



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 479/2021

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 14 de octubre de 2021.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Brígida en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de nulidad del contrato verbal adjudicado a la entidad (...), que dio lugar a las facturas con n.º de entrada F/2021/389 y F/2021/610 por importe total de 4.671,61 € (EXP. 449/2021 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de 23 de agosto de 2021 (registro de entrada en este Consejo Consultivo de 2 de septiembre de 2021), el Sr. Alcalde-Presidente accidental (Decreto 2021-1144, de 11 de agosto), del Ayuntamiento de Santa Brígida interesa de este Consejo Consultivo preceptivo dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal adjudicado a la entidad (...), que dio lugar a las facturas con n.º de entrada F/2021/389 y F/2021/610 por importe total de 4.671,61 €.

2. La legitimación para solicitar la emisión del Dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde al Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Brígida, según lo dispuesto en el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

3. En este caso, se ha otorgado el trámite de vista y audiencia a la empresa contratista, que, mediante escrito presentado con fecha 17 de agosto de 2021 se ha opuesto a la nulidad propuesta, por lo que se ha solicitado el preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo.

* Ponente: Sra. de León Marrero.

Se considera por la Administración que los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 191.3.a) 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 el Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, 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.

Pues bien, a este respecto se ha manifestado en numerosas ocasiones este Consejo, *v.g.* en su Dictamen 222/2020, de 5 de junio, de este Consejo, donde 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. 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.

4. 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:

- 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 en su art. 41.1 remite, a su vez, a la legislación administrativa general prevista en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, 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 Decreto n.º 2021-1083, de 29 de julio, de la Alcaldía, 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].

- 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 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 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 cuya revisión de oficio ahora se pretende, se ha de concluir que las causas de nulidad a las que se debe atender en nuestro análisis jurídico son asimismo las previstas en el art. 47 LPACAP, norma vigente en el momento de emisión de los actos de contratación verbal que ahora se pretenden anular.

5. La competencia para resolver el presente procedimiento de revisión de oficio, le corresponde al Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Brígida.

6. 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 29 de julio de 2021, por lo que no se ha superado el plazo legal de los seis meses establecido en dicho art. 106.5 LPACAP.

II

1. En cuanto a los antecedentes relativos al presente procedimiento, consta que el 21 de julio de 2021 se emite Informe de Intervención sobre la omisión de la función interventora donde se señala:

«Esta intervención comunica a Régimen General la existencia de facturas en las que podía haberse omitido la fiscalización previa, solicitando información al objeto de comprobar los hechos acaecidos. Tras el examen y visto los diferentes informes, se comprueba que las facturas corresponden al servicio correos, sin que se haya remitido a esta intervención para el trámite de fiscalización e intervención previa, siendo el citado informe de Intervención preceptivo y previo.

SEGUNDO. A la vista de la omisión de la función interventora referida, una vez revisado el expediente y tras haber tenido conocimiento del mismo, en cumplimiento del art. 28 del RCISP, se comprueban los siguientes extremos:

1.-Descripción del gasto:

El objeto de las facturas corresponde a un contrato administrativo de servicio de correos.

2.- Exposición de los incumplimientos normativos.

Atendiendo al objeto de las facturas referidas y teniendo en cuenta el volumen facturado en ejercicios anteriores supera el límite la contratación menor (15.000€) y teniendo en cuenta que además es un suministro necesario para el cumplimiento y realización de los fines institucionales y nuestro ordenamiento prohíbe la contratación verbal, corresponde la tramitación de un procedimiento abierto, con sujeción a las normas 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 (en adelante LCSP). El Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. El Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. (Artículos vigentes tras la entrada en vigor del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo).

El incumplimiento abarca al conjunto del articulado dirigido a regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no

discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de adquisición de bienes mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

3.-Prestaciones de las que se deriva la obligación de pago

Actualmente las facturas por la prestación del mismo suministro, con el proveedor (...) con CIF (...), son las siguientes:

N.º de Entrada: F/2021/389 (...)

N.º de Entrada: F/2021/610 (...)

De acuerdo con los diferentes informes que constan en el expediente y atendiendo a la rúbrica de las propias facturas se acredita que los suministros se han realizado a satisfacción de la Administración y las prestaciones se produjeron bajo el principio de buena fe y confianza legítima existe.

4.-Existencia de crédito presupuestario adecuado y suficiente.

Examinada la contabilidad a mi cargo se acredita que existe crédito suficiente y adecuado para afrontar el valor de las facturas o, en caso de revisión, para la indemnización por los daños producidos.

5.- Revisión de actos

A la vista de lo expresado, se aprecia una pluralidad de actos administrativos análogos, que comparten el mismo objeto, si bien son actos que generan relaciones jurídicas con distintos sujetos. En todos ellos se acredita que se ha prescindido totalmente de procedimiento alguno, tanto en la selección como en la adjudicación del contratista, vulnerándose los principios de publicidad, concurrencia y objetividad previstos en la norma, de una manera clara y ostensible. En definitiva, acontece una contratación de facto no amparada en precepto legal. En aplicación de los art. 39 de la LCSP, en correspondencia con el art. 47 de la LPAC, constituyen actos nulos de pleno derecho, respecto de los cuales, no cabe convalidación alguna.

De acuerdo al art. 42 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. Es decir, la declaración de nulidad no exime de la obligación de

abonar las prestaciones efectuadas, en aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto.

A la vista de todo ello, es necesario iniciar la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio que la declare la nulidad para poder reconocer la deuda fuera de la vía judicial. Siendo competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos el órgano de contratación».

2. En lo que a la tramitación del procedimiento de revisión de oficio se refiere, constan los siguientes trámites:

- En virtud del informe referido, se emite informe por la Técnico de Administración General el 27 de julio de 2021, que concluye:

«-La prestación del servicio se ha realizado efectivamente a satisfacción de esta Administración.

-El precio de la prestación es correcto y ajustado a mercado.

-Se ha llevado a cabo la prestación del servicio sin procedimiento alguno debido a que actualmente esta Administración carece de contrato de Servicios Postales.

-No se considera posible la restitución y/o devolución de lo recibido puesto que es un servicio ya prestado.

-Por parte del proveedor existe buena fe para con los servicios que ha llevado a cabo.

-El importe que proveería indemnizar a la entidad prestadora de servicio, (...), a los efectos de evitar el enriquecimiento injusto de esta administración y velando siempre por la opción legal que menos lesione los intereses municipales, sería el correspondiente a las facturas presentadas; por un importe de 4.564,45 € (IGIC no incluido)».

- Mediante Decreto de la Alcaldía n.º 2021-1083, de 29 de julio, se inicia procedimiento de revisión de oficio que nos ocupa, concediendo trámite de audiencia al interesado, de lo que éste recibe notificación el 30 de julio de 2021.

- El 17 de agosto de 2021 la entidad interesada presenta escrito de alegaciones en el que se opone a la nulidad planteada.

- Sin que conste fecha, se dicta Propuesta de Resolución que es remitida a este Consejo Consultivo.

III

1. La Propuesta de Resolución desestima las alegaciones de la entidad interesada, (...), y declara la nulidad de contrato verbal a ésta adjudicado como

proveedor de los servicios prestados y facturados ya referenciados en los antecedentes de este informe, por importe de 4.564,45 €, IGIC excluido.

No obstante, aprueba la restitución del importe de las facturas (4.564,45 €), IGIC no incluido, así como autoriza, dispone y reconoce la restitución por aquel importe a favor de la citada entidad, procediendo a la devolución de las facturas emitidas y presentadas al proveedor (...), por parte del Servicio correspondiente.

2. Pues bien, 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 enriquecimiento 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 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 proceder 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 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 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 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 marcado 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 1724/2011 de 21 de diciembre, así como en el Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 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.

3. Centrándonos en el tema de fondo, se ha de indicar que la decisión del Ayuntamiento de Santa Brígida 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), 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. 62.1, letra e) LRJAP-PAC, de idéntico contenido al vigente 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 la doctrina expuesta en el Dictamen 220/2013, de 19 de junio y reiterada en el reciente Dictamen 478/2020, de 19 de noviembre, 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 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 (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 al tercero que ha realizado la prestación.

4. En relación con las alegaciones del contratista, éste se opone a la revisión de oficio no por la ausencia de concurrencia de causa de nulidad de los actos, sino por buena fe del contratista y por haber prestado los servicios de manera correcta y ajustada a los precios de mercado, *«por lo que no puede verse perjudicada en el pago de los servicios tal cual fueron reconocidos»*, esgrimiendo den contra de la revisión de oficio el art. 110 LPACAP.

Sin embargo, no resultan aplicables aquí los límites a la revisión de oficio consagrados en el art. 110 LPACAP, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el presente caso, ya que, como veremos, el tiempo transcurrido no es excesivo, y la buena fe del contratista no es óbice para depurar el ordenamiento jurídico con las consecuencias previstas, como veremos, en la Propuesta de Resolución, pues no se produce un enriquecimiento injusto a su costa, como pretende evitar la entidad contratista al oponerse con este argumento a la revisión de oficio.

5. La Propuesta de Resolución sometida al parecer de este Consejo Consultivo establece como última proposición la siguiente:

«TERCERO.- Aprobar la restitución a favor de (...) Por importe de cuatro mil quinientos sesenta y cuatro euros con cuarenta y cinco céntimos (4.564,45 €), IGIC excluido.

CUARTO.- Autorizar, disponer y reconocer la restitución por importe de cuatro mil quinientos sesenta y cuatro euros con cuarenta y cinco céntimos (4.564,45 €) a favor de (...)

QUINTO.- Proceder a la devolución de las facturas emitidas y presentadas al proveedor (...), por parte del Servicio correspondiente».

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

Sin embargo, como ya ha indicado el propio Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre (y este Consejo Consultivo de Canarias -Dictamen

220/2013, de 19 de junio-), « (...) nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (...), para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma».

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

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho en virtud de los argumentos contenidos en el Fundamento III de este Dictamen.