

ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS EXPEDIENTES DE NULIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CANARIA Y SUS ORGANISMOS AUTÓNOMOS Y ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICOS DEPENDIENTES DE LA MISMA, TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE Y RECOMENDACIÓN.

La Viceconsejería de los Servicios Jurídicos *<<es el centro directivo al que compete la dirección y coordinación del Servicio Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma, así como el desempeño efectivo de las funciones de asesoramiento>>*, según el art. 3 del Decreto 19/1992, de 7 de febrero), compete a su titular (art. 5.5) *<<elevar mociones y propuestas (...) sobre cuestiones jurídicas que afecten a la Comunidad>>* y *<<asume la función consultiva o de asesoramiento superior de la Administración Autonómica>>* art. 18.

En virtud de esta función consultiva, se vienen informando preceptivamente, múltiples procedimientos de revisión de oficio de declaración de nulidad de servicios, suministros, obras o sus modificaciones, al haberse realizado verbalmente -prescindiendo total y absolutamente del procedimiento de contratación previsto en la ley-, o sin crédito suficiente. En todos los informes se reitera constantemente la excepcionalidad de la medida, *<<la improcedencia de la utilización de la declaración de nulidad mediante expediente de revisión de oficio como forma habitual de contratación, obviando los procedimientos que la Ley contempla para la contratación del Sector Público>>*. Esta repetida actuación de órganos de contratación de las distintas Consejerías y organismos autónomos **choca frontalmente con la normativa de contratos del sector público** y con ello, con la **exigencia constitucional de sometimiento pleno a la ley y al Derecho** de la Administración Pública (art. 103 CE) y con su mandato del art. 133.4 que dispone que *<<Las administraciones sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes>>*.

Se analizará las novedades, los principios y los objetivos de la nueva ley y, las consecuencias de su incumplimiento.

PRIMERO.- LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

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) que entró en vigor el pasado 9 de marzo, señala en su Preámbulo que *<<El **sistema legal de contratación pública** que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como **verdaderos objetivos de la Ley**, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad>>*.

Una de las novedades mas importantes según el Libro I que se introducen según el Preámbulo de la LCSP es la:

*<<**norma especial relativa a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses**, mediante la cual se impone a los órganos de contratación la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación. En línea con las medidas para luchar contra la corrupción, se hace una nueva regulación de las prohibiciones de contratar que aumenta los casos de prohibición modificando la competencia, el procedimiento y los efectos de una declaración de este tipo; al tiempo que transpone las denominadas por las Directivas Comunitarias como «medidas de autocorrección», de manera que determinadas prohibiciones de contratar bien no se declararán o bien no se aplicarán, según el caso, cuando la empresa hubiera adoptado medidas de cumplimiento destinadas a reparar los daños causados por su conducta ilícita, en las condiciones que se regulan en esta Ley>>*.

Este objetivo de incrementar la **transparencia para luchar contra el fraude y la corrupción en la consecución del principio de integridad en la contratación pública**, se materializa en diversas medidas: (i) el art 64 contiene un mandato legal a los órganos de contratación de *<<tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos licitadores>>*; (ii) se amplían las prohibiciones a contratar (art. 71); (iii) se profesionalizan las Mesas de Contratación, definiéndolas como un órgano de asistencia técnica especializada (art. 326); (iv) se diseña de un nuevo sistema de gobernanza pública orientado a la lucha contra el fraude y la corrupción (Libro IV, *se establece un ambicioso esquema de tres órganos*



colegiados a nivel estatal con el doble objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones de gobernanza que establecen las Directivas Comunitarias y de combatir las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública>>.

La **contratación verbal**, prohibida antes en el art. 28 TRLCSP y ahora en el art. 37 al establecer que *<<1. 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>>-*, solo exceptúa el supuesto de contrato tenga carácter de emergencia. El citado artículo delimita el concepto de emergencia, *<<cuando la Administración tenga que **actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos**, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que **afecten a la defensa nacional**, se estará al siguiente régimen excepcional>>*. El Informe de 19 de junio de 2017 de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía pone énfasis en el carácter excepcional cuando concurren determinados supuestos tasados, al señalar que:

*<<La tramitación de emergencia tiene **carácter excepcional** procediendo **sólo cuando concurren determinados supuestos tasados en el TRLCSP**. Su carácter excepcional viene dado por el hecho de que no es necesario tramitar el correspondiente expediente administrativo de acuerdo con lo que prevé el TRLCSP exigiéndose únicamente el acuerdo del órgano de contratación ordenando ejecutar lo necesario para paliar la circunstancia sobrevenida y la oportuna retención del crédito o documento que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito, de forma que tampoco es necesaria la aprobación previa del gasto sin perjuicio de su posterior justificación de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora que resulte de aplicación al respecto, debiendo, además, dar cuenta al Consejo de Ministros del citado acuerdo, en el caso de la Administración del Estado, al Consejo de Gobierno, en el caso de la Administración autonómica o al Pleno del Ayuntamiento en el caso de la Administración Local. No obstante, el resto de actuaciones que sean necesarias pero que no tengan carácter de emergencia se contratarán conforme al TRLCSP>>*.

Así que cuando se acude a la contratación verbal sin estar en el supuesto del art. 120.1 LCSP y/o con carencia o insuficiencia de crédito, ello implicará la necesidad de iniciar un procedimiento de revisión de oficio y la declaración de nulidad, como consecuencia máxima de quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Cuando se produce de manera constante, reiterada y como “*sistema de contratación*” el quebrantamiento del sistema legal de contratación pública, se vulneran normas de derecho Administrativo (la propia LCSP), Derecho de la Unión y con ello nuestra propia CE, generando múltiples repercusiones, por la quiebra de todos los principios que se ven afectados. Se vulneran principios



constitucionales -como el principio de seguridad jurídica- e incluso se produce la vulneración de derechos fundamentales, como la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad de trato, no discriminación y la pérdida de los objetivos legales como:

- No eficiencia en el gasto público y no racionalidad económica de los fondos públicos,
- no implementar las políticas en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia y no crecimiento inteligente, sostenible e integrador,
- no transparencia para lucha de la contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses en la consecución del principio de integridad en la contratación pública,
- no obtención de los mejores suministros, servicios y obras, sin mejor relación calidad-precio.
- Vulneración de los principios de publicidad y concurrencia.

Muestra de dichas repercusiones concretas, es por ejemplo como se vulnera flagrantemente el principio de publicidad y la tutela judicial efectiva, cuando con “contrataciones verbales” se adquieren o prestan servicios, suministros u obras, o las modificaciones del contrato de obra verbal, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido. En esos casos se habrá prescindido igualmente de la preceptiva publicación de la **licitación en la Plataforma de Contratos del Sector Público** (art. 347), con todas las repercusiones respecto al principio de concurrencia y el derecho al recurso del interesado que ello supone. Como ya se dijo la LCSP trajo como novedad, la mayor exigencia del principio de publicidad, estableciendo como consecuencia a la sustracción de la preceptiva publicidad, la nueva causa de **nulidad de pleno derecho** de los contratos celebrados por poderes adjudicadores cuando se omita la publicación del anuncio de la convocatoria de la licitación, en la Plataforma de Contratos del Sector Público (art. 39.2 c). Asimismo, la LCSP ha ampliado el ámbito objetivo del recurso especial, a las modificaciones contractuales no previstas en los pliegos que se realicen tras la adjudicación del contrato, por tanto, en el caso de que se modifique éste, sin el preceptivo procedimiento, se estará sustrayendo la vía de recurso a los interesados.

SEGUNDO.- CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL SISTEMA LEGAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.



El incumplimiento de manera repetida y habitual del sistema legal de contratación pública, puede llevar aparejada consecuencias que pueden enumerarse de manera no limitativa, ni excluyente en:

➤ **Responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas.**

La propia LCSP establece las responsabilidades de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas, al contener en su **Disposición adicional vigésima octava** lo siguiente:

*<<1. La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación pública, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, así como en la normativa reglamentaria de desarrollo de la misma. 2. **La infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente Ley por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas dará lugar a responsabilidad disciplinaria, que se exigirá conforme a la normativa específica en la materia>>.***

Además, el art. 28 c) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno también contiene posibles responsabilidades que pueden depurarse en los supuestos citados, al disponer que constituye infracción muy grave cuando sea culpable, *<<Los compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en la de Presupuestos u otra normativa presupuestaria que sea aplicable>>.*

➤ **Responsabilidad contable.**

El concepto de responsabilidad contable ha sido recogido con gran amplitud en el art. 38 de la LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas

También el art. 49 de la Ley 7/1988, 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (

El TS, Sala 3ª, ha venido a delimitar los elementos de la responsabilidad contable, sírvase como ejemplo, la sentencia de 6 de octubre de 2004.



<<Los denominados elementos caracterizadores de la responsabilidad contable son los siguientes:

a) Sólo podrán incidir en responsabilidad contable quienes tengan a su cargo el **manejo de caudales o efectos públicos** –art. 2 b)–.

b) No toda acción u omisión contraria a la Ley que produzca menoscabo de caudales o efectos públicos, realizada por quien está encargado legalmente de su manejo, será suficiente para generar responsabilidad contable, ya que se requerirá, además, que resulte o se desprenda de las cuentas, en sentido amplio, que deben rendir todos aquellos que recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos –art. 15.1–.

c) La **infracción legal** ha de referirse a las obligaciones impuestas por las Leyes reguladoras de la Contabilidad Pública o, lo que es lo mismo, de la Ley General Presupuestaria y las correspondientes Leyes de Presupuestos, en orden al manejo de los tan repetidos caudales y efectos.

d) La acción u omisión contraria a la Ley Contable y generadora del perjuicio a los fondos públicos ha de estar marcada por una nota de subjetividad y acotada, por consiguiente, en los presupuestos de **dolo, culpa o negligencia grave**, con distintas modulaciones en lo que a la gravedad de la culpa se refiere, según se trate de responsabilidad contable directa o subsidiaria, requisito este último que deriva del art. 140 de la Ley General Presupuestaria en relación con el art. 41 de la LO 2/1982.

e) Por último, es de obligada referencia la producción de un **daño efectivo, individualizado con relación a determinados caudales o efectos y económicamente evaluable y que exista una relación de causalidad entre el daño efectivamente producido y la acción u omisión de referencia**>>.

> Responsabilidad penal.

Uno de los supuestos de responsabilidad penal por incumplimiento en materia contractual de autoridades o funcionarios es el **delito de prevaricación administrativa** regulado en los arts. 404 y ss del CP: <<A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo>>.

La jurisprudencia del TS ha fijado la siguiente doctrina respecto a dicho delito :

- El delito de prevaricación administrativa **es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico**. Por ello el delito de prevaricación **constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho**, pues nada lesiona más la



confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios (stc del TS nº 600/2014 del 3 de septiembre (RJ 2014, 4575).

- La arbitrariedad, aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, **no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley**, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos. Cuando así ocurre se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el Derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, convertida en fuente de normatividad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable (Stc del TS nº 743/2013 de 11 de octubre (RJ 2013, 6936).
- La jurisprudencia ha señalado en numerosas ocasiones que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación **será necesario**, en primer lugar, una **resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo**; en segundo lugar que sea **objetivamente contraria al Derecho**, es decir, **ilegal**; en tercer lugar, que esa **contradicción con el derecho o ilegalidad**, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, **sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable**; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la **resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario**, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho (SSTS 49/2010 de 4 de febrero (RJ 2010, 1415), 1160/2011 de 8 de noviembre (RJ 2012, 1519), 502/2012 de 8 de junio (RJ 2012, 6737), 743/2013 de 11 de octubre, 1021/2013 de 26 de noviembre (RJ 2014, 373), 773/2014 de 28 de octubre (RJ 2014, 5843) o 259/2015 de 30 de abril (RJ 2015, 1720), entre otras).
- La STS 225/2015 de 22 de abril (RJ 2015, 1359), viene a decir que por **resolución** debe entenderse **cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio**, que afecte a los



derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno (SSTS 38/98 de 29 de enero (RJ 1998, 50), 813/98 de 12 de junio, 943/98 de 10 de julio , 1463/98 de 24 de noviembre , 190/99 de 12 de febrero, 1147/99 de 9 de julio (RJ 1999, 6207), 460/2002 de 16 de marzo, 647/2002 de 16 de abril (RJ 2002, 5449), 504/2003 de 2 de abril (RJ 2003, 4204), 857/2003 de 13 de junio, 927/2003 de 23 de junio, 406/2004 de 31 de marzo, 627/2006 de 8 de junio, 443/2008 de 1 de julio, 866/2008 de 1 de diciembre (RJ 2008, 7135)). Lo que permite incluso **incluir en este concepto las resoluciones orales**. Pues, como expresamente señala la STS 225/2015 "*son posibles las resoluciones orales pues si bien el principio general en el procedimiento administrativo es la manifestación de los actos en forma escrita, la verbal no está excluida y así se infiere del artículo 55 de la Ley del Reglamento Jurídico de las Administraciones Públicas . Asimismo es factible la resolución por omisión, si es imperativo para el funcionario dictar una resolución, su omisión tiene efectos equivalentes a la denegación* (SSTS 190/99 de 12 de febrero (RJ 1999, 496), 65/2002 de 11 de marzo (RJ 2002, 3868), 647/2002 de 16 de abril (RJ 2002, 5449), 1093/2006 de 18 de octubre (RJ 2006, 8142))".

- Asimismo ha señalado el TS que el procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a **someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal**, y al mismo tiempo una **finalidad** de mayor trascendencia, dirigida a **establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate**. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se **podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento** establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (STS 743/2013, de 11 de octubre (RJ 2013, 6936), STS 152/2015, de 24 de febrero y 259/2015 de 30 de abril , entre otras).

A efectos ilustrativos traemos a colación la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) nº 512/2015 de 1 julio, (RJ 2015\3899) en el que confirmó una condena por el delito de prevaricación administrativa por omisión del



procedimiento legalmente establecido en una contratación administrativa. En ella el Alto Tribunal señala que:

*<<La **omisión del procedimiento legalmente** establecido ha sido considerada una de las razones que pueden dar lugar a la **calificación delictiva de los hechos**, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones (STS 18/2014 de 23 de enero (RJ 2014, 1002), STS 152/2015 de 24 de febrero (RJ 2015, 819) y 259/2015 de 30 de abril (RJ 2015, 1720), entre otras)>>.*

Añadiendo que:

*<<Una vez establecida la **ilegalidad administrativa** de la actuación de los acusados, y en particular de quien en el momento de ocurrir los hechos era Alcalde de la Corporación, concluyó la Sala sentenciadora el plus que sobre la misma exige el delito de prevaricación. Que la **ilegalidad "sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable en particular"** (SSTS 1021/2013 de 26 de noviembre (RJ 2014, 373) y 743/2013 de 11 de octubre (RJ 2013, 6936), entre otras) es decir, que se trate de una actuación "arbitraria">>. En dicha sentencia se condena al Alcalde y al Interventor por **delito continuado de prevaricación administrativa** argumentando que "en lugar de emplear alguna de las modalidades de adjudicación previstas en dicho Texto Refundido,[..], procedían en todos los proyectos [...] a adjudicarlos directamente al referido Arquitecto, y ello, dejando como única constancia documental del expediente la emisión de las facturas que elaboraba este último, los documentos contables para el pago y la aprobación de dicho pago en Junta de Gobierno, de forma similar a la prevista legalmente para el llamado "contrato menor", menos exigente en sus trámites[...], cuando en muchas de dichas adjudicaciones el precio era superior. Por tanto, se omitía la determinación del objeto del contrato, la fijación del precio y el informe sobre la posibilidad de ejecutar el proyecto por los propios técnicos de la corporación municipal, trámites todos estos preceptivos según la citada normativa, y sin emplear ninguna de las referidas modalidades de adjudicación" Así, "una vez que este último aceptaba, elaboraba el proyecto y emitía la correspondiente factura se elaboraban los documentos contables, quien en el ejercicio de dicho cargo tramitaba y supervisaba dichos documentos contables (de retención de crédito -RC-, y de aprobación, disposición, ordenación y pago -ADOP- y, no formulando reparo o informando de que se estaban omitiendo los citados trámites esenciales en el procedimiento y cometándose otras infracciones, [...], consistentes en facturar de modo fraccionado, lo que estaba expresamente prohibido en la citada normativa de contratación".*



TERCERO.- CONCLUSIÓN:

- I. El procedimiento de contratación ha de ajustarse estrictamente al sistema legal de contratación del Sector Público.
- II. De acuerdo con ello, y a la vista de lo descrito *supra* se hace expresa advertencia a los funcionarios y cargos públicos con funciones y competencias en materia contractual de las consecuencias de toda índole que pudieran derivar su actuación de no ajustarse a la legalidad vigente en materia de contratación.
- III. A efectos de ilustrar la buena práctica en materia de contratación se adjunta el enlace de la edición en español por parte de la Comisión Europea de la ***Guía práctica de contratación pública para profesionales***, con especial interés en el campo de la preparación y planificación de los contratos, su publicación y transparencia

https://ec.europa.eu/regional_policy/es/information/publications/guidelines/2018/public-procurement-guidance-for-practitioners-2018

A TODAS LAS SECRETARÍAS GENERALES TÉCNICAS DE LAS CONSEJERÍAS Y SECRETARÍA GENERAL DE PRESIDENCIA DEL GOBIERNO Y A TODOS LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS O ENTIDADES PÚBLICAS DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA CAC.