Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 2 8 / 2 0 2 4

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 12 de diciembre de 2024.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad de la prestación del «Suministro de licencias de software de gestión analítica para la Dirección General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías de la Consejería de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias», durante el periodo comprendido entre el 1 de enero al 30 de septiembre de 2024 (EXP. 700/2024 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución que pone fin al procedimiento administrativo de declaración de nulidad de la contratación del «Suministro de licencias software de gestión analítica para la Dirección General de Telecomunicaciones y nuevas Tecnologías de la Consejería de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias» (expediente de contratación AM13-2018/2021), adjudicado a la empresa (...), durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2024 al 30 septiembre de 2024, por un importe total de 9.375,57 euros.

2. La legitimación del Sr. Presidente del Gobierno de Canarias para solicitar el dictamen en su calidad de titular del Departamento, 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 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

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

2017 [en adelante, LCSP], norma básica aplicable al presente supuesto porque la contratación que se pretende declarar nula fue iniciada con posterioridad a su entrada en vigor.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1.º 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 6 de noviembre de 2024, mostró su conformidad con la declaración de nulidad contractual emprendida por la Administración Autonómica.

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. En la Propuesta de Resolución se afirma sobre la competencia para resolver el presente procedimiento administrativo, en su consideración jurídica tercera, lo siguiente:

«Tercera.- El artículo 41.3 de la LCSP dispone " (...) serán competentes para declarar la nulidad (...) de los actos (...) (...) el órgano de contratación, cuando se trate de una Administración Pública (...) ". A su vez, el artículo 42 de la LCSP establece "la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuera posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido"».

No obstante, la consideración jurídica quinta, *in fine,* de la Propuesta de Resolución, parece atribuir también la competencia para resolver el procedimiento de revisión de oficio a la Viceconsejería de la Presidencia, al señalar lo siguiente:

«Quinta.- (...) En ejercicio de las competencias que tengo atribuidas en virtud del artículo 16 letra i) 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)».

Este último precepto del Reglamento Orgánico de la Presidencia del Gobierno atribuye a la Viceconsejería de la Presidencia *«cualesquiera otras* [competencias] *que en el ámbito funcional atribuido al Presidente o Presidenta del Gobierno no estén expresamente asignadas a otro órgano»*.

Pues bien, se deduce de ello que, por una parte, se considera que es competente el órgano de contratación [la Dirección General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías -hoy Dirección General de Transformación Digital de los Servicios Públicos-] y, por otro, se considera que también es competente para resolver la Viceconsejería de la Presidencia.

Por tanto, en primer lugar, esta dicotomía en la fundamentación jurídica habrá de subsanarse en la Propuesta de Resolución.

Y, en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la competencia para resolver los procedimientos de revisión de oficio los atribuye el art. 29.1, letra g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, a la persona titular del Departamento correspondiente, sin perjuicio de que esta competencia pueda ser delegada en otros órganos conforme autoriza la propia Ley 14/1990 en su art. 31.3. Sin embargo, esta delegación, en tanto que la competencia está atribuida por la Ley y residenciada en la persona titular del Departamento, debe ser objeto de un acto de delegación expreso y que cumpla con los requisitos previstos en el art. 9, apartados 2, 3 y 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), normativa básica de aplicación en esta materia. Por tanto, no cabe que esta competencia se pueda incardinar tácitamente, en una norma atributiva de competencias de carácter genérico y residual de una norma reglamentaria -Decreto del Presidente por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Presidencia del Gobierno-, sin que del tenor literal de la Propuesta de Resolución se deduzca que la resolución del procedimiento revisor se adopta por delegación del titular del Departamento, circunstancia esta obligatoria en cualquier resolución que se adopte por delegación (art. 9.4 LRJSP).

Este Consejo Consultivo de Canarias en sus Dictámenes 272, 273 y 276/2024, de 4 de junio, 512/2024, de 19 de septiembre o 548/2024, de 2 de octubre, entre otros, esta competencia se atribuye por el ordenamiento jurídico autonómico a la persona titular del 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 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. 149.1.18.ª 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 presente procedimiento administrativo de revisión de oficio debe ser adoptada por la persona titular de la Presidencia del Gobierno en su condición de titular de Departamento, debiendo, por tanto, subsanarse la Propuesta de Resolución en este sentido [en idénticos términos se pronuncian, entre otros, los Dictámenes 548/2024, de 2 de octubre y 647/2024, de 7 de noviembre].

6. En la Propuesta de Resolución, la Administración autonómica únicamente manifiesta, acerca de los motivos por los que se pretende declarar la nulidad de pleno derecho del contrato, 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"».

7. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver, el art. 106.5 LPACAP establece 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 presente procedimiento administrativo de revisión de oficio fue incoado -de oficio- mediante Resolución n.º 196/2024, de 29 de octubre de 2024, del Viceconsejero de la Presidencia, por tanto, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, plazo que no ha caducado.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento administrativo, constan documentados en el expediente remitido, y se exponen en la Propuesta de Resolución en los siguientes términos:

«1º Con fecha 16 de septiembre de 2021, el Director General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías dictó Resolución nº 265/2021 por la que se aprueba el expediente de contratación del "Suministro de licencias de software de gestión analítica (lote 3) para la Dirección General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías de la Consejería de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias", de conformidad con el acuerdo marco para el suministro de servidores, sistemas de almacenamiento y software de infraestructura (A.M. 13/2018), y adjudica el contrato a la empresa (...) con NIF (...), por importe de sesenta y tres mil trescientos doce euros (63.312,00 €), impuestos excluidos, siendo el importe del IGIC a repercutir de cuatro mil cuatrocientos treinta y un euros con ochenta y cuatro céntimos (4.431,84 €).

2º El plazo de ejecución del suministro finalizó el 19 de octubre de 2022.

3º Consta en el expediente, escrito del Director General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías de fecha 6 de junio del corriente, dirigido a la empresa (...), mediante el cual se expone, entre otros extremos:

" (...) Tras la finalización de los contratos de suministro el pasado 20 de octubre de 2022 para (...) 3.5 y 1 de enero de 2023 para (…) 9, respectivamente, y mientras se tramita la nueva contratación, al no estar ya vigente el AM 13/2018, ha sido necesario garantizar el funcionamiento de estas aplicaciones corporativas estratégicas del Gobierno de Canarias.

La causa que motiva la nulidad de las actuaciones no es imputable a las acciones u omisiones por parte de (…), ya que ha sido motivada en exclusiva por el retraso en la nueva contratación.

(...) Con motivo de la salvaguarda del interés público, es necesario que se continúe de manera excepcional con las prestaciones de los servicios objeto de los contratos adjudicados a (...) en las mismas condiciones y durante el tiempo estrictamente imprescindible hasta que se produzca el proceso de licitación y adjudicación del nuevo expediente, actualmente en preparación".

4º La tramitación del nuevo expediente administrativo, con referencia 23 002 SM RA NE OC31 para la contratación del suministro del derecho de uso de activos de software en la nube en la modalidad "Platform as a service" (PAAS) y de licencias de la plataforma de análisis de datos inteligente (…), ha estado entre las prioridades marcadas por este centro directivo.

Consta que, con fecha 23 de marzo de 2023, se cursó requerimiento a la Dirección General de Planificación y Presupuesto a efectos de obtener el pronunciamiento preceptivo al que hace referencia el artículo 28.1 de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023, al tratarse de un gasto susceptible de ser cofinanciado con cargo al nuevo programa regional Feder 2021-2027, reiterándose dicho requerimiento con fecha 9 de junio de 2023. Con fecha 19 de junio de 2023, la Dirección General de Planificación y Presupuesto comunicó que la documentación remitida era insuficiente para determinar si el gasto cumple con los criterios de elegibilidad de dicho programa operativo, y desde entonces se ha estado trabajando en coordinación con dicho centro directivo, a los efectos de dar cumplimiento a este trámite preceptivo previo a la autorización del gasto. Con fecha 14 de noviembre de 2023, se remitió nueva documentación a la Dirección General de Planificación y Presupuesto, estando actualmente a la espera de obtener dicho pronunciamiento.

5º. Con fecha 22 de febrero de 2024, la Directora General de Transformación Digital de los Servicios Públicos dicta Resolución n.º 53/2024 por la que se declara el procedimiento de nulidad de la prestación del "Suministro de licencias de software de gestión analítica para la Dirección General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías de la Consejería de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias", durante el periodo comprendido entre el 20 de octubre de 2023 al 31 de diciembre de 2023.

6º. Constan presentadas por la empresa (...), NIF (...) las siguientes facturas:

-factura número 0000133, de fecha 16 de abril de 2024, por importe de dos mil novecientos veinte euros con setenta y cuatro céntimos (2.920,74 €), impuestos no incluidos, correspondiente al periodo del 1 de enero de 2024 al 31 de marzo de 2024, correspondiente al Expediente AM 13-2018/2021 Nulidad del Suministro de licencias de software de gestión analítica para la Dirección General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías.

-factura número 0000206, de fecha 4 de julio de 2024, por importe de dos mil novecientos veinte euros con setenta y cuatro céntimos (2.920,74 €), impuestos no incluidos, correspondiente al periodo del 1 de abril de 2024 al 30 de junio de 2024, correspondiente al Expediente AM 13-2018/2021 Nulidad del Suministro de licencias de software de gestión analítica para la Dirección General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías.

-factura número 0000279, de fecha 3 de octubre de 2024, por importe de dos mil novecientos veinte euros con setenta y cuatro céntimos (2.920,74 €), impuestos no incluidos, correspondiente al periodo del 1 de julio de 2024 al 30 de septiembre de 2024, correspondiente al Expediente AM 13-2018/2021 Nulidad del Suministro de licencias de software de gestión analítica para la Dirección General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías.

7º. Consta informe de la Jefa de Proyectos del Gabinete Tecnológico de la información y comunicación , responsable del contrato, de fecha 11 de octubre de 2024, sobre la prestación

del suministro en nulidad durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2024 al 30 de septiembre de 2024, en el que se recoge la causa que motiva la nulidad y que las actuaciones no son imputable al tercero, la prestación realizada, la valoración económica de la prestación realizada y su adecuación a los precios de mercado, así como la realización de la prestación a entera satisfacción de la administración».

III

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

1. La tramitación del presente procedimiento administrativo comenzó a través de la Resolución n.º 196/2024, de 29 de octubre de 2024, del Viceconsejero de la Presidencia, por la que se acuerda «*Iniciar la nulidad del contrato administrativo relativo a la prestación del "Suministro de licencias de software de gestión analítica para la Dirección General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías de la Consejería de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias", durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2024 al 30 de septiembre de 2024, ambos inclusive, que asciende a un importe de ocho mil setecientos sesenta y dos euros con veintidós céntimos (8.762,22 €), impuestos no incluidos, siendo el importe del IGIC a repercutir de seiscientos trece euros con treinta y cinco céntimos (613,35 €)*».

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

2. Con fecha de 6 de noviembre de 2024 la entidad contratista presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta su conformidad con la declaración de nulidad contractual.

3. El día 9 de febrero 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. Posteriormente, se emitió la Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen, en forma de Borrador de la resolución definitiva, bajo la denominación «*RESOLUCIÓN del Viceconsejero de la Presidencia por la que se levantan los plazos de la declaración de nulidad y se declara la nulidad del contrato administrativo del suministro de licencias de software de gestión analítica para la Dirección General de Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías de la Consejería de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad del*

Gobierno de Canarias, durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2024 al 30 de septiembre de 2024».

Este enunciado parece obedecer a una Resolución previa por la que se suspende el plazo para resolver hasta la emisión del presente Dictamen. Sin embargo, se ha de precisar que al no contener firma, ni estar registrada o numerada, puede no ser una resolución, sino solo el Borrador de la misma, extremo que se desconoce, pues la documentación adjunta al expediente remitido a este Consejo Consultivo no lo aclara.

5. Mediante oficio de 7 de noviembre de 2024 [con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 8 de ese mismo mes y año], el Sr. Presidente 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 a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reiterado que la revisión de oficio supone el examen por la Administración de la legalidad de sus propios actos y en razón de los vicios e infracciones legales que le son imputables a los mismos, es decir, que por formar parte de su contenido, formal o sustantivo, le son atribuibles y susceptibles de valoración y corrección por la propia Administración autora del acto en el ejercicio de su potestad de revisión, sin que pueda extenderse al examen de la legalidad de otros actos dictados por otras administraciones no sujetos a revisión [STS 405/2020, de 14 de mayo].

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

Por su parte, en nuestro 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].

2. En el presente caso, la Propuesta de Resolución advierte de la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho en la prestación del servicio de referencia: el tratarse de una prestación contractual que se ha ejecutado, ininterrumpidamente, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento -de licitación- legalmente establecido [art. 39.1 LCSP, en relación con el art. 47.1.e) LPACAP].

Pues bien, en relación con la causa establecida en el art. 47.1, letra e) LPACAP, este Consejo Consultivo ha manifestado, entre otros, en el Dictamen 489/2021, de 14 de octubre [con cita de los Dictámenes 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 equipará a la omisión total del procedimiento cuando tiene la naturaleza de esencial en los supuestos en que haya causado indefensión material al interesado (para lo cual habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por la omisión del trámite). También se equipará a la omisión total si los trámites incumplidos, de haberse observado, habrían determinado un acto de contenido distinto. Consúltense al respecto las SSTS de 23 febrero de 2016; de 26 enero de 2016; de 24 enero de 2014; de 27 junio de 2012 y de 25 abril de 2002 (...) ».

También hemos señalado en los Dictámenes 84/2014, de 17 de marzo y 258/2020, de 25 de junio, que «*la interpretación jurisprudencial de este precepto considera que se está ante esta causa de nulidad no sólo cuando el acto se dicta prescindiendo de todo procedimiento, sino también cuando se dicta a través de un procedimiento que no es el previsto legalmente; o cuando, aun siguiendo el procedimiento debido, se omiten trámites esenciales de éste que causan indefensión absoluta a los interesados*». Véanse por todas las SSTS de 25 de abril de 2002 y de 27 de junio de 2012.

3. La continuidad -previa petición de la Administración autonómica a la empresa contratista del contrato originario- en la prestación del servicio de referencia más allá del límite de duración de éste y sin cobertura jurídica formal alguna, supone una clara vulneración de lo previsto en los arts. 29 y 37 LCSP.

Estamos, por tanto, ante una prórroga tácita del contrato.

La prórroga de los contratos está regulada en el art. 29 LCSP, cuyo apartado segundo establece lo siguiente:

«El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de estas, sin perjuicio de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 203 a 207 de la presente Ley.

La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, siempre que su preaviso se produzca al menos con dos meses de antelación a la finalización del plazo de duración del contrato, salvo que en el pliego que rija el contrato se establezca uno mayor. Quedan exceptuados de la obligación de preaviso los contratos cuya duración fuera inferior a dos meses.

En ningún caso podrá producirse la prórroga por el consentimiento tácito de las partes (...) ».

Así pues, la prórroga ha de ser expresa, formalizada debidamente entre las partes; en ningún caso cabe que la prórroga se acuerde tácitamente por ellas.

En el caso que nos ocupa, en el que la empresa ha continuado prestando el servicio, debemos indicar que este supuesto sería constitutivo de una prórroga tácita, expresamente prohibida, como se ha señalado, por la LCSP, por lo que no cabría en modo alguno. Al igual que la prórroga tácita, también está expresamente prohibida, la contratación verbal, salvo que el contrato tenga carácter de emergencia: *«Las entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato*

tenga, conforme a lo señalado en el artículo 120.1, carácter de emergencia» (art. 37.1 LCSP).

La LCSP exige en su art. 116.1 que la celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas venga precedida de la tramitación del correspondiente expediente. Además, y según el art. 37.2: *«Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se formalizarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 153, sin perjuicio de lo señalado para los contratos menores en el artículo 118».*

La continuación de la prestación de un servicio que es objeto de un contrato público más allá de su duración y la de su o sus eventuales prórrogas -previstas de conformidad con el régimen jurídico vigente al que se ha aludido- sobre la base de prórrogas tácitas o verbales, supone una infracción flagrante del ordenamiento jurídico vigente. Esta contravención del ordenamiento jurídico se ha ido equiparando al supuesto, no ya de elusión de trámites esenciales del procedimiento, sino de contratación prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

En efecto, la contratación del servicio de referencia durante el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 30 de septiembre de 2024 es nula de pleno derecho conforme a lo previsto en los arts. 39.1 LCSP y 47.1, letra e) LPACAP, incumpliéndose la normativa y principios de la LCSP sobre licitación y adjudicación de contratos.

De los informes obrantes en el expediente administrativo se desprende que, una vez vencido el contrato anterior -19 de octubre de 2022-, y mientras se regulariza el servicio a través de la tramitación/adjudicación de un nuevo contrato en la forma legalmente prevista [circunstancia que no se ha producido aún], para proseguir con la prestación del servicio a partir del mes de octubre de 2024. Así pues, al seguir prestándose ininterrumpidamente el servicio de referencia y, por tanto, habiéndose prorrogado el contrato anterior -manteniendo las mismas condiciones que el contrato vencido y mientras se tramita un nuevo contrato con nuevas condiciones-, se incurre en vulneración de lo dispuesto en el art. 29 en relación con el art. 37 LCSP, lo que resulta determinante de la nulidad de pleno derecho de la contratación ex arts. 39.1 LCSP y 47.1, letra e) LPACAP.

Como razonábamos 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, letra 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.

En definitiva, habiéndose prescindido del procedimiento de licitación legalmente establecido, 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. En cuanto a los efectos económicos de la declaración de nulidad de la contratación, con relación ahora a la factura a la que se refiere este procedimiento concreto, ha de estarse a lo señalado en el Dictamen 265/2019, esto es, a lo dispuesto en el art. 42.1 LCSP, que prescribe que la «*declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido*».

Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que, vinculadas a esta práctica irregular de contratación pública, pudieran derivarse para el personal al servicio de las Administraciones públicas [Disposición adicional vigésima octava de la LCSP], con infracción de la normativa en materia contractual, y de los principios de buena administración (arts. 9.3 y 103 CE), y de eficacia administrativa (art. 103 CE y 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de RJSP).

Como se ha señalado en múltiples ocasiones por este Consejo Consultivo, en lo que se refiere al momento procedimental en el que procede efectuar el cálculo de la liquidación del contrato, cabe recordar que el art. 42.1 LCSP establece que aquella fase se producirá una vez firme la resolución por la que se acuerde la revisión de oficio [a través del oportuno expediente contradictorio].

Sin embargo, como ya ha indicado el propio Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre [y este Consejo Consultivo de Canarias -Dictamen 220/2013, de 19 de junio-], « *(...) nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (...), para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos*

realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma».

De esta manera, resulta posible resolver de forma conjunta sobre la nulidad del acto de contratación afectado y sobre la liquidación y, en su caso, indemnización que proceda [art. 42.1 LCSP].

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

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

5. 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, 49/2024, de 25 de enero o 548/2024, de octubre, nos hemos pronunciado sobre esta circunstancia, a cuyo contenido nos remitimos.

Por tanto, tratándose de un servicio de tracto sucesivo, es preciso 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.

6. 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 servicios 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).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de revisión de oficio sometida al conocimiento jurídico de este Consejo Consultivo se dictamina favorablemente, por las razones expuestas en el Fundamento IV del presente Dictamen, sin perjuicio de la observación indicada en el Fundamento I.5 sobre el órgano competente para resolver.