Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 1 8 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 14 de diciembre de 2023.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad de la modificación del proyecto denominado «Edificio de Actividades Comunitarias de Tamaraceite», realizado por la empresa (...), por importe de 664.362,14 euros (EXP. 516/2023 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio dirigido a declarar la nulidad de la modificación del proyecto denominado «*Edificio de Actividades Comunitarias de Tamaraceite*», realizado por la empresa (...), por importe de 664.362,14 euros.

2. La legitimación de la Sra. Alcaldesa 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 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

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

jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE (LCSP).

Asimismo, 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.

Como se dijo, la ordenación de la revisión de oficio de las disposiciones y los actos nulos en el ámbito contractual se contiene, por remisión del art. 39.1 LCSP, en el art. 47 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. También procede, en este caso, la revisión de oficio por las causas contenidas en el art. 39.2 LCSP.

3. Se ha otorgado el preceptivo trámite de vista y audiencia a la empresa contratista, que no se opone a la declaración de nulidad, pero sí se opone a la detracción del beneficio industrial del valor de la prestación realizada como consecuencia de la modificación del proyecto, documentado con la factura presentada.

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, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 106.1 LPACAP, por remisión del art. 41 LCSP.

4. La competencia para resolver el presente procedimiento le corresponde al órgano de contratación, en virtud de lo previsto en el art. 41.3 y Disposición Adicional segunda, apartado 4, LCSP, que en este caso es la Junta de Gobierno Local, al tratarse de municipio de gran población.

No obstante, no se justifica esta competencia en la Propuesta de Resolución, teniendo en cuenta que la misma (la revisión de oficio de sus propios actos) no es delegable a tenor de lo dispuesto en el art. 127, apartados 1, letra k), y 2 LRBRL.

5. En la Propuesta de Resolución, la Administración afirma escuetamente la nulidad de pleno derecho de dicho contrato por incurrir en la causa de nulidad

establecida en el *«art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 32 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, artículo 39 de la ley 9/2017, de Contratos del Sector Público»* (Fundamento de Derecho V de las «Disposiciones Legales de Aplicación»), *«debido a la necesidad inaplazable de la contratación de las prestaciones descritas»*, sin especificar nada más.

No obstante, en los antecedentes de hecho y en los informes precedentes del expediente se cita en varias ocasiones la *«omisión de fiscalización»* de la citada modificación contractual como causa de nulidad.

6. A su vez, la regulación del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP, especialmente en su art. 106.5 LPACAP, al disponer que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso, pues se inició a través de Resolución 2023-38410, de 16 de octubre de 2023, del Concejal de Gobierno del Área de Planificación, Desarrollo Urbano y Vivienda, Limpieza, Vías y Obras y Alumbrado, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, plazo que se cumpliría el día 16 de abril de 2024.

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.

II

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

- Tras pública licitación, con fecha 17 de marzo de 2021 se adjudicó a (...) la ejecución de la obra «*Edificio de Actividades Comunitarias de Tamaraceite*», mediante Resolución 7800/2021 del Concejal de gobierno del Área de Urbanismo, Edificación y Sostenibilidad Ambiental (OC, Órgano de contratación), por un plazo de ejecución de 14 meses y un importe de 3.742.248,45 € (IGIC 0 %).

El contrato se formalizó en fecha 23 de marzo de 2021. El acta de comprobación de replanteo se suscribió el 7 de abril de 2021, iniciándose las obras el día siguiente. Fecha de finalización del plazo de 14 meses, el 8 de junio de 2022.

- En informe de la Dirección Facultativa (DF), de 29 de noviembre de 2021, se constató la necesidad de modificar el proyecto.

- Por Resolución del concejal de gobierno del Área de Urbanismo, Edificación y Sostenibilidad Ambiental (OC) n.º 4662/2022, de 14 de febrero, se autorizó la redacción del modificado del proyecto.

- El proyecto modificado fue redactado por la DF en fecha 28 de abril de 2022. En su memoria se indica: El presupuesto total del proyecto modificado asciende a la cantidad de 4.952.229,85 €, siendo el presupuesto a consignar del presente MODIFICADO de 664.362,14 €, impuestos incluidos, lo que representa un incremento del 16,13184 % sobre el presupuesto del contrato adjudicado.

- Con fecha 4 de mayo de 2022, se emite informe de supervisión por la Jefa de la Unidad Técnica de Proyectos y Obras.

- Con fecha 5 de mayo de 2022, se emite Informe Jurídico favorable a la autorización urbanística del proyecto.

- Mediante Resolución n.º 16939/22, de 9 de mayo, se aprobó el modificado del proyecto a efectos técnicos y urbanísticos.

- Con fecha 8 de junio de 2022 se otorgó trámite de audiencia a la contratista, a efectos de lo previsto en el art. 242.4 LCSP.

- Mediante escrito con registro de entrada el 10 de junio de 2022, la contratista muestra su total conformidad de la modificación del proyecto con variación económica, rogando *«la celeridad en la formalización del contrato modificado, lo cual resulta imprescindible para viabilizar la continuidad de las obras y la consecución de estas en los plazos comprometidos».*

- Con fecha 22 de agosto de 2022 desde el Servicio de Urbanismo se solicita al Órgano de Gestión Presupuestaria diversas modificaciones de crédito, con cargo al remanente de tesorería, entre las que se encuentra el modificado del proyecto del «*Edificio de Actividades Comunitarias de Tamaraceite*» (apartado 16), al objeto de poder realizar el documento contable RC y proceder a la aprobación del modificado, sin que llegara a tramitarse por el OGP, en el ejercicio 2022.

- Habiéndose solicitado su ampliación, por la supervisión de la DF se informa favorablemente a la ampliación de plazo de ejecución de las obras, *«entendiendo que las causas de la demora no son imputables al contratista y propone al Órgano de Contratación como nueva fecha de finalización de las obras el 31 de julio de 2022».*

Por el OC se confieren hasta tres ampliaciones de plazo, hasta el 30 de noviembre de 2022 (fecha inicial 8 de abril de 2021) por causas no imputables al contratista.

- Las obras concluyen el 30 de noviembre de 2022. Con fecha 12 de diciembre de 2022 se procede a celebrar la recepción de las obras, levantándose acta de recepción negativa, al anotarse una serie de incidencias para cuya subsanación se concedió un plazo. Subsanados las deficiencias advertidas en el acta, el acta de recepción positiva se firma el 3 de febrero de 2023. La obra, ejecutada con arreglo al modificado de continua referencia, se recibe positivamente. Se abre el plazo de garantía de 12 meses.

- Consta documento contable de retención de crédito (RC), con n.º de operación 220230000094, de fecha 20 de enero de 2023, por importe de 664.362,14 €, con cargo a la aplicación presupuestaria 01005 15101 62200.

- Con fecha 25 de enero de 2023, consta informe del Servicio de Urbanismo, relativo a la aprobación técnica del informe de supervisión del proyecto *«MODIFICADO EDIFICIO DE ACTIVIDADES MÚLTIPLES COMUNITARIAS EN TAMARACEITE»,* en el que se concluye lo siguiente:

«Se verifica que en la redacción del proyecto "MODIFICADO EDIFICIO DE ACTIVIDADES MÚLTIPLES COMUNITARIAS EN TAMARACEITE" se han tenido en cuenta las disposiciones de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica de aplicación, con el alcance establecido en los artículos 205.2.b y 242 de la LCSP, informando favorablemente el mismo a los efectos de continuar su tramitación».

- El 26 de enero de 2023, el Servicio de Urbanismo remite el expediente del modificado del proyecto a la Intervención General.

- El 30 de enero de 2023 la Intervención General devuelve el citado expediente alegando lo siguiente:

«Analizado el expediente, conforme a la documental que obra en él, se deduce que el contrato ya no está en vigor, ya que, la última ampliación aprobada mediante Resolución número 35832/2022 de 29 de septiembre, dictada por el Concejal de Gobierno del Área de Urbanismo, Edificación y Sostenibilidad Ambiental, se extendió hasta el 30 de noviembre de 2022».

- Con fecha 4 de abril de 2023 se emite informe por la Técnica Superior de Gestión Jurídica del Servicio de Urbanismo, que concluye en los siguientes términos:

«El procedimiento recogido en la regulación expuesta parte de la imposibilitad de reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se reconozca y resuelva dicha omisión en los términos previstos.

La Intervención municipal deberá manifestar al órgano de contratación que se ha visto abocado a la omisión del trámite de control previo, si se tratara de un vicio de anulabilidad, en cuyo caso, podrá ser convalidado subsanando la ausencia de fiscalización previa, previo informe favorable de Intervención.

En el caso contrario, el informe de la Intervención valorará si es procedente el inicio de un expediente de revisión de oficio, teniendo en cuenta que la revisión de oficio es un mecanismo excepcional que se debe interpretar restrictivamente y que de acuerdo con el artículo 106 de la LPACAP, solamente es posible declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos en los supuestos previstos y tasados en el artículo 47.1 de la misma ley.

Fuera de estos supuestos, los incumplimientos legales que se hayan producido habrían calificarse de vicios de anulabilidad y la Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan, de acuerdo con el artículo 52 de la LPACAP.

En el supuesto de que existiera crédito adecuado y suficiente en los presupuestos en el momento de aprobar el modificado del contrato y no se hubiera prescindido total y absolutamente del procedimiento o incurrido en cualquier otro vicio de nulidad absoluta conforme al artículo 47 de la LPACAP, se podrán subsanar los vicios de anulabilidad, entre otros, la omisión del trámite de fiscalización previa.

El acto de convalidación producirá efecto desde su fecha, salvo lo dispuesto en el artículo 39.3 de la LPACAP para la retroactividad de los actos administrativos».

- El 4 de abril de 2023 por el Servicio de Urbanismo se elabora Propuesta de Acuerdo para su aprobación por la Junta de Gobierno Local, en cuya parte dispositiva se acuerda lo siguiente:

«Primero.- Tomar conocimiento de la omisión de fiscalización previa de la modificación del contrato de obra denominado "Edificio de Actividades Comunitarias de Tamaraceite".

Segundo: Continuar la tramitación del expediente en aras a la adopción de resolución administrativa de aprobación del modificado del contrato y autorización y disposición del gasto correspondiente al incremento generado por el modificado del proyecto "Edificio de Actividades Comunitarias de Tamaraceite", por importe de 664.362,14 €, con cargo a la aplicación presupuestaria 01005 15101 62200, a favor de la entidad (...) con CIF (...), adjudicataria de la obra referenciada.

Tercero.- Dar cuenta del presente Acuerdo a Intervención General y al Órgano de Gestión Económica y Financiera, a los efectos de practicar las anotaciones contables correspondientes».

- El 24 de abril de 2023 se emite informe favorable por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento sobre el expediente de modificación del proyecto citado y a la Propuesta de Acuerdo de 4 de abril de 2023.

- El 28 de abril de 2023 se remite el expediente del modificado desde el Servicio de Urbanismo a la Intervención General, a los efectos de emisión de informe sobre omisión de fiscalización.

- Con fecha 25 de mayo de 2023 por la Intervención General se devuelve el expediente con las siguientes observaciones:

«- El expediente debe venir acompañado de los gastos que han generado la modificación del contrato de obras sin la preceptiva fiscalización previa.

- En la propuesta de acuerdo dónde se toma conocimiento de la omisión no se autoriza y dispone gasto».

- El 8 de junio de 2023 por el Servicio de Urbanismo se elabora nueva Propuesta de Acuerdo a la Junta de Gobierno Local, en cuya parte dispositiva se acuerda lo siguiente:

«Primero.- Tomar conocimiento de la omisión de fiscalización previa de la modificación del contrato de obra denominado "Edificio de Actividades Comunitarias de Tamaraceite" y, en consecuencia, del gasto generado.

Segundo.- Dar cuenta del presente Acuerdo a Intervención General y al Órgano de Gestión Económica y Financiera, a los efectos de practicar las anotaciones contables correspondientes».

Esta propuesta se remite ese mismo día a la Intervención General, junto al expediente y a la documentación solicitada, mediante oficio en el que consta como asunto «*subsanación omisión de fiscalización».*

- El 9 de junio de 2023 por la Intervención General se devuelve el expediente citado, con la siguiente observación:

«- El expediente debe venir acompañado de las facturas que han generado la modificación del contrato de obras sin la preceptiva fiscalización previa».

- Mediante oficio de 31 de julio de 2023, el Servicio de Urbanismo remite de nuevo a la Intervención General el expediente, con factura y certificación requerida. En el asunto de este oficio aparece: «*Subsanación omisión fiscalización*».

- El 18 de agosto de 2023 por la Intervención General se devuelve el expediente citado, con la siguiente observación:

«- En la propuesta de acuerdo de toma de conocimiento de la omisión debe hacerse referencia a la factura, con fecha e importe, sobre la que se realiza la omisión».

- El 5 de septiembre de 2023 por el Servicio de Urbanismo se elabora nueva Propuesta de Acuerdo a la Junta de Gobierno Local, en cuya parte dispositiva se acuerda lo siguiente:

«Primero.- Tomar conocimiento de la omisión de fiscalización previa de la modificación del contrato de obra denominado "Edificio de Actividades Comunitarias de Tamaraceite" y, en consecuencia, de la factura nº VFACT+FVR2307-0364, de fecha 17 de julio de 2023, por importe de 664.362,14€.

Segundo.- Dar cuenta del presente Acuerdo a Intervención General y al Órgano de Gestión Económica y Financiera, a los efectos de practicar las anotaciones contables correspondientes».

- Consta informe de Intervención General, el 3 de octubre de 2023, en el que expone que, revisado el expediente, se deduce la concurrencia de causa de nulidad de la contratación (39.2 letra b LCSP), y dado el carácter de las prestaciones, el importe y los incumplimientos legales que se han puesto de manifiesto, debe tramitarse el procedimiento de revisión de oficio de la contratación.

En este informe de la Intervención General sobre la omisión de la fiscalización previa de la citada contratación, en su punto Primero alude a la ausencia de la *«preceptiva fiscalización previa»* [art. 214.2.a) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de la Ley de las Haciendas Locales (TRLRHL)], y en su punto Segundo, apartado A), en relación con la descripción detallada del gasto, se dice literalmente: *«- Gastos derivados de la contratación del modificado del proyecto de obra denominado Edificio de Actividades Comunitarias de Tamaraceite, que surge en el año 2021 según escrito del adjudicatario ((...)) hasta el año 2023, cuando se presenta la factura (...) »,* continuando con una descripción de algunos de los antecedentes seguidos para la tramitación del modificado, entre ellos la autorización del órgano de contratación para la redacción del modificado del proyecto con variación presupuestaria y la conformidad del contratista a la modificación, finalizando este apartado diciendo: *«Al objeto de determinar la compensación al tercero, en relación a la inclusión o no del beneficio industrial, se deberá tener en cuenta la conducta de*

la empresa contratista y su buena fe, cuestión que deberá ser valorada por el centro gestor en el procedimiento de revisión de oficio»; y en el apartado B), en relación con los incumplimientos normativos, se dice *«los actos de preparación y aprobación del modificado se han realizado sin ajustarse al procedimiento legalmente establecido, bien por ausencia total de procedimiento, bien por no seguir el concreto procedimiento previsto en la Ley 9/2017 para ese supuesto en particular».* En este caso reproduce el contenido del art. 242, apartados 4 y 5 LCSP, por lo que añade lo siguiente:

«No existe en el expediente acuerdo del órgano competente para esta continuación provisional. Por otro lado, y en base a lo alegado por el contratista en su escrito de conformidad al modificado de fecha 10 de junio de 2022, la obra se ha ido realizando, aun no contando la autorización del órgano de contratación».

Por ello, en el apartado E) -*«En relación con la posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento»*- de este punto Segundo del informe de Intervención, después de citar el contenido de los arts. 38 y 39.1 y 2 b) LCSP, art. 47.1.b) y e) LPACAP y 173.5 TRLRHL, se dice "*revisado el expediente se deduce la concurrencia de causa de nulidad de la contratación (39.2, letra b LCSP), y dado el carácter de las prestaciones, el importe y los incumplimientos legales que se han puesto de manifiesto, esta intervención General considera que debe tramitarse el procedimiento de revisión de oficio de la contratación».*

- La Junta de Gobierno de la Ciudad, en sesión celebrada el 5 de octubre de 2023, acordó tomar conocimiento de la omisión de fiscalización previa de la modificación del proyecto denominado «*Edificio de Actividades Comunitarias de Tamaraceite*» por importe de 664.362,14 €, durante el periodo de abril de 2023 y que se iniciara el procedimiento de revisión de oficio de la citada modificación.

- El Informe Propuesta del Centro Gestor (Servicio de Urbanismo) de fecha 10 de octubre de 2023, pone de manifiesto la posible concurrencia de una causa de nulidad del contrato de obras «*Edificio de Actividades Comunitarias de Tamaraceite*», realizado por la empresa (...), por importe total de 664.362,14 €, importe del que habrá que detraer el beneficio industrial, citando en el antecedente XIII el informe de la Intervención General de 3 de octubre de 2023, pero no concreta cuál es la causa concreta explícita de nulidad en que se concurre, más allá de lo que cita el susodicho informe de la Intervención.

III

En cuanto a la tramitación del procedimiento de revisión de oficio, constan practicadas las siguientes actuaciones:

- Resolución 38410/2023, de 16 de octubre, del concejal del gobierno del Área de Planificación, Desarrollo Urbano y Vivienda, Limpieza, Vías y Obras y Alumbrado por la que se acuerda la incoación del expediente para declarar la nulidad de la contratación del modificado del proyecto «*Edificio de Actividades Comunitarias de Tamaraceite*», en los mismos términos que los indicados en el Informe Propuesta de 10 de octubre de 2023 del Centro Gestor.

- Con fecha 18/10/2023 se notifica la citada resolución de inicio a la empresa (...), la cual en fecha 24 de octubre de 2023 presenta escrito en el que muestra su conformidad con la declaración de nulidad, detalla la tramitación seguida y la buena fe en su actuación, así como su oposición a la detracción del beneficio industrial de la factura correspondiente al valor de la prestación del modificado ejecutado siguiendo las instrucciones de la Administración.

- La Propuesta de Resolución, de 27 de octubre de 2023, declara la *«nulidad de la contratación, a favor de (...), de los gastos derivados del contrato de obras, modificado del proyecto "Edificio de Actividades Comunitarias de Tamaraceite", de cuya valoración no ha sido posible determinar el beneficio industrial considerando, a criterio de la Intervención General de este Ayuntamiento, los dictámenes del Consejo de Estado 667/2019, 679/2019 y 680/2019 " (...) y si no fuera posible determinar dicho beneficio a la vista de la oferta presentada o de otra forma fehaciente, se considerará como tal el 3 por 100 del precio de los contratos, aplicando lo dispuesto en el artículo 313.3 de la LCSP para el supuesto de resolución por desistimiento de los contratos de servicios. Finalmente, el importe a que asciende el coste de la prestación habría de ser actualizado conforme al artículo 34.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, hasta que se ponga fin al procedimiento de revisión de oficio"»,* quedando de la siguiente manera: 664.362,14 €, menos el beneficio industrial, 630.864,89 €.

Como ya se ha señalado anteriormente, esta Propuesta de Resolución afirma escuetamente la nulidad de pleno derecho de dicha modificación del proyecto de la obra por incurrir en la causa de nulidad establecida en el *«art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 32 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, artículo 39 de la ley 9/2017, de Contratos del Sector Público»* (Fundamento de Derecho V de las «*Disposiciones Legales de Aplicación*»), *«debido a*

la necesidad inaplazable de la contratación de las prestaciones descritas», sin especificar nada más.

Además, tras citar en el Antecedente IX la emisión del Dictamen de este Consejo, añade otros dos informes posteriores, del siguiente tenor literal::

«IX.- Dictamen n.º (...)/2023, del Consejo Consultivo de Canarias, de fecha (...) de 2023.

X.- Informe de la Dirección General de la Asesoría Jurídica de fecha (...).

XI.- Informe de la Intervención General, Sección de Análisis Jurídico-Económico, de fecha (...)».

IV

1. Este Consejo Consultivo, siguiendo constante y abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reiterado que la revisión de oficio supone el examen por la Administración de la legalidad de sus propios actos y en razón de los vicios e infracciones legales que le son imputables a los mismos, es decir, que por formar parte de su contenido, formal o sustantivo, le son atribuibles y susceptibles de valoración y corrección por la propia Administración autora del acto en el ejercicio de su potestad de revisión, sin que pueda extenderse al examen de la legalidad de otros actos dictados por otras administraciones no sujetos a revisión (STS 405/2020, de 14 de mayo).

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

Por su parte, en nuestro Dictamen 46/2016, de 18 de febrero, afirmábamos que *«no toda infracción del Ordenamiento jurídico conlleva la revisión de oficio, que no*

está prevista para corregir errores o deficiencias de la Administración, sino para suprimir actos administrativos contaminados con vicios graves determinantes del nacimiento del derecho o facultad (...) ».

En definitiva, *«la revisión de oficio en principio no es una técnica al servicio de la instrucción de una "causa general" respecto de determinado procedimiento, sino el instrumento que permite anular actos con vicios de orden público, que son los que la ley califica como causas de revisión, debidamente interpretadas en función de las circunstancias del caso, la conducta de los interesados y la actuación de la Administración»* (Dictamen 449/2017, de 5 de diciembre).

2. La Propuesta de Resolución, como se ha señalado anteriormente, declara, por un lado, la nulidad de la contratación «*de los gastos derivados del contrato de obras, modificado del proyecto "Edificio de Actividades Comunitarias de Tamaraceite"»,* a favor de la empresa (...), y, por otro lado, liquida el contrato y *«dado que no es posible la restitución recíproca, devolver su valor por un importe total incluyendo impuestos, de 630.864,89€ del que ha sido detraído el beneficio industrial».*

Como se indicó anteriormente, no cita expresamente la causa de nulidad sino que invoca genéricamente la causa de nulidad establecida en el *«art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 32 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, artículo 39 de la ley 9/2017, de Contratos del Sector Público»* (Fundamento de Derecho V de las «Disposiciones Legales de Aplicación»), *«debido a la necesidad inaplazable de la contratación de las prestaciones descritas».*

3. Respecto a la causa de nulidad esgrimida por el órgano instructor en la Propuesta de Resolución, esto es, la prevista en el art. 47.1, letra e) LPACAP -anterior art. 62.1 e) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC)- (actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido), este Consejo Consultivo de Canarias ha tenido ocasión de manifestar lo siguiente en el Dictamen 6/2023, de 12 de enero, con cita de los Dictámenes 593/2021, de 16 de diciembre, 532/2021, de 9 de noviembre, 489/2021, de 14 de octubre, 8/2021, de 15 de enero y 161/2020, de 1 de junio:

« (...) el art. 62.1 en este apartado e) contempla un supuesto de infracción procedimental que provoca la nulidad de pleno derecho. De acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el motivo de prescindir absolutamente del

procedimiento establecido no hace referencia a todos aquellos actos que sean dictados incurriendo en un vicio procedimental –actos que por regla general serán simplemente anulables- sino solo a aquellos cuya omisión haya tenido lugar con olvido total del procedimiento legalmente establecido. Este olvido total y absoluto del procedimiento establecido tampoco se identifica en todos los casos con la ausencia de todo procedimiento, pues normalmente se produce un cierto iter procedimental, por rudimentario que éste sea, en el actuar de los órganos administrativos. La expresión legal hay que referirla pues no sólo al supuesto en que el acto se produce sin la instrucción previa de procedimiento alguno sino también a la omisión de los trámites esenciales, integrantes de un procedimiento determinado, y a aquellos casos en que la Administración ha observado un procedimiento total y absolutamente distinto al concreto establecido en la Ley (SSTS de 21 de marzo de 1988, 29 de junio de 1990, 31 de enero de 1992, 28 de diciembre de 1993, 15 de junio de 1994, 17 de noviembre de 1998, 17 de marzo de 2000, entre otras)».

Razonamientos jurídicos que se plasman, nuevamente, en el Dictamen 532/2021, de 9 de noviembre:

" (...) a propósito del art. 62.1.e) LRJAP-PAC, este Consejo Consultivo ha manifestado, por ejemplo, en el Dictamen 489/2021, de 14 de octubre, con cita en el Dictamen 8/2021, de 15 de enero (que a su vez recuerda el 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 (...) ».

Nuestra doctrina ha venido así a acoger una jurisprudencia que había perfilado con toda claridad las pautas interpretativas con arreglo a las cuales ha de aplicarse el art. 47.1 e) LPACAP, de tal manera que sólo cabe entender que se ha prescindido total y absolutamente

del procedimiento legalmente establecido en los supuestos siguientes: a) cuando se ha aplicado un procedimiento diferente en lugar de aquél, b) cuando ha habido una ausencia total de trámites, o, llegado ya el caso extremo, c) cuando se ha omitido algún trámite de naturaleza esencial"».

En el presente caso, la Propuesta de Resolución no cita claramente la causa de nulidad de pleno derecho en que incurre la contratación afectada, lo que habrá de subsanarse dado el carácter restrictivo de las causas de nulidad, pues solo alude genéricamente a la causa de nulidad del art. 47.1.e) LPACAP.

No obstante, aunque en la Propuesta de Resolución no conste claramente la causa de nulidad sino una referencia genérica al art. 47.1.e) LPACAP en relación con el art. 32 TRLCSP (hoy art. 39 LCSP), acudiendo a la resolución de inicio del procedimiento de revisión de oficio, en su antecedente XIII se dice que *«Intervención General, el 3 de octubre de 2023, emitió informe manifestando que, revisado el expediente, se deduce la concurrencia de causa de nulidad de la contratación (39.2 letra b LCSP), y dado el carácter de las prestaciones, el importe y los incumplimientos legales que se han puesto de manifiesto, debe tramitarse el procedimiento de revisión de oficio de la contratación».*

Así pues, se invoca una concreta causa, la contenida en el art. 39.2, letra b) LCSP, esto es, la carencia o insuficiencia de crédito para el modificado del proyecto.

Por tanto, como hemos señalado en otras ocasiones, aunque no es labor de este Consejo averiguar la causa que se alega para declarar la nulidad de pleno derecho de un acto o contrato administrativo que es sometido a nuestro dictamen, parece que esta puede reconducirse -en una labor un tanto detectivesca a la que nos hemos visto obligados- a la ausencia de crédito presupuestario en el momento de iniciarse la aprobación del modificado, e, incluso, una vez ejecutado éste y finalizadas las obras.

4. Sentado lo anterior, cabe advertir, igualmente, que en el informe de la Intervención General, de 3 de octubre de 2023, se imputa como causa de nulidad la falta de fiscalización o intervención previa, tal como exige el art. 214.2.a) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que previene que el ejercicio de la función interventora comprenderá *«La intervención crítica o previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir derechos u obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos de valores»*, citando, asimismo, el art. 28 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local.

Como hemos señalado en nuestros Dictámenes 318/2023, 386/2023, 412/2023 y 452/2023, el régimen de la fiscalización o intervención previa se encuentra regulado en los arts. 214, apartados 1 y 2.a), y 219 del Texto Refundido de la Ley de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, texto que también contempla la regulación de los reparos que se puedan efectuar, sus efectos y la resolución de discrepancias (arts. 215 a 218).

Sin embargo, la sola omisión del trámite de fiscalización previa no puede equipararse a una falta total y absoluta de procedimiento que determine la nulidad del acto.

En efecto, este Consejo Consultivo, desde los Dictámenes 218 y 219/2017, ambos de 4 de julio, y 232/2017, de 13 de julio, y en los más recientes 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 viene expresando que de esta regulación legal resulta que la fiscalización previa, si bien es un trámite que ha de cumplimentarse en los casos en que el acto sea susceptible de producir efectos económicos, no puede ser calificado de trámite esencial que implique su equivalencia con una omisión total y absoluta del procedimiento, puesto que, de haberse emitido el informe, los reparos que en su caso pudieran formularse podrían ser solventados por el órgano competente en caso de discrepancia.

Además, del art. 156 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, resulta que la omisión del trámite es subsanable, por lo que, en ningún caso, puede ser determinante de la nulidad del acto, sino, en todo caso, de su anulabilidad. En este sentido se ha pronunciado además el Consejo de Estado en su Dictámenes 1436 y 1437/2012, en los siguientes términos:

«La consulta se recaba en el seno de un procedimiento de revisión de oficio de la resolución estimatoria del recurso, que se entiende incursa en la causa de nulidad de pleno derecho contemplada en la letra e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: "los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido".

En los supuestos en los que, con arreglo a lo establecido en las disposiciones aplicables, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer la obligación ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se subsane dicha omisión en los términos previstos en este artículo.

(...)

El precepto de la Ley General Presupuestaria transcrito se refiere al modo de "subsanar" la omisión de la fiscalización omitida (apartado 1). A las claras se aprecia que un defecto subsanable no constituye un vicio de nulidad de pleno derecho, tal y como prevé el artículo 67.1 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre: "La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan". Resulta palmario, por tanto, que no cabe la declaración de nulidad pretendida».

Sin embargo, en el informe de la Intervención General se mantiene como causa de nulidad la *«omisión de fiscalización»*.

Además, considera, después de citar el contenido del art. 242, apartados 4 y 5, LCSP, que *«[n]o existe en el expediente acuerdo del órgano competente para esta continuación provisional. Por otro lado, y en base a lo alegado por el contratista en su escrito de conformidad al modificado de fecha 10 de junio de 2022, la obra se ha ido realizando, aun no contando la autorización del órgano de contratación».*

Sólo es en el apartado E) -*«En relación con la posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento»*- del punto Segundo del informe de Intervención, después de citar el contenido de los arts. 38 y 39.1 y 2 b) LCSP, art. 47.1.b) y e) LPACAP y 173.5 TRLRHL, cuando se dice *«revisado el expediente se deduce la concurrencia de causa de nulidad de la contratación (39.2, letra b LCSP), y dado el carácter de las prestaciones, el importe y los incumplimientos legales que se han puesto de manifiesto, esta intervención General considera que debe tramitarse el procedimiento de revisión de oficio de la contratación».*

Este informe entremezcla causas de anulabilidad (omisión de fiscalización previa y falta de acuerdo de continuación provisional de las obras y de aprobación del expediente del modificado por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos) con causas de nulidad (la carencia o insuficiencia de crédito presupuestario para el modificado), cuando debería ceñirse estrictamente a esta última, explicando en qué consiste de modo claro.

5. Efectivamente, sobre la omisión de fiscalización previa ya ha quedado claro que no es una causa de nulidad, sino de anulabilidad.

En cuanto a los trámites necesarios para la aprobación de una modificación de un proyecto a iniciativa de la Dirección Facultativa de una obra -como es el caso-, la LCSP exige la formación de un expediente con unos trámites en su art. 242.4, y, además, si la tramitación de una modificación exige una suspensión total de la

ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público, se puede acordar que continúen provisionalmente las mismas, con los requisitos que establece el art. 242.5 LCSP.

Del examen del expediente se observa que en el mismo constan todos los trámites exigidos por el art. 242, apartados 4 y 5, a excepción de la existencia de crédito presupuestario para el modificado y los acuerdos de continuación provisional de las obras y de aprobación del expediente del modificado por el órgano de contratación. En el caso de que hubiera existido crédito para el modificado, los otros dos acuerdos son perfectamente convalidables, pues la Administración ha recibido las obras a su entera satisfacción, con la ejecución del modificado incluido, lo que implica una convalidación tácita de la continuación de las obras y de la aprobación de la modificación del proyecto, sin que se hubiera causado indefensión al contratista (dada su conformidad expresa con el modificado), de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo señaladas en el apartado 3 de este mismo fundamento.

Por tanto, la cuestión ha de centrarse en la ausencia de crédito para la modificación del proyecto en cuestión.

Pues bien, en el expediente consta una solicitud de modificación de crédito, efectuada por el Centro Gestor desde el 22 de agosto de 2022 al Órgano de Gestión Presupuestaria, que no consta que fuera resuelta, al menos en cuanto a la modificación del proyecto que nos ocupa, en el ejercicio presupuestario de 2022, puesto que es ya en el ejercicio presupuestario de 2023 cuando aparece el correspondiente documento contable de reserva de crédito (RC), con fecha de 20 de enero de 2023, lo que quiere decir que en el ejercicio presupuestario de 2022 no existía crédito para el modificado y que la modificación presupuestaria iniciada no culminó antes de que concluyeran las obras y el ejercicio presupuestario en el que se ejecutó la obra y el modificado.

No cabe duda, por tanto, de que para contratar -y, en este caso modificar un contrato- la Administración Pública ha de disponer de una previa consignación presupuestaria, y que la ausencia de la misma determina la nulidad de pleno Derecho del contrato.

Sobre esta cuestión, la jurisprudencia viene considerando que no cabe la adjudicación de ningún contrato sin la existencia de consignación, e incluso que no cabe la iniciación del expediente de contratación sin ella. El Tribunal Supremo, entre

otras, en Sentencia de 8 de junio de 2004 (RJ 2004/3882), en cuanto que acepta los fundamentos de la sentencia apelada, explica lo siguiente: «*No pueden adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gasto, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan esta norma e igualmente son nulos de pleno derecho los actos de adjudicación de contratos que carezcan de consignación presupuestaria*». En Sentencia de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999\5199) se situaba la nulidad de pleno Derecho en concreto en el acto de la adjudicación, considerando que en los actos previos era solo motivo de anulabilidad: «*Referida con carácter general la nulidad de pleno derecho en el ámbito de la contratación administrativa a los supuestos del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo (artículo 41 del Reglamento General de Contratación), el sentido propio y sustancial de los tipos en él descritos responden a una esencial gravedad, intensidad y trascendencia de las infracciones cometidas, como corresponde a una consecuencia jurídica -cual es la nulidad radical- que se puede hacer valer incluso fuera de los plazos normalmente establecidos para impugnar las actuaciones administrativas. Ahora bien, trasladando esta concepción a los casos específicos previstos en los apartados b) y c) del mencionado artículo del Reglamento, también respecto de ellos ha de predicarse que su ámbito sea solamente comprensivo de los casos de infracciones legales de más evidente gravedad, de modo que sólo de ellos pueda extraerse la conclusión de que la nulidad que produzcan alcance el efecto de radicalidad propio de las nulidades absolutas o de pleno derecho. Atendiendo a este criterio de interpretación, es obligado reconocer que en nada ha de variarse el literal sentido del citado apartado c) del artículo 141 del Reglamento de Contratación, que claramente limita el supuesto normativo de la nulidad de pleno derecho a la circunstancia de que efectivamente se haga la adjudicación sin que medie la pertinente consignación presupuestaria, sin que por eso pueda entenderse comprendido en el apartado el caso aquí debatido, en que se tramitó el expediente sin dicha consignación, la cual, sin embargo, ya existía al tiempo de adjudicarse el contrato, sin que esta doctrina sea desmentida por las sentencias que cita la parte, porque en ellas se trata de adjudicaciones en que la falta de consignación presupuestaria no se había limitado a los actos preparatorios, sino que había permanecido inexistente al perfeccionarse el correspondiente contrato*». Conforme a esta tesis jurisprudencial, pues, no solo en el momento en que se adjudica el contrato, se perfecciona el mismo y, por tanto, cuando se adquiere el compromiso de gasto es cuando debe existir ya la consignación presupuestaria; también cuando se autoriza ese compromiso de gasto, esto es, cuando se autoriza el gasto, que es al iniciarse el expediente, aunque la invalidez se vuelva radical y, por tanto, insubsanable a partir de la adjudicación.

Además, como recuerda el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002\2248): *«Los Presupuestos Generales de las entidades locales representan el*

instrumento mediante el que éstas ejercen la facultad de ordenar los recursos propios con el fin de disponer libremente de ellos en el ejercicio de sus competencias, como manifestación de la autonomía local, conforme al artículo 9.1 de la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, ratificada por Instrumento de 20 de enero de 1988. Sin embargo, el Presupuesto no tiene como finalidad el reconocimiento de obligaciones de carácter económico, sino que constituye la forma de autorizar los créditos para el cumplimiento de las reconocidas o que puedan reconocerse con arreglo al ordenamiento jurídico local, mediante la fijación de unas previsiones o límites máximos, que han de establecerse partiendo de la disposición de los recursos previstos en el propio Presupuesto. En consonancia con ello, el artículo 153 de la Ley de Haciendas Locales dispone que los créditos autorizados tienen carácter limitativo y vinculante y el artículo 154 añade que las obligaciones de pago sólo serán exigibles de la Hacienda Local cuando resulten de la ejecución de sus respectivos Presupuestos con los límites señalados en el artículo anterior, o de sentencia judicial firme. De ello se infiere que la elaboración de los Presupuestos Generales de la Corporación tiene como principal finalidad la fijación de los límites económicos a los que debe ajustarse la contracción de obligaciones durante el ejercicio correspondiente, y por ello el artículo 143 de la Ley de Haciendas Locales los define, en el aspecto pasivo, como la expresión cifrada, conjunta y sistemática de las obligaciones que, como máximo, pueden reconocer la Entidad y sus Organismos Autónomos. El artículo 146, a su vez, define los estados de gastos como aquellos en los que se incluirán, con la debida especificación, los créditos necesarios para atender al cumplimiento de las obligaciones».

Precisamente, sobre los créditos presupuestarios en las entidades locales, dice el Tribunal Administrativo de Navarra, en su Resolución 439/2011, de 25 de enero, con cita de su Resolución 9484/2010, de 3 de noviembre, que «*[e]n la Administración Local no existe el mecanismo de control parlamentario sobre el ejecutivo; los presupuestos son aprobados por la propia entidad local y no tienen rango de ley. No obstante, las consecuencias del incumplimiento de las normas presupuestarias han de ser las mismas. Los presupuestos de las entidades locales tienen carácter de disposición general; aunque la propia entidad local puede modificarlos mediante el procedimiento y con los requisitos previstos en la ley, lo que no puede hacer es incumplirlos y dictar actos que no se sometan a sus límites, pues de otro modo infringiría el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. Suponer que se puede iniciar un expediente sin consignación presupuestaria previa para atender los gastos que va a generar, autorizar el gasto o reservar el crédito sin que esté previsto en el presupuesto y suponer que tal vicio es subsanable con posterioridad mediante la modificación presupuestaria efectuada por el propio órgano que aprueba el expediente es tanto como afirmar que el incumplimiento de la norma es siempre subsanable mediante modificación de la propia norma, lo que llevaría en la práctica a la negación del principio de sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico*».

En definitiva, la causa de nulidad de pleno derecho contenida en el art. 39.2.b) LCSP (carencia o insuficiencia de crédito presupuestario) es autónoma y diferente de la causa contenida en el art. 47.1.e) LPACAP, por remisión del art. 39.1 LCSP (ausencia total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido), que es la causa citada en la Propuesta de Resolución, sin concretarse en la misma, además, en qué ha consistido.

En consecuencia, la actuación administrativa incurre de forma clara, manifiesta y ostensible en la causa de nulidad establecida en el art. 39.2 b) LCSP (carencia o insuficiencia de crédito) por cuanto, aunque la modificación del proyecto con variación económica -y, por tanto del contrato- se ha iniciado por la Dirección Facultativa y se haya autorizado el proyecto modificado por el órgano de contratación y el contratista ha mostrado su conformidad, constando también los demás informes exigidos por el art. 242.5 LCSP para la continuación de las obras, se ha ejecutado sin la debida existencia de crédito presupuestario para ello.

Por tanto, la Propuesta de Resolución habrá de subsanarse, debiendo citarse expresamente la causa de nulidad del art. 39.2 b) LCSP, esto es, la carencia o insuficiencia de crédito para la modificación del contrato.

Además, en la Propuesta de Resolución se añaden unos informes, antes de la resolución que ponga fin al procedimiento y con posterioridad a la emisión del dictamen de este supremo órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, como hemos indicado en el Fundamento III. Sobre esta cuestión se ha de recordar, al igual que en nuestro reciente Dictamen 499/2023, de 7 de diciembre, que la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en su art. 3.2, dispone que, emitido un dictamen por el Consejo Consultivo sobre un asunto, su solicitante no podrá recabar, para el mismo procedimiento y en los mismos términos, ningún otro informe de cualquier otro órgano de la Comunidad Autónoma o del Estado.

Por tanto, cuando un procedimiento sea instruido por una administración local perteneciente a la Comunidad Autónoma de Canarias, esa prohibición se extiende a la posibilidad de recabar informe de cualquier otro órgano de esa Administración, por lo que los informes que eventualmente se recaben antes de resolver deben limitarse a constatar la existencia del Dictamen de este Consejo.

6. En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, se ha de significar que la Propuesta de Resolución plantea abonar a la empresa contratista el importe de la factura correspondiente al proyecto modificado con exclusión del beneficio industrial.

Pues bien, respecto a esta cuestión procede efectuar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, y 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 n.º 1724/2011, de 21 de diciembre (y este Consejo Consultivo de Canarias -*v.gr.*, Dictamen 170/2023, de 20 de abril con cita del 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 segundo lugar, el órgano instructor plantea abonar a la empresa contratista el importe de la factura correspondiente con exclusión del beneficio industrial; detracción a la que se opone expresamente la entidad contratista.

Respecto a esta cuestión resulta oportuno traer a colación la doctrina establecida por este Consejo Consultivo, entre otros, en su Dictamen 170/2023, de 20 de abril, reiterada por otros muchos posteriores:

«Se ha extendido la idea en los Consejos Consultivos de que es necesario desincentivar este tipo de actividades irregulares, cuando se aprecia concurrencia de culpa del contratista junto a la de la Administración (cuestión ésta que debe ser apreciada caso a caso), estableciendo que solo se debe restituir el coste efectivo del suministro o servicio, y no su precio de mercado, excluyendo el beneficio industrial u otros componentes retributivos propios de la contratación válidamente celebrada [Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía 2/1995 y 244/2020 (entre otros muchos), DCC Aragón 5/2020, DCC Baleares 38/2013, Madrid 513/17, Murcia 257/14].

En el mismo sentido, la Instrucción 2/2012, de 12 de marzo, de la Intervención General y la Directora de la Abogacía de Las Islas Baleares. (...) .

Este Consejo Consultivo ha venido sosteniendo (por ejemplo, DCC 267/2022, de 30 de junio), que procede restituir el valor total de la prestación sin detraer el beneficio industrial cuando hay buena fe del contratista:

«Por tanto, hemos de partir de la base de que, aunque se declare la nulidad de pleno derecho de la contratación verbal (con la consecuencia de que deba procederse a la liquidación de tal «contrato»), la realidad es que estamos ante la continuación de los servicios que se vinieron prestando hasta la finalización del contrato originario y válido y más que una verdadera contratación realizada verbalmente (pues no consta tal encargo o encomienda de carácter verbal), nos encontramos ante una prórroga carente de título administrativo, impuesta por la propia realidad y la dinámica de los hechos que implica precarizar lo que hasta ese momento se venía ejecutando -de uno u otro modo- por la empresa contratista.

(...)

Por lo que no puede compartirse, en esta concreta cuestión, los razonamientos expuestos en la Propuesta de Resolución, por cuanto no es lógico que durante la vigencia del contrato originario se hayan venido pagando unas cantidades mensuales con normalidad y, a partir de su finalización, como consecuencia de que el servicio se continuó prestando «en precario», bajo una supuesta contratación verbal, y a raíz de la declaración de nulidad de ésta, deba verse disminuida la cantidad mensual a percibir. Ello sería tanto como privilegiar la actuación ilegal de la Administración, a la que le saldría más rentable -en términos económicos- actuar al margen de la ley y luego declarar la nulidad de su actuación; lo cual, evidentemente, contraviene los más elementales principios del Estado de Derecho.

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en S. de 29 de octubre de 2019 al razonar lo siguiente:

«PRIMERO.- La deuda reclamada tiene su origen en un contrato de suministro en el que, a su finalización, la administración pidió que se continuara con el mismo hasta la adjudicación del nuevo contrato. La administración ha admitido la necesidad de la prórroga en aras al servicio al interés público, y la existencia de facturas sin abonar. Discrepa solo en el importe debido que, estima es de 41.197,55, al excluir el beneficio industrial. Estima la administración que se han producido contratos menores, todos nulos por haberse prescindido por completo de procedimiento (art. 62.1.e) Ley 30/1992). Y es que los hechos son "obra de las dos partes contratantes". Por ello, no está conforme con el beneficio industrial.

Como decimos, la administración sostiene que no ha lugar al beneficio industrial pues nos hallamos ante un contrato nulo, sin tramitación administrativa ni disponibilidad presupuestaria.

SEGUNDO.- No hay duda alguna de que el fundamento para la estimación del recurso se halla en la doctrina del enriquecimiento injusto. Declara el Tribunal Supremo: "CUARTO.- En la STS de 21 de marzo de 1991 se afirma que "el enriquecimiento sin causa viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa -enriquecimiento y empobrecimiento al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara.

Y recordábamos en nuestras sentencias de 18 de diciembre de 2007, recurso de casación 11195/2004, 2 de octubre de 2006, recurso de casación 1232/2004 y 20 de julio de 2005, recurso de casación 1129/2002, la doctrina del enriquecimiento injusto que pudiera derivar de la ejecución de una obra para la Administración y del equilibrio económico que debe mantenerse en el cumplimiento del contrato a que se refiere la sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 1991, siguiendo lo vertido en las de 20 de diciembre de 1983 y 2 de abril de 1986, significa la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto.

O en términos de la sentencia de 18 de julio de 2003 el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración.

Así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la administración afectada (20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 11 de mayo de 1995, 8 de abril de 1998) o modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (sentencias de 12 de febrero de 1979, 12 de marzo de 1991, 4 de marzo de 1997), u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna (sentencia de 22 de noviembre de 2004, recurso de casación 4574/2001).

Incluye también una prórroga de un contrato no pactada, aunque si prestada de buena fe por la contratista siguiendo órdenes de la administración (sentencia de 13 de julio de 1984) así como un pago a un subcontratista a consecuencia de una subcontrata con consentimiento tácito de la administración en que hubo incumplimiento contractual por ambas partes contratantes.

Y también el exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que esta hubiere cuestionado su importe (sentencia de 11 de julio de 2003, recurso de casación 9003/1997).

Asimismo, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de las autoridades y funcionarios de un Ayuntamiento que contrató de forma ilegal unas obras de pavimentación, se ha aceptado deberían ser pagadas para no producir enriquecimiento injusto del Ayuntamiento, contrario a la justicia distributiva y a la necesidad de restablecerla, a lo que está obligado este Tribunal. (STS 24 de julio de 1992, recurso de apelación 4011/1990). (STS 28/4/2008 citada en la STS de 14 de octubre de 2015).

TERCERO.- Conforme a la doctrina expuesta, no hay duda de que el beneficio industrial no debe excluirse, pues sea como indemnización, o como pago del precio del contrato, el contratista no quedaría indemne si se le privara del citado concepto.

Es lógico esperar del empresario que lleva a cabo una obra, que exija, y obtenga, un lícito beneficio (en una economía de mercado cual la nuestra). Lo contrario supondría admitir el absurdo de que un particular, empresario o no, trabaje para la administración sin obtener beneficio alguno. No se repararía así íntegramente el perjuicio ocasionado al contratista. Y téngase en cuenta que, si el contrato es nulo, la imputación principal de esa nulidad ha de mirar a la administración.

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 y con plena creencia de su cobertura legal, no procede «castigarla», por una situación no buscada ni generada por ella, detrayendo un porcentaje en concepto de beneficio industrial, sino que ha de abonarse el importe total de las facturas en concepto de restitución del valor de la prestación, tal como se habría efectuado en cumplimiento del contrato original».

En el mismo sentido nos hemos pronunciado, entre otros, en nuestros Dictámenes 189/2022, de 12 de mayo, 203 y 204/2022, de 26 de mayo, 267/2022, de 30 de junio, 279/2022, de 7 de julio, y 26 y 27/2023, de 26 de enero».

Aplicando al presente supuesto la doctrina expuesta en las líneas precedentes, ha de concluirse que la Propuesta de Resolución que ordena el pago de la factura debida a la empresa contratista, excluyendo específicamente el beneficio industrial, no es conforme a Derecho.

En el presente caso la reparación integral del daño a la empresa contratista ha de coincidir con la totalidad del importe de la factura en su momento presentada, lo que incluirá la totalidad del precio del modificado del contrato efectivamente ejecutado. En este sentido, como manifestamos, entre otros muchos, en los Dictámenes 318/2023, de 20 de julio, 386/2023, de 5 de octubre, y 452/2023, de 7

de noviembre, 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 detraer el 3 % del beneficio industrial, tal y como detallamos extensamente en el Dictamen 318/2023, al que ha de estar esa Corporación Municipal.

Así, en los supuestos en los que el servicio se ha prestado a satisfacción de la Administración, interviniendo la buena fe de la contratista, aun concurriendo causa de nulidad, se debe indemnizar a la contratista en idéntica cuantía al valor de los servicios prestados, por lo que no es conforme a Derecho detraer cantidad alguna del coste de los servicios prestados, debiendo liquidarse el contrato, cuando no es posible la restitución recíproca, por su valor íntegro, esto es, sin descontar importes en concepto de beneficio industrial o análogo.

7. Tampoco debe olvidarse, como señalamos en el Dictamen 452/2023, de 7 de noviembre, que además de las estrictas causas de nulidad de pleno derecho contenidas en el art. 47 LPACAP, son actos anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder (art. 48.1 LPACAP), y que estos actos anulables, en casos favorables para los interesados, se pueden impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, previa su declaración de lesividad para el interés público (art. 107.1 LPACAP). Dicho en otras palabras: en caso de infracción del ordenamiento jurídico, la regla es la anulabilidad y la excepción es la nulidad de pleno derecho.

En cualquier caso, y sin perjuicio de que la vía señalada resulta procedente si lo que se pretende es la anulación de los actos anulables, tampoco está de más recordar que cabe la convalidación de los actos administrativos anulables con carácter general, mediante el dictado de un acto que subsane o corrija (acto subsanador) los defectos que presenten (art. 52.1 LPACAP *«la Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan»*); vía que puede servir para soslayar irregularidades y de remedio, en no pocos casos, para la conservación de los actos.

Dicho en otras palabras: en caso de infracción del ordenamiento jurídico, la regla es la anulabilidad (art. 48 LPACAP) y la excepción es la nulidad de pleno derecho (art. 47.1 LPACAP). La contratación irregular es un fenómeno que encubre diferentes realidades que lejos están de poderse reconducir siempre a la vía de la

revisión de oficio. Recordando lo indicado al inicio de este Fundamento IV, y con esto concluimos, se trata, por tanto, la revisión de oficio de una potestad excepcional -porque son a los órganos judiciales a los que le incumben la anulación de los actos administrativos ilegales con carácter general-. La revisión de oficio no puede convertirse en la vía ordinaria para la depuración de los defectos ilegales de cualquier índole. Sólo si se trata de infracciones notorias, palmarias y evidentes, cabe apreciar la concurrencia de la concreta causa de nulidad que se pretende hacer valer en cada caso. Se hace preciso distinguir para circunscribir la revisión de oficio a los supuestos en los que se acredite de forma manifiesta la concurrencia de una causa de nulidad radical; y, por tanto, cuando se invoca o se aduce el art. 47.1.e) LPACAP (los actos *«dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido»*), le incumbe a la Administración identificar el vicio cometido y el procedimiento omitido o el trámite que se haya incumplido y su esencialidad.

C O N C L U S I O N E S

1. La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, y por ello se dictamina desfavorablemente, en cuanto a la declaración de nulidad de la modificación del proyecto denominado «*Edificio de Actividades Comunitarias de Tamaraceite»,* realizado por la empresa (...), por importe de 664.362,14 euros, por la causa contenida en el art. 47.1.e) LPACAP en relación con el art. 39.1 LCSP (ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido). Siendo el dictamen desfavorable, por esta causa no se podrá declarar la nulidad, conforme a lo dispuesto en el art. 106.1 LPCAP.

2. La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, y así se dictamina favorablemente, en cuanto a la declaración de nulidad de la modificación del citado proyecto, al haberse tramitado y ejecutado careciendo de crédito presupuestario en 2022 [art. 39.2.b) LCSP], siempre y cuando se subsane en los términos indicados en el Fundamento IV.3 y 5.

3. No obstante, la Propuesta de Resolución, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, no se ajusta a Derecho, pues no procede detraer el beneficio industrial, conforme se ha señalado en el Fundamento IV, apartado 6.