Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 9 1 / 2 0 2 6

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 21 de octubre de 2026.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Formación Profesional, Actividad Física y Deportes del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad del Modificado n.º1 del contrato de obra de acondicionamiento en el CEIP (...), para atender las necesidades de los espacios destinados a Primer Ciclo de Infantil, con financiación «NEXT GENERATION» con cargo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR) (EXP. 365/2026 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Formación Profesional, Actividad Física y Deportes el 1 de septiembre de 2026 - con registro de entrada en este Consejo Consultivo el 8 de septiembre-, tiene por objeto el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio para la declaración de nulidad del Modificado n.º 1 del contrato de obra de acondicionamiento en el CEIP (...), para atender las necesidades de los espacios destinados a primer ciclo de infantil en aulas de 2-3 años, en el marco del programa de impulso de escolarización en el primer ciclo de Educación Infantil, con financiación «*Next Generation*» con cargo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR).

2. La legitimación del Excmo. Sr. Consejero de Educación, Formación Profesional, Actividad Física y Deportes para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlo, resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 41 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de

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

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 (LCSP).

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).

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 (RCAP).

3. Se ha otorgado el trámite de vista y audiencia a la empresa contratista quien el 5 de agosto de 2026 manifiesta su conformidad a la declaración de nulidad.

Este Consejo Consultivo en su Dictamen 72/2023, de 1 de marzo, seguido, entre otros, por los Dictámenes 170/2023, de 20 de abril, 318/2023, de 20 de julio, 386/2023, de 5 de octubre, 412/2023, de 19 de octubre, 452/2023, de 7 de noviembre y 533/2023, de 21 de diciembre, ha considerado que el dictamen debe ser preceptivo haya o no oposición del contratista, en los casos de ausencia de actos administrativos preparatorios o de adjudicación del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 106.1 LPACAP, por remisión del art. 41 LCSP.

Asimismo, de conformidad con lo previsto en el art. 106.1 LPACAP, es preciso que el dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si el dictamen no lo considera así.

4. La 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 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. Por lo que se refiere a la competencia para incoar y resolver el procedimiento, está regulada en el art. 41.3 LCSP. Dicho precepto atribuye esta competencia al órgano de contratación, sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas.

El art. 29.1.g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias dispone que corresponde a los consejeros incoar y resolver los expedientes de revisión de oficio de los actos del propio Departamento. En este caso, corresponde al Consejero de Educación, Formación Profesional, Actividad Física y Deportes.

En efecto, como ha sostenido este Consejo Consultivo en sus Dictámenes 272, 273, 274, 275 y 276/2024, todos de 4 de junio, con cita de la STC 68/2021, de 18 de marzo [FJ 9.b)] -conforme a la cual la determinación del órgano autonómico competente para iniciar y resolver estos procedimientos es de la competencia exclusiva autonómica-, esta competencia se atribuye por el ordenamiento jurídico autonómico a la persona titular de la Consejería competente, por aplicación de lo previsto en el art. 29.1, letra g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, que atribuye al titular de cada Departamento la competencia para «*resolver los expedientes de revisión de oficio de los actos del propio Departamento*». Todo ello, sin perjuicio de que esta competencia pueda ser delegada en otros órganos conforme autoriza la propia Ley 14/1990 en su art. 31.3. Sin embargo, esta delegación, en tanto que la competencia está atribuida por la Ley y residenciada en la persona titular del Departamento, debe ser objeto de un acto de delegación expreso y que cumpla con los requisitos previstos en el art. 9, apartados 2, 3 y 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), normativa básica de aplicación en esta materia.

6. En la Propuesta de Resolución, la Administración autonómica afirma que la causa que da lugar a la declaración de nulidad es la tramitación de una modificación contractual respecto a obras ya ejecutadas, concurriendo la causa prevista en el art. 47.1.e) LPACAP: «*e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (...) ».*

7. 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 LPACAP, que dispone que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad.

En el presente caso el procedimiento se inicia el 15 de junio de 2026 por lo que el plazo para su resolución se cumpliría el 15 de diciembre de 2026.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de revisión de oficio, según la propuesta de resolución y derivados de la documentación que obra en el expediente remitido, son los siguientes:

1. Mediante Orden n.º 331/2024, de 15 de mayo, se aprueba el expediente de contratación de obra de acondicionamiento en seis (6) centros públicos de educación infantil y primaria de la comunidad autónoma de canarias, para la creación de 108 nuevas plazas de educación infantil de 2-3 años, en el marco del programa de impulso de escolarización en el Primer Ciclo de Educación Infantil, con financiación «*Next Generation*» con cargo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), aprobación de los pliegos, el gasto y se dispone la apertura del procedimiento de adjudicación abierto simplificado con tramitación ordinaria.

2. El 17 de julio de 2024 se adjudica a la empresa (...) mediante Orden n.º 509/2024 del Consejero de Educación, Formación Profesional, Actividad Física y Deportes, el contrato de obras de acondicionamiento en el CEIP (...), para atender las necesidades de los espacios destinados a primer ciclo de infantil en aulas de 2-3 años, en el marco del programa de impulso de escolarización en el primer ciclo de Educación Infantil, con financiación «*Next Generation*» con cargo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), formalizándose el contrato con fecha 1 de agosto de 2024, siendo el precio del contrato 118.492,66 euros, IGIC incluido.

3. El plazo de ejecución de la obra era de 2 meses, comenzando desde la fecha en que la Administración ordena el inicio de esta, una vez suscrita el acta de comprobación de replanteo.

4. El 31 de julio de 2024 se firma el acta de comprobación del replanteo, iniciándose las obras con fecha 1 de agosto de 2024, estableciéndose como fecha de finalización el día 30 de septiembre de 2024.

5. La Orden n.º 848/2024, del Consejero, de fecha 29 de octubre de 2024, concede una ampliación del plazo de ejecución hasta el 30 de noviembre de 2025, inclusive.

6. El 27 de noviembre de 2024 se produce la ocupación efectiva de las obras, sin el cumplimiento del acto formal de recepción, por razones excepcionales de interés público, conforme al art. 243.6 LCSP, para lo cual se firma acta de comprobación de las obras realizadas hasta la fecha y el contratista se compromete a finalizar las obras pendientes, en su caso, según las instrucciones y el plazo acordado en el contrato y en el anexo, donde se hace constar expresamente: *«C.E.I.P. (...) pendiente ejecución zona de juegos exterior».*

Es decir, se propone la puesta en servicio para el uso público de las obras, salvo la zona de juegos exterior, que se encontraba sin finalizar.

En el citado Acta, la Representante de la Intervención General emite informe desfavorable, en lo que respecta a la comprobación material del gasto, dejando constancia de que se han ejecutado modificaciones del proyecto sin haber sido tramitadas.

7. Mediante Orden n.º 239/2025, de 4 de febrero, se procedió al reajuste de anualidades del gasto para el expediente administrativo de contratación de obras denominado «*Acondicionamiento en seis (6) centros públicos de educación infantil y primaria de la Comunidad Autónoma de Canarias, para la creación de 108 nuevas plazas de educación infantil de 2-3 años, en el marco del programa de impulso de escolarización en el primer ciclo de educación infantil, con financiación "Next Generation" y cargo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR)*».

8. Mediante Orden n.º 114/2026, de 4 de febrero, se procedió nuevamente al reajuste de anualidades del gasto para el expediente administrativo de contratación de obras denominado «*Acondicionamiento en seis (6) centros públicos de educación infantil y primaria de la Comunidad Autónoma de Canarias, para la creación de 108 nuevas plazas de educación infantil de 2-3 años, en el marco del programa de impulso de escolarización en el*

primer ciclo de educación infantil, con financiación "Next Generation" y cargo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR)».

9. El 7 de febrero de 2025 el Director facultativo de las obras solicita al órgano de contratación autorización para iniciar la tramitación del correspondiente expediente de modificación del contrato de obra, para lo cual propone la continuación provisional de las obras, dado que la tramitación de la modificación exige la suspensión temporal total de las mismas, suponiendo graves perjuicios para el interés público, tal y como esté previsto en la propuesta técnica motivada que adjunta.

En la propuesta técnica manifiesta la necesidad de introducir nuevas unidades o partidas no incluidas en el proyecto, constituyendo un supuesto de modificación del contrato previsto en el art. 205.2 c) LCSP, esto es, una modificación no sustancial, no prevista en el PCAP.

La propuesta de modificación supone una alteración porcentual del 14,99 % respecto al precio inicial, que es inferior al 15 %.

10. Consta Acta de precios nuevos de fecha 21 de enero de 2025 por el que el Director de Obra manifiesta en cuanto a los precios nuevos a introducir en el contrato, que se trata de una modificación con repercusión económica, cuyo valor no supone una alteración de la cuantía del contrato que exceda del 15 %, y la modificación no es sustancial (art. 205.2 c LCSP).

El contratista presta su conformidad y acepta los precios nuevos planteados por el Director de las obras.

11. Consta Informe de la dirección de obra de fecha 10 de febrero de 2025 en el que consta que se han subsanado completamente las deficiencias detectadas siendo las obras conformes a las prescripciones previstas en el contrato inicial, y quedando pendiente el trámite del correspondiente proyecto modificado.

12. El 18 de febrero de 2025 se emite informe técnico favorable a la propuesta de modificación del contrato.

13. Con fecha 17/02/2025, se emite Orden n.º 295/2025 del Consejero de Educación, Formación Profesional, Actividad Física y Deportes, por la que se autoriza el inicio del expediente y la redacción del proyecto del modificado n.º 1 y la continuación provisional de las obras, así como se autoriza la determinación de los precios nuevos propuestos por el Director de obra de fecha 10 de febrero de 2025.

14. Mediante Orden n.º 211/2026 de 23 de febrero de 2026 del Consejero de Educación, Formación Profesional, Actividad Física y Deportes, se acuerda la ocupación efectiva y puesta en servicio para uso público de las obras, de conformidad con el Acta de comprobación de las obras de fecha 27 de diciembre de 2024, con efectos de la fecha del acta de comprobación de las obras, en los términos del art. 168.2 RCAP, sin que dicha ocupación produzca los efectos de la recepción.

III

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

1. Mediante Orden n.º 680/2026 de 15 de junio de 2026 del Consejero de Educación, Formación Profesional, Actividad Física y Deportes, se acuerda *«Iniciar el expediente para Declarar la nulidad de los actos (tácitos o presuntos) en la ejecución del contrato, relativos a la Modificación n.º 1 del CONTRATO DE OBRA DE ACONDICIONAMIENTO EN EL CEIP (…), PARA ATENDER LAS NECESIDADES DE LOS ESPACIOS DESTINADOS A PRIMER CICLO DE INFANTIL EN AULAS DE 2-3 AÑOS, EN EL MARCO DEL PROGRAMA DE IMPULSO DE ESCOLARIZACIÓN EN EL PRIMER CICLO DE EDUCACIÓN INFANTIL, CON FINANCIACIÓN "NEXT GENERATION" CON CARGO AL MECANISMO DE RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA (MRR), llevados a cabo por la empresa (…) con NIF (…)».*

2. Se emite informe de liquidación de obras por el Director de las obras, con objeto de justificar las variaciones producidas durante la ejecución del contrato de obras y proponer el importe que en su caso proceda abonar al contratista como consecuencia de la ejecución de las obras del contrato de referencia. En dicho informe se hace constar: *«En relación a las variaciones introducidas en la obra, se consideraron objeto de una modificación contractual y no una variación al amparo del 242.4.ii LCSP, toda vez que las mismas implicaban la introducción de nuevas unidades de obra con precios nuevos, cuyo importe total superaba el 3% del precio primitivo del contrato, y no disponer de par das (sic) alzadas a justificar en la que se pudieran incluir, por tanto devinieron en la necesidad de considerarlas como una modificación contractual.*

(…) ».

Se concluye: *«Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, y en virtud de la Liquidación del contrato cuya relación valorada se adjunta al presente informe, habida cuenta que por la Dirección Faculta va se ha comprobado que las obras han sido ejecutadas conforme al contrato, y, en su defecto, con arreglo a las instrucciones dadas, procede abonar al Contratista el importe de 11,78 € (IGIC incluido) en concepto de obras efectivamente*

ejecutadas y no abonadas. Al presente informe, se adjunta Acta de precios contradictorios y documento de Liquidación final de la obra».

3. El 22 de julio de 2026 se emite Informe Propuesta de convalidación del gasto en el que se expresa lo siguiente:

«1.- Que la dirección facultativa, al advertir la necesidad de introducir algunas modificaciones en el contrato, y con el fin de evitar ocasionar un grave perjuicio al interés público, dio instrucciones verbales a la contratista para la ejecución de las mencionadas modificaciones, iniciando, con posterioridad a su ejecución, el trámite para la modificación del contrato, conforme al artículo 242.5 de la LCSP, solicitando la continuación provisional de las obras con el fin de finalizar las obras según lo planificado en el "Programa de impulso de escolarización en el Primer Ciclo de Educación Infantil con nuevas plazas de titularidad pública (prioritariamente de 1 a 2 años)" y así cumplir con el compromiso dela creación de plazas asumido por la Comunidad Autónoma de Canarias, de conformidad con los correspondientes Acuerdos de la conferencia Sectorial de Educación.

Por lo tanto, la causa que motiva la nulidad de las actuaciones son las órdenes verbales impartidas por la Dirección Facultativa de la obra a la empresa contratista, mediante las cuales se dispuso la ejecución de una serie de actuaciones que no estaban amparadas por el contrato vigente. Asimismo y visto que el contratista continuó con la ejecución de las obras conforme a lo establecido en el proyecto y a lo acordado con la dirección facultativa, se presume su buena fe sin que le pueda ser imputable la causa de nulidad de la tramitación de la modificación contractual.

2.- Que la prestación realizada por el tercero ha consistido en la ejecución de las obras de acondicionamiento para atender las necesidades de los espacios destinados al primer ciclo de infantil en aulas de 2-3 años, en el CEIP (...) (en la actualidad denominado CEIP (...)), mediante el acondicionamiento de un aula destinada para alumnos de 2-3 años, con aseo, un aula de usos múltiples y un patio.

3.- Que, según el Informe de la Dirección de obra, la valoración económica de la prestación realizada asciende a la cantidad de 99.002,19 €, incluido el IGIC. Teniendo en cuenta que ya se ha abonado al contratista el importe de 98.990,41 €, resulta que procede convalidar el gasto ya efectuado y abonar al contratista el importe de 11,78 €, en concepto de indemnización.

4.- Que las variaciones introducidas en la obra, se consideraron objeto de una modificación contractual y no una variación al amparo del 242.4.ii LCSP, toda vez que se ejecutaron nuevas unidades de obra con precios nuevos, cuyo importe total superaba el 3% del precio primitivo del contrato, y por tanto no podían considerarse excesos de medición no constitutivos de modificación contractual.

5.- Que las variaciones de las unidades de obra ejecutadas han sido adecuadas para la ejecución del contrato y los precios nuevos generados se han conformado con los precios de proyecto, y , en su, defecto, con precios de mercado, no suponiendo incremento del importe de adjudicación del contrato.

6.- Que la realización de la prestación se ha llevado a cabo a entera satisfacción de la Administración Pública.

7.- Que resulta imposible la restitución de las prestaciones realizadas, toda vez que, sin perjuicio de considerar un gasto irracional el demoler lo ejecutado para volverlo a ejecutar con las mismas condiciones, ocasionaría un perjuicio al interés público ya que las aulas se encuentran en funcionamiento y con alumnado, por lo que la restitución de lo ejecutado supondría la suspensión temporal del servicio prestado, con todo los inconvenientes que conllevaría para las familias y el personal destinado a ese centro.

8.- Que no se ha acreditado que proceda abonar a la contrata ningún importe adicional por daños y perjuicios. Por todo lo expuesto anteriormente, se propone convalidar el gasto ya efectuado y proceder al abono al contratista del importe de 11,78 €, en concepto de indemnización por nulidad de contrato por los trabajos ejecutados, con objeto de evitar el enriquecimiento injusto por parte de la Administración y demás efectos que proceda».

4. Consta audiencia a la contratista, de fecha 27 de julio de 2026 en la que, con fecha 5 de agosto, manifiesta su conformidad.

5. Consta en el expediente Borrador de Orden del Consejero de Educación, Formación Profesional, Actividad Física y Deportes, por la que se resuelve:

«Primero.- Declarar la nulidad de la contratación realizada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, de la ejecución del Modificado n.º 1 del CONTRATO DE OBRA DE ACONDICIONAMIENTO EN EL CEIP (...), PARA ATENDER LAS NECESIDADES DE LOS ESPACIOS DESTINADOS A PRIMER CICLO DE INFANTIL EN AULAS DE 2-3 AÑOS, EN EL MARCO DEL PROGRAMA DE IMPULSO DE ESCOLARIZACIÓN EN EL PRIMER CICLO DE EDUCACIÓN INFANTIL, CON FINANCIACIÓN "NEXT GENERATION" CON CARGO AL MECANISMO DE RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA (MRR), llevados a cabo por la empresa (...) con NIF (...), por un importe total -19.490.47 €, incluido IGIC, con cargo a la partida presupuestaria 1870 322B 6220100, Fondo 40M1818 PILA.

Segundo. - Reconocer a la empresa (...) con NIF (...) el derecho a una indemnización por importe de 11,78 €, IGIC incluido.

Tercero. - Autorizar, disponer y reconocer el gasto a favor de la empresa (...) con NIF (...), por importe de 11,78 € incluido IGIC, con cargo a la aplicación presupuestaria señalada en el resuelvo primero, así como proceder a su abono».

6. Con fecha 14 de agosto de 2026 se emite informe preceptivo por la Viceconsejería de los Servicios jurídicos del Gobierno de Canarias.

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, se pretende declarar la nulidad de la ejecución del Modificado n.º 1 del contrato, por haberse ejecutado sin que previamente se hubiera aprobado el correspondiente expediente de modificación contractual.

Por tanto, la causa de nulidad de pleno Derecho invocada por la Administración es la prevista en el art. 47.1.e) LPACAP): «*e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (...) ».*

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.

3. Para dilucidar si efectivamente concurre la causa de nulidad radical invocada por la Administración para revisar de oficio el acto que se pretende, procede analizar

la ejecución del presente contrato de obras, conforme a la documentación incorporada el expediente remitido a este Consejo Consultivo.

El contrato de obras se adjudica por un importe de 118.492,66 euros, IGIC incluido.

El 27 de noviembre de 2024 se produce la ocupación efectiva de las obras, sin el cumplimiento del acto formal de recepción, por razones excepcionales de interés público, conforme al art. 243.6 LCSP, para lo cual se firma acta de comprobación de las obras realizadas hasta la fecha y el contratista se compromete a finalizar las obras pendientes, en su caso, según las instrucciones y el plazo acordado en el contrato y en el anexo, donde se hace constar expresamente: *«C.E.I.P. (...) pendiente ejecución zona de juegos exterior».*

Es decir, se propone la puesta en servicio para el uso público de las obras, salvo la zona de juegos exterior, que se encontraba sin finalizar.

La Representante de la Intervención General emite informe desfavorable, en lo que respecta a la comprobación material del gasto, dejando constancia de que se han ejecutado modificaciones del proyecto sin haber sido tramitadas.

El 7 de febrero de 2025 el Director facultativo de las obras solicita al órgano de contratación autorización para iniciar la tramitación del correspondiente expediente de modificación del contrato de obra, para lo cual propone la continuación provisional de las obras, dado que la tramitación de la modificación exige la suspensión temporal total de las mismas, suponiendo graves perjuicios para el interés público, tal y como esté previsto en la propuesta técnica motivada que adjunta.

En la propuesta técnica manifiesta la necesidad de introducir nuevas unidades o partidas no incluidas en el proyecto, constituyendo un supuesto de modificación del contrato previsto en el art. 205.2 c) LCSP, esto es, una modificación no sustancial, no prevista en el PCAP. La propuesta de modificación supone una alteración porcentual del 14,99 % respecto al precio inicial, que es inferior al 15 %.

Consta Informe de la dirección de obra de fecha 10 de febrero de 2025 en el que consta que se han subsanado completamente las deficiencias detectadas siendo las obras conformes a las prescripciones previstas en el contrato inicial, y quedando pendiente el trámite del correspondiente proyecto modificado.

Con fecha 17 de febrero de 2025, se dicta Orden n.º 295/2025 del Consejero de Educación, Formación Profesional, Actividad Física y Deportes, por la que se autoriza el inicio del expediente y la redacción del proyecto del modificado n.º 1 y la

continuación provisional de las obras, así como se autoriza la determinación de los precios nuevos propuestos por el Director de obra de fecha 10 de febrero de 2025.

Mediante Orden n.º 211/2026 de 23 de febrero de 2026 del Consejero de Educación, Formación Profesional, Actividad Física y Deportes, se acuerda la ocupación efectiva y puesta en servicio para uso público de las obras, de conformidad con el Acta de comprobación de las obras de fecha 27 de diciembre de 2024, con efectos de la fecha del acta de comprobación de las obras, en los términos del art. 168.2 RCAP, sin que dicha ocupación produzca los efectos de la recepción.

4. Dentro de las prerrogativas que el art. 190 LCSP confiere a las Administraciones Públicas se encuentra la de modificar los contratos administrativos por razones de interés público.

El legislador contempla la potestad de la Administración de modificar unilateralmente el objeto de los contratos administrativos; potestad denominada *ius variandi* (art. 203 LCSP). Esta potestad está sometida a una serie de exigencias, de modo que el ius variandi no puede ser entendido como una facultad absoluta de la Administración que le permita en cualquier supuesto y sin más justificación que su propia voluntad, la alteración de lo inicialmente acordado, vinculando al contratista. En este sentido, conforme al art. 203 LCSP los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en los arts. 203 a 207, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el art. 191, con las particularidades previstas en el art. 207.

Para el contrato de obras se deberán tener en cuenta las especialidades contempladas en el art. 242 LCSP.

En cuanto a los requisitos formales exigidos para la modificación del contrato procede indicar lo siguiente:

El art. 242.4 LCSP establece un procedimiento general para la tramitación de modificaciones en los contratos de obra, que incluye los siguientes trámites:

- Solicitud del Director facultativo de la obra. Cuando 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.

- Resolución favorable del Órgano de Contratación autorizando la redacción del proyecto modificado.

- Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma.

- Audiencia del contratista y del redactor del proyecto, por plazo mínimo de tres días. En este punto señalar que conforme a lo dispuesto en el art. 206.2 LCSP, el contratista debe prestar su conformidad si la modificación supera el 20 % del precio del contrato.

- Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos, previo informe de los servicios jurídicos correspondientes, así como del dictamen del Consejo Consultivo, en su caso, y la correspondiente fiscalización.

Por otra parte, el art. 242.5 LCSP contempla un procedimiento especial para aquellos casos en que la tramitación de una modificación exija la suspensión temporal total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público. En estas circunstancias excepcionales, se puede acordar que continúen provisionalmente las obras tal y como esté previsto en la propuesta técnica elaborada por la dirección facultativa, siempre que se cumplan dos requisitos fundamentales:

- El importe máximo previsto de la modificación no supere el 20 % del precio inicial del contrato, IVA excluido.

- Exista crédito adecuado y suficiente para su financiación.

Como regla general la Administración, en la ejecución de un contrato de obras, no pueda ejecutar válidamente prestaciones modificadas y regularizarlas después mediante una tramitación ex post del modificado, ya que la ley configura la modificación como una potestad formal y previa, con expediente, aprobación y posterior formalización y publicidad. No caben, como regla general, modificados aprobados *ex* post facto.

Ahora bien, por una parte, se debe analizar si constituyen una verdadera modificación contractual y por otra, debe tenerse en cuenta que existen supuestos en los que no es necesaria la tramitación y aprobación de un modificado previo a la ejecución de las obras como es el caso previsto en el art. 242.5 LCSP que contempla expresamente el supuesto en que la tramitación de una modificación exija la suspensión temporal total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público. En ese caso puede acordarse la continuación provisional de las obras conforme a una propuesta técnica motivada, con audiencia del contratista, conformidad del órgano de contratación, certificado de crédito e

informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos si se introducen precios nuevos. Además, el importe máximo previsto no puede superar el 20 % del precio inicial del contrato, IVA excluido, y el proyecto debe aprobarse técnicamente en seis meses y el expediente del modificado en ocho meses.

Según la documentación incorporada al expediente esta parece ser la vía llevada a cabo para la modificación del contrato, según los términos literales de la solicitud del Director facultativo de las obras de 7 de febrero de 2025 y de la Orden n.º 295/2025 de 17 de febrero de 2025 del Consejero de Educación, Formación Profesional, Actividad Física y Deportes por la que se autoriza el inicio del expediente de modificación del proyecto del contrato de referencia.

En cuanto a si las modificaciones introducidas exigían la tramitación de un expediente de modificación contractual, según la solicitud de la Dirección facultativa se traba de introducir nuevas unidades no incluidas en el proyecto con precios nuevos y suponía una alteración porcentual del 14,99 % respecto al precio inicial.

Conforme al art. 242.4 LCSP quedan fuera del concepto de modificación dos supuestos tasados:

- el exceso de mediciones, siempre que en global no represente un incremento superior al 10 % del precio inicial. Dicho exceso será recogido en la certificación final.

- La inclusión de precios nuevos fijados contradictoriamente, siempre que no supongan incremento del precio global del contrato ni afecten a unidades que excedan en conjunto del 3 % del presupuesto primitivo del mismo.

Por todo ello podemos concluir que de conformidad con lo dispuesto en el art. 242.4 LCSP, se constata que las modificaciones ejecutadas implicaban la necesidad de redactar un proyecto modificado y aprobar un expediente por el órgano de contratación por cuanto se ejecutaron nuevas unidades de obra con precios nuevos, cuyo importe total superaba el 3 % del precio primitivo del contrato.

Lo ejecutado responde materialmente a una verdadera modificación contractual y se llevó a cabo sin la previa tramitación del procedimiento legalmente exigible para el modificado. En este caso, las variaciones introducidas reunían las condiciones para ser consideradas modificaciones contractuales (art. 242.4 LCSP).

Por todo ello, concurre la causa de nulidad de pleno derecho del modificado del contrato de obras al haberse ejecutado prescindiendo total y absolutamente del

procedimiento legalmente establecido, conforme a lo dispuesto en el art. 39.1 LCSP en relación con la causa prevista en el art. 47.1.e) LPACAP.

Al haber incurrido en vicio de nulidad de pleno derecho y teniendo en cuenta que la empresa contratista ha llevado a cabo la prestación a entera satisfacción de la Administración; que la causa de nulidad no le es imputable y que se pone de manifiesto en el expediente la imposibilidad de restituir las prestaciones realizadas, procede abonar al contratista el coste de las prestaciones ejecutadas y no abonadas, a fin de evitar el enriquecimiento injusto que se produciría a favor de la Administración de no proceder a su efectivo abono y sin perjuicio de las responsabilidades que se deriven, pues prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido vulnera los principios básicos de la contratación administrativa previstos en el art. 1 LCSP, de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos; así como el de asegurar una eficiente utilización de los fondos públicos.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad del Modificado n.º 1 del contrato de obra de acondicionamiento en el CEIP (...), para atender las necesidades de los espacios destinados a primer ciclo de infantil en aulas de 2-3 años, en el marco del programa de impulso de escolarización en el primer ciclo de Educación Infantil, con financiación «*Next Generation*» con cargo al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), se considera conforme a Derecho, dictaminándose favorablemente, en cuanto a la concurrencia de la causa de nulidad de pleno Derecho invocada por la Administración, en virtud de los razonamientos expuestos en el Fundamento IV del presente Dictamen.