Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 8 0 / 2 0 2 4

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 5 de septiembre de 2024.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio para la declaración de nulidad de la prestación del servicio consistente en «certificación sello EFQM 2020 y acceso a la plataforma de evaluación EFQM» realizado por la empresa (...), por importe de 7.700,00 € (IGIC excluido) (EXP. 499/2024 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias el 26 de julio de 2024, con registro de entrada en este Consejo consultivo el mismo día, tiene por objeto el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio para la declaración de nulidad de la prestación del servicio de «*certificación sello EFQM 2020 y acceso a la plataforma de evaluación EFQM*», cofinanciado en el marco del Programa Canarias Feder 2021-2027.

2. La legitimación del Presidente del Gobierno de Canarias para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para Consejo Consultivo de Canarias (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 2017 (LCSP) norma básica aplicable al presente supuesto porque el contrato que se pretende declarar nulo fue iniciado con posterioridad a su entrada en vigor.

[*] **Ponente: Sra. de León Marrero.**

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

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria de la 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 este caso, se ha otorgado el trámite de vista y audiencia a la empresa prestadora del servicio quien, mediante escrito presentado en fecha 14 de marzo de 2024, manifiesta su conformidad a la declaración de nulidad del contrato administrativo.

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.

4. 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 procedimiento de revisión de oficio que 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.

5. Por lo que se refiere al órgano competente para incoar y resolver el procedimiento, en la Propuesta de Resolución se indica que le corresponde al órgano de contratación, que en este caso es la Dirección General de Transformación Digital de los Servicios públicos.

Sin embargo, la competencia para incoar y resolver el procedimiento de revisión de oficio corresponde a la persona titular del Departamento competente de conformidad con lo previsto en el art. 29.1, letra g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, de conformidad con lo dispuesto en el art. 41.3 LCSP.

La competencia para resolver el presente procedimiento está regulada en el art. 41.3 LCSP. Dicho precepto atribuye esta competencia al órgano de contratación, sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas establezcan sus normas respectivas. El art. 29.1.g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias dispone que corresponde a los consejeros incoar y resolver los expedientes de revisión de oficio de los actos del propio Departamento.

Efectivamente, como ha sostenido este Consejo en sus recientes Dictámenes 272, 273, 274, 275 y 276/2024, todos de 4 de junio, esta competencia se atribuye por el ordenamiento jurídico autonómico a la persona titular de la Consejería competente, por aplicación de lo previsto en el art. 29.1, letra g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, que atribuye al titular de cada Departamento la competencia para «*resolver los expedientes de revisión de oficio de los actos del propio Departamento*»-. Así, hemos manifestado lo siguiente:

«El Pleno de este Consejo Consultivo coincide con este criterio, teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en su Sentencia 68/2021, de 18 de marzo [FJ

9.b), conforme a la cual la determinación del órgano autonómico competente para iniciar y resolver estos procedimientos es de la competencia exclusiva autonómica. Reza así la Sentencia: «b) En relación con el régimen de invalidez, el art. 41.3 (capítulo cuarto, título primero, del libro primero LCSP) regula el órgano competente para resolver la revisión de oficio en materia de contratación pública. En primer lugar, el precepto establece la regla general según la cual para determinar el órgano competente se estará «para el ámbito de las comunidades autónomas [a lo que] establezcan sus normas respectivas». Es decir, la Ley de contratos del sector público atribuye expresamente a las comunidades autónomas la decisión de determinar el órgano competente para llevar a cabo la revisión de oficio, de acuerdo con su potestad de autoorganización. En segundo lugar, «sin perjuicio» de lo que establezcan las comunidades autónomas para su ámbito, establece unos criterios para determinar los órganos competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos a los que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 41 LCSP: (i) «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»; (ii) «si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria»; (iii) «en el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, presidente o director de la entidad que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando esta no tenga el carácter de administración pública» y (iv) «en el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la subvención primeramente concedida». En tercer lugar, establece una regla común que condiciona la elección del órgano competente, y es que «en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa» (inciso inicial, párrafo primero del art. 41.3 LCSP). El tribunal considera que no estamos ante un supuesto de establecimiento de una norma supletoria como alega la parte 7 recurrente. El precepto debe interpretarse en el sentido de que la única previsión de carácter básico y común para el conjunto de las administraciones públicas es el inciso que exige «atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa». Este precepto debe estimarse como dictado al amparo del título competencial del Estado en materia de régimen básico de las administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), que condiciona la potestad de organización autonómica dada la singular naturaleza de la institución de la revisión de oficio. La cláusula «sin perjuicio» permite entender que los restantes criterios para determinar el órgano competente –inciso final del párrafo primero y el párrafo segundo–, no tienen carácter básico y son aplicables únicamente a la administración general del Estado».

En consecuencia, en aplicación de esta doctrina, compete a la Comunidad Autónoma en virtud de su potestad de autoorganización [arts. 61.1, b), 104 y 106 del Estatuto de Autonomía, en relación con el art. 149.1.18º CE] la determinación del órgano competente para resolver los procedimientos de revisión de oficio en materia de contratación pública. De esta manera y en aplicación del art. 29.1, letra g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, se atribuye al titular de cada Departamento esta competencia.

Por tanto, la Resolución que concluya el procedimiento administrativo de revisión de oficio debe ser adoptada por la persona titular de la Consejería, debiendo, por tanto, subsanarse la Propuesta de Resolución en este sentido.

6. En la Propuesta de Resolución, la Administración autonómica afirma la nulidad de pleno derecho de la contratación por incurrir en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), al que se remite el art. 39.1 LCSP.

Por tanto, la causa de nulidad invocada es la prevista en el art. 47.1 e) LPACAP, que dispone que serán actos nulos: «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».

7. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver, 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, que dispone que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso (se inició por Resolución de 27 de febrero de 2024 de la Directora General de Transformación Digital de los Servicios Públicos), el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, plazo que se cumplió el día 27 de agosto de 2024, por lo que se ha incurrido en caducidad al haber transcurrido el citado plazo, cuestión que será desarrollada posteriormente.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de revisión de oficio son los siguientes:

1. Con fecha 19 de febrero de 2024 el Responsable del proyecto emite informe justificativo sobre la prestación del servicio de referencia, realizado durante el año 2023, en el que, en síntesis, se expone lo siguiente:

« (...) "De acuerdo con lo establecido en la memoria justificativa del contrato número 23 027 SR AM CM, el presupuesto base de la contratación ascendía a ocho mil doscientos treinta y nueve euros (8.239 €) impuestos incluidos, con cargo a la partida presupuestaria 08 24 491A 640 03, proyecto 236G0023, y que por sus características era idóneo a ser cofinanciado al 85% porque cumplía con los criterios de cofinanciación del Programa Canarias FEDER 2021-2027. En concreto, dentro de los objetivos de este programa de financiación:

Objetivo político 1: "Una Europa más competitiva e inteligente". Prioridad 1A "Transición digital e inteligente". Objetivo específico RSO 1.2: "El aprovechamiento de las ventajas de la digitalización para los ciudadanos, las empresas, las organizaciones de investigación y las administraciones públicas".

Actuación: Administración Electrónica.

Además, se verificó que existía crédito presupuestario en la pila 236G0023 "Transformación digital e innovación tecnológica de los servicios públicos".

(...) "La empresa adjudicataria de ejecutar las tareas fue Club Excelencia en Gestión, y que realizó las tareas de auditoría para la certificación del sello EFQM a partir de la documentación que había preparado la DGTDSP. En particular se ha conseguido los siguientes logro estipulado del Sello EFQM 300, con una puntuación de 367 puntos".

(...) "La causa que motiva la nulidad deviene de la omisión del pronunciamiento de la Dirección General de Planificación y Presupuesto, previsto en el artículo 28.1 de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023"».

2. Según consta en la Propuesta de Resolución, con fecha 21 de febrero de 2024 la Jefa del Servicio de Régimen Jurídico y Asuntos Generales emite informe sobre el servicio de «*certificación sello EFQM 2020 y acceso a la plataforma de evaluación EFQM, cofinanciado en el marco del Programa Canarias Feder 2021-2027*», que asciende a un importe de ocho mil doscientos treinta y nueve (8.239,00), impuestos incluidos, correspondientes a la anualidad 2023. Dicho informe no obra en el expediente remitido a este Consejo Consultivo.

No obstante, en el informe preceptivo emitido por los Servicios Jurídicos se hace referencia al contenido del citado informe, del que se extraen los siguientes datos relevantes:

- *«Consta Resolución número 81/2023, dictada por el Director General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías con fecha 5 de mayo de 2023, cuyo resuelvo es del siguiente tenor:*

"Primero.- Autorizar y comprometer el gasto correspondiente a la contratación del servicio de certificación sello EFQM 2020 y acceso a la plataforma de evaluación EFQM, por importe de ocho mil doscientos treinta y nueve (8.239,00) euros, impuestos incluidos, existiendo crédito presupuestario para atender a las obligaciones que se deriven del mismo con cargo a la partida presupuestaria 08 24 491A 640 03, proyecto 236G0023, "Transformación digital e innovación tecnológica de los servicios públicos", cofinanciado en el marco del Programa Canarias FEDER 2021-2027. Objetivo Político 1 "Una Europa más competitiva e inteligente". Prioridad 1A "Transición digital e inteligente". Objetivo específico 1.ii "El aprovechamiento de las ventajas de la digitalización para los ciudadanos, las empresas, las organizaciones de investigación y las administraciones públicas". Actuación, Administración Electrónica.

Segundo.- Adjudicar al Club Excelencia en Gestión, con NIF. (...), la contratación menor del servicio de certificación sello EFQM 2020 y acceso a la plataforma de evaluación EFQM.

Tercero.- El contrato tendrá un plazo de ejecución desde el día siguiente a la notificación de la presente Resolución hasta el 31 de diciembre de 2023.

Cuarto.- Se certificará la prestación con el conforme en la factura presentada por la empresa. El pago se realizará contra factura, que se presentará en formato electrónico y habrá de reunir los requisitos exigidos en la normativa vigente aplicable.

Quinto.- Designar a (...), Director del Servicio de Informática, como responsable-supervisor del contrato menor del del servicio de certificación sello EFQM 2020 y acceso a la plataforma de evaluación EFQM". (...) .

2. Consta que, con fecha 28 de abril de 2023, se remitió solicitud a la Dirección General de Planificación y Presupuestos, de conformidad con lo establecido en el art. 28.1 de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias.

No obstante, hay que poner de manifiesto que, conforme a dicho precepto legal, el pronunciamiento de la DGPP debe tener carácter previo a la adquisición de cualquier compromiso de gasto que se haya de efectuar con cargo a créditos presupuestarios cofinanciados con los programas regionales FEDER 2021 – 2027.

Si bien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 52.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, si el vicio consistiese en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente, en este caso, no se ha producido la emisión del pronunciamiento a que se refiere el artículo 28.1 de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para el 2023».

III

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

1. El presente procedimiento se inició por Resolución n.º 54/2024, de fecha 27 de febrero, de la Directora General de Transformación Digital de los Servicios Públicos.

2. Con fecha 12 de marzo de 2024, la empresa (...), expresa su conformidad a la declaración de nulidad del contrato administrativo.

3. Con fecha 30 de abril se emite informe por los Servicios Jurídicos acerca de la legalidad de la declaración de nulidad del contrato administrativo, en el cual se advierte de la existencia de discrepancia en la valoración económica de la prestación realizada y se solicita se aclare la misma, al señalar:

«Al respecto, deberá quedar debidamente aclarado en el expediente que se tramita en ese Centro Directivo la aparente discrepancia entre la valoración económica de la prestación que consta en el Informe del responsable del proyecto: 8.239,00 €, que coincide con el importe previsto en la Resolución de adjudicación y con el documento contable RC aportado; y la factura a la que se hace referencia en los documentos del expediente, entre ellos, en la conformidad del contratista, cuyo importe es de 7.700,00 euros. A dicha factura se alude, p.ej., en el Informe de 21 de febrero de 2024 de la Jefa de Servicio , como sigue: "- Factura número 9 de febrero de 2024, por importe de 7.700,00 € (IGIC incluido), en concepto "Nulidad, Evaluación Sello EFQM SubCriterio 26-250 Presencial – Ejercicio 2023"».

Y en cuanto a la causa de nulidad en la que se sustenta el procedimiento de revisión de oficio, se llega a la conclusión de que *«en el presente caso no consta con evidencia en el expediente remitido, que la Resolución número 81/2023, de 5 de mayo, dictada por el Director General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías por la que se adjudicó el contrato, incurra en la referida causa de nulidad radical del artículo 47.1.e) Ley 39/2015»,* y ello por lo siguiente:

«"Pues bien, en el caso que nos ocupa y con la documentación trasladada a este Servicio Jurídico, se desconoce si se siguieron los trámites a los que se refieren los artículos 118 y

131.3 LCSP y en particular, si fue emitido el informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales para que el contrato sea calificado como menor".

Respecto a la hipotética omisión de tal informe preceptivo del artículo 118.2 LCSP, así como de la omisión constatada del informe preceptivo exigido por el artículo 28.1 de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma Canaria para 2023, se ha de indicar que, en principio, son meras causas de anulabilidad convalidables (artículo 52.1 Ley 39/2015)».

4. El 24 de julio de 2024 se dicta Propuesta de Resolución de la Directora General de Transformación Digital de los Servicios Públicos por la que se propone:

«1º Declarar la nulidad del contrato administrativo relativo a la prestación del servicio del Análisis de autoevaluación y preparación de documentación para certificación de excelencia EFQM para la extinta Dirección General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías, ahora Dirección General de Transformación Digital de los Servicios Públicos, cofinanciado en el marco del Programa Canarias Feder 2021-2027.

2º.-Proceder al abono de la cantidad restitutoria y liquidación de la factura correspondiente a la anualidad 2023:

- Factura número 20, de 9 de febrero de 2024, por importe de 7.700,00 € (IGIC excluido), en concepto "Nulidad, Evaluación Sello EFQM SubCriterio 26-250 Presencial – Ejercicio 2023. Plataforma de Evaluación EFQM Digital".

3º.-Declarar que no procede la indemnización de daños y perjuicios.

4º.-Notificar la presente Resolución a la empresa (...), con NIF (...)».

IV

En el presente asunto, como ya se manifestó en el primer Fundamento del presente Dictamen, teniendo en cuenta la fecha de la Resolución de inicio del presente procedimiento (27 de febrero de 2024) se produjo la caducidad el día 27 de agosto de 2024, de acuerdo con lo establecido en el art. 106.5 LPACAP.

De este modo, el art. 106.5 LPACAP dispone 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 (...) ».*

El art. 95 LPACAP a su vez previene, en su apartado tercero, que «La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la

Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.

En los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado».

Una vez transcurrido el plazo de seis meses, el pronunciamiento del Consejo Consultivo solo puede ser el de apreciar la caducidad del procedimiento de revisión de oficio, de acuerdo con lo previsto en el art. 106.5 LPACAP; todo ello sin perjuicio de que la Administración pueda, en su caso, acordar nuevamente la incoación del procedimiento, al considerar que no existe limitación temporal para declarar la nulidad de pleno derecho, pudiendo también acordar, a estos efectos, la conservación de los actos y trámites practicados en el procedimiento en lo que resulte procedente.

De este modo, procede que, por la Administración que haya incoado el procedimiento, se declare la caducidad como modo de terminación del procedimiento previsto en el art. 84.1 LPACAP, acordando el archivo de las actuaciones, sin perjuicio de que se pueda iniciar uno nuevo, de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 106.1 LPACAP, en cuyo caso se le incorporarán los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad, pero debiendo cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba, audiencia al interesado y cuya Propuesta de Resolución deberá someterse al dictamen preceptivo de este Consejo.

C O N C L U S I Ó N

No procede entrar en el fondo del asunto, por cuanto el procedimiento ha caducado, al haber transcurrido el plazo previsto en el art. 106.5 LPACAP.