Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 7 de noviembre de 2024.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Viceconsejero de la Presidencia del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de revisión de oficio para la declaración de nulidad de la contratación del «suministro de (6) licencias ALKACON INVOICE OCEE para la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias», prestado por la entidad mercantil (...) (EXP. 607/2024 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

Objeto, legitimación, carácter preceptivo del dictamen, competencia, tramitación y propuesta de revisión de oficio

1. El presente Dictamen recae sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución que pone fin al procedimiento administrativo de declaración de nulidad de la contratación del *«suministro de (6) licencias ALKACON INVOICE OCEE para la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias»*, prestado por la entidad mercantil *(...)* -en lo sucesivo, (...)-.

2. La legitimación del Sr. Viceconsejero de la Presidencia del Gobierno de Canarias 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 Consultivo de Canarias [en adelante, 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 [en adelante, LCSP], norma básica aplicable al presente supuesto porque el

[*] **Ponente: Sr. de Millán Hernández.**

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 1º de la LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [en adelante, 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 este procedimiento se ha otorgado el preceptivo trámite de vista y audiencia al contratista, quien, mediante escrito de 29 de febrero de 2024, mostró su conformidad.

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 y 452/2023, de 7 de noviembre], 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, por aplicación de lo dispuesto en el art. 106.1 LPACAP, por remisión del art. 41 LCSP.

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 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.

Por tanto, 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 Propuesta de Resolución atribuye la competencia para resolver el presente procedimiento administrativo de revisión de oficio al órgano de contratación [art. 41.3 LCSP]; en este caso, el art. 5.4 del Decreto 6/2024, de 25 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Presidencia del Gobierno [BOC, n.º 26, de 5 de febrero de 2024], establece que *«las Direcciones Generales integradas en la Presidencia del Gobierno son órganos de contratación, con todas las facultades inherentes, hasta trescientos mil euros, respecto de las áreas de actuación que se les atribuyen en el presente Reglamento y de los créditos de su programa presupuestario»*.

No obstante, como ha sostenido este Consejo en sus recientes Dictámenes 272, 273 y 276/2024, de 4 de junio, esta competencia se atribuye por el ordenamiento jurídico autonómico a la persona titular de la Consejería.

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 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. 149.1.18ª 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) –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, se atribuye al titular de cada Departamento esta competencia.

Por tanto, la Resolución que concluya el presente procedimiento administrativo de revisión de oficio debe ser adoptada por la persona titular de la Presidencia del Gobierno, 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 del contrato al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento -de licitación- legalmente establecido [art. 39.1 LCSP, en relación con el art. 47.1, letra e) LPACAP].

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento administrativo y que constan documentados en el expediente remitido son los siguientes:

1. Consta en las actuaciones la presentación, por parte de la empresa (...), de la siguiente factura -en concepto de *«Nulidad adquisición por Gobierno de Canarias de la ampliación de 6 licencias de Alkacon Invoice OCEE»*-:

- Factura n.º 244590264, de 7 de febrero de 2024, por importe de 6.420 € -IGIC incluido-.

2. Con fecha 12 de febrero de 2024 el Director del Servicio de Informática emite informe con el fin de justificar el pago del suministro de las licencias, en el que se exponen, entre otros aspectos, cuáles han sido los condicionantes del suministro y los servicios prestados, y propone el abono de éstos a la empresa contratista, teniendo en cuenta la existencia de crédito, y la imposibilidad de restituir las prestaciones, así como que el suministro se ha realizado a entera satisfacción de la Administración y que su importe se ajusta a los precios de mercado. .

III

Antecedentes y documentación de la revisión de oficio

En cuanto a la tramitación del procedimiento administrativo encaminado a la declaración de nulidad contractual, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Con fecha 19 de febrero de 2024 se dicta Resolución n.º 46/2024, de la Directora General de Transformación Digital de los Servicios Públicos, por la que se

acuerda *«iniciar el procedimiento de declaración de nulidad del contrato de suministro denominado SUMINISTRO DE LICENCIAS ALKACON INVOICE OCEE PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS, que asciende a un importe de seis mil cuatrocientos veinte euros 6.420,00 € IGIC incluido, por el periodo correspondiente a la anualidad 2023».*

Así mismo, se concede a la empresa contratista *« (...) un plazo de diez (...) días, para que formule, en su caso, la conformidad a la declaración de nulidad del contrato administrativo de referencia, sin perjuicio de cualesquiera otras alegaciones y aportación de documentos y justificantes que estime conveniente, de conformidad con el artículo 76 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas».*

La resolución administrativa por la que se incoa el presente procedimiento revisorio consta debidamente notificada a la empresa contratista.

2. Con fecha 29 de febrero de 2024 la empresa (...) presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta su conformidad con la declaración de nulidad contractual.

3. Con fecha 22 de abril de 2024 se evacua informe de la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias [art. 20, letra e) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero].

4. Con fecha 24 de julio de 2024 se formula Propuesta de Resolución en cuya virtud se plantea la declaración de nulidad de la contratación del suministro de referencia, al haberse incurrido en la causa de nulidad prevista en el art. 47.1, letra e) LPACAP; proponiendo el abono del importe total de la factura presentada por la empresa contratista.

5. Mediante oficio de 25 de septiembre de 2024, con registro de entrada en este Consejo Consultivo el 26 de septiembre de 2024, el Viceconsejero de la Presidencia del Gobierno de Canarias solicita la emisión del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias al amparo de lo dispuesto en su ley reguladora.

IV

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 esta 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).

Dicho lo anterior y sobre la base de considerar que el procedimiento de revisión de oficio debe aplicarse de manera restrictiva al tratarse de un cauce extraordinario, es absolutamente necesario que la Administración que haga uso de esta vía procedimental lo haga de una manera rigurosa, lo cual no se ha producido en este caso, por los motivos que se exponen a continuación.

2. El procedimiento de revisión de oficio objeto del presente Dictamen, tienen por finalidad la declaración de nulidad del contrato menor de suministro de seis

licencias Alkacon Invoice OCEE para la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, que fue adjudicado a la empresa (...) por importe de 6.420,00 euros (IGIC incluido).

Según el contenido de la Propuesta de Resolución, la causa de nulidad radical que concurre en el citado contrato menor es la prevista en el art. 47.1.e) LPACAP, al señalar en su consideración jurídica segunda que:

«De conformidad con lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, (en adelante LCSP), el artículo 39 establece las causas de nulidad de derecho administrativo.

El apartado primero del citado artículo señala que serán causas de nulidad, las indicadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, entre las cuales se señala 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».

Por otra parte, en la consideración jurídica cuarta de la Propuesta de Resolución, parece indicarse otra causa de nulidad radical del contrato, que es la prevista en el art. 39.2.b) LCSP, consistente en la carencia de crédito, pues en la misma se indica:

«El artículo 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que " (...) las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, (en caso de nulidad de contratos cuando se formule oposición por parte del contratista, artículo 1 LCSP) declararán 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 artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015 y el artículo 39.2.b) de la Ley 9/2017: la carencia de crédito».

Esta causa de nulidad prevista en el art. 39.2.b) LCSP no se encuentra sin embargo indicada en la Resolución de inicio del procedimiento.

Esta Resolución, en lo que ahora interesa, se pronuncia en los siguientes términos:

«Tercero.- Obra en el expediente 23 034 SM RR CM, memoria justificativa suscrita por el Director del Servicio de Informática, en el que, se describe el objeto del contrato y la justificación de la necesidad en los siguientes términos:

"1. Objeto del contrato.

Suministro de la ampliación de 6 licencias de Alkacon Invoice OCEE con validez hasta el 31/01/2025 para la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias (APCAC).

El objeto del contrato es susceptible de ser cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo.

Regional, Programa Operativo Canarias FEDER 2021-2027. En concreto, contribuye a los objetivos de la siguiente operación:

PILA 236G0023 "Transformación digital e innovación tecnológica de los servicios públicos". Objetivo político 1 "Una Europa más competitiva e inteligente". Prioridad 1A "Transición digital e inteligente". Objetivo espeífico 1.ii "El aprovechamiento de las ventajas de la digitalización para los ciudadanos, las empresas, las organizaciones de investigación y las administraciones públicas", Administración Electrónica".

Es indispensable el disponer de estas licencias para poder dar servicio a los portales de los distintos Departamentos de la APCAC que utilizan la plataforma corporativa de OpenCms.

2. Justificación de la necesidad y no alteración del objeto.

La APCAC dispone de una plataforma corporativa para la gestión de contenidos web que da soporte a los portales web de los distintos departamentos. Atendiendo al alto número de portales se hace necesario la ampliación de las 6 licencias de Alkacon Invoice OCEE incluidas en esta propuesta.

Este contrato no supone alteración del objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales establecidosen el art. 118.1 LCSP (Servicio o suministros cuyo valor estimado (sin IGIC) sea inferior a 15.000,00 €)."

Cuarto.- A tenor de lo establecido 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:

"Con 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 y FSE 2021-2027, la Dirección General de Planificación y Presupuesto se pronunciará sobre la adecuación de la financiación a la inversión, acción o medida que se proponga iniciar."

No consta que, en el expediente con referencia 23 034 SM RR CM, se haya solicitado el pronunciamiento de la Dirección General de Planificación y Presupuesto sobre la adecuación de la financiación del objeto del contrato con los fondos del programa FEDER 2021-2027.

Asimismo, tampoco consta, que se haya dictado Resolución por el órgano de contratación aprobando el gasto, conforme previene el artículo 118.3 de la LCSP.

Por otra parte, con respecto al plazo de validez de las licencias recogido en la memoria, se entiende que no se ajusta a lo previsto en el artículo 29.8 LCSP, sobre la duración de los contratos menores.

Quinto.- En atención a lo estipulado en el Anexo V del Acuerdo de Gobierno de 12 de mayo de 2004, que viene orientando a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias para las omisiones de fiscalización producidas en los expedientes administrativos elevados a consideración del Gobierno, y en lo que compete a este Servicio, se informa lo siguiente:

a. "La causa que motiva la nulidad de las actuaciones y que ésta no es imputable al tercero"

La causa que motiva la nulidad, deviene de la nulidad de los actos preparatorios del contrato: la omisión del pronunciamiento de la Dirección General de Planificación y Presupuesto, así como la falta de resolución aprobatoria del gasto».

Del contraste de esta Resolución y la PR se advierte la no coincidencia de las causas de nulidad invocadas, pues la primera no hace mención alguna al art. 39, apartados 1 y 2 LCSP, limitándose a invocar la prevista en el art. 47.1.e) LPACAP. Tampoco los concretos motivos que integran esta causa en la Resolución de inicio se mantienen en similares términos, pues en su apartado 4 se incluye uno relativo a la duración del contrato menor, a lo que no se alude después en su apartado quinto ni resulta de ningún otro documento de los que integran el expediente.

Además, se hace evidente en tanto en la Resolución de inicio como en la PR la absoluta falta de justificación de la concurrencia de las causas de nulidad invocadas, por cuanto se limita a señalar, la primera el art. 47.1.e) LPACAP y la segunda, además de este precepto, el art. 39 apartados 1 y 2 LCSP y art. 47.1.e), pero no justifica debidamente la razón por la que el contrato menor de referencia incurre en tales vicios de nulidad de pleno Derecho. En este sentido, si bien la Resolución de inicio enumera los motivos ya citados, en ningún caso motiva las razones por las que su omisión lleva aparejada la ineludible consecuencia de la nulidad del acto.

Esta falta de motivación es advertida en el informe de la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos cuando indica que *«en el presente caso no consta con evidencia en el expediente remitido, que en la contratación que nos ocupa se haya incurrido en la referida causa de nulidad radical del artículo 47.1.e) Ley 39/2015».*

En relación con este extremo, en la documentación que obra en el expediente remitido a este Consejo, no constan los trámites exigidos en el art. 118 LCSP para conformar el expediente del contrato menor, de modo que se desconoce en qué

medida y por qué motivo se ha omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido, más allá de las señaladas omisiones en la Resolución de inicio.

Le incumbe a la Administración identificar el vicio cometido y el procedimiento omitido o el trámite que se haya incumplido y su esencialidad (*v.gr.,* Dictamen CCC 452/2023).

Respecto a la omisión constatada del informe exigido por el art. 28.1 de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma Canaria para 2023, tal y como señala la Viceconsejería del Servicio jurídico, tal omisión se corresponde con una mera causa de anulabilidad convalidable (art. 52.1 LPACAP) y para que dicha falta sea equivalente a la causa de nulidad del art. 39.2.b) LCSP, (insuficiencia de crédito), es preciso acreditar que la omisión de tal informe preceptivo equivale a contratar con carencia o insuficiencia de crédito de acuerdo con la normativa presupuestaria, lo cual no ha ocurrido en este caso.

Conforme a dicho precepto legal, el pronunciamiento de esa Dirección General 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.

La invocación en la Propuesta de Resolución del art. 39 LCSP podría hacer suponer que se considera por la Administración que la falta de obtención de dicho pronunciamiento por la Dirección General de Planificación y Presupuestos supone la omisión de un trámite preceptivo en cuanto a la preparación y adjudicación del contrato, y que su omisión conlleva la no acreditación de la adecuación de crédito con cargo a esa partida presupuestaria, concurriendo las circunstancias de nulidad previstas en el art. 39, apartado 1 (remisión al art. 47 LPACAP) y apartado 2.b) LCSP.

Por tanto, se trataría de analizar si la falta de este trámite previsto en el art. 28.1 de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias, que dispone respecto de los créditos cofinanciados con fondos europeos estructurales, que *«Con 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 y FSE 2021-2027, la Dirección General de Planificación y Presupuesto se pronunciará sobre la adecuación de la financiación a la inversión, acción o medida que se proponga iniciar»*, supone la causa de

nulidad de pleno derecho del contrato menor, del art. 47.1.e) LPACAP y del art. 39.2.b) LCSP, lo que, como se ha señalado, la PR no lleva a cabo.

3. En el caso particular del contrato menor, la LCSP contempla lo que se llama «*Expediente de contratación en contratos menores*» (art. 118 LCSP) cuya tramitación es simplificada y desprovista de un verdadero procedimiento de tramitación y adjudicación, en aras de la eficiencia administrativa de los procedimientos, dada la limitación de su cuantía y duración.

Las eventuales irregularidades que le afectan se refieren, principalmente, a los supuestos de fraccionamiento indebido, a la falta de crédito presupuestario y a los casos de contratación verbal carentes de una mínima formalización. Fuera de estas situaciones, como consideración general se observa que la contratación menor irregular es reconducible, en muchos casos, a supuestos de mera anulabilidad y no de nulidad radical.

En efecto, el expediente de contratación preceptivo (art. 116 LCSP) se limita, en el caso de los contratos menores (art. 118 LCSP), a los siguientes trámites: a) un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato (lo que incluye justificar la competencia del órgano de contratación, identificar el objeto del contrato, motivar la necesidad del contrato y de la utilización de un contrato menor, identificación del adjudicatario y justificación de su elección, indicación de la aplicación presupuestaria y de la forma de certificación de la prestación o su recepción); b) una referencia, en dicho informe, además, a «*que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales económicos que se fijan en dicho precepto*»; c) la aprobación del gasto (lo que lleva implícita una reserva de crédito) y la incorporación al mismo de la factura correspondiente.

Tales formalidades para conformar el «*expediente*» de un contrato menor, dificultan la apreciación de la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.e) LPACAP referida a «*los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*».

En el presente caso, consta en la Resolución de inicio, como ya se ha transcrito, que el expediente de contratación se elaboró una memoria justificativa de la necesidad del suministro en la que, además se incluye la referencia a la no alteración del objeto del contrato.

Y en relación con la omisión del informe preceptivo exigido por el art. 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 una causa de anulabilidad convalidable (art. 52.1 Ley 39/2015). En ningún caso, equivale a la causa de nulidad de pleno derecho del art. 39.2.b) LCSP, consistente en la carencia o insuficiencia de crédito.

Lo mismo cabe decir de la aprobación del gasto, que puede considerarse una causa de anulabilidad convalidable que, igualmente, en ningún caso, equivale a la causa de nulidad de pleno derecho del art. 39.2.b) LCSP.

Para afirmar que nos hallamos ante el supuesto de nulidad de pleno derecho del art. 39.2.b) LCSP, es necesario que quede evidenciado en el procedimiento de revisión de oficio que efectivamente se contrató con carencia o insuficiencia de crédito de acuerdo con la normativa presupuestaria, lo cual no se ha producido en este caso.

Como ya se ha indicado en líneas precedentes, desde la perspectiva de la interpretación restrictiva que procede en un procedimiento de revisión excepcional como es la revisión de oficio, a los efectos de apreciar la nulidad de pleno derecho, el marco procedimental de la contratación menor se reduce a la acreditación de los extremos que expresamente acota el art. 118 LCSP, que no alcanzan, en muchos casos, la entidad suficiente para incurrir en una infracción manifiesta, notoria, clara y ostensible de un procedimiento legalmente establecido que, en el caso de la contratación menor, se reduce y limita a un expediente de contratación.

Hallándonos ante un contrato menor, procede la tramitación del expediente de contratación de los contratos menores en los términos indicados. Por tanto, en el presente caso, no se ha establecido de manera clara, ostensible, sin género de dudas, la concurrencia de una causa de nulidad de pleno Derecho que justifique un procedimiento de revisión de oficio. Podremos estar ante un vicio de anulabilidad, que como tal es convalidable.

Como se ha indicado de manera reiterada por este Consejo, no cualquier vicio jurídico permite acudir sin más a la revisión de oficio, 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).

4. Para finalizar, se ha de recordar, una vez más, que, en casos como el presente, el procedimiento de revisión de oficio no sirve a los fines que le son propios, haciéndose un uso fraudulento del mismo e incurriéndose en una clara desviación de poder (art. 70.2, párrafo segundo de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

En efecto, cuando lo que se persigue a través de la revisión de oficio no es, principalmente, la depuración del ordenamiento jurídico -tratando de expulsar de éste aquellos actos firmes en vía administrativa que adolezcan de vicios especialmente graves y determinantes de su nulidad de pleno derecho-, sino su instrumentalización, es decir, su utilización como mecanismo que permita soslayar todas aquellas circunstancias que impiden hacer efectivo el pago de facturas debidas a los contratistas, nos encontramos ante un uso fraudulento o, cuanto menos, abusivo de dicha potestad revisora.

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).

En atención a tales circunstancias, y como se ha advertido en otros pronunciamientos de este Organismo consultivo (Dictámenes 119 y 120/2024, de 7 de marzo entre otros), *« (…) antes de incoar un procedimiento de revisión de oficio la Administración actuante debe valorar concienzudamente la necesidad de acudir al citado procedimiento excepcional, debiendo valorar otras alternativas de convalidación o resolución del reparo y sólo acudir a este instrumento excepcional cuando existan auténticas causas de nulidad de pleno derecho y la infracción sea grave, evidente y palmaria, en los términos ya indicados en este mismo Fundamento»*. Por tanto, se puede concluir que ninguna de las infracciones señaladas tiene bastante entidad para incardinar la causa de nulidad conforme al art. 39 LCSP.

5. Por todo lo dicho, se debe concluir que ninguna de las infracciones señaladas en el expediente, tiene bastante entidad para incardinarse en la causa de nulidad

prevista en el art. 47.1.e) LPACAP, consistente en haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Y eso, sin perjuicio del abono de la factura en aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, a la que se acude para proceder al abono de facturas por contratación irregular (Tribunal Supremo, sentencia de 17 de octubre de 2023 -recurso 6316/2020).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por las que se declara la nulidad de la contratación del suministro sometida al parecer jurídico de este Consejo Consultivo de Canarias no es conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento IV de este Dictamen, por lo que se dictamina desfavorablemente la declaración de nulidad de la contratación referida.