



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 269/2018

(Sección 2ª)

La Laguna, a 15 de junio de 2018.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas y Transportes del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de la contratación verbal efectuada por la Dirección General de Infraestructura Viaria para la reposición de las barreras biondas que se encontraban dañadas en el ámbito de la obra definida en el proyecto de «Tercer carril de la Autopista TF-1, Tramo: S/C de Tenerife-Güímar; p.k. 0+000 al 20+400, Isla de Tenerife, incluido el tramo correspondiente a la conexión con la carretera TF-28 (denominada Vía Exterior)» (EXP. 222/2018 RO)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Consejero de Obras Públicas y Transportes del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio a fin de declarar la nulidad del contrato verbal efectuado por la Dirección General de Infraestructura Viaria para la reposición de las barreras biondas que se encontraban dañadas en el ámbito de la obra definida en el proyecto de «Tercer carril de la Autopista TF-1, Tramo: S/C de Tenerife-Güímar; p.k. 0+000 al 20+400, Isla de Tenerife, incluido el tramo correspondiente a la conexión con la carretera TF-28 (denominada Vía Exterior)».

2. La legitimación del Consejero para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo 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. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que permite a las

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo dictamen favorable del órgano consultivo, 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.

Además, de conformidad con lo previsto en la normativa aplicable (art. 106.1 LPACAP), es preciso que tal dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si el dictamen no lo considera así.

3. Tal y como se manifestó con anterioridad, la ordenación de la revisión de oficio de las disposiciones y los actos nulos se contiene en el art. 106 LPACAP. Esta revisión de oficio procede contra actos nulos que incurran en alguna de las causas de nulidad del art. 47.1 LPACAP y que, además, sean firmes en vía administrativa, firmeza que se acredita en las actuaciones obrantes en el expediente.

4. El presente procedimiento se inició de oficio por Orden del Consejero de Obras Públicas y Transportes en fecha 27 de diciembre de 2017. El órgano competente para resolver el procedimiento de revisión de oficio es el Consejero de Obras Públicas y Transportes de conformidad con el art. 29.1.g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias.

5. La revisión de oficio instada se fundamenta en el art. 47.1.e) LPACAP (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), pues el procedimiento se inició una vez en vigor la LPACAP.

6. También resulta aplicable el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), de acuerdo con la fecha de adjudicación del contrato verbal en cuestión (Disposición transitoria primera, apartado 2, 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 2014).

II

1. Los antecedentes que figuran en el expediente y que han determinado la iniciación del procedimiento revisor, mencionados también en nuestro Dictamen 179/2018, son los siguientes:

- La entidad (...), con fecha 30 de septiembre de 2016, presentó factura por la reposición de biondas de referencia («unidades de obra ejecutadas y no incluidas en la liquidación») que le fue devuelta por el Director General de Infraestructura Viaria por defectos formales.

- La empresa (...), con fecha 21 de febrero de 2017, presentó reclamación de compensación económica por causas ajenas a la ejecución del contrato de las «*Obras complementarias de mejora y recuperación ambiental y paisajística de la TF-1 y primer tramo de la circunvalación del área metropolitana (FASE B.)*» por distintos conceptos entre los que se incluye la cuantía de 187.656 euros por reposición de biondas.

- El Director Facultativo de las obras (de la Dirección General de Infraestructura Viaria) emite el correspondiente informe, de fecha 16 de marzo de 2017, acerca del contenido de la reclamación presentada por la entidad mercantil (...) sobre la «reposición de bionda ejecutada».

- Con fecha 19 de mayo de 2017, se remite Propuesta de Resolución de la Dirección General de Infraestructura Viaria sobre la reclamación que se había presentado por la entidad (...).

- Emitido informe por el Servicio de Régimen Jurídico, la Secretaria General Técnica lo traslada a la Dirección General de Infraestructura Viaria el 13 de septiembre de 2017, mediante oficio en que comunica en relación a la reposición de biondas que debía *aclararse si se siguió el procedimiento de contratación que legalmente correspondía o en otro caso debe formularse propuesta fundamentada a esta Secretaría General Técnica para que proceda a la tramitación de revisión de oficio a fin de que en su caso sea declarada la nulidad de la contratación de esa reposición de biondas, sin perjuicio de que haya de abonarse su coste a la entidad mercantil (...) para evitar el enriquecimiento injusto.*

- El Director de las obras emite informe de fecha 20 de noviembre de 2017, sobre la reposición de biondas, mediante el que indica:

«(...) El 1 de agosto de 2014, el Cabildo de Tenerife envía escrito para recordar que no se han cumplido los acuerdos del Acta de Reconocimiento por parte de la Consejería de Obras Públicas.

(...) por orden del entonces Director General se inician las obras de reposición de las biondas de la TF-1 entre los meses de agosto y septiembre de 2014. La obra había sido recibida el 29 de mayo de 2014.

La reclamación que presenta la entidad mercantil "(...)" hace referencia al abono de esas unidades ejecutadas, incluso desvíos provisionales de obra por la noche».

- La Secretaria General Técnica emite requerimiento de fecha 1 de diciembre de 2017 a fin de que se presente propuesta por la Dirección General de Infraestructura Viaria, considerando que se desprende la realización de actuaciones sugestivas de nulidad en la contratación de la reposición de barreras.

- En fecha 5 de diciembre de 2017, el Director General de Infraestructura Viaria propone que se inicie por la Secretaría General Técnica procedimiento de revisión de oficio con objeto de declarar, si procede, la nulidad del contrato de las obras realizadas por la entidad mercantil (...), durante la ejecución de las obras «Complementarias de Mejora y Recuperación Ambiental y Paisajística de la TF-1 y Primer Tramo de la Circunvalación del Área Metropolitana FASE B» por los conceptos de reposición de barreras por importe de 187.655,70 euros al que se debe añadir la cuantía de 13.135,89 euros, por el IGIC; ascendiendo el importe a 200.791,59 euros, IGIC incluido.

- Por Orden de 29 de diciembre de 2017 del Consejero de Obras Públicas y Transportes se inicia el procedimiento de revisión de oficio y se otorga trámite de audiencia a la entidad mercantil interesada.

- El 18 de enero de 2018, la interesada presenta escrito manifestando su conformidad con la revisión de oficio, si bien reclama que a la cuantía de la indemnización se añadan los intereses aplicables computados desde la fecha de presentación de la reclamación hasta el momento de su abono, indicando como fecha de inicio el 19 de marzo de 2014.

- Solicitado informe a la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos, se recibe el 25 de abril de 2018 estimando ajustado a derecho el borrador de Orden que le fue remitido.

- El Dictamen 179/2018, de 26 de abril, del Consejo Consultivo de Canarias, emitido en el expediente tramitado por la Dirección General de Infraestructura Viaria respecto de la reclamación de compensación económica previamente presentada por (...), en razón particularmente a la instalación de aquellas biondas, advertíamos lo siguiente:

«(...) Será pues, en el seno de este procedimiento de revisión de oficio donde podrá abordarse la indemnización que, en su caso, corresponda, o una vez concluido éste y declarada la nulidad que se pretende.

Hasta tanto, este Consejo no puede pronunciarse sobre la indemnización pretendida por este concepto, ya que, de hacerlo, se estaría condicionando el sentido del dictamen preceptivo que se ha de solicitar y emitir para permitir la citada declaración de nulidad (...).».

- Finalmente se emite la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio en fecha 4 de mayo de 2018.

2. En la tramitación del expediente no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que impidan un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, constando haberse realizado la audiencia a (...), interesada al ser la única favorecida por los actos de los que se pretende su nulidad, así como recabado el informe de los Servicios Jurídicos.

III

1. El presente procedimiento tiene por objeto declarar la nulidad del contrato verbal relativo a la reposición de barreras biondas en la TF-1 prestado por la entidad mercantil (...) al considerar que concurre la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, al haber sido solicitada la ejecución de las obras al interesado directamente por la Administración prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido para ello, en relación con lo dispuesto en los arts. 34 y 32.a) TRLCSP.

Todo ello debido a que la citada empresa contratista estaba ejecutando el proyecto denominado «[o]bras complementarias de mejora y recuperación ambiental y paisajística de la TF-1 y primer tramo de la circunvalación del área metropolitana (Fase B)», y aprovechando tal circunstancia, se le encarga a la entidad la ejecución de las obras para cumplir con el compromiso asumido en su día por la Consejería de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial con el Cabildo Insular de Tenerife.

2. No obstante, debemos recordar que conforme a reiterada jurisprudencia, no basta con que se haya incurrido en la omisión de un trámite del procedimiento, por esencial y trascendental que sea, sino que es absolutamente necesario que se haya prescindido *total y absolutamente* del procedimiento legalmente establecido para ello, de tal forma que se produce una clara, manifiesta y ostensible omisión de dicho procedimiento, con ausencia de trámites sustanciales (SSTS de 4 de enero de 1983, 21 de marzo de 1988, 12 de diciembre de 1989, 29 de junio de 1990, 22 de marzo de

1994, 15 de octubre de 1998, 17 de marzo de 2000, 26 de marzo de 2001, entre otras).

En lo que se refiere a la causa de nulidad alegada, este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen 274/2014, de 22 de julio) ha considerado que la ley considera nulos de pleno derecho todos los casos en que falten los trámites esenciales que se establezcan para dictar los actos administrativos de que se trate, lo cual supone que *«(...) los defectos formales necesarios para aplicar la nulidad ex art. 62.1.e) LRJAP-PAC deben ser de tal magnitud que pueda entenderse que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento, no bastando con la omisión de alguno de sus trámites y resultando necesario ponderar en cada caso la esencialidad del trámite o trámites omitidos y las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido. De tal forma que la omisión de requisitos formales, incluso del esencial representado por el trámite de audiencia, sólo producirá el radical efecto de anular las actuaciones cuando haya ocasionado la efectiva indefensión del interesado»*.

Como reiteradamente ha señalado este Consejo en línea con la doctrina constante del Consejo de Estado, para apreciar dicha causa de nulidad no basta con la mera invocación de cualquier vicio o anomalía formal, sino que es preciso que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, bien porque no se hubiere seguido procedimiento alguno, bien porque se hubiere seguido un procedimiento sustancialmente distinto al legalmente establecido (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1983, 21 de marzo de 1988, 12 de diciembre de 1989, 29 de junio de 1990, 31 de enero de 1992, 7 de mayo de 1993, 28 de diciembre de 1993, 22 de marzo de 1994, 18 de junio de 1994 y 28 de septiembre de 1994; Dictámenes del Consejo de Estado de 5 de noviembre de 1987, 19 de octubre de 1989, 22 de junio de 2000 y 12 de julio de 2012).

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas, STS de 20 de diciembre del 2005, tiene establecido que la acción de nulidad también constituye una vía excepcional cuando concurre alguno de los supuestos previstos legalmente como causas determinantes de la revisión, y que taxativamente están enumerados, debiéndose interpretar de forma restrictiva tanto los supuestos como su contenido y alcance, todo ello en virtud del principio de seguridad jurídica.

3. En consecuencia, en el caso de que se aprecie la señalada causa sería suficiente para que proceda declarar la nulidad del acto.

IV

1. En relación al contrato verbal advertido, la Propuesta de Resolución lo considera nulo al haberse realizado prescindiendo del procedimiento legalmente previsto [art. 47.1.e) LPACAP] pues el citado contrato se hizo sin la tramitación del correspondiente procedimiento, lo que supone su nulidad de pleno derecho ya que los contratos de obras como el que nos ocupa se formalizan por escrito y se regulan mediante los instrumentos jurídicos correspondientes.

En resumen, el contrato verbal de reposición de biondas fue realizado sin soporte documental jurídico alguno.

2. Sin embargo, no cualquier irregularidad puede dar lugar a la nulidad de pleno derecho pretendida, por cuanto que la jurisprudencia viene exigiendo bien la ausencia de todo trámite, bien haber utilizado un procedimiento no previsto. Dicho en otros términos, que sea un acto verbal, caso por caso, no es sinónimo de que se haya dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y que, por tanto, esté incurso en vicio de nulidad, salvo que se acredite la causa de nulidad alegada en los términos exigidos por la Doctrina jurisprudencial y consultiva que lo interpreta.

Recordamos que en materia de contratación administrativa la nulidad de pleno derecho debidamente acreditada se justifica en que vulnera los principios básicos de la contratación en cuanto que el legislador regula la contratación del sector público a fin de garantizar que la misma se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta calidad-precio más ventajosa, así como, la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar.

3. En el presente asunto, la documentación obrante en el expediente acredita que la reposición de biondas fue ejecutada por encargo del Director General de

Infraestructura Viaria a (...), aprovechando que esa empresa contratista ejecutaba el proyecto denominado «[o]bras Complementarias de mejora y recuperación ambiental y paisajística de la TF-1 y primer tramo de la Circunvalación del Área Metropolitana (Fase B)», pero «por causa ajena» a la ejecución de dicho proyecto de obras, ya que traía causa del compromiso asumido por la entonces Consejería de Obras Públicas, Transportes y Política Territorial, mediante acuerdo con el Cabildo de Tenerife, en la manifestación n.º 6 del Acta de Reconocimiento de las obras de: «Tercer carril de la autopista TF-1, tramo: Santa Cruz de Tenerife - Güímar, p.k. 0+000 al p.k. 20+400, Isla de Tenerife», pues el Director de Obras confirma en su informe que: «(...) se encargó a la contrata que repusiera el resto de biondas dañadas ajenas a su ejecución directa y contemplada en proyecto, dado que se iban a realizar cortes y desvíos provisionales, de manera que se aprovechara para adecuar medianas y márgenes (...)».

Además, tales trabajos realizados también han sido confirmados en la reclamación por reposición de biondas incluida en el escrito presentado por (...), el 21 de febrero de 2017, mediante una factura presentada por la citada entidad mercantil el 30 de septiembre de 2016 por concepto de «unidades de obra ejecutadas y no incluidas en la liquidación».

En consecuencia, se desprende del expediente que la reposición de biondas no estaba incluida en el proyecto objeto del contrato, ni en sus modificados. Por lo que se entiende que aquella reposición de biondas constituía una obra independiente de las que son objeto de los proyectos de obras anteriormente citados y por tanto de sus respectivos contratos. En otras palabras, se trata de una actuación que se llevó a cabo tras la recepción de las obras y la certificación final y que además no constituye una alteración de unidades ejecutadas respecto de las previstas conforme a las mediciones del proyecto.

4. En cuanto al régimen jurídico aplicable al caso, la cláusula 33.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas que rigió la contratación de (...), para la ejecución de las «*obras complementarias de mejora y recuperación ambiental y paisajista de la TF-1 y primer tramo de la circunvalación del área metropolitana (fase b)*», indica que el contrato puede ser modificado por razones de interés público y para atender a causas imprevistas debidamente justificadas de acuerdo con lo establecido en los arts. 194, 202 y 217 LCSP. Sin embargo, no se siguió para ello el procedimiento legalmente establecido como hubiera sido la modificación previa del contrato o la *addenda*

correspondiente, sin que conste tampoco que tal acto verbal haya sido ratificado por escrito.

Tampoco puede ser considerado como un contrato menor, tanto porque no ha sido formalizado con intervención del órgano de contratación competente y por escrito, como porque además excede de la cuantía máxima prevista al afecto.

Por lo demás, no se puede enmarcar el citado contrato verbal en un contrato de emergencia al no cumplir con los requisitos legales determinados para tal fin. Por lo que también desde este punto de vista el contrato verbal carecería de toda validez.

5. En definitiva, de la documentación que integra el expediente remitido a este Consejo se colige que la obra realizada estaba fuera de proyecto de obras y se hizo, además, una vez culminada aquella y emitida la Certificación Final de la misma y, por orden del Director General de la Obra por lo que se ha realizado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido y no contiene referencia alguna que permita constatar el cumplimiento de los requisitos anteriormente señalados. En consecuencia, debemos concluir como hace la Propuesta de Resolución, con la concurrencia de la causa de nulidad esgrimida en el presente asunto, pues la contratación verbal de obras de reposición de biondas ejecutadas se ha realizado prescindiendo de todo procedimiento de los previstos en la legislación de contratos del sector público, vulnerándose las reglas de la contratación administrativa.

Por las razones expuestas nos encontramos ante una causa de nulidad de pleno derecho de las previstas en el art. 32.a) TRLCSP, en relación con el art. 47.1.e) LPACAP. Además, los informes obrantes en el expediente concuerdan en afirmar que la contratación verbal realizada incurre en causa de nulidad de pleno derecho.

6. Por otra parte, debemos recordar que la jurisprudencia ha reconocido que en los casos de nulidad contractual es derecho del contratista percibir el valor de la prestación realizada al amparo de la doctrina del enriquecimiento sin causa: *si a pesar de la nulidad del contrato el contratista ha realizado su prestación, se ha producido para la Administración un enriquecimiento sin causa o injustificado en la medida en que el contrato es nulo y ello determina la necesidad de restituir al contratista el valor de su prestación.*

Así, este Consejo Consultivo ha considerado en cuanto al enriquecimiento injusto que para que concurra en el ámbito administrativo resulta necesaria la concurrencia de la totalidad de los requisitos jurisprudencialmente exigidos: enriquecimiento

patrimonial para una de las partes, con el consiguiente empobrecimiento para la otra, relación de causalidad entre ambos, y el más importante de los mismos: la falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento (Dictámenes 38/2014, de 11 de febrero, 89/2015, de 19 de marzo, 102/2015, de 24 de marzo y 440/2016, de 27 de diciembre, entre otros), requisitos que concurren en el presente caso, incluidas la falta de causa y justificación para tal enriquecimiento una vez declarada la nulidad del contrato verbal, por las razones ya expuestas.

Como dispone el actual art. 106.4 LPACAP y señalamos en nuestro anterior Dictamen 179/2018, de 26 de abril [en referencia al art. 102.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común -con idéntico contenido, salvo la remisión normativa correspondiente-] las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, por lo que a fin de evitar el citado enriquecimiento injusto de la Administración en perjuicio del contratista que ejecutó la obra de reposición de biondas, procede en este caso indemnizarle por el importe correspondiente al valor de la prestación realizada, más el IGIC correspondiente.

No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.1 TRLCSP y art. 34.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en relación con los arts. 1.100, 1.108 y 1.303 del Código Civil, la Administración ha incurrido en mora desde que la interesada presentó la correspondiente factura por la reposición de biondas el 30 de septiembre de 2016, según consta en el expediente, por lo que se considera que el daño se ha producido desde ese momento en el que se exigió el pago con la presentación de la factura y no se abonó el importe por la prestación efectuada. En consecuencia, la cantidad final a indemnizar a (...), en concepto de restitución de la prestación realizada, habrá de incrementarse con los intereses que correspondan desde la fecha en la que dicha empresa exigió el cumplimiento de la obligación de la Administración (el pago) con la presentación de la citada factura.

CONCLUSIONES

1. Se dictamina favorablemente la declaración de nulidad de pleno derecho de la contratación verbal efectuada por la Dirección General de Infraestructura Viaria para la reposición de las barreras biondas que se encontraban dañadas en el ámbito de la

obra definida en el proyecto de «Tercer carril de la Autopista TF-1, Tramo: S/C de Tenerife-Güímar; p.k. 0+000 al 20+400, Isla de Tenerife, incluido el tramo correspondiente a la conexión con la carretera TF-28 (denominada Vía Exterior)».

2. Asimismo, como consecuencia, procede indemnizar a la entidad (...), de acuerdo con lo razonado en el Fundamento IV, sin perjuicio de la actualización de la cantidad indemnizatoria señalada en el mismo.