, fundamentar la solicitud de dictamen por la vía a través de la que habitualmente se acostumbra a promover el pronunciamiento de este Organismo consultivo en supuestos análogos al ahora analizado -al amparo del art. 11.1.D.c) de la LCCC (*“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 apoyo legal, justamente, en el art. 11.1.D.b) (*“Revisión de oficio de los actos y de las disposiciones administrativas, y recurso de revisión”*).

En segundo lugar, y como complemento a lo señalado anteriormente, se hace preciso advertir que la legislación en materia de contratación pública articula diversas exigencias procedimentales en materia de nulidad de contratos. Mientras en el supuesto de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos y por aplicación del art. 106 de la LPACAP ex. art. 41.1 LCSP, la evacuación del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias resulta en todo caso preceptiva; en el supuesto de nulidad derivada del art. 191.3 LCSP, dicha emisión sólo resulta obligatoria cuando se formule oposición por parte del contratista a la nulidad pretendida.

Pues bien, dicha diversidad de procedimientos revisores y de exigencias procedimentales (señaladamente, los casos en los que procede el dictamen del Consejo Consultivo) no sólo tiene reflejo en la normativa en materia de contratación pública, sino que, además, se ha recogido en la propia Ley reguladora del Consejo Consultivo de Canarias (véase el art. 11.1.D, letra b) y el art. 11.1.D, letra c) de la LCCC).

Partiendo de cuanto se ha expresado anteriormente, y teniendo en cuenta lo afirmado por el Consejo de Estado en su dictamen n.º 3412/1999, de 9 de marzo de 2000 [*“ (...) la revisión de oficio supone el ejercicio de una potestad administrativa para la revocación de actos administrativos, no de contratos”*], se ha de concluir que ni cabe confundir las dos vías revisoras de la legalidad administrativa expuestas en las líneas anteriores, ni el objeto sobre el que se proyectan (*“actos”* -art. 41.2 LCSP- y *“contratos”* -art. 191.3, apartado a) LCSP-), y mucho menos, las exigencias procedimentales aplicables en uno y otro caso (dictamen del Consejo Consultivo, preceptivo, en todo caso, en el supuesto del art. 106 de la LPACAP; y sólo exigible, en el caso del art. 191.3, apartado a) de la LCSP, cuando se formule oposición del contratista a la nulidad pretendida).

Precisamente esto último es lo que ocurre con la postura sostenida mayoritariamente por el Pleno del Consejo Consultivo en su dictamen n.º 323/2020, de 30 de julio -dicho sea, con los debidos respetos-, puesto que no cabe generalizar la aplicación del art. 191.3, letra a) de la LCSP en relación con el art. 11.1.D, letra c) de la LCCC, a todas las consultas que se formulen ante este Organismo Consultivo en materia de irregularidades sobre la contratación pública, con las consecuencias que de ello se derivan (preceptividad del dictamen consultivo sólo en los casos de oposición del contratista).

Antes, al contrario, se hace preciso distinguir en cada caso, e independientemente de la calificación que haya efectuado el órgano o entidad consultante, el objeto revisado y la vía revisora aplicable, determinando en cada supuesto si procede la evacuación preceptiva del dictamen consultivo en todo caso (art. 106 de la LPACAP) o sólo cuando se formule la oposición del contratista (art. 191.3, letra a) de la LCSP).

En conclusión, como de lo que se trata en estos supuestos de contratación irregular es de declarar la nulidad de pleno de derecho de la fase precontractual inexistente (preparación y/o adjudicación), precisamente al haberse omitido total y absolutamente cualquier procedimiento de contratación pública, es por lo que

resulta obligado acudir a la vía de la revisión de oficio ex art. 41.1 LCSP; siendo preceptivo, en todo caso, el dictamen del Consejo Consultivo de Canarias al amparo de lo establecido en el art. 106.1 de la LPACAP en relación con el art. 11.1.D.b) de la LCCC.

3. En línea con la argumentación anterior parece encontrarse el Dictamen al que este Voto particular está referido, cuando establece en su Fundamento I.3.1 *“Respecto al iter procedimental, resultan de aplicación las normas de procedimiento vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la revisión de oficio de la actuación administrativa.*

En relación con la cuestión analizada, es necesario advertir que la propia 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 el Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) (art. 41.1) remite, a su vez, a la legislación administrativa general (LPACAP) en lo que se refiere al procedimiento de revisión de oficio («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»). De tal manera, que las normas de procedimiento a observar en esta materia son las comprendidas en los arts. 106 y ss. LPACAP [Disposición transitoria tercera, apartado b) LPACAP].

Pues bien, en el presente supuesto, el procedimiento de revisión de oficio se incoó mediante acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno Insular de 25 de mayo de 2020; por lo que resultan de aplicación las normas que sobre procedimiento aparecen recogidas en el art. 106 LPACAP [ex arts. 41.1 y disposición transitoria primera, apartado 4.º LCSP, en relación con la disposición transitoria tercera, apartado b) LPACAP]”, doctrina que se reitera y reafirma posteriormente en el Fundamento IV.1 al razonar “Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo, se ha de señalar que es criterio jurídico mayoritariamente aceptado el que, en los casos de contratación irregular (esto es, supuestos en los que un contratista ha procedido efectiva y materialmente a ejecutar una obra o a prestar un servicio o suministro en favor de la Administración, pero con incumplimiento de las normas presupuestarias -contrataciones sin crédito presupuestarios- y/o de contratación aplicables -existe crédito pero no cobertura contractual, bien por haber expirado el

plazo de duración y sus prórrogas, bien por haber contratado verbalmente fuera de los casos permitidos por el ordenamiento y prescindiendo de toda formalidad procedimental, esto es, sin tramitar el correspondiente expediente de licitación destinado a la preparación, adjudicación y formalización del contrato de acuerdo con la legislación en materia de contratación pública; o, en general, por haber sido celebrado concurriendo alguna causa de nulidad de pleno derecho), y al objeto de compensar al contratista por las prestaciones ejecutadas -a favor de la Administración- en cumplimiento de un contrato nulo de pleno derecho (evitando así, el correspondiente enriquecimiento injusto o sin causa de la Administración Pública), procede acudir al procedimiento de revisión de oficio establecido en el Capítulo I del Título V LPACAP (art. 106 LPACAP, al que remite íntegramente el art. 41.1 LCSP). De tal manera que, cuando existe un contrato nulo de pleno derecho, el cauce procedimental para proceder al pago del contratista por los trabajos ya ejecutados es el marcado legalmente; debiendo la Administración Pública declarar, previamente, la nulidad de la contratación a través del cauce de la revisión de oficio ex arts. 41.1 LCSP y 106 LPACAP”.

De esta forma el Dictamen respecto del cual se evacua el presente voto particular, parece apartarse de la doctrina mayoritaria establecida en el Dictamen del Pleno 222/2020, por la que en virtud del art. 191.3 LCSP, en los supuestos de contratación irregular (en aquel caso un contrato verbal) el dictamen del Consejo Consultivo únicamente era preceptivo en los supuestos de oposición del contratista. Así se razonaba en el indicado Dictamen *“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”.

De tal manera que, ahora, al invocarse la tramitación procedimental prevista en el art. 106 LPACAP ex. art. 41.1 LCSP, parece acogerse la doctrina sostenida en el Fundamento III del voto particular (Sr. Suay Rincón y Sra. de León Marrero) emitido en relación al Dictamen 222/2020, que venía a considerar *“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 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 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)”.

Por último, se ha de advertir que, el hecho de que en el Fundamento III.4 del Dictamen se haga constar que “Mediante escrito de 11 de junio de 2020, la entidad contratista formula el correspondiente escrito de alegaciones en defensa de sus intereses en que no expresa su voluntad favorable a la revisión, por lo que en garantía de sus derechos se hace necesaria en todo caso la intervención de este Consejo” no puede llevar a equívoco, toda vez que la emisión del dictamen y, por

ende, la intervención de este Órgano Consultivo, no se realiza de manera directa y específica para garantizar los derechos del contratista, sino que la misma deviene preceptiva, tal como se ha razonado anteriormente, por aplicación imperativa del art. 106 LPACAP en relación con el art. 41.1 LCSP, toda vez que el apartado 1 del art. 106 LPACAP dispone *“Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 47.1”*.

Por lo tanto, tal como se ha tenido ocasión de exponer en el presente voto particular, como de lo que se trata en estos supuestos de contratación irregular es de declarar la nulidad de pleno de derecho de la fase precontractual inexistente (preparación y/o adjudicación), precisamente al haberse omitido total y absolutamente cualquier procedimiento de contratación pública, es por lo que resulta obligado acudir a la vía de la revisión de oficio ex art. 41.1 LCSP, tal como se acepta en el Dictamen del que se disiente; siendo en consecuencia preceptivo, en todo caso, el dictamen del Consejo Consultivo de Canarias al amparo de lo establecido en el art. 106.1 de la LPACAP en relación con el art. 11.1.D.b) de la LCCC.