Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 23 de enero de 2025.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de la Villa de Mazo 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 "abastecimiento de agua potable, restitución de tuberías de agua potable en diferentes barrios (T.M. Villa de Mazo) y la reparación de la estructura y cubierta de los depósitos de agua de Sabina Bajo y Piedra Alta", lote 3 ("rehabilitación de cubierta e impermeabilización del depósito de agua potable de Piedra Alta. T.M. de Villa de Mazo")», adjudicado a la empresa (...) (EXP. 781/2024 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado mediante oficio de 10 de diciembre de 2024 [con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 13 de ese mismo mes y año], tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución, formulada por el Ayuntamiento de Villa de Mazo, que pone fin al procedimiento administrativo de revisión de oficio para la declaración de nulidad de la *«modificación del contrato de obras "abastecimiento de agua potable, restitución de tuberías de agua potable en diferentes barrios (T.M. Villa de Mazo) y la reparación de la estructura y cubierta de los depósitos de agua de Sabina Bajo y Piedra Alta", lote 3 ("rehabilitación de cubierta e impermeabilización del depósito de agua potable de Piedra Alta. T.M. de Villa de Mazo")»*, adjudicado a la empresa *(...)*.

2. La legitimación del Sr. Alcalde para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlos resultan de los

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

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 -en lo sucesivo, 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 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-.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1.º LCSP, la citada 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 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.

3. En el presente procedimiento se ha otorgado el preceptivo trámite de vista y audiencia al contratista, quien ha comparecido en las actuaciones manifestando su conformidad con la nulidad planteada.

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 201/2024, de 24 de abril], 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. La regulación del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP, puesto que 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.

5. La competencia para resolver el presente procedimiento le corresponde al órgano de contratación; en este caso, al Alcalde-Presidente [art. 41.3 en relación con la Disposición adicional segunda, apartado primero de la LCSP y la cláusula 3 del pliego de cláusulas administrativas particulares por las que se rige la presente contratación].

6. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver, 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, especialmente en su art. 106.5, al disponer que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio -como es el caso, en el que se inició la

tramitación el día 18 de noviembre de 2024-, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, plazo que se cumplirá el 18 de mayo de 2025.

7. No se aprecia la existencia de deficiencias en la tramitación del procedimiento que impidan un pronunciamiento de este Consejo sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento administrativo son los siguientes:

1. Mediante Resolución n.º 1489/2023, de 14 de diciembre de 2023, de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Villa de Mazo, se acuerda adjudicar a la empresa *(...)* -mediante procedimiento abierto simplificado y tramitación ordinaria-, el contrato administrativo que tiene por objeto *« (...) la ejecución de las obras de "abastecimiento de agua potable, restitución de tuberías de agua potable en diferentes barrios (T.M. Villa de Mazo)" y "la reparación de la estructura y cubierta de los depósitos de agua de Sabina Bajo y Piedra Alta"»*. En concreto, el Lote 3, referido a la *«rehabilitación de cubierta e impermeabilización del depósito de agua potable de Piedra Alta. T.M. de Villa de Mazo»*. Todo ello por un importe total de 216.844,38 € -IGIC incluido- y un plazo de ejecución de cuatro meses.

La adjudicación del contrato de obra fue formalizada en documento administrativo con fecha 24 de febrero de 2024.

2. Con fecha 26 de mayo de 2024 se dicta Decreto n.º 43/2024, del Concejal Delegado de Obras en el que se hace constar lo siguiente:

«Con fecha 21 de mayo de 2024, se dictó Resolución en la que se autorizaba la tramitación de la modificación del contrato de ejecución de las obras de "Abastecimiento de Agua Potable, Restitución de Tuberías de Agua Potable en diferentes barrios (T.M. Villa de Mazo) y la Reparación de la Estructura y Cubierta de los Depósitos de Agua de Sabina Bajo y Piedra Alta", Lote 3 (Rehabilitación de Cubierta e Impermeabilización del Depósito de Agua Potable de Piedra Alta T.M. de Villa de Mazo)".

Por parte del Director facultativo de dichas obras se redacta y presenta para su aprobación, proyecto técnico modificado donde se recogen detalladamente las modificaciones, que consisten en el aumento de unidades ya previstas en el proyecto.

En la Memoria del proyecto se describen las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato que hacen necesaria la modificación del mismo, por las razones de interés público siguientes:

"En base a la necesidad de mejorar las condiciones de la red de agua potable actual en el municipio de Villa de Mazo, el servicio municipal de agua y sus responsables, proponen mejorar las condiciones hidráulicas de la red de agua potable municipal, con diversas actuaciones de mejora en diferentes puntos de la red, dotando al servicio de un mecanismo eficiente para la reducción de pérdidas de caudal, y en general mejores condiciones higiénicas y de salubridad.

Una de estas mejoras consiste en la actuación en el depósito de Piedra Alta, que pertenece a la red municipal de agua potable, consistiendo de forma principal en el arreglo de la cubierta y trabajos de impermeabilización de su interior. Con estas mejoras se pretende paliar en la mayor medida posible las pérdidas continuas de agua debido al deterioro y el mal estado de algunos depósitos del municipio."

(...) el importe de la modificación no supera el 20 % del precio inicial del contrato, IVA excluido (...) ».

Y en virtud de lo anteriormente expuesto, se aprueba -técnicamente- *« (...) el proyecto modificado de las obras de "Abastecimiento de Agua Potable, Restitución de Tuberías de Agua Potable en diferentes barrios (T.M. Villa de Mazo) y la Reparación de la Estructura y Cubierta de los Depósitos de Agua de Sabina Bajo y Piedra Alta", Lote 3 (Rehabilitación de Cubierta e Impermeabilización del Depósito de Agua Potable de Piedra Alta T.M. de Villa de Mazo)", por importe de 229.464,96 euros»;* acordándose otorgar trámite de audiencia -por tres días- al contratista y al redactor del proyecto de obra [art. 242.4, letras a) y b) LCSP].

3. Consta la emisión de informe -con fecha 9 de octubre de 2024- de fiscalización por parte de la Intervención Municipal por el que se informa desfavorablemente la modificación contractual de referencia -emitiéndose reparo n.º 40/2024-.

Asimismo, figura en las actuaciones la emisión de informe de la Secretaría Municipal -con fecha 8 de octubre de 2024- en el que se concluye que « *(...) no procede la tramitación del expediente, no cumpliéndose los requisitos exigidos (...), ya que si bien se justifica el modificado en a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes, no queda justificado que 1.º Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de*

contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación, ni tampoco se constata Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever».

4. Consta en el expediente instruido certificaciones de obra n.º 1 -de 8 de junio de 2024- y n.º 2 -de 30 de octubre de 2024-, según proyecto inicial, por importe de 12.934,9 € y 88.940,82 €, respectivamente; y certificación de obras n.º 3 -de 30 de octubre de 2024-, según proyecto modificado, por importe de 114.968,66 €.

5. Mediante providencia de la Alcaldía de 14 de noviembre de 2024, se insta a los servicios técnicos municipales para que informen *« (...) si se han ejecutado obras sin tramitación previa del oportuno modificado»* y que, *« (...) por Secretaría se informe si, en su caso, procede la revisión de la modificación ejecutada»*.

6. Con fecha 15 de noviembre de 2024 se evacua informe del Arquitecto Técnico Municipal en el que se formula la siguiente conclusión:

« (...) a fecha actual hay ejecutado un total de 216.844,38 €, recogido en certificación n.º 1 (12.934,90 €) según proyecto inicial, certificación n.º 2 (88.940,82 €) según proyecto inicial y Certificación n.º 3 (114.968,66 €) según Proyecto Modificado, por lo tanto, se han ejecutado obras sin tramitación previa del oportuno modificado».

7. Con fecha 18 de noviembre de 2024 la Secretaría municipal emite informe en el que propone la incoación de expediente de revisión de oficio en los siguientes términos:

«Toda vez que se constata que no se ha tramitado expediente en orden a la modificación del contrato, el artículo 39.1 LCSP prevé que "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", siendo que el artículo 47.1 e) de tal norma cita como causa de nulidad absoluta de los actos "Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados"; se entiende que procede el inicio de expediente de revisión de oficio del MODIFICADO DEL LOTE N.º 2 (sic) DE LAS OBRAS "ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE, RESTITUCIÓN DE TUBERÍAS DE AGUA POTABLE EN DIFERENTES BARRIOS (T.M. VILLA DE MAZO)" Y "LA REPARACIÓN DE LA ESTRUCTURA Y CUBIERTA DE LOS DEPÓSITOS DE AGUA DE SABINA

BAJO Y PIEDRA ALTA". POR PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO, VARIOS LOTES", por la causa de nulidad argumentada (…) ».

III

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

1. Con fecha 18 de noviembre de 2024 se dicta Decreto de Alcaldía n.º 1242/2024, en cuya virtud se acuerda la incoación del presente procedimiento administrativo, que tiene por objeto « *(…) la revisión de oficio del MODIFICADO DEL LOTE N.º 3 DE LAS OBRAS "ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE, RESTITUCIÓN DE TUBERÍAS DE AGUA POTABLE EN DIFERENTES BARRIOS (T.M. VILLA DE MAZO)" Y "LA REPARACIÓN DE LA ESTRUCTURA Y CUBIERTA DE LOS DEPÓSITOS DE AGUA DE SABINA BAJO Y PIEDRA ALTA". POR PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO, VARIOS LOTES", por la causa de nulidad argumentada del artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (…)* ».

Asimismo, se concede al contratista un plazo de quince días hábiles para que pudiera formular las alegaciones y presentar los documentos que tuviese por convenientes.

La resolución administrativa por la que se incoa el presente procedimiento de revisión de oficio consta debidamente notificada al contratista.

2. Con fecha 19 de noviembre de 2024 la empresa contratista presenta escrito de alegaciones ante el Ayuntamiento de Villa de Mazo en el que manifiesta su conformidad con la declaración de nulidad.

3. Con fecha 25 de noviembre de 2024 la Secretaría municipal emite informe-Propuesta de Resolución en cuya virtud se plantea la declaración de nulidad « *(…) de la modificación del contrato de obras "Abastecimiento de Agua Potable, Restitución de Tuberías de Agua Potable en diferentes barrios (T.M. Villa de Mazo) y la Reparación de la Estructura y Cubierta de los Depósitos de Agua de Sabina Bajo y Piedra Alta", Lote 3, 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)».

4. Con fecha 4 de diciembre de 2024 la Intervención Municipal evacua informe en el que se efectúan las siguientes consideraciones:

«II.- En fecha 09/10/2024 se informa desfavorablemente la fiscalización del presente modificado, emitiéndose REPARO (...), dado que las modificaciones planteadas deben cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 204 y 205 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos de Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

III.- De conformidad con el informe técnico obrante en el expediente de fecha 15 de noviembre de 2024: " (...) a fecha actual hay ejecutado un total de 216.844,38 €, recogido en certificación nº1 (12.934,90 €) según proyecto inicial, certificación nº2 (88.940,82 €) según proyecto inicial y Certificación nº3 (114.968,66 €) según Proyecto Modificado, por lo tanto se han ejecutado obras sin tramitación previa del oportuno modificado"; por tanto, sin resolver la discrepancia planteada se ha ejecutado el proyecto modificado».

5. Con fecha 5 de diciembre de 2024 se dicta Decreto de Alcaldía n.º 1326/2024, por el que se aprueba la Propuesta de Resolución que viene a declarar la nulidad de pleno derecho de la modificación del contrato de obras de referencia -Lote n.º 3-, al concurrir la causa de nulidad prevista en la letra e) del art. 47.1 LPACAP; esto es, en idénticos términos a los planteados por la Secretaría Municipal en su informe-propuesta de resolución de 25 de noviembre de 2024.

El citado Decreto de Alcaldía consta notificado, en debida forma, a la entidad contratista.

6. Con fecha 9 de diciembre de 2024 la empresa contratista manifiesta, nuevamente, su conformidad con la declaración de nulidad contractual planteada por el Ayuntamiento de Villa de Mazo.

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. En el presente caso, la Propuesta de Resolución advierte de la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho en la ejecución de las obras de referencia: el tratarse de la ejecución de trabajos en los que « *(...) se ha prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para llevar a cabo dicha modificación (contractual) y, por ende, de la certificación administrativa obrante en el expediente por ser dependiente y consecuencia de las unidades (de obra) ejecutadas sin tramitación del oportuno modificado del contrato de obras*» [*ex* art. 47.1, letra e) LPACAP].

3. Pues bien, en relación con la causa establecida en el art. 47.1, letra e) LPACAP, 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 señalado en los Dictámenes 84/2014, de 17 de marzo y 258/2020, de 25 de junio, que *«la 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.

Finalmente, en nuestro Dictamen 747/2024, de 19 de diciembre, hemos indicado lo siguiente:

« (…) 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 indicar lo siguiente.

Del examen del expediente se observa que, si bien se iniciaron los trámites exigidos por el art. 242.4 LCSP para llevar a efecto el modificado, sin embargo, éste no llegó a ser autorizado definitivamente por la Administración municipal, omitiéndose, en consecuencia, un trámite esencial del procedimiento encaminado a la modificación del proyecto de obras. Dicho esto, y pese a la omisión de dicho trámite relevante, se materializó la ejecución de las obras objeto del modificado de contrato.

De esta manera 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 de referencia sin la previa aprobación definitiva de la modificación del correspondiente proyecto de obras y, por tanto, sin cobertura jurídica formal alguna. Por lo que se considera ajustada a Derecho la Propuesta de Resolución en cuanto a la concurrencia de la causa de nulidad esgrimida por la Administración municipal.

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 certificación correspondiente al proyecto modificado con exclusión del beneficio industrial.

Pues bien, respecto a este extremo, procede traer a colación lo manifestado por este Consejo Consultivo de Canarias en su Dictamen 552/2024, de 2 de octubre, con cita de otros muchos:

«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».

La doctrina, reiterada y constante, transcrita en las líneas precedentes resulta de plena aplicación al supuesto ahora analizado, debiendo concluirse que la Propuesta de Resolución, en lo que se refiere al pago de las cantidades adeudadas a la empresa contratista con exclusión del beneficio industrial, resulta contraria a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida al análisis jurídico de este Consejo Consultivo de Canarias se considera que es conforme a Derecho en cuanto a la concurrencia de la causa de nulidad esgrimida por la Administración Pública, debiéndose dictaminar favorablemente en virtud de las consideraciones jurídicas expuestas en el Fundamento IV del presente Dictamen.

No obstante, se considera que 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 apartado 5.º del Fundamento IV de este Dictamen.