



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 5 9 / 2 0 2 1

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 23 de noviembre de 2021.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la ***Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del contrato del Servicio de Inclusión Social de personas mayores, destinado a combatir el aislamiento en las zonas dispersas de Arico y Anaga, adjudicado a la entidad (...) (EXP. 521/2021 RO)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 19 de octubre de 2021 (registro de entrada en este Consejo Consultivo de 21 de octubre de 2021), el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife interesa de este Consejo Consultivo preceptivo dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del contrato del Servicio de Inclusión Social de personas mayores, destinado a combatir el aislamiento en las zonas dispersas de Arico y Anaga, adjudicado a la entidad (...).

2. La legitimación para la solicitud del dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo Consultivo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el art. 191.3.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2017 (LCSP), norma básica aplicable al presente supuesto porque la adjudicación del contrato como el presente procedimiento fueron iniciados con posterioridad a su entrada en vigor.

También es de aplicación, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), por remisión

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

expresa del art. 41.1 LCSP, al haberse iniciado el presente procedimiento con posterioridad a su entrada en vigor, y el art. 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria LCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, también de carácter básico.

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.

- 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 del Presidente Insular n.º 2021-1752, 2 de agosto, 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 de emergencia que ahora se pretenden anular.

4. La competencia para resolver el presente procedimiento de revisión de oficio, le corresponde al Presidente del Cabildo Insular del Tenerife, pues, el contrato de referencia fue adjudicado mediante Decreto n.º 901, de fecha 2 de julio de 2020, del Presidente Insular, al amparo de lo dispuesto en el art. 124.4.h) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), al que se remite la disposición adicional decimocuarta de dicha Ley, por el que se establece la competencia del Presidente para adoptar las medidas necesarias y adecuadas en casos de extraordinaria y urgente necesidad, dando cuenta inmediata al Pleno. En los mismos términos se pronuncia el art. 6.1.h) e y) del Reglamento Orgánico del Excmo. Cabildo Insular de Tenerife, aprobado en acuerdo plenario de 29 de marzo de 2019.

Por otro lado, y según lo dispuesto en el art. 41.3 LCSP, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, será competente para declarar la nulidad del acto de adjudicación de un contrato el órgano de contratación. Asimismo, de acuerdo con el art. 57.I) de la Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares, corresponden al Presidente las facultades de revisión de oficio de sus propios actos e

igualmente, se atribuye a dicho órgano la citada competencia en el art. 6.1.w) del citado Reglamento Orgánico del Cabildo Insular de Tenerife.

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 2 de agosto 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 constan los siguientes, tal y como, adecuadamente se recoge en la Propuesta de Resolución:

- Mediante Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno Insular, en sesión ordinaria de 3 de abril de 2006 se aprueba el encargo del servicio de Animación Sociocultural, Dinamización y Ocio en Centros y Asociaciones de Mayores de la isla de Tenerife, conocido como Programa ANSINA, a la entidad (...). Dicho encargo se aprueba por un plazo de cinco años, a contar desde el 10 de abril de 2006, hasta el 9 de abril de 2011. Tal encargo es objeto de sucesivas prórrogas hasta el 31 de mayo de 2020, mediante Acuerdos de 4 de abril de 2011, de 26 de abril de 2016 y de 7 de abril de 2020; determinándose la finalización de dicho Programa por Acuerdo del Consejo de Gobierno Insular, de 26 de mayo de 2020.

- En el marco del citado encargo, (...) y (...), formalizan, con fecha 29 de junio de 2018 un contrato de servicios, a través del cual se pone en marcha el proyecto denominado Inclusión Social de Personas Mayores, con el objeto de combatir el aislamiento en las zonas dispersas de Arico y Anaga.

Dicho contrato tiene una vigencia inicial de un año, a contar desde el 1 de julio de 2018, si bien, el 20 de junio de 2019 las partes suscriben un Anexo al contrato modificando el plazo de su duración hasta los dos años, por lo que el mismo se prorroga hasta el 1 de julio de 2020.

Al respecto, consta en el Expediente informe de la Directora de los Servicios Jurídicos de (...), de 8 de junio de 2020, en el que concluye:

«Por lo expuesto, el Servicio Jurídico de (...) informa que el documento denominado “Anexo al contrato de prestación de servicios de inclusión social con mayores del programa de ANSINA, organizado y gestionado por (...)” firmado el pasado 20 de junio de 2019 como prórroga del contrato adjudicado con fecha el 29 de junio de 2018 es IRREGULAR, ambas partes incumplen y alteran lo acordado en el contrato, en las normas que rigieron el procedimiento de contratación para la adjudicación de la prestación del servicio, la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017, de 8 de noviembre, y demás normas de aplicación. A mayor abundamiento se inobservan las normas internas de (...) como es el Protocolo de Contratación y el Código Ético y de Conducta, ambos documentos aprobados por el Consejo de Administración de la entidad».

- Las facturas emitidas por (...) en el marco del encargo del programa ANSINA, correspondientes a los meses de noviembre y diciembre y a los gastos extras de la anualidad 2019, así como al periodo comprendido entre el 1 de febrero y el 9 de abril de 2020, son objeto de nota de reparo con efectos suspensivos por la Intervención General del Cabildo Insular de Tenerife, entre otros motivos, por contener gastos correspondientes al periodo de prórroga del contrato entre (...) y (...) para la prestación del servicio contenido en el proyecto Inclusión Social de Personas Mayores, con el objeto de combatir el aislamiento en las zonas dispersas de Arico y Anaga.

El abono de dichos gastos tiene lugar una vez salvadas las discrepancias mediante tres Decretos del Presidente Insular, con n.º 973, 974 y 1077 y con fundamento en el principio del enriquecimiento injusto.

- El 12 de junio de 2020 el Área de Acción Social del Cabildo Insular de Tenerife recibe propuesta de la Presidencia del Instituto Insular de Atención Social y Sociosanitaria (IASS), de fecha de 10 de junio de 2020, según la que se propone:

«Que el Área de Acción Social proceda a iniciar el procedimiento administrativo para formalizar a favor del Instituto Insular de Atención Social y Sociosanitaria (IASS) el encargo de gestión para el desarrollo del Proyecto de Inclusión Social para personas mayores en las zonas dispersas de Arico y Anaga y a tal fin este Organismo Autónomo, a partir del próximo 31 de mayo del 2020, sustituirá a la entidad (...), subrogándose en la licitación realizada, siéndole transferida la dotación económica necesaria para su desarrollo».

- A la vista de dicha propuesta, y dado que no es posible jurídicamente realizar un encargo de gestión a un organismo autónomo de la Corporación Insular, el Presidente, mediante Decreto n.º 901, de fecha 2 de julio de 2020, y considerando *«que la prestación objeto de este contrato resulta esencial para el interés público, teniendo en cuenta los perjuicios que su desaparición o interrupción ocasionaría a*

las personas usuarias de este servicio» dispone la contratación, por el procedimiento de emergencia, del referido servicio a favor de (...), por un importe de 66.980,12 euros y por un plazo de seis meses, desde el 1 de julio hasta el 31 de diciembre de 2020.

- El 4 de agosto de 2020, el Consejo de Gobierno Insular aprueba quedar enterado del contenido, así como ratificar el referido Decreto n.º 901, de 2 de julio de 2020.

- La entidad adjudicataria el 21 de agosto de 2020, presenta las facturas por los servicios prestados durante el mes de julio; el 1 de septiembre de 2020, por los prestados durante el mes de agosto; y el 1 de octubre de 2020, por los prestados durante el mes de septiembre de dicho año. El importe de cada una de las citadas facturas asciende a 11.163,35 euros.

- El 2 de octubre de 2020, el Pleno Insular toma cuenta del contrato de emergencia adjudicado mediante el precitado Decreto 901, de 2 de julio de 2020.

- El 2 de octubre de 2020 se emite informe por el Servicio Administrativo de Atención Ciudadana, Gobierno Abierto, Acción Social, Participación Ciudadana y Diversidad, desfavorable a la contratación del referido servicio mediante el procedimiento de emergencia, en el que concluye:

« (...) habiéndose venido prestando desde el 1 de julio de 2018 el servicio para la ejecución del plan de inclusión social de mayores residentes en zonas aisladas de la Isla, mediante el contrato suscrito entre la entidad mercantil (...) y (...), en el marco del encargo realizado por el Cabildo Insular de Tenerife a favor de (...) para la ejecución del Programa ANSINA, y en el cual se recogía que su vigencia finalizaría el 1 de julio de 2020, por el órgano de contratación se debió actuar con la debida diligencia para llevar a cabo la tramitación de una nueva contratación mediante un procedimiento ordinario».

- El 16 de octubre de 2020 por el Servicio Gestor se solicita a la Unidad de Intervención Social del Instituto de Atención Social y Sociosanitaria (IASS) la emisión de un informe relativo a la efectiva prestación del servicio por parte de la entidad adjudicataria, durante el periodo de julio a septiembre de 2020, a cuyo efecto se remiten las facturas antes relacionadas.

- Mediante Decreto del Presidente n.º 1064, de 22 de octubre de 2020, se acuerda autorizar y disponer un gasto a favor de (...) por el importe de adjudicación, esto es, 66.980,12 euros.

- El 2 de noviembre de 2020, se recibe en el Servicio Gestor informe de la Unidad de Intervención Social del IASS, con relación al servicio prestado por la adjudicataria durante los meses de julio a septiembre de 2020, por el que se compromete a prestar el apoyo requerido y a tal fin el personal de la misma se desplazará a las zonas dispersas de Arico y Anaga para la supervisión del contrato, a cuyo efecto se solicita que desde el mes de noviembre, además de la planificación correspondiente, se remita por parte de Cruz Roja una Memoria mensual donde se recojan las acciones que establece la contratación.

- El 3 de noviembre de 2020 la adjudicataria presenta factura por los servicios prestados durante el mes de octubre, por importe de 11.163,35 euros.

- Asimismo, tras ser instada a ello, el 18 de noviembre de 2020, la adjudicataria presenta una Memoria de las actividades realizadas en los meses de julio a octubre, así como las previstas para los restantes meses de vigencia del contrato, la cual es remitida a la Unidad de Intervención Social del IASS, con fecha 30 de noviembre de 2020, atendiendo a su solicitud, de 2 de noviembre.

- El 19 de noviembre de 2020 se emite informe de reparo por la Intervención General con efectos suspensivos, en el que señala, con alusión al informe de 2 de octubre de 2020 del Servicio Administrativo de Atención Ciudadana, Gobierno Abierto, Acción Social, Participación Ciudadana y Diversidad, desfavorable a la contratación:

« (...) 2. Por lo que se refiere a la fundamentación de la presente contratación de emergencia con Cruz Roja, se incluye informe del servicio gestor en el que se concluye que “no se sostiene que sea una necesidad sobrevenida o acontecimiento imprevisible pues es un servicio se presta desde el 1 de julio de 2018”. Además de la conclusión desfavorable, el cuerpo del informe jurídico utiliza diversas argumentaciones, entre ellas pronunciamientos del Tribunal Supremo, Tribunal de Cuentas y Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con el fin de mostrarse absolutamente en desacuerdo a la contratación que nos ocupa. Y todo ello basándose en la aplicación restrictiva de la figura de la contratación de emergencia, teniendo en cuenta que este es un servicio que se prestaba desde el año 2018 en el marco de la encomienda de gestión ANSINA que fue concluida el 31 de mayo de 2020.

3. A la vista de los términos del informe del servicio gestor, esta intervención ha de pronunciarse en el mismo sentido por cuanto que si bien la prestación que se viene efectuando desde el 1 de julio y hasta el 31 de diciembre de 2020, puede ser considerada de interés público no es menos cierto, que la utilización de este procedimiento excepcional no ha sido fundamentada jurídicamente sino todo lo contrario».

Concluyendo:

«4. Puesto que es en estos momentos cuando se ha remitido el documento contable para su fiscalización, acompañado de la documentación que se ha detallado, cabe mostrar mediante este informe la disconformidad de la Intervención General, de acuerdo con el artículo 216.2 c) del TRLHL y el artículo 12.3 c) del Real Decreto 424/2017 de 28 de abril por el que se regula el régimen jurídico del control interno de las entidades del sector público local, solicitando que el Presidente de esta Corporación se pronuncie expresamente sobre la divergencia planteada para proceder a la fiscalización y posterior contabilización del gasto. Y todo ello según lo establecido en el artículo 217.1 del TRLHL».

- El 23 de noviembre de 2020 la Consejera del Área de Acción Social, Participación Ciudadana y Diversidad, emite Propuesta para que desde el Servicio Gestor se realicen las actuaciones necesarias para solventar el referido reparo de la Intervención General, mediante Decreto del Presidente de la Corporación Insular.

- El 1 de diciembre de 2020 la Consejera de Acción Social, Participación Ciudadana y Diversidad eleva al Consejo de Gobierno Insular la propuesta para la dación de cuenta y ratificación del Decreto del Presidente nº 1064, de 22 de octubre de 2020 por el que se aprueba la autorización y disposición del crédito adecuado y suficiente para dicho contrato. No obstante, el citado órgano colegiado acuerda dejar sobre la mesa el asunto para un mejor estudio.

- El 2 de diciembre de 2020, la adjudicataria presenta nueva factura por los servicios prestados durante el mes de noviembre, por importe de 11.163,35 euros, que es remitida a la Unidad de Intervención Social del IASS el 4 de diciembre de 2020, a efectos de la emisión de un informe relativo a la adecuada prestación del servicio contratado.

- El 18 de diciembre de 2020, se recibe en el Servicio Gestor el informe de la referida Unidad, con el siguiente tenor literal:

« (...) Entendiéndose de la lectura del texto del Decreto que lo que se pretendió a través del mismo fue mantener el servicio contratado en los mismos términos que se venía prestando por (...), con el único fin de no interrumpirlo y poderlo mantener “hasta tanto se tramite una contratación administrativa que permita la prestación estructural del servicio, previa licitación administrativa”.

(...)

No obstante lo anterior, desde el Área se remiten una serie de facturas al IASS emitidas por Cruz Roja cuyo importe es significativamente superior a lo que se venía facturando anteriormente, sin que se justifique este incremento (...).

Por lo expuesto y conforme a lo indicado no se puede conformar la factura correspondiente al mes de noviembre de 2020, al ser su importe superior al coste de los servicios realizados y se procede a su devolución».

- Los motivos alegados por la Unidad de Intervención Social del IASS respecto a la factura de los servicios prestados por la adjudicataria en el mes de noviembre de 2020 se pueden hacer extensivos a la totalidad de las facturas emitidas por (...) por los servicios prestados durante el periodo comprendido entre julio y noviembre de 2020, así el 4 de enero de 2021 el Servicio Gestor devuelve las facturas correspondientes a dicho periodo.

- El 4 de enero de 2021 la entidad adjudicataria presenta informe relativo a la prestación del servicio. Posteriormente, el 18 de enero de 2021 presenta factura por los servicios prestados durante el segundo semestre de 2020, es decir, durante la vigencia del contrato, por importe 66.980,12 euros y, por último, con fecha 29 de enero de 2021 la entidad adjudicataria presenta memoria final del servicio prestado.

- Aquella documentación es devuelta el 15 de febrero de 2021 por el Servicio Gestor al detectar una discordancia existente en los citados documentos respecto al coste total de ejecución del Contrato, al señalar:

« (...) se recibió en el Servicio informe relativo a los gastos de ejecución del referido contrato, en el que se hace constar que “todo lo expuesto da como resultado desviación entre lo ejecutado y lo presupuestado en gastos de kilometraje y de actividad (no ocurriendo lo mismo con los gastos de personal, estimados en 41.158 €, al tratarse de un gasto fijo del proyecto). Habiendo ascendido los gastos de actividad y kilometraje a un total de 14.810,10 €, resulta un importe total ejecutado de 55.968,10 €.”

- Posteriormente, con fecha 18 de enero de 2021, se recibió en el Servicio la factura número 38000-2020-12-1964-N en concepto de los servicios efectivamente realizados durante la ejecución del presente contrato, por un importe total de sesenta y seis mil novecientos ochenta euros con doce céntimos (66.980,12 €), importe que difiere del reflejado en el escrito de 5 de enero de 2021».

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

- El 6 de abril de 2021 se emite informe por el Servicio Gestor en el que se plantea:

«Iniciar un procedimiento de revisión de oficio del Decreto del Presidente número 901, de 2 de julio de 2020, por considerarlo nulo de pleno derecho al haber sido dictado

prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (tramitación del expediente de contratación por un procedimiento ordinario) y sustituirlo por un procedimiento de emergencia, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 47.1 e), así como en el 106 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas)».

- En virtud del referido informe, mediante Decreto n.º 1752, de 2 de agosto de 2021, el Presidente Insular dispone la incoación del procedimiento de revisión de oficio del Decreto n.º 901, de 2 de julio de 2020, por el que se adjudicó un contrato administrativo de servicios a la entidad (...) para la ejecución del proyecto denominado Inclusión Social de Personas Mayores destinado a combatir el aislamiento en las zonas dispersas de Arico y Anaga, tramitado por procedimiento de emergencia, y por extensión, respecto del Decreto n.º 1064 por el que se aprobó la autorización y disposición del gasto a favor del adjudicatario.

- El 4 de agosto de 2021 se notifica al contratista el inicio del presente procedimiento de revisión de oficio y se le confiere trámite de audiencia, presentando aquél escrito de alegaciones el 23 de agosto de 2021 por las que se opone a la nulidad instada, señalando, entre otras cuestiones:

« (...) No discutimos si el procedimiento administrativo fue o no el más adecuado, pero sí aseguramos la continuidad de respuesta a un colectivo que precisaba de atención y al que no podía dejarse sin vigilancia y asistencia en las circunstancias sanitarias que acontecían por esas fechas, por lo que Cruz Roja se limitó a ejecutar el encargo realizado por el Servicio en la forma y plazos establecidos, realizando para ello un desembolso y asignación de recursos, que entendemos deben sernos compensados (...) ».

- El 17 de septiembre de 2021 se dicta Propuesta de Resolución declarando la nulidad de la contratación.

III

1. Pues bien, como viene indicando este Consejo Consultivo, 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 presupuestario) 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 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, indicaba 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 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 nº 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.

3. Centrándonos en la cuestión de fondo, la Administración declara la nulidad del Decreto por el que se adjudica el contrato de servicios para la ejecución del proyecto denominado «Inclusión Social de Personas Mayores» destinado a combatir el aislamiento en las zonas dispersas de Arico y Anaga a favor de (...), así como el Decreto por el que se aprueba la autorización y disposición del gasto a favor del adjudicatario, ante la omisión total y absoluta del procedimiento seguido en su contratación.

La causa en que se ampara esta declaración de nulidad es apreciada a tenor del art. 47.1.e) LPACAP, en relación con el art. 39.1 LCSP, también vigente; esto es, «Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: (...) e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados».

Pues bien, es sabido que la concurrencia de esta causa de nulidad se reserva para «los supuestos de omisión absoluta de procedimiento, que requiere que se haya prescindido totalmente de los trámites procedimentales, no bastando la omisión de alguno de ellos por importante que pudiera resultar, de suerte que la omisión procedimental deber ser no sólo manifiesta, sino también total y absoluta, esto es, que denote una inobservancia de las normas de procedimiento que afecte en su conjunto a la sustanciación del mismo, de manera global y no meramente parcial o accidental, es decir, que haya un apartamiento total y absoluto del procedimiento» (STS 3.ª, Sección 3.ª, de 5 de diciembre de 2012 -recurso de casación número 6076/2009-).

En algunas sentencias, además, el Tribunal Supremo ha equiparado, a efectos del art. 47.1.e) LPACAP, la ausencia total y absoluta de procedimiento con la omisión de algún trámite esencial, cuando ello se deba a la capital trascendencia y sustantividad de ese trámite (STS 3.ª, Sección 7.ª, de 24 de mayo de 2012 -recurso de casación

número 4853/2009-). La misma jurisprudencia ha advertido de que *«la acción de nulidad no está concebida para canalizar cualquier infracción del ordenamiento jurídico que pueda imputarse a un acto administrativo, sino únicamente aquellas que constituyan, por su cualificada gravedad, un supuesto de nulidad plena, previsto en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992»* (Sentencias de 27 de noviembre de 2009, de 26 de noviembre de 2010, de 28 de abril de 2011 o de 5 de diciembre de 2012), debiendo rechazarse que se enmascaren como nulidades plenas lo que constituyen meros vicios de anulabilidad.

Lo esencial por lo tanto a los efectos de la revisión de oficio de los actos administrativos firmes es que se aprecie la concurrencia de algunas de las causas de nulidad plena previstas legalmente como tales; actividad de comprobación que reviste carácter extraordinario y debe ser objeto de una interpretación restrictiva.

En este caso, la celebración del contrato fue motivada por la realización de un servicio de emergencia, premisa que fue declarada expresamente y aprobada por la propia Administración en su Decreto de 2 de julio de 2020 al disponer *«Tramitar por el procedimiento de emergencia el expediente del contrato de servicio de inclusión social de personas mayores, destinado a combatir el aislamiento en las zonas dispersas de Arico y Anaga con la entidad (...)»*.

El art. 120 LCSP dispone *«1. Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen excepcional:*

a) El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente de contratación, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria.

b) Si el contrato ha sido celebrado por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales, se dará cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de treinta días.

c) El plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo previsto en la letra a). Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.

d) Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se observará lo dispuesto en esta Ley sobre cumplimiento de los contratos, recepción y liquidación de la prestación.

En el supuesto de que el libramiento de los fondos necesarios se hubiera realizado a justificar, transcurrido el plazo establecido en la letra c) anterior, se rendirá la cuenta justificativa del mismo, con reintegro de los fondos no invertidos.

2. Las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley».

En el marco de estas previsiones, debe compartirse la tesis que lleva a la Administración a revisar de oficio aquel contrato por omisión total y absoluta del procedimiento de contratación correspondiente, pues la decisión adoptada al respecto no hallaba cobertura en el anterior precepto, toda vez que la declaración de emergencia no se encontraba justificada.

La efectiva ausencia de esta premisa no solo consta en el expediente, sino que fue puesta de manifiesto de modo expreso y descrita de un modo detallado en el informe del Centro Gestor emitido el 6 de octubre de 2020, en el que, entre otros extremos, se recoge:

« (...) Cuarta.- Al suponer la tramitación de emergencia un sacrificio de los principios de concurrencia, publicidad y no discriminación, que ceden ante la concurrencia de imperiosas razones de interés general, la doctrina jurisprudencial ha venido interpretando de forma restrictiva la regulación de dicho procedimiento de contratación. En este sentido, en el Informe 20/03, de 20 de junio de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se cita a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1987, según la cual “ (...) el examen de los supuestos de hecho determinantes de la aplicación de este régimen excepcional ha de ser hecho con un criterio de rigor por el riesgo que implica de no preservar adecuadamente el principio básico que anima a toda la contratación administrativa de garantizar la igualdad de oportunidades de los administrados asegurando de paso, con ello, la moralidad administrativa <<añadiendo que>> no basta la existencia de un acontecimiento de excepcional importancia del que dimana la situación que las medidas en cuestión afrontan, sino que lo que ampara la normativa de emergencia es una actuación administrativa inmediata, absolutamente necesaria para evitar o remediar en lo posible las consecuencias del suceso en cuestión (...) ».

Quinta.- Según se desprende del Decreto del Presidente número 901, de fecha 2 de julio de 2020, la contratación del presente servicio se tramitó mediante procedimiento de emergencia al considerar que “ (...) la prestación objeto de este contrato resulta esencial

para el interés público, teniendo en cuenta los perjuicios que su desaparición o interrupción ocasionaría a las personas usuarias de este servicio”.

No obstante, atendiendo a lo expuesto en el apartado anterior, se ha de considerar que:

Si desde el 1 de julio de 2018 se ha venido prestando el servicio de inclusión social que atiende a las personas mayores con las acciones descritas en el antecedente segundo de este informe, atendiendo a lo recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1987 se ha de tener en cuenta que “ (...) no basta la existencia de un acontecimiento de excepcional importancia del que dimana la situación que las medidas en cuestión afrontan, sino que lo que ampara la normativa de emergencia es una actuación administrativa inmediata, absolutamente necesaria para evitar o remediar en lo posible las consecuencias del suceso en cuestión (...) ”.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, se concluye que habiéndose venido prestando desde el 1 de julio de 2018 el servicio para la ejecución del plan de inclusión social de mayores residentes en zonas aisladas de la Isla, mediante el contrato suscrito con la entidad mercantil (...) y (...), en el marco del encargo realizado por el Cabildo Insular de Tenerife a favor de (...), para la ejecución del programa ANSINA, y en el cual se recogía que su vigencia finalizaría el 1 de julio de 2020, por el órgano de contratación se debió actuar con la debida diligencia para llevar a cabo la tramitación de una nueva contratación mediante un procedimiento ordinario».

Efectivamente, en relación con los presupuestos de la contratación de emergencia se ha pronunciado este Consejo Consultivo, entre otros, en su Dictamen 231/2016, de 15 de julio, en el que se señalábamos (si bien referida a la normativa anterior, pero igualmente aplicable a la vigente):

«La emergencia a la que se refiere el precepto se encuentra definida en el art. 113.1 TRLCSP, que hace referencia a aquellos supuestos en los que la Administración ha de actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional. A este respecto, ha señalado el Tribunal Supremo que no basta la existencia de un acontecimiento de excepcional naturaleza del que dimana la situación que las medidas en cuestión afrontan, sino que lo que ampara la normativa de emergencia es «una situación urgente objetivamente evaluable y no apreciada de modo subjetivo por el órgano de contratación, de modo que responda la urgencia a razones de interés público que se acrediten de modo razonable y con criterios de lógica o que se demuestra la necesidad inaplazable de tramitar el procedimiento con la urgencia que requiera, para que de ese modo no se altere de modo injustificado el procedimiento ordinario de contratación que la Ley prevé como garantía del interés público»

(STS de 27 de febrero de 2008, RJ 2008/1960, y STJ de Cantabria, de 12 de noviembre de 2013, JUR/2014/16097)».

De lo anterior se concluye que, la declaración de emergencia, con la consiguiente omisión de los trámites correspondientes a un expediente de contratación ordinario, no encontraba amparo material ni normativo, lo que supone una actuación administrativa calificable como nula de pleno derecho, al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, esto es, 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, ex art. 41.1.e) LCSP.

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.

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».

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.

Además, el uso antijurídico del procedimiento de emergencia ha determinado que se adjudicara un contrato al margen de los principios de concurrencia y publicidad, actuación ésta que además de su nulidad radical ha perjudicado los intereses de otros posibles licitadores y en consecuencia no ha sido conforme al principio de equidad

Por tanto, a la vista de los razonamientos expuestos concluimos, tal y como señala la Propuesta de Resolución, que procede declarar nulo de pleno derecho el Decreto n.º 901, de 2 de julio de 2020, por el que se adjudica el contrato de servicios para la ejecución del proyecto denominado Inclusión Social de Personas Mayores, destinado a combatir el aislamiento en las zonas dispersas de Arico y Anaga, a favor de (...), y por extensión, el Decreto n.º 1064 por el que se aprueba la autorización y disposición del gasto a favor del adjudicatario y, por ende, declarar nulo de pleno derecho el contrato de servicios para la ejecución del referido proyecto.

4. Por último, y en relación con los límites a la revisión de oficio previstos en el art. 110 LPACAP, el contratista en sus alegaciones se opone a la revisión de oficio no

por la ausencia de concurrencia o no de causa de nulidad de los actos, sino por su buena fe y por haber prestado los servicios de manera correcta, argumentando:

« (...) No discutimos si el procedimiento administrativo fue o no el más adecuado, pero sí aseguramos la continuidad de respuesta a un colectivo que precisaba de atención y al que no podía dejarse sin vigilancia y asistencia en las circunstancias sanitarias que acontecían por esas fechas, por lo que Cruz Roja se limitó a ejecutar el encargo realizado por el Servicio en la forma y plazos establecidos, realizando para ello un desembolso y asignación de recursos, que entendemos deben sernos compensados. (...) ».

En relación con esta cuestión debemos traer a colación la doctrina sentada por este Consejo Consultivo en el Dictamen 80/2020, de 3 de marzo, en cuyo Fundamento IV se exponía lo siguiente:

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

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

3. En primer lugar, en este supuesto la Administración no puede prescindir de la toma en consideración de los derechos adquiridos por la contratista que le ha suministrado productos farmacéuticos a satisfacción y cuyo importe no ha sido abonado.

La PR así lo reconoce, a partir de la constatación de la efectiva realización a satisfacción del suministro en su día solicitado; y para cumplimentar tal obligación de pago opta por declarar la nulidad del contrato verbal irregularmente convenido.

El art. 42.1 LCSP establece que «la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo

contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido». Sin embargo, la PR no reconoce el derecho del suministrador a percibir los intereses moratorios que se hubiesen generado, con desconocimiento así de la última rúbrica del antecitado precepto.

El art. 1089 del Código civil dispone que «las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia»; en este caso la obligación de indemnizar se basa en el proceder ilícito de la Administración, expresamente reconocido por la Ley. El no reconocimiento de esta obligación de indemnizar provocaría un enriquecimiento injusto de la Administración sanitaria.

4. En relación con esta cuestión, este Consejo Consultivo ha señalado que «en lo que específicamente se refiere al enriquecimiento injusto cabe señalar que para que concurra en el ámbito administrativo resulta necesaria la concurrencia de la totalidad de los requisitos jurisprudencialmente exigidos: enriquecimiento patrimonial para una de las partes, con el consiguiente empobrecimiento para la otra, relación de causalidad entre ambos, y el más importante de los mismos: la falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento» (DCCCC n.º 38/2014, 89/2015, 102/2015 y el reciente 267/2018, de 7 de junio, entre otros). Estos requisitos concurren en este caso, y la Propuesta de Resolución apenas nada señala sobre este particular, a salvo una escueta mención referida a los requisitos legalmente exigibles para indemnizar por daños y perjuicios a la interesada. Pero la respuesta a la eventual consecuencia de un enriquecimiento injusto no puede limitarse a la mera devolución del coste de lo suministrado, pues la aplicación del principio de plena indemnidad debe extender la reparación a cualquier daño añadido imputable a la actuación irregular de la Administración.

Es por ello por lo que venimos afirmando en anteriores supuestos similares a éste, que la revisión de oficio que plantea la PR atenta contra el derecho del suministrador a la percepción, también, de los intereses moratorios generados por la irregular actuación y el consiguiente retraso en el pago por parte del SCS, lo que no le reconoce la Propuesta que se dictamina. En tal circunstancia, el ejercicio de la facultad revisora resultaría contrario a los derechos del suministrador, por lo que «no podrá ser ejercida» (110 LPACAP).

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

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

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

En la primera fase habrá de comprobarse que en el caso concreto se haya manifestado una situación de prescripción de acciones o de significativo transcurso del tiempo, o bien que esté presente cualquier otra circunstancia de alguna manera conectada con la revisión de oficio pretendida.

Pues bien, entrando en la primera de estas fases de análisis, en el supuesto que se dictamina la utilización del instituto de la revisión de oficio se ve rodeada de una serie de singulares circunstancias que la deforman sobremedida, desbordando el marco de su propia definición conceptual o alterando su finalidad legalmente fijada. La revisión de oficio constituye un instrumento excepcional para que la propia Administración autora de un acto o disposición pueda en todo momento privarlos de validez y efectos cuando los considere afectados por una causa de nulidad de pleno derecho. Tiene, pues, la revisión de oficio una función depuradora, para excluir del mundo del derecho los actos viciados de nulidad; cuando tal objetivo de limpieza jurídica concluye, al declararse la nulidad, el procedimiento instruido al efecto concluye.

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

Aquí la revisión de oficio se incardina en un procedimiento de convalidación de gasto, para dar salida legal al pago debido al suministrador; se convierte así en un trámite más al servicio de tal procedimiento. No se revisa de oficio, propiamente, para eliminar del sistema jurídico unos actos viciados, sino para convalidar un contrato verbal, dotándolo de efectos

amparados en la ley; y este objetivo se alcanza por el juego del artículo 42.1 LCSP, que sirve de broche de cierre de la operación de convalidación del gasto.

Ese es el propósito claramente manifestado por la PR, en la línea ordenada por las Instrucciones del SCS que vienen aplicándose al menos desde 2004. El instituto de la revisión de oficio queda así desdibujado en su concepto y en su finalidad propios, tal como se regula en los artículos 106 y siguientes LPACAP; es por ello que puede afirmarse que la descrita utilización podría constituir un supuesto de fraude de ley.

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

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

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

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

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

Esta doctrina resulta plenamente aplicable al caso que nos ocupa, operando, en consecuencia los límites a la revisión de oficio, por cuanto del expediente se ha revelado la buena fe del contratista amparada por una apariencia de buen derecho de la contratación. En este sentido, cabe señalar, que la contratación se materializó mediante Decreto de 2 de julio de 2020, por el que se acordaba *«Tramitar por el procedimiento de emergencia el expediente del contrato de servicio de inclusión social de personas mayores, destinado a combatir el aislamiento en las zonas dispersas de Arico y Anaga con la entidad (...)»*, el cual fue debidamente notificado a la contratista y a cuyo amparo realizó a plena satisfacción la prestación encomendada. Además de este decreto se dio cuenta y se ratificó por el Pleno del Cabildo. Por todo ello teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, procede considerar en este concreto caso la buena fe del contratista como límite a la facultad revisora de la Administración.

Como complemento a lo anterior, se ha de reiterar, tal como se ha expuesto en el Dictamen transcrito, que el uso abusivo y habitual de estas prácticas podrían derivar en un fraude de ley, proscrito por el ordenamiento jurídico.

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

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad del Decreto n.º 901 de fecha 2 de julio de 2020, por el que se adjudica el contrato de servicios para la ejecución del proyecto denominado *«Inclusión Social de Personas Mayores»* destinado a combatir el aislamiento en las zonas dispersas de Arico y Anaga a favor de (...); y del Decreto n.º 1064 por el que se aprueba la autorización y disposición del gasto a favor del adjudicatario, no se considera conforme a Derecho porque opera como límite a la revisión de oficio la buena fe del contratista, de acuerdo con los argumentos contenidos en el Fundamento III de este Dictamen. En consecuencia, se dictamina desfavorablemente la declaración de nulidad pretendida.