

D I C T A M E N 6 0 1 / 2 0 2 4

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 21 de octubre de 2024.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución de revisión de oficio para la declaración de nulidad de los suministros proporcionados por (...) de frutas y verduras con destino a las escuelas infantiles dependientes de la Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia, sitas en la isla de Gran Canaria, durante los meses de enero de 2023 a febrero de 2024, por importe de 112.888,21 € (EXP. 549/2024 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

Objeto, legitimación del solicitante del dictamen, competencia del órgano administrativo y tramitación de la revisión de oficio.

1. El presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias del Gobierno de Canarias el 12 de agosto de 2024, con registro de entrada en este Consejo Consultivo el 9 de septiembre de 2024, recae sobre la Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio para la declaración de nulidad de la prestación por parte de (...) en cuanto al suministro de frutas y verduras con destino a las escuelas infantiles dependientes de la Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia, sitas en la isla de Gran Canaria, durante los meses de enero de 2023 a febrero de 2024, por importe de 112.888,21 €.

2. La legitimación de la Excm. Sra. Consejera para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D).b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo

* Ponente: Sr. de Millán Hernández.

Consultivo de Canarias, 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.

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), porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor.

Así mismo, 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 cuanto al preceptivo trámite de vista y audiencia al contratista, procede advertir que si bien se indica en la propuesta de resolución que *«mediante Diligencia de 23 de julio del jefe de Negociado de Contrataciones de la Dirección General de Protección a la Infancia y las Familias se hace constar que la entidad no presta su conformidad a la referida declaración de nulidad»*, no consta en la documentación contenida en el expediente remitido a este Consejo, ni la notificación de la Resolución de inicio del procedimiento, otorgamiento de plazo para efectuar alegaciones, ni la referida Diligencia de 23 de julio del jefe de Negociado de Contrataciones por la que se hace constar la oposición del contratista. Trámites que deben incorporarse y aclararse en el procedimiento de revisión de oficio.

Por otro lado, el objeto de revisión de oficio, se refiere, al suministro de frutas y verduras, prestado por (...), sin que está guarde relación directa alguna con la entidad (...), ADJUDICATARIA DEL LOTE 15.

Por lo tanto, los antecedentes de hecho, de la Orden 49/2021, de 26 de enero de 2021, por la que se procede a la adjudicación de la contratación de un suministro de productos alimenticios y que se formalizó con la empresa (...) se refieren al contrato principal de la anterior adjudicataria del lote 15y o a (...).

Tampoco, la Orden 840/2022, de 27 de junio, de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud del Gobierno de Canarias, que acuerda incoar procedimiento de resolución de contrato administrativo de servicios, se

refiere a (...), que es la persona que ha venido prestando por sustitución el referido suministro del lote 15.

Ni referencia que *«no ha sido posible contactar con la empresa VELGE ALIMENTACIÓN, para la resolución de dicho contrato»*.

Por lo tanto, el acto de inicio del procedimiento para declarar la nulidad de la prestación por parte de (...), se produce con la convalidación de la resolución de la Directora General de Protección a la Infancia y las familias n.º 12618/2024.

Y afecta al periodo temporal de suministros de verduras y frutas comprendido entre enero 2023 a febrero 2024, por importe de 112.888,21 euros, sin cobertura contractual acorde con LCSP.

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.

Así mismo, 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 de revisión de oficio, se señala en la propuesta de resolución, en su consideración jurídica séptima que *«De conformidad con la normativa anteriormente citada y demás de pertinente aplicación, y en virtud del artículo 29.1. g)- en relación con el apartado e) del mismo precepto- de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, así como de conformidad con lo establecido en el art. 5.1 del Reglamento Orgánico de la Consejería de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias, aprobado por el Decreto 446/2023, de 27 de diciembre, el órgano competente para iniciar y resolver los procedimientos de revisión de oficio en materia de contratación pública corresponde a la titular de cada Departamento»*.

Efectivamente, la competencia para incoar y resolver el procedimiento de revisión de oficio corresponde a la titular de la Consejería de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias del Gobierno de Canarias, conforme a 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.

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 lo que se deberá subsanar la Propuesta de Resolución en este sentido. Siendo competente, en este caso, la Consejería de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias del Gobierno de Canarias 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, de conformidad con lo dispuesto en el art. 41.3 LCSP.

6. En la Propuesta de Resolución 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, respecto del suministro de frutas y verduras con destino a las escuelas infantiles dependientes de la Dirección General de Protección a la Infancia y las Familias, sitas en la isla de Gran Canaria, a favor de (...), son nulos de pleno Derecho, al no concurrir los requisitos legalmente previstos para la contratación menor, al superar el umbral económico y prescindiendo total y absolutamente del procedimiento de adjudicación.

7. 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 el 29 de mayo de 2024, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, plazo que se cumpliría el 29 de noviembre de 2024.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de revisión de oficio, según los hechos relatados en la propuesta de resolución, son los siguientes:

1. Según la Orden 49/2021, de 26 de enero de 2021, de la Consejera de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud del Gobierno de Canarias, por la que se procede a la adjudicación de la contratación de un suministro de productos alimenticios con destino a las Escuelas Infantiles, sitas en Tenerife, Gran Canaria y La Palma, centros dependientes de la Dirección General de Protección a la Infancia y la

Familia de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud, mediante adjudicación por procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada, se formalizó contrato con la empresa (...) como adjudicataria del lote 15. Centros Gran Canaria. Frutas y verduras.

2. Mediante Orden 840/2022, de 27 de junio de 2022, de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud del Gobierno de Canarias, se acuerda incoar procedimiento de resolución del contrato administrativo de servicios motivado por incumplimiento de la obligación principal del contrato, todo ello al amparo de lo dispuesto en los arts. 211 y 313 LCSP.

3. Para la continuidad ininterrumpida de la recepción de los suministros contemplados en el lote 15 referido a determinadas escuelas infantiles afectadas, se formalizaron para la referida continuidad de los suministros 13 expedientes de contratación menor de suministro de frutas y verduras, con destino a las escuelas infantiles dependientes de la Dirección General de Protección a la Infancia y las Familias, sitas en la isla de Gran Canaria, con (...), durante el período de enero de 2023 a febrero de 2024, ambos inclusive, que en cuantía global alcanza un importe de 112.888,21 €, con arreglo al desglose que figura en los expedientes.

Dicho importe ha sido abonado, ya que se ha procedido al pago de todas y cada una de las facturas.

4. Con motivo del control financiero permanente, con fecha 27 de marzo de 2024, la Intervención Delegada en la Consejería de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias emitió informe relativo al abono de contratos menores de suministro de frutas y verduras con destino a las escuelas infantiles dependientes de la Dirección General de Protección a la Infancia y las Familias, sitas en la isla de Gran Canaria, a favor de (...), en el que se hace constar que no queda acreditado el cumplimiento de los requisitos del contrato menor. Por ello ante las deficiencias detectadas propone las siguientes medidas correctoras:

- Acreditar el inicio del expediente de contratación del suministro de los bienes objeto de este contrato menor.

- Proceder a la declaración de la nulidad de los suministros entregados, de conformidad con lo previsto en el art. 38.b) LCSP.

III

Tramitación de la revisión de oficio y propuesta de resolución.

En lo que a la tramitación del procedimiento de revisión de oficio se refiere, constan documentados en el expediente remitido los siguientes trámites:

1. Mediante Resolución de la Directora General de Protección a la Infancia y las Familias n.º 12618/2024, de 29 de mayo de 2024, se ordenó el inicio del procedimiento para declarar la nulidad de la referida contratación al haberse llevado a cabo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

2. Según la Propuesta de resolución, mediante Diligencia de 23 de julio de 2024 del jefe de Negociado de Contrataciones de la Dirección General de Protección a la Infancia y las Familia, se hace constar que la entidad no presta su conformidad a la referida declaración de nulidad

3. Con fecha 1 de agosto de 2024 la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos emite informe sobre la declaración de nulidad del contrato.

4. El 7 de agosto de 2024 se dicta Propuesta de Resolución por el Viceconsejero de Bienestar Social por la que se propone:

«Primero.- Convalidar la Resolución de la Directora General de Protección a la Infancia y las Familias n.º 12618/2024, de 29 de mayo de 2024, por la que se resolvió iniciar el procedimiento para declarar la nulidad de las actuaciones consistentes en la prestación por parte de (...), con NIF (...), del servicio consistente en el suministros de frutas y verduras con destino a las escuelas infantiles dependientes de esta Dirección General sitas en la isla de Gran Canaria, durante los meses de enero de 2023 a febrero de 2024, ambos inclusive.

Segundo.-Declarar la nulidad de las actuaciones consistentes en la prestación por parte de (...), con NIF (...), del servicio consistente en el suministros de frutas y verduras con destino a las escuelas infantiles dependientes de esta Dirección General sitas en la isla de Gran Canaria, durante los meses de enero de 2023 a febrero de 2024, ambos inclusive, por un importe de CIENTO DOCE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO EUROS CON VEINTIÚN CÉNTIMOS (112.888,21 €), manteniendo, no obstante, la eficacia de las resoluciones dictadas, dando por liquidados, con los abonos ya efectuados, los referidos contratos sin que proceda la indemnización por daños y perjuicios».

IV

Análisis de la revisión de oficio y la propuesta de declaración de nulidad.

1. Con carácter previo al examen de fondo de la causa de nulidad de pleno Derecho apreciada en la presente contratación, resulta procedente realizar una serie de aclaraciones, a la vista de los términos contenidos en el expediente que es objeto de presente Dictamen:

«a) No existe en la LPACAP ni en la LCSP un procedimiento que se denomine “expediente o procedimiento de nulidad”».

Tanto en la Resolución de inicio como en la Propuesta de Resolución se habla de expediente de nulidad, incluso se llega a decir en la propuesta de resolución (antecedente sexto) lo siguiente:

«La prestación del servicio que ha realizado la entidad ha sido a entera satisfacción de la Dirección General de Protección a la Infancia y las Familias y adecuándose la misma a los precios de mercado en el momento de su ejecución, el abono de las mismas debió hacerse por el llamado procedimiento de nulidad, acogándose al concepto jurídico indeterminado del enriquecimiento injusto, dado que existe imposibilidad material de proceder a la restitución de la prestación realizada por la entidad».

Cuando un acto administrativo (en este caso expedientes de contratación menor) incurre en una causa de nulidad de pleno Derecho, hay varias vías para dejar sin efecto dicha actuación viciada de nulidad, o a través de los correspondientes medios impugnatorios frente a los actos administrativos (recursos administrativos o recurso contencioso-administrativo) por persona legitimada para ello o bien, por la propia Administración pública autora del acto, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, a través del procedimiento de revisión de oficio regulado en el capítulo I del Título V de la LPACAP, cuyos arts. 106 a 111 establecen la regulación de procedimiento de revisión de oficio al que remite 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.

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.

En cuanto al procedimiento específico 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.

«b) Según la propuesta de resolución, la prestación efectuada ya ha sido abonada a la contratista por lo que la única finalidad del procedimiento de revisión de oficio es la meramente declarativa de la nulidad de pleno Derecho el suministro».

En la Propuesta se expresa que se declara la nulidad «manteniendo, no obstante, la eficacia de las resoluciones dictadas, dando por liquidados, con los abonos ya efectuados, los referidos contratos sin que proceda la indemnización por daños y perjuicios».

Por ello, podemos plantearnos si una vez efectuado el pago de la prestación al amparo en la doctrina de la prohibición de enriquecimiento injusto de la Administración que obtiene el servicio o suministro del bien, debe necesariamente tramitarse la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho, con lo que ello conlleva en cuanto a la tramitación del procedimiento, precisando de dictamen favorable de este Consejo.

En este caso, el efecto de la declaración de nulidad por el procedimiento de revisión de oficio es cuestionable, sin perjuicio, del derecho y deber de las autoridades administrativas de exigir responsabilidades por los eventuales vicios e irregularidades incurridos en la contratación pública.

2. La facultad de 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 Dictamen 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»* (Dictamen 449/2017, de 5 de diciembre).

Ni la revisión de oficio está prevista para purificar cualquier tipo de contratación irregular.

3. Sobre la causa de nulidad de revisión de oficio.

En la Propuesta de Resolución se señala que para garantizar la continuidad ininterrumpida de la recepción de los suministros contemplados en el lote referido por las escuelas infantiles afectadas, se formalizaron expedientes de contratación menor (un total de 13) de suministro de frutas y verduras con destino a las escuelas infantiles dependientes de la Dirección General de Protección a la Infancia y las Familias, sitas en la isla de Gran Canaria, a favor de (...), durante el período de enero de 2023 a febrero de 2024, ambos inclusive, que en cuantía global alcanza un importe de 112.888,21 €.

Y considera que procede la declaración de nulidad de pleno derecho del contrato por concurrir, en la referida contratación, la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.e) LPACAP, al no concurrir los requisitos legalmente previstos para la contratación menor.

En este caso, el objeto de la nulidad deriva del suministro de frutas y verduras con destino a las escuelas infantiles que en el período que va desde enero de 2023 a febrero de 2024 alcanzó un importe de 112.888,21 €.

Según el expediente, el 27/06/2022, se inició el procedimiento de resolución por incumplimiento de la obligación principal del contrato por parte del anterior adjudicatario del lote 15 (...) y para garantizar la recepción de suministros y mientras se tramitaba el nuevo procedimiento de contratación el referido suministro del lote 15 lo proporciona, (...).

Por otro lado, la prestación mediante el fraccionamiento del objeto del contrato, realizada cada mes, no se ajusta a lo ordenado para la contratación menor, al tratarse de un servicio recurrente, de tracto sucesivo, no esporádico.

Y, mediante una prestación verbal, en sustitución de la anterior adjudicatario mientras se tramitaba otro procedimiento, para la continuidad del suministro de frutas y verduras. Tal modalidad de suministro de bienes no puede erigirse como forma habitual de contratación por parte de las Administraciones públicas, eludiendo la tramitación del procedimiento de contratación previsto legalmente y el cumplimiento de los principios básicos de publicidad y concurrencia.

Tampoco, ampara la utilización de la contratación verbal y el uso posterior de la revisión de oficio, por la alegada imposibilidad material de abordar en los tiempos programados la contratación de un servicio de frutas y verduras, en garantía de sus beneficiarios y en aras a la continuidad ininterrumpida de la recepción de los mencionados suministros a determinadas escuelas infantiles de Gran Canaria.

Ni existen razones de interés público que avalen el incumplimiento de las normas legales vigentes previstas para la contratación administrativa.

La generalización de la revisión de oficio [instrumento excepcional, basado en causas especialmente tasadas, y exige una interpretación especialmente restrictiva, como ha señalado reiteradamente este Consejo Consultivo], ni puede transformarse en un mecanismo ordinario para dar cobertura a las contrataciones irregulares y el abono de las prestaciones derivadas de aquéllas [los llamados «*expedientes de nulidad contractual*», como si de un auténtico procedimiento de contratación se tratara], ya que supondría un uso desvirtuado de dicha potestad administrativa, contrario a la naturaleza jurídica de la revisión. Y es que el verdadero objetivo a alcanzar por las Administraciones Públicas ha de ser el pleno respeto -en todo momento- a las normas que disciplinan la contratación pública y no la depuración ordinaria -generalizada a través de la revisión de oficio- y a posteriori, de la contratación irregular; normalizando, así, el actuar administrativo ilegal en la contratación pública.

Ahora bien, es evidente la omisión del procedimiento legalmente previsto sin cobertura contractual acorde a la LCSP, sino verbal que concurre en la prestación de (...), en cuanto al suministro de frutas y verduras con destino a las escuelas infantiles, dependientes de la Dirección General de Protección a la infancia y a las familias, conlleva la nulidad de la prestación con destino a las escuelas infantiles dependientes de la Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia, sitas en la isla de Gran Canaria, durante los meses de enero 2023 a febrero de 2024.

La causa de la nulidad de pleno derecho incurrida es la prevista en el art. 47.1.e) LPACAP, al haberse prescindido total o absolutamente del procedimiento de adjudicación que correspondía y eludiendo los principios de publicidad y concurrencia.

Ni tampoco puede adjudicarse por el expediente de contratación del contrato menor al no darse los requisitos legales previstos para ello (art. 118 LCSP).

La declaración de nulidad se fundamenta en la efectiva prestación de suministros, con el conocimiento y aquiescencia de la Administración, y a solicitud de la misma, sin seguir los cauces previstos en la Ley 9/2017 de Contratos de Sector Público para la adjudicación del contrato, y, por tanto, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, por lo que concurre la causa de nulidad de pleno Derecho prevista en el art. 47.1.e) LPACAP, según los cuales son nulos de pleno derecho los actos de las administraciones públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

En relación con la causa establecida en el art. 47.1.e) LPACAP, este Consejo Consultivo ha manifestado, entre otros, en el Dictamen 489/2021, de 14 de octubre con cita de los DDCC 8/2021, de 15 de enero, 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)».

Como expresamos en nuestro Dictamen 555/2021, de 18 de noviembre, citando a su vez otro similar -el Dictamen 483/2021, de 14 de octubre- procede señalar, de idéntica manera, en este caso que, 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, toda vez que se ha procedido a recibir la prestación del servicio sin la previa tramitación del oportuno procedimiento de contratación a tal efecto.

Con base en lo expuesto, procede afirmar que en el presente caso existe una contratación verbal no amparada legalmente. Por todo ello, a la vista de esta circunstancia, se ha de concluir que se han ejecutado las prestaciones propias del contrato relativo al servicio referido, sin que se hayan seguido los trámites exigidos legalmente, por lo que tal contratación es nula conforme a lo previsto en los arts. 39.1 LCSP y 47.1.e) LPACAP.

Además, tal infracción del Ordenamiento Jurídico no puede ser imputable a los terceros que han realizado la prestación, sino únicamente a la Administración, por lo que, en suma, la Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho. Todo ello, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de las personas actuantes en nombre de Administración activa responsables del cumplimiento de la normativa legal en materia de contratación administrativa.

Así pues, prestándose el servicio de referencia sin cobertura jurídica formal alguna-, y desarrollado el servicio a entera satisfacción de la Administración, y habiéndose abonado plenamente las prestaciones, se ha de concluir que la Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho en cuanto a la concurrencia de la causa de nulidad.

4. Resta por abordar la cuestión relativa a las consecuencias derivadas de la posible prestación del servicio durante periodos diferentes a los que son objeto del presente procedimiento de revisión de oficio y que se traduzcan en facturas que puedan emitirse al amparo del presente contrato cuya nulidad se dictamina.

En relación con ello, ya en nuestros Dictámenes 452/2023, de 7 de noviembre de 2023, y 49/2024, de 25 de enero, señalábamos lo siguiente:

«Esta cuestión ya ha sido resuelta por el Consejo Consultivo de Asturias, en su Dictamen 15/2020, de 23 enero, en el que razona lo siguiente: “En el reiterado Dictamen Núm. 265/2019, remitido a la misma autoridad consultante en relación con la prórroga y modificación del mismo contrato de prestación del servicio de ayuda a domicilio en otro periodo, apreciamos que “la imposibilidad de proceder a la modificación, por el exceso producido en el precio del contrato inicialmente fijado, determinaba la procedencia de resolver el contrato y proceder a una nueva licitación. Y si bien concurre vicio de nulidad por omisión del procedimiento relativo tanto a una nueva licitación como en la prórroga que de facto se produce, no podemos obviar que al tiempo de esta última el contrato ya estaba viciado de nulidad radical. En suma, el hecho determinante de la nulidad es aquí la omisión de la nueva licitación al tiempo del modificado, suplida por la realización de una `modificación tácita cuando lo que procedía abrir era una nueva licitación, y ese vicio comporta la nulidad del contrato desde ese mismo momento, lo que afecta también a los postreros 20 días en los que el servicio se presta careciendo además de amparo en los plazos contractuales”. Según exponíamos entonces, “con arreglo a la cláusula 32 del pliego (...), la superación de los límites establecidos en el mismo obligaba a la resolución del contrato en vigor y al inicio de un nuevo procedimiento de licitación, de conformidad con la LCSP ya vigente en el mes de noviembre de 2018. Tal prescripción fue desatendida en favor de la continuidad de la prestación con arreglo a unas nuevas condiciones; situación que implicó, en definitiva, tanto la vulneración del citado artículo 108 del TRLCSP como del artículo 37.1 de la LCSP, en cuanto que proscribía la contratación verbal, así como de los demás preceptos de esta Ley que someten a un determinado procedimiento la adjudicación de servicios en función de su cuantía”.

Tal razonamiento ha de extenderse, por lógica, también a la prestación del servicio con posterioridad al 1 de enero de 2019, situación idéntica a la producida en el periodo comprendido entre el 11 y el 31 de diciembre de 2018, lo que nos obliga a remitirnos a las consideraciones efectuadas en el referido dictamen sobre la causa de nulidad apreciada, que acabamos de transcribir.

Ahora bien, no puede obviarse que la adjudicación directa, tácita o verbal, del servicio por el periodo mencionado ya fue anulada por Resolución de la Alcaldía de 12 de diciembre de 2019, trasladada a este Consejo tras la emisión del Dictamen Núm. 265/2019, en la que se declara la nulidad de “los actos administrativos de modificación y prórroga del contrato administrativo de servicios de ayuda a domicilio (...), en tanto la prórroga comprendida entre el 11 y el 31 de diciembre de 2018 no ha sido objeto de tramitación, ni la misma era posible, y por cuanto el importe de adjudicación y prórroga ha sido modificado en un 21,78 %, porcentaje superior al que posibilita la realización de un modificado, no habiéndose procedido a la licitación del nuevo procedimiento de adjudicación que, a la vista de ello, hubiera resultado necesario”. Siendo así, esto es, predicada esa nulidad de la decisión

administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio -y no de unas determinadas facturas, que ni siquiera tienen naturaleza de acto administrativo-, no se aprecia ninguna decisión posterior diferenciada o distinta, expresa o tácita, con relación a las nuevas facturas (por el periodo transcurrido entre 1 de enero y 31 de mayo de 2019), de modo que la nulidad carece ahora de objeto y la invalidez de las últimas facturas no es sino consecuencia material de la nulidad ya declarada el 12 de diciembre de 2019.

En efecto, aunque aparentemente la nulidad se predica de “la prórroga comprendida entre el 11 y el 31 de diciembre de 2018”, consta que la voluntad de prorrogar el contrato se extendía mientras se llevaba a cabo “una nueva licitación”, y que con fecha 13 de diciembre de 2018 se inició el nuevo procedimiento de licitación, por lo que debe entenderse que el acto tácito de prórroga se adoptó con ese horizonte temporal -en tanto se incorporaba un nuevo adjudicatario-, sin que pueda concebirse que aquella decisión tácita de prorrogar la continuidad del servicio se limitara únicamente hasta al 31 de diciembre de 2018 y excluyera los meses sucesivos cuando es manifiesto que la nueva adjudicación no se resolvería en tan corto lapso (y ni siquiera en una fecha cierta). Hallándonos ante una prestación continuada, de tracto sucesivo, en la que tampoco se exterioriza, con posterioridad a aquella decisión tácita ya anulada, ningún otro acto administrativo de cobertura es forzoso concluir que el contrato verbal a cuyo amparo se emiten las nuevas facturas es el ya anulado por Resolución de la Alcaldía de 12 de diciembre de 2019. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP, “La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato”. Por tanto, de la nulidad de los actos de contratación identificados en la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo de 12 de diciembre de 2019 resulta la consecuente nulidad de la contratación bajo cuya vigencia se prestaron los servicios que dieron lugar a las facturas que ahora se someten a nuestra consideración.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de los actos de contratación cuestionados -que, se insiste, se declaró ya por Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo de 12 de diciembre de 2019 tras haberse sometido a nuestra consideración-, con relación ahora a las facturas a las que se refiere este procedimiento concreto ha de estarse a lo señalado en el Dictamen Núm. 265/2019 y en la propia resolución de anulación, esto es, a lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP; regulación que constituye el cauce legal específico para garantizar los derechos de quien hubiera prestado servicios a la Administración en unas condiciones como las examinadas. Este artículo prescribe que la “declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevara 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)”. Conforme a la doctrina transcrita, que comparte este Consejo Consultivo, la declaración de nulidad de la decisión administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio, al no apreciarse ninguna decisión posterior diferenciada o distinta, expresa o tácita, con relación a las nuevas facturas (por el periodo transcurrido desde el 31 de mayo de 2023 hasta que se dote de cobertura contractual a la prestación), determina que las ulteriores solicitudes de nulidad carezcan de objeto y la invalidez de las subsiguientes facturas no sean sino consecuencia material de la nulidad ya dictaminada en el presente Dictamen».

Por tanto, tal como señala el Consejo Consultivo de Asturias, y acoge este Consejo en los citados dictámenes, hallándonos ante un servicio de tracto sucesivo, es forzoso concluir que una vez dictaminada la nulidad de esta contratación, no procederá la emisión de nuevo Dictamen de este Consejo en relación con otras facturas que no hayan sido objeto del presente pronunciamiento, al quedar afectadas por la nulidad ya dictaminada.

5. Por último, en cuanto a la habitualidad con que se realizan fragmentaciones de procedimientos de revisión de oficio, ha de recordarse lo razonado por este Consejo Consultivo en el reiterado Dictamen 452/2023, de 7 de noviembre:

«De otro lado, cabe insistir una vez más en que la reiteración de la fragmentación de procedimientos de revisión de oficio por periodos de facturación, de una misma prórroga contractual que se mantiene en el tiempo, contraviniendo los principios de racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos, eficacia, economía y eficiencia contenidos en el art. 3.1 d), h), i) y j) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), por cuanto ello obliga a sucesivos procedimientos de revisión de oficio, puede suponer, en su caso, un abuso de derecho o fraude de ley, que puede operar como un límite a la revisión de oficio del art. 110 LPACAP, tal y como hemos apreciado en algunas ocasiones, como manifestamos en el Dictamen 318/2023, de 20 de abril, con cita de los dictámenes 158/2023, de 18 de abril, 80, 81 y 82/2020, de 3 de marzo, así como en los Dictámenes 386/2023, de 5 de octubre y 412/2023, de 19 de octubre, a los cuales nos remitimos para evitar reiteraciones.

Este Consejo Consultivo dictamina, entre otras cuestiones y conforme a su Ley reguladora, revisiones de oficio de actos preparatorios y de adjudicación de contratos, por lo que la fragmentación y multiplicación de procedimientos de revisión de oficio por periodos de facturación de un mismo contrato, con el fin de pagar «facturas» (nótese que cada procedimiento en sus antecedentes surge por la existencia de una determinada «factura»), además de contravenir los principios ya citados de la LRJSP, vulnera la finalidad de la revisión de oficio en los estrictos términos en que esta ha de interpretarse, así como la

naturaleza de este Órgano Consultivo, tratando de implicarlo ilegítimamente en la gestión económica financiera diaria de la Administración solicitante.

Además, este Consejo Consultivo no puede sino reiterar la necesidad de que las Administraciones públicas respeten los principios de publicidad y concurrencia que fundamentan la regulación de los contratos administrativos, erradicando las prácticas que los vulneran. Este tipo de irregularidades, frecuentemente provocadas por graves faltas de diligencia en la gestión de los expedientes de contratación, originan situaciones de hecho en la prestación de los servicios cuya compensación luego, a su vez, genera distorsiones y tensiones sobre otras vías a fin de permitir los correspondientes pagos cuando, en puridad, deberían haberse canalizado en el marco de la relación contractual. Todo ello, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades de orden administrativo o incluso penal en que pudieran incurrir las correspondientes autoridades o personal al servicio de las Administraciones públicas».

Finalmente, cabe señalar que la prestación de los suministros y el abono de las correspondientes facturas a través de la declaración de nulidad de contratos por no cumplir las formalidades legalmente establecidas, en ningún caso, puede erigirse como forma habitual de contratación por parte de las Administraciones públicas, eludiendo la tramitación del oportuno procedimiento de contratación donde se respeten los principios de publicidad y concurrencia que fundamentan la regulación de los contratos administrativos.

Como hemos repetido en otras ocasiones, este Consejo Consultivo dictamina, entre otras cuestiones y conforme a su Ley reguladora, revisiones de oficio de actos preparatorios y de adjudicación de contratos, por lo que la utilización -y, en muchos casos, reiteración- de procedimientos de revisión de oficio con el fin de pagar «facturas», vulnera la finalidad de la revisión de oficio en los estrictos términos en que ésta ha de interpretarse (entre otros, Dictámenes 412/2023, de 19 de octubre, 452/2023, de 7 de noviembre, 499/2023, de 7 de diciembre o 11/2024, de 11 de enero).

La generalización de la revisión de oficio [instrumento excepcional, basado en causas especialmente tasadas y cuya aplicación exige una interpretación especialmente restrictiva, como ha señalado reiteradamente este Consejo Consultivo] como mecanismo ordinario para dar cobertura a las contrataciones irregulares y el posterior abono de las prestaciones derivadas de aquéllas [los llamados «expedientes de nulidad contractual», como si de un auténtico procedimiento de contratación se tratara], supone un uso desvirtuado de dicha potestad administrativa, contrario a la naturaleza jurídica de dicha institución. Y es

que el verdadero objetivo a alcanzar por las Administraciones Públicas ha de ser el pleno respeto -en todo momento- a las normas que disciplinan la contratación pública y no la depuración ordinaria -generalizada a través de la revisión de oficio- y a posteriori, de la contratación irregular; normalizando, así, el actuar administrativo ilegal en la contratación pública.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la Propuesta de Resolución de revisión de oficio de declaración de nulidad de la prestación de suministro de frutas y verduras, con destino a diversas escuelas infantiles dependientes de la Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia, sitas en la isla de Gran Canaria, por parte de (...) durante los meses de enero de 2023 a febrero de 2024, por las razones que se expresan en el presente Dictamen.