Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 3 3 / 2 0 2 4

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 9 de mayo de 2024.

Dictamen solicitado por la Sra. Presidenta del Instituto de Atención Social y Sociosanitaria del Cabildo de Gran Canaria (IASSGC) en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de declaración de la nulidad de la contratación verbal del «SUMINISTRO DE LAVAVAJILLAS DE ARRASTRE DE CESTO PARA EL C.S. EL PINO» (EXP. 179/2024 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Presidenta del Instituto de Atención Social y Sociosanitaria del Cabildo de Gran Canaria (IASSGC), es la Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de declaración de la nulidad de la contratación verbal del «*SUMINISTRO DE LAVAVAJILLAS DE ARRASTRE DE CESTO PARA EL C.S. EL PINO*».

2. En cuanto a la legitimación de la Presidenta del IASSGC, si bien, de partida, no figura expresamente prevista entre las personas legitimadas para solicitar el dictamen de este Consejo Consultivo, atendiendo al art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), sin embargo, con carácter general nuestra doctrina -expresada, entre otros, en los Dictámenes 201/2005, de 14 de julio, 484/2012, de 18 de octubre, 381/2015, de 16 de octubre, o 405/2020, de 14 de octubre, emitidos a solicitud de distintos presidentes de entes u organizaciones instrumentales dotadas de personalidad jurídica propia y/o autonomía orgánica y funcional-, ha admitido interpretar extensivamente el art. 12.3 LCCC en el sentido de considerar que la autoridad legitimada para solicitar el correspondiente dictamen es la que ostente la representación legal del mismo, cuando se trate de

[*] **Ponente: Sr. Belda Quintana.**

organizaciones con personalidad jurídica propia y funcionamiento autónomo, siempre que su eventual adscripción orgánica no lesione su autonomía funcional.

Por lo que, en el presente caso, no existe objeción para admitir que se solicitara el dictamen por la Presidenta del IASSGC, en tanto que tiene conferida la representación legal de dicho organismo, en virtud de lo establecido en los Estatutos del Consorcio [art. 13.a) de los Estatutos del IASSGC].

3. La preceptividad del dictamen y la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo resultan de lo previsto en los arts. 11.1.D.b) y 12.3 LCCC, en relación con el art. 41 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) precepto que es de aplicación toda vez que la contratación que se pretende declarar nula fue iniciada con posterioridad a su entrada en vigor.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1 LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor.

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 (RGLCAP), también de carácter básico.

4. En este procedimiento se ha otorgado preceptivo trámite de vista y audiencia a la empresa contratista, que no presentó escrito de alegaciones.

Este Consejo Consultivo en su Dictamen 72/2023, de 1 de marzo, seguido, entre otros, por los Dictámenes 170/2023, de 20 de abril, 318/2023, de 20 de julio, 386/2023, de 5 de octubre, 412/2023, de 19 de octubre, 452/2023, de 7 de noviembre y 533/2023, de 21 de diciembre, ha considerado que el dictamen debe ser preceptivo haya o no oposición del contratista, en los casos de ausencia de actos administrativos preparatorios o de adjudicación del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 106.1 LPACAP, por remisión del art. 41 LCSP.

Asimismo, de conformidad con lo previsto en el art. 106.1 LPACAP, es preciso que el dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si el dictamen no lo considera así.

5. La regulación del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP, puesto que el art. 41.1 LCSP, en relación con la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas viciados de nulidad, remite a la regulación que del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP. Esta remisión normativa efectuada por el art. 41.1 LCSP a la legislación estatal en materia de procedimiento administrativo común, nos conduce a la aplicación de los arts. 106 a 111 LPACAP.

El art. 106.1 LPACAP contempla la revisión de oficio de los actos administrativos nulos; permitiendo a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo dictamen favorable del órgano consultivo autonómico, declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 47.1 LPACAP.

Este artículo no contempla un procedimiento específico para la tramitación de los expedientes de declaración de nulidad, por lo que se entienden aplicables las normas recogidas en el título IV de la LPACAP («*De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común*»), con la especialidad exigida por el art. 106, que establece como preceptivo el previo dictamen favorable del órgano consultivo que corresponda.

6. En cuanto a la competencia para resolver el presente procedimiento le corresponde al órgano de contratación, en virtud de lo previsto en el art. 41.3 y en la Disposición adicional 2.ª LCSP, que, en el presente caso se ha delegado en la Presidencia del IASSGC. En este sentido, se señala en el Informe-Propuesta del Servicio de Contratación del IASSGC, lo siguiente:

«De conformidad con lo dispuesto en el art. 41.3 de la LCSP serán competentes para declarar la nulidad o lesividad de los acto preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando esta no tenga el carácter de Administración Pública.

El art. 41.4 LCSP señala, asimismo, que, salvo determinación expresa en contrario, la competencia para declarar la nulidad o la lesividad se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar.

Conforme al acuerdo del Consejo Rector en su sesión extraordinaria celebrada el día 31 de julio del 2023 se aprueba la delegación de facultades en la Presidencia del IAS como órgano de contratación competente para este procedimiento».

7. En el citado Informe-Propuesta del Servicio de Contratación del IASSGC, se considera que procede la declaración de nulidad de pleno derecho del contrato que se somete a dictamen por concurrir, en la referida contratación, la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.e) LPACAP, detallando el informe del Servicio de Contratación de fecha 29 de diciembre del 2023 que el suministro ha obedecido a instrucciones y a requerimientos dados por el personal técnico del IASSGC, a pesar de que se han ejecutado sin contrato, siendo esencial para la correcta ejecución de los servicios públicos (debido a las graves averías del lavavajillas, lo que suponía la exposición a riesgos graves a los usuarios y trabajadores del centro, además de la descatalogación del equipo por parte de la empresa fabricante, lo que impedía su reparación).

8. A su vez, el art. 41.1 LCSP, en relación con la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas viciados de nulidad, remite a la regulación que del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP, especialmente en su art. 106.5 LPACAP, al disponer que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso en el que se inició la tramitación a través del Decreto 002/2024, de 4 de enero, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, plazo que se cumpliría el 4 de julio de 2024.

II

En cuanto a los antecedentes de hecho y la tramitación del presente expediente de revisión de oficio, constan en el expediente los siguientes documentos y trámites:

1. Informe de Reparo suspensivo formulado por la Intervención del IASSGC con fecha 19 de diciembre de 2023, fiscalizando desfavorablemente por encontrarnos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho del art. 47.1.e) LPACAP, debido al hecho de que el gasto ha sido realizado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido para dicho supuesto por la legislación contractual.

2. Factura emitida por la entidad (...) con NIF (...), correspondiente al suministro de un lavavajillas de arrastre de cesto para el C.S. EL Pino y por importe total de 34.022,79 euros.

3. Informe con fecha 27 de diciembre de 2023, suscrito por Servicio de Hostelería del IASSGC, en el que se constata que el suministro fue realizado y conformada la adecuada instalación del tren de lavado de arrastre de cesta, y en el que propone el inicio del expediente de revisión de oficio para la contratación de los servicios señalados y el abono del suministro realizado, y en el que se especifica, entre otras cosas que:

a) En el suministro que se recoge en las facturas presentadas por la empresa se han efectuado todas las prestaciones correspondientes al suministro de un lavavajillas de arrastre de cesto.

b) El suministro ha obedecido a instrucciones y a requerimientos dados por el personal técnico del IASSGC, a pesar de que se han ejecutado sin contrato. Este suministro es esencial para la correcta ejecución de los servicios públicos.

c) El suministro e instalación han superado el juicio técnico de calidad y se han producido de manera satisfactoria.

d) Y la factura recoge precios de mercado y no están por encima de los técnicamente asumibles por una Administración pública responsable.

e) La imposibilidad de restauración recíproca de las prestaciones.

4. Informe-Propuesta del Servicio de Contratación de fecha 29 de diciembre de 2023 en el que se determina que *« (...) En el presente caso, dadas las graves averías del lavavajillas, lo que suponía la exposición a riesgos graves a los usuarios y trabajadores del centro. Además, de la descatalogación del equipo por parte de la empresa fabricante, lo que impedía su reparación, no siendo posible la restitución recíproca de las prestaciones al haberse aplicado a los fines del servicio público y, habiendo sido ejecutados a satisfacción del IASSGC, procede el abono al proveedor por el suministro de un lavavajillas de arrastre de cesto por un importe total de 34.022,79€»,* proponiéndose que se inicie el procedimiento de revisión de oficio para la declaración de nulidad de la contratación y el abono del suministro a la contratista.

5. Decreto 002/2024, de 4 de enero, de la Presidencia, por el que se inicia el expediente de revisión de oficio para la declaración de nulidad de la contratación verbal del «*SUMINISTRO DE LAVAVAJILLAS DE ARRASTRE DE CESTO PARA EL C.S. EL PINO*» en el mes de noviembre del 2023.

6. Con fecha 9 de enero del 2024, se notifica al proveedor (...), la referida Resolución con Registro de Salida n.º 2024-S-RE-156, concediéndole un plazo de DIEZ

(10) DÍAS HÁBILES para dar su conformidad o disconformidad y formular todas aquellas alegaciones y pruebas que considerase necesarias.

Transcurrido el plazo para la presentación de alegaciones, éstas no se presentan por parte de la empresa adjudicataria.

7. La Propuesta de Acuerdo declara la nulidad de pleno derecho de la contratación verbal del «*SUMINISTRO DE LAVAVAJILLAS DE ARRASTRE DE CESTO PARA EL C.S. EL PINO*» en el mes de noviembre del 2023**,** así como el abono del importe correspondiente a la factura del suministro efectuado.

8. Informe de Fiscalización previa, emitido por el Servicio de Intervención del IASSGC, de fecha 19 de marzo del 2024.

III

1. Este Consejo Consultivo, siguiendo constante y abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reiterado que la revisión de oficio supone el examen por la Administración de la legalidad de sus propios actos y en razón de los vicios e infracciones legales que le son imputables a los mismos, es decir, que por formar parte de su contenido, formal o sustantivo, le son atribuibles y susceptibles de valoración y corrección por la propia Administración autora del acto en el ejercicio de su potestad de revisión, sin que pueda extenderse al examen de la legalidad de otros actos dictados por otras administraciones no sujetos a revisión (STS 405/2020, de 14 de mayo).

La revisión de oficio implica el ejercicio de una facultad exorbitante por parte de la Administración para expulsar del ordenamiento jurídico actos firmes en vía administrativa que adolecen de vicios especialmente graves, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ésta solo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva (Dictámenes de este Consejo 302/2018, de 29 de junio y 430/2017, de 14 de noviembre, que reiteran varios pronunciamientos de este Organismo en el mismo sentido).

Por su parte, en nuestro DCCC 46/2016, de 18 de febrero, afirmábamos que *«no toda infracción del Ordenamiento jurídico conlleva la revisión de oficio, que no está prevista para corregir errores o deficiencias de la Administración, sino para suprimir*

actos administrativos contaminados con vicios graves determinantes del nacimiento del derecho o facultad (...) ».

En definitiva, *«la revisión de oficio en principio no es una técnica al servicio de la instrucción de una "causa general" respecto de determinado procedimiento, sino el instrumento que permite anular actos con vicios de orden público, que son los que la ley califica como causas de revisión, debidamente interpretadas en función de las circunstancias del caso, la conducta de los interesados y la actuación de la Administración»* (DCCC 449/2017, de 5 de diciembre).

2. En relación con la causa establecida en el art. 47.1.e) LPACAP, este Consejo Consultivo ha manifestado, por ejemplo, en el reciente Dictamen 145/2024, de 21 de marzo, emitido a solicitud también de la Presidencia del IASSGC (con cita de los Dictámenes 8/2021, de 15 de enero, 489/2021, de 14 de octubre y 161/2020, de 1 de junio), lo siguiente:

«El art. 62.1, e) LRJAP-PAC configura como una causa de nulidad el que los actos sean dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Como las causas de nulidad radical o absoluta de los actos administrativos son tasadas, tienen carácter excepcional y han de interpretarse de forma estricta, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es especialmente restrictiva en cuanto a la aplicación de esa causa de nulidad, ya que el empleo por la Ley de los dos adverbios "total y absolutamente" impone que los defectos formales necesarios para aplicar esta nulidad radical deben ser de tal dimensión que es preciso que se haya prescindido de modo completo y absoluto del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de sus trámites. La omisión de algún trámite se equipara a la omisión total del procedimiento cuando tiene la naturaleza de esencial en los supuestos en que haya causado indefensión material al interesado (para lo cual habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por la omisión del trámite). También se equipara a la omisión total si los trámites incumplidos, de haberse observado, habrían determinado un acto de contenido distinto. Consúltense al respecto las SSTS de 23 febrero de 2016; de 26 enero de 2016; de 24 enero de 2014; de 27 junio de 2012 y de 25 abril de 2002 (...) ».

También hemos señalado en los DCCC 84/2014, de 17 de marzo, y 258/2020, de 25 de junio, que *«(L)a interpretación jurisprudencial de este precepto considera que se está ante esta causa de nulidad no sólo cuando el acto se dicta prescindiendo de todo procedimiento, sino también cuando se dicta a través de un procedimiento que no es el previsto legalmente; o cuando, aun siguiendo el procedimiento debido, se omiten trámites esenciales de éste que causan indefensión absoluta a los*

interesados». Véanse por todas las SSTS de 25 de abril de 2002 y de 27 de junio de 2012.

3. En el presente caso, de los informes obrantes en el expediente se desprende que el suministro ha obedecido a instrucciones y a requerimientos dados por el personal técnico del IASSGC, a pesar de que se ha ejecutado sin contrato, siendo esencial para la correcta ejecución de los servicios públicos (debido a las graves averías del lavavajillas, lo que suponía la exposición a riesgos graves a los usuarios y trabajadores del centro, además de la descatalogación del equipo por parte de la empresa fabricante, lo que impedía su reparación), por lo que se considera que procede la declaración de nulidad de pleno derecho de dicha contratación por concurrir la causa de nulidad establecida en el artículo 47.1.e) LPACAP en relación con el art. 39.1 LCSP.

Por consiguiente, se aprecia que, en efecto, la causa que se imputa como determinante de la nulidad de pleno derecho del contrato en virtud del cual se ha realizado el suministro por la entidad interesada, es haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para contratar, al instrumentalizarse dicha contratación verbalmente, por lo que se reputa nula conforme a lo previsto en los arts. 39.1 LCSP y 47.1.e) LPACAP, incumpliéndose de forma palmaria y evidente la normativa y principios de la LCSP sobre licitación y adjudicación de contratos -particularmente lo dispuesto en el art. 37.1 LCSP, que prohíbe la contratación verbal salvo los supuestos de los contratos de emergencia-**,** toda vez que se ha procedido a recibir la prestación del suministro sin la previa tramitación del oportuno procedimiento de contratación a tal efecto.

Además, tal infracción del Ordenamiento Jurídico no puede ser imputable al tercero, que ha realizado la prestación de buena fe, sino únicamente a la propia Administración, que justifica su actuación debido, como se dijo, a la avería del anterior lavavajillas, lo que suponía la exposición a riesgos graves a los usuarios y trabajadores del centro, además de la descatalogación del equipo por parte de la empresa fabricante, lo que impedía su reparación.

Por todo ello, habiéndose desarrollado el suministro a entera satisfacción del órgano gestor, la Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho.

4. En cuanto a los efectos económicos de la declaración de nulidad de la contratación, con relación ahora a la factura a la que se refiere este procedimiento concreto, ha de estarse a lo señalado en el Dictamen 265/2019, esto es, a lo dispuesto en el art. 42.1 LCSP, que prescribe 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».

Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que, vinculadas a esta práctica irregular de contratación pública, pudieran derivarse para el personal al servicio de las Administraciones públicas [disposición adicional vigésima octava de la LCSP].

Como se ha señalado en múltiples ocasiones por este Consejo Consultivo, 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).

En el presente caso la reparación integral del daño al contratista coincide con la totalidad del importe de la factura en su momento presentada, lo que incluye la totalidad del precio del contrato efectivamente ejecutado. En este sentido, como manifestamos en el citado Dictamen 318/2023, de 20 de julio, y en el Dictamen 386/2023, de 5 de octubre, la finalidad del procedimiento indemnizatorio es la reparación integral del daño causado de forma que los interesados vuelvan a la misma situación patrimonial que tenían antes del acaecimiento del hecho lesivo, sin

que haya enriquecimiento injusto para ninguna de las partes, tal y como detallamos extensamente en el citado Dictamen 318/2023 de 20 de julio.

De todo lo expuesto cabe concluir que en los supuestos, como en el presente caso, en que la contratista ha manifestado buena fe, prestando el suministro a satisfacción de la Administración, aun concurriendo causa de nulidad al haberse dictado los actos preparatorios del contrato de referencia, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, tal como prevé el art. 47.1, letra e) LPACAP, en relación con el art. 39.1 LCSP, se debe pagar a la contratista en idéntica cuantía al coste del suministro efectuado, por lo que hay que concluir que la Propuesta de Resolución debe liquidar el contrato por la cantidad igual al coste del suministro efectivamente realizado.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, por la que se pretende la declaración de nulidad de la contratación verbal del «*SUMINISTRO DE LAVAVAJILLAS DE ARRASTRE DE CESTO PARA EL C.S. EL PINO*» a la entidad (...), por importe total de 34.022,79 euros, es conforme a Derecho, dictaminándose favorablemente, en virtud de los razonamientos expuestos en el Fundamento III del presente Dictamen, por lo que procede su revisión de oficio.