Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 30 de enero de 2025.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Movilidad del Gobierno de Canarias en relación *con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio tramitado con la finalidad de declarar la nulidad de la actuación administrativa por la que se acordó la realización de unidades de obras o partidas y la ejecución de otras previstas en el proyecto de «MEJORA DE SEGURIDAD VIAL EN INTERSECCIÓN: GLORIETA DE LA CALDERINA (MÁCHER), p.k. 13+200 DE LA LZ-2. ISLA DE LANZAROTE» (EXP. 784/2024 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Movilidad del Gobierno, mediante oficio de 17 de diciembre de 2024 (con registro de entrada en este Consejo Consultivo de 19 de diciembre de 2024), es la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio tramitado con la finalidad de declarar la nulidad de la actuación administrativa (modificación contractual) por la que se acordó la realización de unidades de obras o partidas y la ejecución de otras previstas en el proyecto de «*MEJORA DE SEGURIDAD VIAL EN INTERSECCIÓN: GLORIETA DE LA CALDERINA (MÁCHER), p.k. 13+200 DE LA LZ-2. ISLA DE LANZAROTE*», siendo la empresa contratista (...) y (...), UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS (...).

2. La legitimación del Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Movilidad del Gobierno 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 relación con el art. 41 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se

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

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 (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 Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (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 preceptivo trámite de vista y audiencia a la empresa contratista, que mostró su conformidad con la tramitación del presente procedimiento de revisión de oficio, pero manifestó su disconformidad con los efectos económicos de la declaración de nulidad que pretende la Administración, lo que se efectuó a través de escrito de 4 de diciembre de 2024.

Este Consejo Consultivo en su Dictamen 72/2023, de 1 de marzo, seguido, entre otros, por los Dictámenes 170/2023, de 20 de abril, 318/2023, de 20 de julio, 386/2023, de 5 de octubre, 412/2023, de 19 de octubre y 452/2023, de 7 de noviembre, ha considerado que el dictamen debe ser preceptivo haya o no oposición del contratista, en los casos de ausencia de actos administrativos preparatorios o de adjudicación del contrato, por aplicación de lo dispuesto en el art. 106.1 LPACAP, por remisión del art. 41 LCSP.

Así mismo, 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 cuanto a la competencia para resolver el presente procedimiento, cabe señalar que en la Propuesta de Resolución se afirma sobre ello que:

«El artículo 29.1.g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, atribuye a los consejeros la incoación y resolución de los procedimientos de revisión de oficio de los actos del propio departamento.

El artículo 6.16 del Reglamento Orgánico de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Movilidad, aprobado por Decreto 193/2024, de 18 de noviembre, establece que corresponde

al Consejero la incoación y resolución de los procedimientos de revisión de oficio de actos del departamento incursos en causa de nulidad.

La resolución se ha de adoptar previa propuesta de la Secretaria General Técnica, conforme dispone el artículo 30.19 del citado Reglamento Orgánico».

Este Consejo Consultivo ya ha emitido un Dictamen en relación con el asunto que nos ocupa, el Dictamen 603/2024, de 21 de octubre, en el que se señaló acerca de esta cuestión que:

«Efectivamente, la competencia para resolver el procedimiento de revisión de oficio corresponde a la citada Consejería por aplicación de lo dispuesto en el art. 29.1 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, al que remite el art. 41.3 LCSP según el cual para determinar el órgano competente se estará como regla general, para el ámbito de las comunidades autónomas a lo que establezcan sus normas respectivas.

Como ha sostenido este Consejo en su reciente Dictamen 506/2024, de 19 de febrero, entre otros muchos, esta competencia se atribuye por el ordenamiento jurídico autonómico a la persona titular de la Consejería», doctrina aplicable al presente asunto.

5. En la Propuesta de Resolución, se afirma, acerca de la causa de nulidad en la que se considera que incurre la modificación contractual que nos ocupa, que:

«El artículo 41.1 de la citada Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, establece:

«La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas».

El artículo 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dispone:

«Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán 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 artículo 47.1».

Estamos ante un supuesto que cabe considerar como contratación verbal, por tanto, nula de pleno derecho. En sus apartados 1 y 2, el artículo 37 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, dispone 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.

2. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se formalizarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 153, sin perjuicio de lo señalado para los contratos menores en el artículo 118».

Se han realizado obras fuera de proyecto y no se han ejecutado otras previstas en aquel, sin previa modificación del contrato. Por tanto, es claro que se incurre en la causa de nulidad de pleno derecho prevista por el artículo 39 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en relación con el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por haberse acordado la modificación del contrato sin haber seguido previamente el procedimiento legalmente establecido al efecto.

Como establece el apartado 36.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato originario de referencia:

«El órgano de contratación deberá aprobar, previamente a su ejecución, la modificación del contrato, siguiendo al efecto el procedimiento establecido en el artículo 191 de la LCSP, teniendo en cuenta, asimismo, lo dispuesto en el artículo 207.2 de dicha Ley».

En la actualidad no es posible la modificación del contrato ya que está vencido el plazo de ejecución y la obra terminada conforme a las instrucciones dadas al contratista».

6. 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 la Orden del Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Movilidad del Gobierno de Canarias número 283/2024, de 18 de noviembre, por la que se declaró la caducidad del procedimiento administrativo de revisión de oficio anterior y se acordó el inicio del presente procedimiento de revisión de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución produce su caducidad, plazo que se cumplió el día 18 de mayo de 2025 lo que determina dicha caducidad.

II

En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, procede reproducir lo manifestado al respecto en el Dictamen de este Consejo Consultivo 603/2024, de 21 de octubre, anteriormente emitido en relación con el asunto que nos ocupa y en el que se manifestó al respecto lo siguiente:

«- El día 7 de julio de 2020 se emitió informe técnico acreditando la necesidad de urgente actuación para mejorar la seguridad vial de la carretera LZ-2 en

Lanzarote, en el ámbito de intersección con la calle (...), por lo que se precisaba la contratación de un servicio consistente en la redacción del Proyecto «MEJORA DE SEGURIDAD VIAL EN INTERSECCIÓN: GLORIETA DE LA CALDERINA (MÁCHER) p.k (...) 13+200 DE LA LZ-2. ISLA DE LANZAROTE».

- Por Resolución n.º 94/2020, de 10 de julio, se adjudicó a la empresa (...) con CIF: (...), el contrato menor para la redacción del Proyecto «MEJORA DE SEGURIDAD VIAL EN INTERSECCIÓN: GLORIETA DE LA CALDERINA (MÁCHER) p.k (...) 13+200 DE LA LZ-2. ISLA DE LANZAROTE», por el importe total de 15.836,00 €, IGIC incluido.

- Por Orden n.º 100/2021, de 11 de mayo, del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Vivienda, se aprobó definitivamente el proyecto de «MEJORA DE SEGURIDAD VIAL EN INTERSECCIÓN: GLORIETA DE LA CALDERINA (MÁCHER) p.k (...) 13+200 DE LA LZ- 2. ISLA DE LANZAROTE», con presupuesto base de licitación, IGIC excluido, de UN MILLÓN VEINTE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO EUROS CON SETENTA Y SEIS CÉNTIMOS (1.020.654,76 €) y un importe del IGIC al tipo del 7% de SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS CON OCHENTA Y TRES (71.445,83 €).

En el citado proyecto se incluyó el pliego de prescripciones técnicas particulares, donde se efectúa la descripción de las obras y se reguló su ejecución, con expresión de la forma en que ésta se llevaría a cabo, las obligaciones de orden técnico que correspondían al contratista, la manera en que se efectuaría la medición de las unidades ejecutadas, el control de calidad de los materiales empleados y el proceso de ejecución.

- Por Orden n.º 336/2021, de 21 de diciembre, del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Vivienda, adjudicó a la entidad (...) - (...), la contratación de la obra «MEJORA DE SEGURIDAD VIAL EN INTERSECCIÓN: GLORIETA DE LA CALDERINA (MÁCHER) p.k (...) 13+200 DE LA LZ-2. ISLA DE LANZAROTE», por el importe ofertado de novecientos sesenta y cuatro mil doscientos sesenta y siete euros con diez céntimos (964.267,10 €), IGIC excluido, ascendiendo éste al tipo del 7 % a la cantidad de sesenta y siete mil cuatrocientos noventa y ocho euros con setenta céntimos (67.498,70 €).

Sin embargo, al no haberse podido formalizar el contrato en 2021, por Orden n.º 46/2022, de 8 de marzo, del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Vivienda, se acordó la continuidad del expediente de contratación de la Obra de «MEJORA DE SEGURIDAD VIAL EN INTERSECCIÓN: GLORIETA DE LA CALDERINA (MÁCHER) p.k (...)

13+200 DE LA LZ- 2. ISLA DE LANZAROTE», modificando la distribución de anualidades y conservando los actos y trámites realizados.

Posteriormente, el día 10 de marzo de 2022 se firmó el contrato administrativo de la obra «MEJORA DE SEGURIDAD VIAL EN INTERSECCIÓN: GLORIETA DE LA CALDERINA (MÁCHER) p.k (...) 13+200 DE LA LZ- 2. ISLA DE LANZAROTE».

- A fecha de 17 de agosto de 2022 tuvo entrada la solicitud del Área Técnica, dirigida al Área Jurídico Económica, ambas Áreas pertenecientes a dicha Consejería, de prórroga del plazo de ejecución de las obras hasta el 1 de noviembre de 2022 y mediante la Orden n.º 249/2022, de 12 de septiembre, del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Vivienda, se autorizó la ampliación del plazo de ejecución del contrato de obras «MEJORA DE SEGURIDAD VIAL EN INTERSECCIÓN: GLORIETA DE LA CALDERINA (MÁCHER) p.k (...) 13+200 DE LA LZ- 2. ISLA DE LANZAROTE».

El día 24 de octubre de 2022 tuvo entrada el informe del Área Técnica, dirigido al Área Jurídico Económica, solicitando nueva prórroga del plazo de finalización de las obras de referencia hasta 21 de noviembre de 2022 y, nuevamente, a través de la Orden n.º 300/2022, de 3 de noviembre, del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Vivienda, se autorizó la ampliación del plazo de ejecución del contrato de obras «MEJORA DE SEGURIDAD VIAL EN INTERSECCIÓN: GLORIETA DE LA CALDERINA (MÁCHER) p.k (...) 13+200 DE LA LZ-2. ISLA DE LANZAROTE» hasta el 21 de noviembre de 2022, por causas no imputables al contratista.

- En un momento posterior, con base en la solicitud del Área Técnica de 21 de noviembre de 2022, el Director General de Infraestructura Viaria solicitó al Servicio de Supervisión Técnica, a fecha de 28 de noviembre de 2022, el inicio de trámites para la recepción de las obras «MEJORA DE SEGURIDAD VIAL EN INTERSECCIÓN: GLORIETA DE LA CALDERINA (MÁCHER) p.k (...) 13+200 DE LA LZ-2. ISLA DE LANZAROTE» y a fecha de 23 de enero de 2023 se elevó acta de comprobación de las obras de carácter desfavorable, haciéndose constar en ella que:

«Por parte de la Intervención General que:

"En la última certificación ordinaria del mes de noviembre de 2022, no se han certificado ni ejecutado algunas partidas incluidas en el proyecto vigente. La inejecución afecta a la totalidad de los capítulos destinados a las prestaciones de Reposición de los Servicios de Telecomunicaciones, abastecimiento de agua y gran parte del capítulo destinado a Ajardinamiento y Ornamentación. Por otra parte, se ha ejecutado obra no prevista en el proyecto vigente, observándose por ejemplo un aumento considerable en el desmonte de barrera de seguridad flexible en el Capítulo de Movimiento de Tierras, arquetas de drenaje y

en el capítulo de firmes. Se considera por tanto que las obras realizadas no se ajustan a las prescripciones previstas.

Asimismo, consta en la certificación aportada partidas alzadas que no están justificadas según se establece reglamentariamente y que deberán justificarse.

No se descuenta en la certificación aportada la tasa de inspección y dirección de obra.

Por parte del representante de la Administración se hace constar:

Que las obras se encuentran bien ejecutadas, pero se han ejecutado prescindiendo del procedimiento"».

- El día 10 de marzo de 2023 se recibió informe de la Intervención General de recepción negativa solicitando la subsanación de las deficiencias que impidieron la recepción de la obra así como las expuestas en el cuerpo del informe y en el anexo al acta de recepción y el día 13 de septiembre de 2023 tuvo entrada en el Área Jurídico-Económica la solicitud del Área Técnica de la presente Consejería de revisión de oficio y declaración de nulidad del proyecto «MEJORA DE SEGURIDAD VIAL EN INTERSECCIÓN: GLORIETA DE LA CALDERINA (MÁCHER) p.k (...) 13+200 DE LA LZ-2. ISLA DE LANZAROTE».

III

1. En cuanto a la tramitación del presente procedimiento, en primer lugar, para facilitar la comprensión del presente Dictamen, es necesario reproducir lo expuesto en el Dictamen anteriormente emitido en relación con este asunto acerca de esta cuestión, pues se hace referencia expresa a documentos que también se tienen en cuenta por la Administración en el presente procedimiento, siendo lo siguiente:

«1. El procedimiento comenzó a través de la Orden n.º 132/2023, de 12 de diciembre, del Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Movilidad por la que se resuelve: «Iniciar procedimiento de revisión de oficio para la declaración de nulidad de la actuación administrativa por la que se acordó realizar obras no ajustadas al proyecto de "MEJORA DE SEGURIDAD VIAL EN INTERSECCIÓN: GLORIETA DE LA CALDERINA (MÁCHER) p.k (...) 13+200 DE LA LZ-2. ISLA DE LANZAROTE", sin seguir el previo procedimiento legalmente establecido para la modificación del contrato, al haber sido ejecutadas obras no previstas en el proyecto o disconformes con este y por otra parte no haberlo sido o haber sido reducidas ciertas partidas previstas en aquel (se incluyen las variaciones de mediciones); así como para, en caso de declararse esa nulidad, reconocer la cantidad dineraria que en consecuencia correspondería a la contratista (...) - (...)».

2. Una vez dictada la resolución de inicio del procedimiento, se solicitó a la Dirección General de Infraestructura Viaria el pronunciamiento sobre cada uno de los siguientes extremos:

• La causa que motiva la nulidad de las actuaciones y que ésta no es imputable al contratista.

• La prestación realizada por el contratista.

• La valoración económica de la prestación realizada.

• La adecuación de las prestaciones realizadas a los precios de mercado en el momento de su ejecución.

• La realización de las prestaciones a entera satisfacción de la Administración.

• La imposibilidad de restituir las prestaciones realizadas.

El 19 de diciembre de 2023 se recibió oficio de la Dirección General de Infraestructura Viaria por el que remite informe de 15 de diciembre de 2023 emitido por el director de obras en respuesta a la anterior solicitud, en los siguientes términos:

«1.- Causa que motiva la nulidad de las actuaciones. No imputabilidad al contratista.

El día 15 de diciembre de 2022 se suscribió Acta de Comprobación de las obras "MEJORA DE SEGURIDAD VIAL EN INTERSECCIÓN: GLORIETA DE LA CALDERINA (MÁCHER) p.k (...) 13+200 DE LA LZ-2. ISLA DE LANZAROTE" por representantes del Órgano de Contratación y de la Intervención General, así como por el Director Facultativo y el representante del Contratista. En este Acta el representante del Órgano de Contratación señaló que procedía a no recibir las obras, tras haberse comprobado que no se han ejecutado en su totalidad de acuerdo con el proyecto aprobado y vigente. Asimismo, indicó que las obras se encuentran bien ejecutadas, pero se han desarrollado prescindiendo del procedimiento.

Por su parte, la representante de la Intervención General señaló, como aspectos relevantes, que no se habían certificado ni ejecutado algunas partidas incluidas en el proyecto vigente, y que se había ejecutado obra no prevista en el mismo.

Concretamente, la representante de la Intervención General señalaba que la inejecución afectaba a la totalidad de los capítulos destinados a las prestaciones de reposición de servicios de telecomunicaciones, abastecimiento de agua y gran parte del capítulo destinado a ajardinamiento y ornamentación, señalando asimismo un aumento considerable en el desmontaje de barrera de seguridad flexible, en el capítulo de movimiento de tierras, en arquetas de drenaje y en el capítulo de firmes.

Con fecha 9 de marzo de 2023 se efectuó la medición final de las obras ejecutadas, resultando las siguientes variaciones respecto al proyecto aprobado:

(...)

Las desviaciones de la medición final respecto al proyecto aprobado se encuentran básicamente en los capítulos de movimiento de tierras, firmes, reposición de servicios afectados y ajardinamiento y ornamentación, tal como señaló la representante de la Intervención General en el Acta de comprobación de las obras de fecha 15 de diciembre de 2022.

Las variaciones experimentadas en el capítulo de movimiento de tierras se debieron, básicamente, a la necesidad de modificar el desvío de tráfico previsto en el proyecto constructivo para poder ejecutar las obras. El desvío previsto en el proyecto aprobado no permitía ejecutar en su totalidad la nueva plataforma de la LZ-2 prevista por la vertiente Oeste de la nueva glorieta, por lo que, con acertado criterio técnico del entonces Director de las obras, se planteó un desvío de mayor longitud, que llevó aparejado un aumento de los volúmenes de desmonte y relleno, así como la necesidad de demoler una mayor longitud de barrera existente.

La variación presupuestaria del capítulo de firmes fue debida también a la necesidad de aumentar la longitud del ramal de desvío del tráfico existente para poder ejecutar las obras.

La causa principal de la variación presupuestaria del capítulo de reposición de servicios afectados fue que las líneas de telecomunicaciones y de abastecimiento de agua previstas en el proyecto no se ejecutaron. La razón es que no fue necesaria su reposición, ya que las mismas discurren por el lado Este del Camino de la (...), que no fue afectado por las obras. En relación con las redes eléctricas, tampoco fue necesaria la variación de la línea que discurre por el lado Este del Camino de la (...). Únicamente fue preciso modificar la posición de 4 arquetas que interferían la traza de la nueva glorieta.

Finalmente, en lo que respecta a la ejecución material del capítulo de jardinería y ornamentación, la variación negativa que experimentó la medición final respecto al proyecto se debe a que no se plantaron las especies vegetales previstas, ni se ejecutó la red de riego, dado que no existía en la zona ningún punto de conexión para riego. Asimismo, el entorno de la zona y la propia estética de la carretera LZ-2 aconsejaban no realizar plantaciones en la glorieta, consiguiéndose un óptimo acabado visual con el picón, la tierra vegetal y el resto de los elementos de ornamentación utilizados.

El importe de las unidades no ejecutadas se utilizó para compensar el presupuesto y poder aumentar los capítulos de movimiento de tierras y firmes, permitiendo ejecutar las obras y ponerlas en servicio.

A pesar de haberse explicado los motivos por los cuales se incurrió en las variaciones presupuestarias antes indicadas, los representantes del Órgano de Contratación y de la Intervención General no consideraron procedente la recepción de las obras.

Teniendo en cuenta que las obras no fueron recibidas, no ha podido comenzar el cómputo del plazo para aprobar la certificación final de las obras, no pudiéndose emitir ésta.

Tampoco resulta posible subsanar las deficiencias observadas por el representante del Órgano de Contratación, o de la representante de la Intervención General, por cuanto, en el momento de la convocatoria de la recepción, las obras ya estaban finalizadas, no existiendo crédito disponible para afrontar la subsanación de tales reparos.

La medición final efectuada con fecha 9 de marzo de 2023 supuso un presupuesto (IGIC incluido) de 1.101.487,51 €, frente al presupuesto adjudicado (IGIC incluido) de 1.031.765,80 €, lo que supone una propuesta de certificación final (IGIC incluido) de 69.721,78 € (6,76%).

Por los motivos expuestos, se solicitó por esta Dirección Facultativa el inicio del procedimiento de revisión de oficio de este expediente de contrato de obras, declarando la nulidad del proyecto adjudicado, adjuntándose los documentos denominados "Medición Final de las obras" y "Planos as built".

Las causas que han originado la solicitud de declaración de nulidad no son imputables al contratista, dado que éste únicamente ejecutó las instrucciones de la Dirección Facultativa, que estuvieron en todo momento orientadas por el sentido común y por el deseo de ejecutar con una adecuada calidad las obras necesarias para poner en servicio la nueva GLORIETA DE LA Calderina, ajustándose al crédito disponible existente.

2.- Prestación realizada por el contratista y valoración económica de dicha prestación.

La prestación efectivamente realizada por el contratista se corresponde con la MEDICIÓN FINAL que figura en el siguiente cuadro, en color sombreado:

(...)

En virtud de las cifras antes indicadas, la prestación efectivamente realizada por el contratista arroja un presupuesto (IGIC incluido) de 1.101.487,51 €, frente al presupuesto adjudicado (IGIC incluido) de 1.031.765,80 €, lo que supone una propuesta de certificación final en favor del contratista (IGIC incluido) de 69.721,78 € (6,76%).

3.- Adecuación de las prestaciones realizadas a los precios de mercado en el momento de su ejecución.

Las prestaciones realizadas por el Contratista en el momento de su ejecución se ajustaron a los precios de mercado, siendo éstos, en todos los casos, los que figuraban en el proyecto adjudicado, puesto que no se ejecutaron unidades de obra nuevas.

Las variaciones presupuestarias se debieron únicamente a los dos factores ya indicados en este informe y en la propuesta de nulidad: a) La ejecución de mediciones superiores a las previstas en determinadas unidades de obra recogidas en el proyecto, b) La inejecución de unidades que no se consideran necesarias.

4.- Realización de las prestaciones a entera satisfacción de la Administración.

El adjudicatario realizó las obras a entera satisfacción de la Dirección Facultativa, no existiendo, a día de hoy, ningún defecto o aspecto que subsanar.

5.- La imposibilidad de restituir las prestaciones realizadas.

Las obras realizadas que suponen una mayor medición de unidades contempladas en el proyecto, como los aumentos en los volúmenes de desmonte y relleno, la demolición de una mayor longitud de barrera existente, o la utilización de un volumen mayor de mezclas bituminosas, no pueden restituirse, puesto que implicarían la demolición parcial de las obras ejecutadas, dejando sin servicio la carretera LZ-2 en esta zona.

Las obras no ejecutadas, por considerarse innecesarias o improcedentes, como la variación de determinados servicios de telecomunicación, electricidad y abastecimiento de agua, así como la plantación de especies vegetales, no pudieron ni pueden ser ejecutadas en el marco de estas obras, por no disponerse de crédito suficiente, al haber sido éste empleado en el aumento de medición de las unidades citadas en el párrafo anterior».

3. Tras ello, se le otorgó el trámite de vista y audiencia a la empresa contratista, (...) - (...), UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS ((...) U.T.E.) y en fecha de 10 de enero de 2024 se recibió en la Consejería escrito de alegaciones de dicha empresa, mostrando su conformidad con el presente procedimiento de revisión de oficio, pero no con la cuantía de la indemnización propuesta, con la que no está de acuerdo.

En contestación a dichas alegaciones, se emitió el 25 de enero de 2024 informe del Jefe de Proyectos y Obras del Área Técnica de la Dirección General de Infraestructura Viaria.

4. El día 6 de febrero de 2024 se emitió una primera Propuesta de Resolución, remitida la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos, la cual emitió su preceptivo informe el día 9 de abril de 2024, solicitándose en el mismo la aclaración de diversos aspectos relativos a las dos causas de nulidad aducidas por la Consejería, al menos inicialmente entre otras cuestiones.

El día 6 de mayo de 2024, la Dirección General de Infraestructura Viaria remite informe aclaratorio del director de obras (Área Técnica) de 2 de mayo de 2024, resumiéndose su contenido en la Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen, en los siguientes términos:

« (...) en el que se concluye que en su momento la Intervención General y el órgano de contratación consideraron que las actuaciones llevadas a cabo debían haberse ejecutado previo procedimiento de modificación del contrato de obras; aunque aquella dirección

facultativa no compartía esa interpretación (lo cual se manifestó en el acto de recepción) por entender que en la práctica el resultado fue únicamente un aumento presupuestario de las mediciones totales de la obra ejecutada que supuso un incremento total en la ejecución material de 56.533,53 €, no quedó otra opción, para poder abonar el importe adicional de la medición final al contratista, que solicitar la tramitación de la revisión de oficio

Por lo que se refiere a la carencia o insuficiencia de crédito, en el informe aclaratorio se niega que se incurriera en dicha causa de nulidad, dado que en los presupuestos de dicha Dirección General de Infraestructura Viaria se recogía un crédito disponible del 10% sobre el precio adjudicado para el abono de la certificación final».

5. El día 8 de mayo de 2024 se emite una segunda Propuesta de Resolución de similar contenido que la anteriormente emitida y, si bien con fecha 9 de mayo de 2024 fue solicitado por el Servicio de Régimen Jurídico y Relaciones Institucionales, al Servicio de Contratación Administrativa y Administración General, el documento contable de retención de crédito (RC), cuyo importe es de sesenta y nueve mil setecientos veintiuno euros con setenta y ocho céntimos (69.721,78 €); el 17 de mayo de 2024 dicho Servicio de Contratación Administrativa y Administración General señala que no es posible capturar el documento contable solicitado al estar comprometido todo el crédito del programa 453A de la Dirección General de Infraestructura Viaria y, por ello, carecer de saldo disponible la aplicación presupuestaria 11.04.453A.603.00 fondo 7000001 Proyecto de inversión 196G0388 ACTUAC. Y MEJORA SEGUR. EN CARRETERAS LANZAROTE.

El 25 de julio de 2024 el Servicio de Régimen Jurídico y Relaciones Institucionales solicitó nuevamente al Servicio de Contratación Administrativa y Administración General la emisión del documento contable de retención de crédito (RC). Dicho documento contable RC es emitido con fecha de 25 de julio de 2024, y fue remitido al Servicio de Régimen Jurídico y Relaciones Institucionales el 26 de julio de 2024.

6. El día 29 de julio de 2024 se emitió una tercera Propuesta de Resolución y, más adelante, el día 13 de agosto de 2024 se recibió informe emitido el 5 de agosto de 2024 por la Intervención Delegada n.º 15 de la Intervención General en el que se manifiesta que:

«Teniendo en cuenta Acuerdo de Gobierno de 20 de enero de 2022, por el que se suspenden, durante el ejercicio 2022, los Acuerdos de Gobierno por los que se sustituyó la función interventora por el control financiero permanente, y, se adoptan para el mismo ejercicio medidas de seguimiento sobre la ejecución del presupuesto de gastos del sector público con presupuesto limitativo para contribuir a su racionalización y al cumplimiento del

objetivo de estabilidad presupuestaria, no se requería la fiscalización previa de tales variaciones.

Dado que no se requería fiscalización previa, no procede emitir informe de omisión de la función interventora en este supuesto.

Asimismo, por la cuantía de la indemnización, la declaración de nulidad tampoco requiere fiscalización previa, al amparo del Acuerdo de Gobierno de 29 de enero de 2024, por el que se suspende, para determinados ámbitos de gestión, expedientes y sujetos integrantes del sector público, la sustitución de la función interventora por el control financiero permanente».

7. El día 20 de agosto de 2024, estando ya caducado el presente procedimiento administrativo se emitió la Propuesta de Resolución definitiva.

8. Por último, se ha de señalar que el 23 de julio de 2024, (...) en representación de (...), U.T.E. (...), solicitó respuesta a sus alegaciones formuladas el 10 de enero de 2024, mostrando su desacuerdo con la indemnización propuesta, una vez más, respuesta que se le da en la Propuesta de Resolución».

2. En segundo lugar la tramitación del presente procedimiento ha sido la siguiente:

- Por Orden del Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Movilidad del Gobierno de Canarias número, 283/2024, de 18 de noviembre, se declaró la caducidad del procedimiento de revisión de oficio anteriormente tramitado en relación con este asunto y se acordó el inicio del presente procedimiento de revisión de oficio.

- Se le otorgó trámite de vista y audiencia a la contratista, que formuló escrito de alegaciones el día 4 de diciembre de 2024, con el contenido al que ya se ha hecho mención.

- Por último, el día 16 de diciembre de 2024 se emitió la Propuesta de Resolución, objeto del presente Dictamen.

IV

1. La Propuesta de Resolución declara lo siguiente:

«Primero. - Declarar la nulidad de la actuación administrativa por la que se acordó la realización de unidades de obras o partidas no previstas, y la no ejecución de otras previstas en el proyecto de "MEJORA DE SEGURIDAD VIAL EN INTERSECCIÓN: GLORIETA DE LA CALDERINA (MÁCHER) p.k (...) 13+200 DE LA LZ-2. ISLA DE LANZAROTE" sin seguir el previo procedimiento legalmente establecido para la modificación del contrato.

Segundo. - A consecuencia de lo anterior y a fin de evitar el enriquecimiento injusto de esta Administración autonómica, reconocer a (...) - (...), UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS ((...) UTE) el derecho a percibir una indemnización de 69.721,78 € (I.G.I.C. incluido), con cargo a la aplicación presupuestaria indicada en el documento contable (RC)».

2. 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).

3. La Propuesta de Resolución, tal y como se ha expuesto, considera que se llevó a cabo una modificación contractual, que se concreta en la ejecución de unidades de obras o partidas no previstas, y la no ejecución de otras previstas en el proyecto, con la anuencia, al menos tácita, de la propia Administración y de la contratista, pero omitiendo toda tramitación legalmente exigida para tales supuestos.

Así sobre ello, se afirma en la Propuesta de Resolución, además de lo ya expuesto, que *«Quinta. - La realización de obras que comportaban la modificación del contrato se efectuó de común acuerdo entre las partes, de modo que la UTE contratista era plenamente conocedora de que no se seguía el procedimiento legalmente establecido, del cual se prescindió absolutamente. La contratista no puede negar, como hace en su escrito de alegaciones, su corresponsabilidad al haber llevado a cabo obras no previstas y no haber ejecutado otras a que estaba obligado, sin perjuicio de que la iniciativa al respecto ha partido de esta Administración pública.*

Además, la UTE contratista expresa su conformidad con la declaración de nulidad de la modificación del contrato efectuada (por modificación de las obras ejecutadas y sin seguir el procedimiento legalmente establecido) y con la procedencia de una indemnización, aunque no con la cuantía de esta».

Además, la Administración considera que el valor de tales unidades de obra asciende a 69.721,78 €, que abonará a la contratista para evitar un enriquecimiento injusto, cantidad con la que se muestra disconforme esta última, cuestión que se tratará en un momento posterior del presente Dictamen.

4. 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 (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"».

5. 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 detrae que no se ha realizado 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, lo que se pone de manifiesto la documentación obrante en el expediente. 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.

6. En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, se ha de significar lo siguiente:

6.1. En primer lugar, que la Propuesta de Resolución plantea abonar a la empresa contratista el importe total de las obras correspondientes al proyecto modificado sin exclusión del beneficio industrial, lo cual se considera igualmente conforme a Derecho, teniendo en cuenta que la propia Propuesta de Resolución sustenta este abono en nuestro Dictamen 552/2024, de 2 de octubre, en el que se dictaminaba un supuesto similar al presente.

Respecto de este punto, 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).

6.2. En el presente caso la restitución del valor de las obras realizadas por el contratista ha dado lugar a disconformidad entre la contratista y la Administración.

Pues bien, sobre ello no se ha de olvidar que este Consejo viene manifestando, entre otros, en sus Dictámenes 318/2023, de 20 de julio, o 6/2023, 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.

La Administración, como ya se ha señalado, considera que por las unidades obra ejecutadas, en relación con la modificación que nos ocupa, le corresponde a la contratista la cantidad de 69.721,78 € y ello lo justifica de forma exhaustiva, con

base en informes emitidos al respecto, en la Propuesta de Resolución en los siguientes términos:

«8º.- A la vista del anterior escrito de alegaciones, fue emitido informe de 25 de enero de 2024 del Jefe de Proyectos y Obras del Área Técnica de la Dirección General de Infraestructura Viaria que señala lo siguiente:

«1.- Síntesis de la solicitud de la UTE (...).

La UTE (...), en su escrito de fecha 10 de enero de 2024, manifiesta su conformidad con la nulidad de la actuación administrativa que acordó realizar obras no ajustadas al Proyecto, sin seguir el procedimiento legalmente establecido para la modificación del contrato, entendiendo dicha UTE que la responsabilidad es exclusiva de la Administración y en ningún caso del contratista.

Respecto a la indemnización propuesta por esta Dirección General, la referida UTE señala que está conforme con las mediciones finales de las unidades de obra realmente ejecutadas, pero no con los precios unitarios utilizados para determinar el importe de dicha indemnización, manifestando por tanto su disconformidad con la cuantía de esta.

La UTE argumenta que la valoración de la indemnización se debe realizar conforme a los precios de mercado en el momento de la ejecución de las unidades de obra (mayo a noviembre 2022), y no con los precios del proyecto adjudicado, tal como ha hecho la Administración.

La UTE (...) indica que en el informe emitido por el técnico que suscribe, de fecha 15 de diciembre de 2023, se señala lo siguiente:

"Apartado 3, adecuación de las prestaciones realizadas a los precios de mercado en el momento de su ejecución.

Las prestaciones realizadas por el Contratista en el momento de su ejecución se ajustaron a los precios de mercado, siendo éstos, en todos los casos, los que figuraban en el proyecto adjudicado, puesto que no se ejecutaron unidades de obra nuevas".

Después de transcribir el texto literal anterior, la reclamante indica que los precios a utilizar deben ser los precios de mercado en el momento de la ejecución de la obra, debiendo por tanto actualizarse los precios unitarios de la adjudicación al momento en que se ejecutaron las obras.

Expuesta la problemática, la UTE (...) acredita conocer la técnica de la revisión excepcional de precios en los contratos de obras del sector público, regulada en el Título II del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan

normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras.

A pesar de conocer la normativa básica aplicable para la revisión excepcional de precios (Real Decreto- ley 3/2022), la UTE (...) señala que dicha norma no es aplicable al caso que nos ocupa, ya que "se trata de valorar la indemnización de la prestación realizada por el contratista a precios de mercado del momento de la ejecución, y no de la revisión de precios de un contrato vigente".

Por ello, la reclamante propone, en virtud de los cálculos que adjunta, aplicar a esta obra el procedimiento ordinario de revisión de precios, regulado en los artículos 103 a 105 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, así como en los artículos 104 a 106 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, utilizando la fórmula n.º 141 (construcción de carreteras con firmes de mezclas bituminosas), de entre las fijadas en el Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas.

De la aplicación de este procedimiento ordinario de revisión de precios a los importes de ejecución material de los meses en los que se emitieron certificaciones de obra (mayo a noviembre de 2022), la UTE reclama las siguientes cantidades:

Ejecución material revisada 974.655,42 € 16% Gastos generales … 155.944.87 €
6% Beneficio Industrial …. 58.479,33 € Suma 1.189.079,62 €
% Baja (5,524656 %) 65.692,55 €
Suma ……. 1.123.387,07 € 7% IGIC ……
78.637,09 € Presupuesto total …… 1.202.024,16 €

Frente a la propuesta efectuada por esta Administración, que es la siguiente:

Prestación realizada por el contratista (según propuesta de esta Dirección General):

Ejecución material 893.135,79 €
16% Gastos generales 142.901,72 €
6% Beneficio Industrial 53.588,14 €
Suma …… 1.089.625,65 €
% Baja (5,524656 %) 60.198,06 €
Suma …….. 1.029.427,59 € 7% IGIC …… 72.059,92 €
Presupuesto total …… 1.101.487,51 €

Esta propuesta efectuada por la Administración arrojaba un saldo de 69.721,78 € (IGIC incluido) en favor del contratista.

Por ello, el contratista reclama, además de los 69.721,78 € (IGIC incluido) que esta Administración ha propuesto el abono de la diferencia entre ambos criterios, es decir, entre 1.202.024,16 € y 1. 101.487,51€, lo que supone un adicional de 100.536,65 € (IGIC incluido).

2.- Consideraciones

La cuestión básica planteada por la UTE (...) es que a este expediente debe aplicarse una revisión de precios, para que las prestaciones efectuadas se valoren a precios de mercado en el momento de su ejecución.

Para ello, la reclamante plantea una revisión de precios ordinaria (regulada por la Ley de Contratos del Sector Público y por el Reglamento de dicha Ley), no siendo aplicable, según su criterio, el procedimiento de revisión excepcional previsto en el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo. Y ello en base al siguiente argumento: " (...) se trata de valorar la indemnización de la prestación realizada por el contratista a precios de mercado del momento de la ejecución, y no de la revisión de precios de un contrato vigente".

Respecto a esta cuestión, hay que hacer dos consideraciones importantes:

a) La revisión de precios ordinaria, que es el mecanismo que la UTE (...) propone para este expediente, es un instrumento aplicable, entre otros, a los contratos de obra (entendiéndose por tanto que son contratos vigentes) por lo que, si la UTE señala que no procede la revisión de precios excepcional por no tratarse de un contrato vigente, esta misma filosofía sería aplicable a la revisión ordinaria. En virtud de este argumento, tampoco procedería la revisión de precios ordinaria.

b) La revisión de precios ordinaria es una técnica que, para aplicarse, debe cumplir una serie de requisitos. El primero y más importante es que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato contemple esa posibilidad, así como indique la fórmula de revisión aplicable. En nuestro caso, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece lo siguiente:

Por tanto, no consideramos aplicable la revisión de precios ordinaria a este expediente.

Cuestión diferente sería la determinación de si la UTE tiene derecho a una revisión de precios excepcional, si se cumplieran las condiciones que establece el Título II del Real Decreto-ley 6/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras.

Por último, es importante señalar que el objeto del procedimiento de revisión de oficio efectuado por esta Administración es la delimitación de las obras que han sido ejecutadas y no estaban previstas en el proyecto, o han sido disconformes con éste, así como de aquellas unidades que no han sido ejecutadas o han sido reducidas, así como para, en caso de declararse esa nulidad, reconocer la indemnización que por enriquecimiento injusto de esta Administración correspondería a la adjudicataria, de lo que resultó una propuesta de abono a la UTE (...) de la cantidad de 69.721,78 € (IGIC incluido). Por tanto, una posible revisión de precios no es objeto de este procedimiento de revisión de oficio.

17

3.- Pronunciamiento.

De las consideraciones expuestas, se concluye que, dado que una hipotética revisión de precios de este expediente no es objeto del procedimiento de revisión de oficio, aquella debería instarse por la UTE (...), si considera que tuviere derecho a ello, en un procedimiento diferente».

(...)

Sexta. - Por lo que se refiere al importe de la indemnización propuesta, 69.721,78 €, como decimos, el contratista mostró su disconformidad desde el anterior procedimiento al considerar aplicable una revisión de precios al conjunto del contrato (el resultante del válidamente celebrado y su modificación verbal) para reclamar 1.202.024,16 €.

Olvida la reclamante que el presente procedimiento de revisión de oficio tiene por objeto la declaración de nulidad de la modificación verbal del contrato efectuada y la indemnización por enriquecimiento injusto a consecuencia de lo ejecutado en virtud de dicha modificación verbal del contrato, nula de pleno derecho. El que se trate de un contrato modificado sin seguir el procedimiento legalmente establecido no puede hacerlo de mejor condición que si se tratara de un contrato válidamente modificado.

El punto II de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, y del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, que invoca la UTE en sus alegaciones, ciertamente se refiere a la justificación de la revisión de precios, ahora bien, para los supuestos en que esta procede.

Además, resulta contradictorio decir, como se hace en las alegaciones de la UTE contratista, que no se solicita la revisión de precios sino una valoración de la obra ejecutada ajustada a los precios de mercado en el momento de la ejecución, actualizada mediante un método análogo a una revisión de precios empleando los índices y formulas oficiales. Si no procede la revisión de precios menos aún un método análogo u otro de actualización que perseguirían el mismo resultado, sin previsión legal alguna al efecto.

El artículo 102.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, establece que:

«Los precios fijados en los contratos del sector público podrán ser revisados en los términos previstos en el Capítulo II de este Título, cuando deban ser ajustados, al alza o a la baja, para tener en cuenta las variaciones económicas de costes que acaezcan durante la ejecución del contrato».

En dicho Capítulo II, el artículo 103 de la misma Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en sus apartados 1, 3 y 4 dispone que:

«1. Los precios de los contratos del sector público solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos establecidos en este Capítulo.

Salvo en los contratos no sujetos a regulación armonizada a los que se refiere el apartado 2 del artículo 19, no cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos.

Se entenderá por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios.

(...)

«3. En los supuestos en que proceda, el órgano de contratación podrá establecer el derecho a revisión periódica y predeterminada de precios y fijará la fórmula de revisión que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones del mismo.

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar, en tales casos, la fórmula de revisión aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a la fecha de formalización del contrato, siempre que la formalización se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses si la formalización se produce con posterioridad».

La Cláusula 10 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de aquel contrato de obras de «MEJORA DE SEGURIDAD VIAL EN INTERSECCIÓN: GLORIETA DE LA CALDERINA (MÁCHER) p.k (...) 13+200 DE LA LZ-2. ISLA DE LANZAROTE» (modificado sin seguir el procedimiento legalmente establecido) no contempla la revisión de precios, por lo que aquella no resulta procedente.

Si no se admite la revisión de precios respecto de las obras realizadas conforme al contrato, tampoco cabe admitirla respecto de las obras realizadas como modificación de aquel y menos aún si cabe cuando se trata de una modificación nula de pleno derecho.

La Sentencia de 12 de septiembre de 2013 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso de apelación n.º 411/2013, Roj STSJM 11515/2013), en sus fundamentos de derecho segundo y tercero declara lo siguiente:

«SEGUNDO.- El Tribunal Supremo tiene reiteradamente dicho, entre otras, en sentencias de 26 de febrero de 1999, 9 y 16 de Octubre de 2000, 18 de julio de 2003, 10 de noviembre de 2004, 20 de julio de 2005 y 2 de Octubre de 2006 así como esta Sala y Sección (Sentencia de 11 de diciembre de 2010 resolviendo el recurso de apelación 473/2010) que el exceso en la ejecución de la obra, efectivamente realizada y entregada a la Administración, como consecuencia de actos de la propia Administración o de la Dirección facultativa, produce un enriquecimiento para la Administración y un consiguiente empobrecimiento para la empresa contratista, que impone a aquella la obligación de pagar el coste de dichas obras, en virtud de la doctrina del enriquecimiento injusto aplicable a los contratos administrativos, como corrección al principio de inalterabilidad. Así la jurisprudencia de la Sala Tercera (SSTS 20 de octubre de 1986, 26 de febrero de 1991 y 23 de abril del 2002) ha reconocido que la obligación de pago por parte de la Administración implica el importe también de aquellas obras, que tengan carácter accesorio o complementario, no incluido en el proyecto, durante el curso de las obras principales, si se estima conveniente ejecutar. Pero la jurisprudencia, en los supuestos en los que ha considerado su utilización, ha puesto de manifiesto que, para ello, era necesario que el exceso de obra que había de abonarse al contratista no fuese imputable exclusivamente a su voluntad, sino que obedeciese a órdenes de la Administración. Así se ha aplicado dicho principio siempre que las órdenes procediesen de quien para el contratista tuviera apariencia de efectiva potestad, en el supuesto en que había sido prevista por las partes contratantes la necesidad de obras no incluidas en el proyecto, cuando ha habido órdenes de la Administración, aunque tengan vicios de forma. Por el contrario, no procede aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto cuando la ampliación de la obra se deba a decisión unilateral imputable a la empresa contratista, ya que, de otro modo, la extensión de las obras, su posible ampliación y el derecho a su cobro dependería exclusivamente de la contratista, en contra del principio de inalterabilidad de los contratos por voluntad de una sola de las partes. De forma similar las SSTS de 28 de enero del 2000 y 10 de julio del 2002 afirman que constituye regla general que el cumplimiento y efectos de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes y, en consecuencia, ningún contratista puede pretender el abono de las obras que excedan en cantidad o calidad de las que expresamente fueron convenidas, cuando no ha mediado orden alguna de la Administración para su realización.

Por tanto, la cuestión planteada estriba en determinar si el exceso de obra sobre el proyecto inicial fue asumido y aceptado por ambas partes, o, por el contrario, responde a una decisión unilateral de la contratista, en cuyo caso, no genera derecho a su pago.

En el caso debatido el exceso de obra sobre el proyecto inicial está reconocido por el Juzgador de la Instancia quién destaca en la Sentencia que "a la vista de la documentación se desprende que la empresa constructora ha ejecutado más unidades de obra de las que figuran en el proyecto contratado", mencionando en el fundamento de derecho quinto, la solicitud de autorización de un proyecto complementario para sustituir (a petición del

Hospital Príncipe de Asturias) el centro de transformación en superficie por otro de similares prestaciones, pero de tipo subterráneo, por importe de 297.333,79 euros, realizado por el arquitecto (...) y presentado el 27.10.2006, sin que la Administración diera respuesta a su solicitud. Otra solicitud de la dirección facultativa, de fecha 8 de enero de 2007, de autorización para la modificación del proyecto de ejecución por nuevas necesidades, de acuerdo con la solicitud del Gerente del Hospital, por importe de 1.213.601,18 euros. Finalmente, adecuación del área quirúrgica a la normativa de la Orden 101/2008, de 14 de febrero, por importe de 813.652,98 euros.

Con fecha 6 de abril de 2009 se presenta el proyecto de liquidación de las obras por importe de 14.093.104,55 euros, lo que supone un exceso de obra de 7.187.013,03 euros.

La prueba testifical, fundamentalmente, la emitida por (...), arquitecto autor del proyecto y director de la obra y aparejador y director de la ejecución material del centro, por tanto, representantes de la Administración demandada en la obra, ponen de manifiesto, tal y como aparecen recogidas en el fundamento de derecho séptimo, de la sentencia recurrida en apelación, lo siguiente: "que las modificaciones de la obra fueron verbales. Que el precio fue consensuado con (...) por (...), Subdirector General. Que el porcentaje estimado fue del 60 y que el Sr. (...) dijo que había margen suficiente y que la obra había que hacerla cueste lo que cueste. En cuanto a las modificaciones, la Administración no puso ninguna pega, paro que debía recogerse en un documento. Que el importe de la ejecución de la modificación fue de 6 millones de euros. Que fueron para cubrir 2 patios completos, parte de otro patio, nuevas instalaciones, climatización, proyecto de soterramiento, cerramientos y ordenación de parcela. Que la Administración no manifestó ni verbal ni por escrito el desacuerdo. Que era consciente de la desviación del presupuesto".

De los datos expuestos y recogidos por el Juzgador de la Instancia en la Sentencia apelada, queda acreditado que hubo un exceso de obra realizada por el contratista a instancia de la Administración, mediante órdenes verbales realizadas por el Director de la obra, siendo dicho exceso de obra así como su importe asumido y aceptado por ambas partes, por lo que no puede sostenerse que la ejecución del tan citado exceso de obra respondiera a una decisión unilateral de la contratista que, ciertamente de haber sido así, no habría generado derecho a su pago».

(...)

TERCERO.- Por el contrario, procede desestimar el recurso de apelación en cuanto a la revisión de precios solicitada así como al pago de los intereses reclamados.

En cuanto a los intereses moratorios, la Sala estima que no deben concederse ya que no es de aplicación la regulación que sobre la materia contiene la legislación de contratos, concretamente el artículo 99.4 del TRLCAP, sino que el fundamento de la estimación del recurso es la teoría del enriquecimiento injusto. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 2

de julio del 2004 declara que los intereses de las obras realizadas fuera del contrato solo se podían devengar a partir de la convalidación definitiva de la obra, pues hasta ese momento la Administración no podía abonar el importe de las mismas, y si bien es cierto que las obras las había recibido con anterioridad, no cabe olvidar, que el contratista también sabía, que esas obras realizadas fuera del contrato exigían los trámites oportunos, incluida su convalidación, y por tanto se puede incluso presumir, que el contratista al realizar las obras, fuera del contrato, aceptaba que la obligación de la Administración de abonarlas no surgía hasta que se cumplimentaran los mismos. Y no obsta en nada a lo anterior el que se pudiera producir un desequilibrio entre la obligaciones de los contratantes, pues, por un lado, era una situación conocida para ambos, por otro, el contratista también se beneficia al percibir el importe de unas obras fuera del contrato, y por tanto sin la competencia de otras empresas, y sin presentar el oportuno previo proyecto y las fianzas procedentes, y en fin, porque se trata de una situación de hecho, que han posibilitado tanto la Administración como el contratista, en cuanto los dos tienen prohibido realizar obras fuera de las previstas en el contrato. Conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta no procede conceder los intereses solicitados, por cuanto que en el caso debatido no se ha producido la convalidación de la citada obra por la Administración.

Tampoco procede conceder revisión de precios sobre la totalidad de la obra, sino única y exclusivamente sobre la obra contratada, tal y como afirma el Juzgador de la instancia, por cuanto que los precios de la obra ejecutada fuera de contrato, no se encuentran amparados por éste y, además, como se deduce de la prueba testifical, fueron consensuados con el contratista. En consecuencia, si aceptó los mismos no puede ahora solicitar su revisión.

A la vista de lo razonado procede estimar en parte el recurso de apelación revocando en parte la sentencia apelada y declarando el derecho de la contratista a que por la Administración apelada se le abone la cantidad de 6.216.105,65 euros, más IVA en concepto de liquidación de la obra; desestimando el resto de las pretensiones».

Conforme a dicha jurisprudencia se ha de rechazar una revisión de precios, más aún en el supuesto que nos ocupa en que ni siquiera cabe la revisión de precios de la obra inicial y válidamente contratada, por no contemplar tal posibilidad la referida Cláusula 10 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Dado que es rechazable la revisión de precios, se ha de rechazar con mayor rigor si cabe su aplicación con carácter de «valoración actualizada mediante un método análogo a una revisión de precios», o la aplicación de «otro método de determinar los precios de mercado en el momento de la ejecución de los trabajos», como reclama en sus alegaciones la representación de la UTE contratista, sin sustento legal. Los precios son los contratados, salvo cuando procede la revisión de aquellos conforme a las previsiones legales.

Séptima.- Sobre una revisión de precios excepcional no cabe pronunciarse aquí ya que solo puede ser reconocida, cuando procede, una vez formalizada el acta de recepción y

emitida la correspondiente certificación final de las obras, conforme establece el artículo 7.1 del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras; en la redacción establecida en la disposición final trigésima séptima del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

Octava. - Conviene dejar constancia de que conforme a lo declarado en la anteriormente referida Sentencia de 12 de septiembre de 2013 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, resulta rechazable el abono de intereses de demora que señala la contratista en su escrito de alegaciones de 10 de enero de 2024, en el procedimiento precedente al que nos ocupa».

Por tanto, todo ello, como ya se ha manifestado, justifica adecuada y suficientemente, la cuantía en que valora la Administración las unidades de obra ejecutadas por la interesada con ocasión de la modificación contractual, cuya declaración de nulidad se pretende.

6.3. Por último, de todo lo expuesto cabe concluir que en los supuestos, como en el presente caso, en que el contratista ha manifestado buena fe, prestando el servicio a satisfacción de la Administración, aun concurriendo causa de nulidad al haberse dictado los actos preparatorios del contrato de referencia, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, tal como prevé el art. 47.1, letra e) LPACAP, en relación con el art. 39.1 LCSP, se debe pagar a aquél en idéntica cuantía al coste de las prestaciones realizadas.

Aplicando al presente supuesto la doctrina expuesta en las líneas precedentes, ha de concluirse que la Propuesta de Resolución que ordena el pago del importe total de las obras efectivamente realizadas por la empresa contratista es conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

Se considera conforme a Derecho y, por lo tanto, se dictamina favorablemente la Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad de la actuación

administrativa por la que se acordó la realización de unidades de obras o partidas y la ejecución de otras previstas en el proyecto de «*MEJORA DE SEGURIDAD VIAL EN INTERSECCIÓN: GLORIETA DE LA CALDERINA (MÁCHER), p.k. 13+200 DE LA LZ-2. ISLA DE LANZAROTE*», por cuantía total de 69.721,78 euros, en virtud de los razonamientos expuestos en el Fundamento IV del presente Dictamen.