Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 2 de octubre de 2024.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Los Llanos de Aridane en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio para la declaración de nulidad de la modificación del contrato de obras «REFORMA Y ACONDICIONAMIENTO DEL MÓDULO 1 EN EL XXV AÑOS DE PAZ FASE II», adjudicado a la entidad (...) -(...)- (EXP. 508/2024 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Los Llanos de Aridane, es la Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio para la declaración de nulidad de la modificación del contrato de obras *«REFORMA Y ACONDICIONAMIENTO DEL MÓDULO 1 EN EL XXV AÑOS DE PAZ FASE II»*, adjudicado a la entidad (...), por importe de 74.190,51 euros.

2. La legitimación del Sr. Alcalde de Los Llanos de Aridane 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

[*] **Ponente: Sra. Navarro de Paz.**

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, 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 (RGLCAP), 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.

3. En este procedimiento se ha otorgado preceptivo trámite de vista y audiencia al contratista, quien mostró su conformidad con la declaración pretendida mediante escrito de 3 de junio de 2024.

No obstante, 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, 452/2023, de 7 de noviembre y 533/2023, de 21 de diciembre, 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.

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. 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 segunda, apartado primero de la LCSP, que en este caso es el Alcalde.

5. En la Propuesta de Resolución, la Administración municipal afirma la nulidad de pleno derecho del contrato considerando que *«Ante la presencia de una certificación de obra, derivada de alteraciones en el proyecto inicial, que se ejecutaron sin la previa tramitación de un expediente administrativo, pasamos a considerar lo que a continuación, se expone:*

(…)

En virtud de la misma norma, son causas de nulidad de Derecho Administrativo las indicadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

El artículo 47.1 e) de la Ley 39 2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, señala como causa de nulidad la de concurrir en los actos el hecho de ser dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Por su parte, la modificación de los contratos administrativos se encuentra reglada en término de que cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquella. La aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente.

(…)

En este sentido, la omisión de los trámites descritos anteriormente, conlleva que las modificaciones contractuales realizadas incurran en nulidad de pleno derecho y así lo ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 57/00, de 5 de marzo de 2001, que dispone (…) .

No consta en esta Secretaría el desarrollo de ninguno de los trámites preceptivos legalmente previstos, con lo que se entiende que concurre causa de nulidad de la modificación del contrato de obras y, por ende, de la certificación que, de ella, se deriva (…) ».

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 de la Alcaldía de 28 de mayo de 2024, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, plazo que se cumpliría el día 28 de noviembre 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

De la documentación obrante en el expediente remitido a este Consejo Consultivo resulta que, los antecedentes de hecho relevantes en el presente procedimiento de revisión de actos nulos son los siguientes:

- Con fecha 17 de mayo de 2021 se formalizó contrato administrativo de obras entre el Ayuntamiento de Los Llanos de Aridane y la entidad (...) para la ejecución de la *«Reforma y acondicionamiento del Módulo 1 en el XXV AÑOS DE PAZ Fase II».*

- Con fecha 16 de febrero de 2023 la entidad (...) presenta escrito ante el Ayuntamiento de Los Llanos de Aridane en el que manifiesta la necesidad de la tramitación del documento *«Modificado de Reforma y Acondicionamiento del Módulo 1 en el XXV AÑOS DE PAZ Fase II»,* así como una revisión de precios, en base a los siguientes motivos:

«A lo largo de la ejecución del proyecto, nos hemos visto afectados por diversas circunstancias, puestas en conocimiento del órgano competente, Ayuntamiento de los Llanos de Aridane y Dirección Facultativa de la obra de referencia, mediante un escrito presentado con fecha 7 de febrero de 2022, entre las cuales se encontraban afectadas las partidas de carpintería de aluminio y el suministro del ascensor, afectados por la escasez de materias primas a nivel mundial, lo que genera un retraso sustancial en la en las entregas programadas, provocando el retraso en el ritmo de la obra.

Durante la continuidad de los trabajos a lo largo del año, con posterioridad a la puesta en conocimiento de las diferentes dificultades que surgían, ha tenido lugar la aparición de diferencias por parte de la propiedad y dirección técnica facultativa, las cuales han dado lugar a cambios en la ejecución de la obra, las cuales no estaban contempladas en proyecto.

Estos cambios resultan para la dirección facultativa, imprescindibles para una correcta ejecución y satisfacción, tanto para la correcta ejecución y finalidad de la obra de referencia, todo ello genera cambios en diferentes partidas, dentro de las cuales señalo, entre otras:

- En la carpintería de aluminio.

- Instalación Eléctrica.

- Solados y pinturas.

- Mobiliario vario y accesorios.

(...) ».

- Con fecha 20 de mayo de 2024 por el Director de la Obra se emite Informe sobre el *«Modificado del Proyecto de Reforma y Acondicionamiento del Módulo 1 en el XXV AÑOS DE PAZ Fase II»*, en el que se expone lo siguiente:

*« (…) * NECESIDAD DE MODIFICACIONES DE PROYECTO Y REVISIÓN DE PRECIOS:*

Debido al excesivo tiempo transcurrido entre la ejecución de la Fase I y la Fase II, interrumpida por la emergencia sufrida durante la erupción del "Volcán de Cumbre Vieja" en septiembre de 2021, a la vez del inadecuado uso que se le ha practicado a dicho espacio (básicamente como almacén) la obra ha sufrido desperfectos, que afectan en su mayoría los acabados. Con la necesidad, por un lado, de actualizar los precios de mercados y por otra de añadir/suprimir algunas partidas para mitigar esta situación.

** CONDICIONES NECESARIAS*

1º. Que dicho documento se ajuste a las necesidades de la obra, que serán de carácter finalista, con el objetivo de poder darle uso definitivo.

2º. Que el cambio de contratista no es posible debido en la ejecución de las obras que actualmente están sin finalizar, no permite la realización independiente y simultánea por parte de otro contratista, dado que ello dificultaría la correcta ejecución de las mismas así como que implicaría la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que ya viene realizando la empresa adjudicataria y que podría verse imposibilitado por una pluralidad de contratistas diferentes.

3º. Que el cambio de contratista no es posible debido a que se produciría un aumento sustancial y considerable del presupuesto del proyecto para el órgano de contratación, motivado por la incorporación de otros medios técnicos, auxiliares y materiales para la finalización de las unidades de obra que quedan por ejecutar.

4º. Que exista acuerdo de conformidad entre el promotor, la Dirección de Obra y la contrata sobre el alcance y propósito y finalidad del documento modificado.

Así bien, a tenor de todo lo expuesto, al amparo del artículo 205 de la LCSP, informo que:

- La modificación propuesta encuentra su justificación en el hecho de que deriva de circunstancias sobrevenidas y que fueron imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, cumpliendo además las tres condiciones siguientes:

1. Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2. Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3. Que la modificación del contrato implica una alteración de su cuantía que no excede, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

- Se limita a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

- que las modificaciones propuestas tienen una identidad constructiva tal que no requieren de la elaboración de un proyecto técnico, y que las mismas no afectarán a la estabilidad, seguridad y estanqueidad de la obra.

- La dirección técnica realiza una propuesta económica extraordinaria que justifica los aspectos anteriormente descritos (anexo I)».

- Con fecha 20 de mayo de 2024 por el Director de Obra se emite certificación extraordinaria en la que se informa que el presupuesto de ejecución material de la obra *«Reforma y Acondicionamiento del Módulo 1 en el XXV AÑOS DE PAZ Fase II»*, asciende a la cantidad de 94.466,76 euros.

- Con fecha 28 de mayo de 2024 se emite Informe de la Secretaría del Ayuntamiento en el que se propone iniciar expediente de revisión de oficio.

III

En lo que se refiere a la tramitación del presente procedimiento administrativo de revisión de oficio, constan las siguientes actuaciones:

- Mediante Resolución de la Alcaldía n.º 2024001704, de fecha 28 de mayo de 2024, se acordó *«iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la modificación del contrato de obras "REFORMA Y ACONDICIONAMIENTO DEL MÓDULO 1 EN EL XXV AÑOS DE PAZ, FASE II" siendo la causa de nulidad la del artículo 47. 1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a saber, que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para llevar a cabo dicha modificación y, por ende, de la certificación administrativa obrante en el expediente por ser dependiente y consecuencia de las unidades ejecutadas sin tramitación del oportuno modificado del contrato de obras».*

Asimismo, se concede a la entidad contratista un plazo de quince días para que pueda efectuar las alegaciones que estime pertinentes en defensa de sus derechos.

La resolución administrativa por la que se incoa el presente procedimiento revisorio consta debidamente notificada a la contratista.

- Con fecha 3 de junio de 2024 la entidad (...) presentó escrito en el que mostraba su conformidad con la declaración de nulidad.

- Con fecha 11 de junio de 2024 se emite informe por la Secretaría del Ayuntamiento en el que propone declarar la nulidad absoluta del contrato de obras *«Reforma y Acondicionamiento del Módulo 1 en la XXV AÑOS DE PAZ Fase II».*

- Con fecha 10 de julio de 2024 se emite informe de Intervención, en el que se solicita que «por parte de los servicios técnicos se cuantifique el importe ejecutado en la modificación objeto de este expediente de nulidad, con desglose de presupuesto de ejecución material, importe de gastos generales y beneficio industrial, baja de adjudicación aplicada, e impuestos aplicables».

Por el Director de Obra se emite certificación en la que se informa que el presupuesto de ejecución material de la obra *«Reforma y Acondicionamiento del Módulo 1 en el XXV AÑOS DE PAZ Fase II»*, asciende a la cantidad de 74.190,51 euros.

- Con fecha 19 de julio de 2024 por la Intervención se informa favorablemente el expediente.

- Con fecha 25 de julio de 2024 se evacua Propuesta de Resolución en cuya virtud se plantea *«Declarar la nulidad absoluta de la modificación del contrato de obras "REFORMA Y ACONDICIONAMIENTO DEL MÓDULO 1 EN EL XXV AÑOS DE PAZ FASE II", siendo la causa de nulidad la del artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a saber, que se ha prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para llevar a cabo dicha modificación y, por ende, de la certificación administrativa obrante en el expediente por ser dependiente y consecuencia de las unidades ejecutadas sin tramitación del oportuno modificado del contrato de obras, procediendo al abono al adjudicatario de las cantidades adeudadas, entendiendo procedente la detracción del beneficio industrial al estimar que dicho beneficio no formaría parte del enriquecimiento de la Administración (Dictamen del Consejo de Estado 783/2017), abonando, por tanto, al interesado de la cantidad de 74.190.51 €, que corresponden al presupuesto de ejecución material del modificado ejecutado, sin proceder al abono de los gastos generales y beneficio industrial».*

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 ésta 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 la nulidad de la modificación del contrato de obras *«"REFORMA Y ACONDICIONAMIENTO DEL MÓDULO 1 EN EL XXV AÑOS DE PAZ FASE II", siendo la causa de nulidad la del artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a saber, que se ha prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para llevar a cabo dicha modificación y, por ende, de la certificación administrativa obrante en el expediente por ser dependiente y consecuencia de las unidades ejecutadas sin tramitación del oportuno modificado del contrato de obras, procediendo al abono al adjudicatario de las cantidades adeudadas, entendiendo procedente la detracción del beneficio industrial al estimar que dicho beneficio no formaría parte del enriquecimiento de la Administración (Dictamen del Consejo de Estado 783/2017), abonando,*

por tanto, al interesado de la cantidad de 74.190.51 €, que corresponden al presupuesto de ejecución material del modificado ejecutado, sin proceder al abono de los gastos generales y beneficio industrial».

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"».

4. Sentado lo anterior, y entrando ya en el análisis de la concreta causa de nulidad invocada, se ha de señalar que 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-, se encuentran previstos en el art. 242.4 LCSP que establece:

«Cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto y se cumplan los requisitos que a tal efecto regula esta Ley, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con las siguientes actuaciones:

a) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma.

b) Audiencia del contratista y del redactor del proyecto, por plazo mínimo de tres días.

c) Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos. (...) ».

Además, si la tramitación de una modificación exige una suspensión total de la ejecución de las obras y ello ocasiona 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 con claridad que no constan realizados ninguno de los trámites exigidos por el art. 242.4 para llevar a efecto el modificado, ni tan siquiera se llegó a autorizar por la Administración, a pesar de lo cual se ejecutaron las obras requeridas para la modificación del contrato, omitiéndose, así, absolutamente el procedimiento legalmente establecido para ello. Por lo que 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 ejecutar las obras sin la previa tramitación del oportuno expediente de modificación a tal efecto.

Así pues, habiéndose obviado toda clase de procedimiento de modificación contractual -y, por tanto, ejecutándose la obra de referencia sin cobertura jurídica formal alguna-, y desarrollada la obra a entera satisfacción de la Administración, se ha de concluir que la Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho en cuanto a la concurrencia de la causa de nulidad.

5. 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 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.

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 (Dictamen 518/2023, de 14 de diciembre):

«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, de 20 de julio, 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.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad de la contratación de la modificación del contrato de obras «*REFORMA Y ACONDICIONAMIENTO DEL MÓDULO 1 EN EL XXV AÑOS DE PAZ FASE II*», adjudicado a la entidad (...), se considera conforme a Derecho, en cuanto a la causa de nulidad, dictaminándose favorablemente, en virtud de los razonamientos expuestos en el Fundamento IV del presente Dictamen.

No obstante, la Propuesta de Resolución no es conforme a derecho en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, por cuanto en la liquidación del contrato no procede la detracción del beneficio industrial, tal y como se razona en el Fundamento IV.5.