



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 6 5 / 2 0 2 3

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 10 de noviembre de 2023.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Mazo en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio de la declaración de nulidad del contrato de obra de ampliación del cementerio municipal de San Urbano, consistente en la ampliación de 2 bloques de 18 nichos cada uno hacia el oeste y en un nivel 2 y adosado al bloque delantero de 5,20 m de largo y 4,8 m de ancho y 3 niveles de altura, con una superficie construida total de 20,28 m² (EXP. 442/2023 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Mazo, es la Propuesta de Resolución (en adelante PR) de un procedimiento de revisión de oficio dirigido a declarar la nulidad del contrato de obra de ampliación del cementerio municipal de San Urbano, consistente en la ampliación de 2 bloques de 18 nichos cada uno hacia el oeste y en un nivel 2 y adosado al bloque delantero de 5,20 m de largo y 4,8 m de ancho y 3 niveles de altura, con una superficie construida total de 20,28 m².

La legitimación del Sr. Alcalde 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 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

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 47.1 LPACAP, en relación, en este caso, con el art. 39 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos el 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 (LCSP).

Asimismo, 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.

2. Como se dijo, la ordenación de la revisión de oficio de las disposiciones y los actos nulos se contiene, por remisión del art. 39 LCSP, en el art. 106.1 LPACAP. Esta revisión de oficio procede contra actos nulos que incurran en alguna de las causas de nulidad del apartado 1 del art. 47 y que, además, sean firmes en vía administrativa, firmeza que se acredita en las actuaciones obrantes en el expediente.

3. No se ha cumplido el plazo de caducidad (que es el de resolver) de 6 meses previsto en el art. 106.5 LPACAP, pues el procedimiento se inició el 31 de julio pasado.

4. La revisión de oficio se fundamenta en el art. 47.1, e) LPACAP, en virtud del cual son nulos los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

5. La competencia para resolver le corresponde al Sr. Alcalde, al tratarse de un acto de su competencia indelegable, de acuerdo con los arts. 31.1.o y 31.2 de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 41 LCSP.

6. No se observan deficiencias formales que obsten un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

II

De la documentación obrante en el expediente remitido a este Consejo resulta que las cuestiones de hecho del presente procedimiento de revisión de actos nulos son las siguientes:

- Se realizan obras en el Cementerio municipal consistentes en Ampliación de 2 bloques de 18 nichos cada uno hacia el oeste y en un nivel 2 y adosado al bloque delantero de 5,20 m de largo y 4,8 m de ancho y 3 niveles de altura, con una

superficie construida total de 20,28 m², sin sujetarse a las normas sobre contratación administrativa.

- La Intervención municipal comunica al servicio de Urbanismo, con fecha 18 de mayo de 2023, la existencia de una factura en la que podía haberse omitido la fiscalización previa, solicitando información al objeto de comprobar los hechos acaecidos:

«Tras el examen y visto el informe del Concejal responsable del Área de Urbanismo de 24 de julio de 2023, se comprueba que la factura corresponde a obras para la ampliación del cementerio municipal San Urbano, sin que se haya remitido a esta intervención para el trámite de fiscalización e intervención previa, siendo el citado informe de Intervención preceptivo y previo.

A la vista de la omisión de la función interventora referida, una vez revisado el expediente y tras haber tenido conocimiento del mismo, en cumplimiento del art. 28 del Reglamento del Control Interno del Sector Público local, aprobado por Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, se comprueba que el objeto de la factura corresponde a un contrato administrativo de obras regulado en el art. 13 de la LCSP. Que atendiendo al objeto de la factura referida, necesario para el cumplimiento y realización de los fines institucionales y nuestro ordenamiento prohíbe la contratación verbal, la contratación de dichas obras debió realizarse mediante un procedimiento abierto, con sujeción a las normas de la LCSP y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

El incumplimiento abarca al conjunto del articulado dirigido a regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de adquisición de bienes mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

También se considera que, de acuerdo con el informe que consta en el expediente y atendiendo a la rúbrica de la propia factura, las obras se han realizado a satisfacción de la Administración y las prestaciones se produjeron bajo el principio de buena fe y confianza legítima. En cuanto los precios son muy similares, considerándose de mercado».

Concluye el Informe de fiscalización que es necesario iniciar la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio que declare la nulidad para poder reconocer la deuda fuera de la vía judicial

La causa de nulidad es la prevista en el art. 42.1.e) LCSP.

- Por Resolución de la Alcaldía n.º 953/2023, de 31 de julio, se acordó iniciar el procedimiento de revisión de oficio del contrato de obras de ampliación del cementerio municipal de San Urbano, por considerar que se encuentra incurso en la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.e) LPACAP (actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido).

- Conferido trámite de audiencia al interesado, y notificada en sede electrónica, no se han formulado alegaciones.

- La PR declara la nulidad de la referida contratación por concurrir la causa del art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, *«toda vez que se constata la ausencia total de expediente de contratación de obras»*; así como proceder, previos los oportunos trámites administrativos, al abono de la prestación, toda vez que la misma ha sido ejecutada con la conformidad de esta Administración.

III

1. Este Consejo Consultivo, siguiendo constante y abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha afirmado que «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» (DCC 449/2017, de 5 de diciembre).

Asimismo, hemos reiterado que la revisión de oficio supone 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 ella sólo 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).

2. En el presente caso, la PR razona acertadamente que se ha incurrido incurrido de forma clara, manifiesta y ostensible en causa de nulidad conforme a lo previsto en el art. 47.1.e) LPACAP, en relación con el art. 39 LCSP, por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Según la PR, siendo tales actos preparatorios nulos, también lo es el contrato (art. 38.b LCSP).

3. Sobre la causa establecida en el art. 47.1.e) LPACAP, este Consejo Consultivo ha manifestado, por ejemplo en el Dictamen 489/2021, de 14 de octubre (con cita de los DDCC 8/2021, de 15 de enero, y 161/2020, de 1 de junio), lo siguiente:

«El art. 62.1, e) LRJAP-PAC configura como una causa de nulidad el que los actos sean dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Como las causas de nulidad radical o absoluta de los actos administrativos son tasadas, tienen carácter excepcional y han de interpretarse de forma estricta, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es especialmente restrictiva en cuanto a la aplicación de esa causa de nulidad, ya que el empleo por la Ley de los dos adverbios “total y absolutamente” impone que los defectos formales necesarios para aplicar esta nulidad radical deben ser de tal dimensión que es preciso que se haya prescindido de modo completo y absoluto del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de sus trámites. La omisión de algún trámite se equipara a la omisión total del procedimiento cuando tiene la naturaleza de esencial en los supuestos en que haya causado indefensión material al interesado (para lo cual habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por la omisión del trámite). También se equipara 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 dicho en los DDCC 84/2014 y 258/2020 que *«(L)a 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».*

4. De la documentación que figura en el expediente remitido a este Consejo se comprueba que tanto la Administración municipal como el contratista promovieron de facto una relación contractual, con determinación precisa de la obra a construir y del precio de la misma. Estuvieron de acuerdo y convinieron sobre tal objeto, pero

sin haber seguido en absoluto el procedimiento legalmente exigible. Puede, en consecuencia, afirmarse que ha surgido de este cruce de voluntades un contrato verbal, y que la obra efectivamente se ejecutó a satisfacción de la Administración.

La irregular práctica seguida constituye uno de los supuestos de contratación irregular, que ha dado paso a un contrato verbal, con omisión de la totalidad de los actos preparatorios de un contrato administrativo.

La doctrina del Consejo de Estado ha tratado en multitud de Dictámenes estas situaciones, así como las distintas fórmulas jurídicas o vías que en cada caso resultan aplicables para ofrecer una salida jurídica que dé cobertura jurídica suficiente para abonar al contratista el precio al que tiene derecho por la efectiva ejecución de la obra. En su reciente Dictamen 1592/2022, de 23 de enero de 2023 identifica este supuesto de contratos verbales que se dicen celebrados sin que concurren las rigurosas circunstancias excepcionales y de emergencia en las que únicamente están admitidos (dictámenes números 553/2016, de 20 de julio; 554/2016, de 14 de julio; 751/2016, de 22 de septiembre; 906/2019, de 6 de febrero de 2020, y 456/2020, de 15 de octubre).

Pues bien, con carácter excepcional el Consejo de Estado admite la revisión de oficio de los actos o decisiones que dieron lugar a este tipo de prestaciones sin la preceptiva cobertura jurídica contractual, invocando la causa de nulidad relativa a la «ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido» -art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al que se remite el art. 39.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público-, de modo que a la correspondiente declaración de nulidad se uniera el pago de esas prestaciones en concepto de restitución recíproca o de daños y perjuicios, tal y como ordena la legislación contractual -art. 42.1 de la Ley 9/2017 y art. 106.4 de la Ley 39/2015- (dictámenes números 47/2016, de 10 de marzo; 48/2016, 49/2016, 50/2016, 51/2016 y 52/2016, de 17 de marzo; 553/2016, de 20 de julio; 554/2016, de 14 de julio; 751/2016, de 22 de septiembre; 506/2017, de 28 de septiembre; 543/2017, de 20 de julio; 554/2017, 13 de julio; 846/2017, de 2 de noviembre; 1.165/2017, de 15 de febrero de 2018; 971/2018, de 13 de diciembre; 667/2019, 678/2019 y 679/2019, de 24 de octubre; 906/2019, de 6 de febrero de 2020; y 456/2020, de 15 de octubre).

En esta misma línea este Consejo Consultivo estima aplicable en este caso la vía de la revisión de oficio elegida por la PR, y coincide con la misma en concluir que al

contrato verbal que ha surgido se ha llegado sin seguir en absoluto el procedimiento legalmente exigible, por lo que se ha incurrido en la causa del art. 47.1.e) LPACAP.

5. Sin perjuicio de lo expuesto hasta ahora, se observa que la factura cuya nulidad se pretende -y que debiera ser no de la factura misma, sino del contrato verbal que le da cobertura- obedece al mismo contrato de obra sobre cuya nulidad ya se pronunció este Consejo Consultivo en el Dictamen 72/2023, de 1 de marzo. En efecto, en el expediente remitido en aquel supuesto, se trataba de dos facturas, una relativa a la obra consistente en la ampliación en el cementerio San Urbano, bloque 1, construcción de 18 nichos y la segunda relativa a la misma obra pero en el bloque 2.

En el caso que nos ocupa, se trata de una tercera factura, sobre obra en el mismo lugar, bloque 1 y 2, y realizada por la misma empresa que las facturas aportadas en su día por lo que se puede afirmar que se trata de la misma contratación sobre la que ya se pronunció este Consejo Consultivo en el referido dictamen, que fue favorable a la nulidad. Con posterioridad, además, por el Ayuntamiento se remitió certificación de la Sra. Secretaria del Ayuntamiento acreditativa del acuerdo por el que se declaraba la nulidad.

Por tanto, lo que correspondería ahora, en rigor, sería la no emisión de este Dictamen, para no venir a reiterar nuestro parecer favorable a la nulidad de pleno de una contratación sobre la que ya nos hemos pronunciado en el sentido expuesto en el Dictamen 72/2023.

Ahora bien, en la medida en que la doctrina expuesta ha sido avalada hace muy poco tiempo por el Pleno de este Organismo mediante Dictamen 452/2023, de 7 de noviembre, procede en este momento ratificar la nulidad del contrato verbal referido.

6. Por último, en relación con la cuantía, como manifestamos en el Fundamento III.6 del Dictamen 138/2023, de 4 de abril, 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 -que en este caso sería la nulidad de la contratación-, sin que haya enriquecimiento injusto para ninguna de las partes.

Además, en el Dictamen 276/2019, de 18 de julio, en lo que se refiere a la cuantificación global de tales daños y la aplicación del principio de reparación

integral del daño que rige en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se ha manifestado que:

«Así, la STS de 3 de febrero de 1989, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sostiene que se ha declarado reiteradamente que la imposibilidad de evaluar, cuantitativamente y con exactitud, el daño material y moral sufrido por el administrado implica que la fijación de la cuantía de la indemnización se efectúe generalmente, de un modo global; esto es, atemperándose al efecto los módulos valorativos convencionales utilizados por las jurisdicciones civil, penal o laboral, sin que además haya de reputarse necesario en ningún caso que la cantidad globalmente fijada sea la suma de las parciales con las que se cuantifique cada uno de los factores o conceptos tomados en consideración.

En este contexto, ha de considerarse la aplicación del principio de reparación integral del daño, propio de la responsabilidad patrimonial. En este sentido, la STS de 11 de noviembre de 2011, también de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, recuerda que múltiples Sentencias del propio Tribunal Supremo han proclamado, insistentemente, que la indemnización debe cubrir todos los daños o perjuicios sufridos, hasta conseguir la reparación integral de los mismos y, con ello, la indemnidad del derecho subjetivo o interés lesionado”, siendo toda esta doctrina aplicable al presente asunto».

En el presente caso la reparación integral del daño al contratista ha de coincidir con la totalidad de la factura en su momento presentada, lo que incluirá la totalidad del precio del contrato verbal efectivamente ejecutado. En este sentido, como manifestamos en los Dictámenes 318/2023, de 20 de julio, y 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, sin detracer el 3% del beneficio industrial (como sucedía en anteriores ocasiones), tal y como detallamos extensamente en el Dictamen 318/2023, a cuyos fundamentos nos remitimos para evitar reiteraciones.

De todo lo expuesto cabe concluir que en los supuestos, como el presente, en que la contratista ha manifestado buena fe, prestando el servicio a satisfacción de la Administración, a pesar de concurrir causa de nulidad al haberse dictado los actos preparatorios del contrato de obra de la ampliación del Cementerio municipal prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, tal como prevé el art. 47.1.e) LPACAP, en relación con el 39.1 LCSP, se debe indemnizar a la contratista en idéntica cuantía al precio de la obra realizada (incluyendo el beneficio industrial). La PR no hace explícita referencia a este aspecto, por lo que

procede que incluya expresamente el beneficio industrial en la cantidad a abonar al contratista.

C O N C L U S I Ó N

La PR es conforme a Derecho, sin perjuicio de las observaciones formuladas en el Fundamento III del presente Dictamen.