Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 0 1 / 2 0 2 4

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 24 de abril de 2024.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de los Realejos en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de declaración de la nulidad de la contratación de la obra «Mejora y acondicionamiento de locales bajo graderío del estadio Iván Ramallo», adjudicado a la entidad (...) (EXP. 132/2024 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por el Ayuntamiento de Los Realejos en cuya virtud se plantea la declaración de nulidad de los actos preparatorios y de adjudicación del contrato de obras que tiene por objeto la «mejora y acondicionamiento de los locales bajo graderío sitos en el estadio Iván Ramallo», adjudicado a la entidad (...).

2. La legitimación del Sr. Alcalde de Los Realejos para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlos 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 adelante, LCCC), en relación con el art. 41 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2017 (en adelante, LCSP), norma básica aplicable al presente supuesto porque el contrato que se pretende declarar nulo fue iniciado con posterioridad a su entrada en vigor.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, de la LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del

[*] **Ponente: Sra. Marrero Sánchez.**

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPACAP), porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor.

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.

3. Se ha otorgado el preceptivo trámite de vista y audiencia a la empresa contratista, habiendo ésta manifestado su conformidad al expediente de nulidad contractual tramitado por el Ayuntamiento de Los Realejos.

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 y 386/2023, de 5 de octubre, ha considerado que el dictamen debe ser preceptivo haya o no oposición del contratista, en los casos de ausencia de actos administrativos preparatorios o de adjudicación del contrato, por aplicación de lo dispuesto en el art. 106.1 LPACAP, por remisión del art. 41 LCSP.

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.

4. En lo que se refiere a la normativa sustantiva aplicable a las causas de nulidad, de acuerdo con lo que hemos considerado en diversos dictámenes, la determinación de las causas de nulidad debe hacerse con arreglo a la ley vigente cuando se dictó el acto cuya revisión de oficio se pretende, tal y como hemos expuesto en el Dictamen 197/2023, de 4 de mayo, con cita del 156/2017, de 11 de mayo, a cuya fundamentación en este aspecto nos remitimos.

Partiendo de lo señalado anteriormente, y teniendo en cuenta la fecha a la que se contrae la actuación administrativa cuya revisión de oficio ahora se pretende (año 2022), se ha de concluir que las causas de nulidad a las que se debe atender en nuestro análisis jurídico son las previstas en el art. 39 LCSP, norma que estaba vigente en la fecha en la que fue dictado el acto cuya nulidad se pretende.

Respecto al derecho procedimental, y según se ha apuntado anteriormente, resultan de aplicación las previsiones normativas que, sobre tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, se contienen en la LPACAP;

norma adjetiva vigente al tiempo de incoación del procedimiento administrativo de revisión de oficio [Disposición Transitoria tercera, letra b), LPACAP].

En efecto, el art. 41.1 LCSP, en relación con la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas viciados de nulidad, remite a la regulación que del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP. Esta remisión normativa efectuada por el art. 41.1 LCSP a la legislación estatal en materia de procedimiento administrativo común, nos conduce a la aplicación de los arts. 106 a 111 LPACAP.

El art. 106.1 LPACAP contempla la revisión de oficio de los actos administrativos nulos; permitiendo a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo dictamen favorable del órgano consultivo autonómico, declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 47.1 LPACAP.

Este artículo no contempla un procedimiento específico para la tramitación de los expedientes de declaración de nulidad, por lo que se entienden aplicables las normas recogidas en el Título IV de la LPACAP (*«De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común»*), con la especialidad exigida por el art. 106, que establece como preceptivo el previo dictamen favorable del órgano consultivo que corresponda.

Pues bien, en el supuesto analizado el procedimiento revisorio se incoa de oficio mediante Decreto de la Alcaldía-Presidencia n.º 2024/493, de 14 de febrero, por el que se acuerda *«iniciar procedimiento de revisión de oficio, a los efectos de declarar la nulidad de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación del contrato siguiente al concurrir el supuesto previsto en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015 (...) : (...) "Mejoras y acondicionamiento de locales bajo graderío en estadios Iván Ramallo"»*.

Por otro lado, consta acreditada la firmeza en vía administrativa de la actuación cuya nulidad se pretende. Circunstancia, además, que no es negada por la propia Administración. En consecuencia, se trata de un acto susceptible de revisión conforme a lo previsto en el art. 106.1 LPACAP.

Finalmente, la revisión instada se fundamenta en la causa de nulidad prevista en el art. 47.1, letra e) LPACAP, en relación con los arts. 38, letra b), 39.1 y 41.1 LCSP.

5. En la Propuesta de Resolución, la Administración afirma la nulidad de pleno derecho del contrato de referencia, al tratarse de una prestación contractual (ejecución de unas obras de mejora y acondicionamiento) en las que se habría prescindido, total y absolutamente, del procedimiento -de licitación- legalmente establecido [art. 39.1 LCSP, en relación con el art. 47.1 letra e) LPACAP].

6. La competencia para resolver el presente procedimiento le corresponde al órgano de contratación, en virtud de lo previsto en el art. 41.3 y en la Disposición adicional 2.ª de la LCSP, esto es, a la Alcaldía–Presidencia.

7. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver, el art. 106.5 LPACAP establece que cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse Resolución producirá la caducidad del mismo.

El presente procedimiento de revisión de oficio fue incoado de oficio por Decreto de la Alcaldía-Presidencia n.º 2024/493, de 14 de febrero, por lo que no se ha cumplido el plazo de caducidad de seis meses previsto en el art. 106.5 LPACAP.

8. En suma, no se aprecia la existencia de deficiencias en la tramitación del procedimiento que impidan un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

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

1. Consta la presentación -ante el Ayuntamiento de Los Realejos- de factura de 6 de diciembre de 2022, por parte de la entidad mercantil *(...)* -en adelante, ROGUIREALEJOS-, en la que se reclama a la Entidad Local el abono de 11.111,15 euros, por la ejecución de las obras que tienen por objeto la *«mejora(s) y acondicionamiento de locales bajo graderío en estadio Iván Ramallo»*.

2. Con fecha 12 de enero de 2023 la Oficina Técnica municipal emite informe en relación con la factura presentada por la empresa ROGUIREALEJOS, señalando lo siguiente:

« (...) la conformación de dicha factura se ha limitado exclusivamente a comprobar que el importe de la factura coincide con el de la oferta económica presentada y con las obras realmente ejecutadas sin el control de este técnico, no

entrando a valorar ningún otro aspecto relacionado con dicha ejecución, ni con el uso que se le va a dar al local, ni con aspectos normativos del mismo».

Asimismo, consta en el expediente que, con fecha 24 de abril de 2023, se remite correo electrónico desde la Unidad de Proyectos y Obras a la Intervención General con el tenor literal siguiente: *«en relación con las actuaciones realizadas en "MEJORAS Y ACONDICIONAMIENTO DE LOCALES BAJO GRADERÍO EN ESTADIO Iván Ramallo", por parte de la Unidad de Proyectos y Obras no existe ningún presupuesto previo ni ninguna relación valorada»*.

3. Con fecha 30 de abril de 2023 la Intervención Municipal emite «informe omisión función interventora. Artículo 28.2 del RD 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local», en el que se pone de manifiesto lo siguiente:

« (...) A modo de conclusión y a criterio de esta intervención, la contratación de estos gastos, que no están soportados por el correspondiente expediente, no se ha ajustado a los trámites exigidos por la LCSP vulnerándose los principios de publicidad, concurrencia y objetividad contemplados en el citado texto legal. Esta circunstancia determina la nulidad de pleno derecho de conformidad con lo establecido (en) la LCSP que remite a las causas del art. 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en consonancia con el artículo 39 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (...) .

(...)

Se constata que estamos ante gastos que (...) podrían encuadrarse en la tramitación de un contrato menor, pero no se tramitó expediente alguno, sino que fueron objeto de encargo verbal».

4. Con fecha 13 de diciembre de 2023 se emite informe jurídico en el que se propone la incoación de procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de la contratación de las obras de referencia.

III

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

1. Mediante Decreto n.º 2024/493, de 14 de febrero, de la Alcaldía-Presidencia, se acuerda incoar procedimiento de revisión de oficio, a los efectos de declarar la nulidad de los actos preparatorios y de adjudicación del contrato de obras analizado,

al concurrir el supuesto previsto en el art. 47.1, letra e) LPACAP, confiriendo trámite de audiencia a la empresa interesada.

La citada Resolución administrativa es convenientemente notificada a la empresa contratista.

2. Con fecha 19 de febrero de 2024 la empresa contratista presenta escrito de alegaciones manifestando su conformidad con los términos de la declaración de nulidad contractual planteada por el Ayuntamiento de Los Realejos.

3. Con fecha 11 de marzo de 2024 se formula informe-Propuesta de Resolución por la que se plantea *«declarar la nulidad de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación del contrato (...) »* de obras ahora examinado, « (...) *al concurrir el supuesto previsto en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (...) »*; proponiendo el abono al contratista del importe total de la factura presentada por los trabajos realizados.

4. Mediante oficio de 12 de marzo de 2024 (con registro de entrada en este Organismo consultivo al día siguiente), el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Los Realejos solicita la emisión del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias al amparo de lo dispuesto en su ley reguladora.

IV

1. Este Consejo Consultivo, siguiendo 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 ella

solo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva (Dictámenes de este Consejo 302/2018, de 29 de junio y 430/2017, de 14 de noviembre, que reiteran varios pronunciamientos de este Organismo en el mismo sentido).

Por su parte, en nuestro Dictamen 46/2016, de 18 de febrero, afirmábamos que *«no toda infracción del Ordenamiento jurídico conlleva la revisión de oficio, que no está prevista para corregir errores o deficiencias de la Administración, sino para suprimir actos administrativos contaminados con vicios graves determinantes del nacimiento del derecho o facultad (...) ».*

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

2. En el presente caso, la Propuesta de Resolución afirma la nulidad de la contratación al haberse realizado la prestación contractual de manera verbal, esto es, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido [art. 39.1 LCSP, en relación con el art. 47.1 letra e) LPACAP].

Sobre esta causa de nulidad este Consejo Consultivo ha manifestado, por ejemplo, en el Dictamen 489/2021, de 14 de octubre (con cita de los Dictámenes 8/2021, de 15 de enero, y 161/2020, de 1 de junio), lo siguiente:

«El art. 62.1, e) LRJAP-PAC configura como una causa de nulidad el que los actos sean dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Como las causas de nulidad radical o absoluta de los actos administrativos son tasadas, tienen carácter excepcional y han de interpretarse de forma estricta, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es especialmente restrictiva en cuanto a la aplicación de esa causa de nulidad, ya que el empleo por la Ley de los dos adverbios "total y absolutamente" impone que los defectos formales necesarios para aplicar esta nulidad radical deben ser de tal dimensión que es preciso que se haya prescindido de modo completo y absoluto del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de sus trámites. La omisión de algún trámite se 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 dictámenes n.º 84/2014 y n.º 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).

3. Sentado lo anterior, en el presente caso ha quedado acreditado que ha existido una contratación verbal, siendo evidente que no se han seguido los trámites exigidos legalmente para la contratación ordinaria, por lo que es nula conforme a lo previsto en los arts. 39.1 LCSP y 47.1, letra e) LPACAP.

Como razonábamos en nuestro Dictamen 555/2021, de 18 de noviembre, citando a su vez otro similar -el Dictamen 483/2021, de 14 de octubre- procede señalar, de idéntica manera, en este caso que, aplicando los razonamientos jurídicos que se han expuesto en las líneas precedentes al supuesto de hecho analizado, se ha de concluir que la actuación administrativa incurre de forma clara, manifiesta y ostensible en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1, apartado e) LPACAP, toda vez que se ha procedido a recibir la prestación contractual (obras de mejora y acondicionamiento de unos locales existentes en el estadio municipal *«Iván Ramallo»* de Los Realejos) sin la previa tramitación del oportuno procedimiento de contratación a tal efecto.

Tal y como pone de manifiesto el órgano instructor en la Propuesta de Resolución -así como la Intervención Municipal-, se ha de *« (…) recordar el carácter formal de la contratación pública y la prohibición de que una Entidad Local esté recibiendo prestaciones remuneradas, sin la existencia de un previo procedimiento de contratación adjudicando dicha prestación, tal y como nos indica el artículo 37 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, al disponer que: "1. Las entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 120.1, carácter de emergencia»*.

Por todo ello, habiéndose prescindido del procedimiento establecido, sin que nos encontremos en presencia de una contratación de carácter de emergencia, y habiéndose desarrollado los trabajos a entera satisfacción de la Administración

Pública, se ha de concluir con la Propuesta de Resolución que en el presente caso concurre dicha causa de nulidad, por lo que se considera ajustada a Derecho.

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

Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que, vinculadas a esta práctica irregular de contratación pública, pudieran derivarse para el personal al servicio de las Administraciones públicas (disposición adicional vigésima octava LCSP).

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

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

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

En el presente caso la restitución del valor de la prestación al contratista coincide con la totalidad del importe de la factura en su momento presentada (11.111,15 euros), lo que incluye la totalidad del precio del contrato efectivamente

ejecutado. En este sentido, como manifestamos en el citado Dictamen 318/2023, de 20 de julio, y en el Dictamen 386/2023, de 5 de octubre, la finalidad del procedimiento indemnizatorio es la reparación integral del daño causado de forma que los interesados vuelvan a la misma situación patrimonial que tenían antes del acaecimiento del hecho lesivo, sin que haya enriquecimiento injusto para ninguna de las partes, tal y como detallamos extensamente en el citado Dictamen 318/2023, de 20 de julio.

De todo lo expuesto cabe concluir que, en los supuestos como el ahora analizado, en que la contratista ha manifestado buena fe, ejecutando las obras a entera satisfacción de la Administración, aun concurriendo causa de nulidad al haberse dictado los actos preparatorios -y de adjudicación- del contrato de referencia, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento -de licitación- legalmente establecido, tal como prevé el art. 47.1, letra e) LPACAP, en relación con el art. 39.1 LCSP, se debe pagar a la contratista en idéntica cuantía al coste del servicio u obra realizada, por lo que hay que concluir que la Propuesta de Resolución es ajustada a Derecho al liquidar el contrato por una cantidad igual al coste de las obras efectivamente ejecutadas.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida al parecer jurídico de este Consejo Consultivo de Canarias se considera que es conforme a Derecho en los términos expuestos en el Fundamento IV del presente Dictamen, por lo que procede la revisión de oficio.