

Dictamen nº: **412/21**
Consulta: **Alcalde de Meco**
Asunto: **Responsabilidad Contractual**
Aprobación: **07.09.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 7 de septiembre de 2021, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Meco a través del consejero de Vivienda y Administración Local, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por SECURITY BY PASSAC (en adelante, “*la reclamante*”), sobre reclamación de responsabilidad contractual del Ayuntamiento de Meco por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la ejecución del contrato de concesión obra pública para la redacción de proyecto, construcción y explotación de una campa de vehículos en el ámbito AA-“La Campa” del plan general de Meco”

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 20 de agosto de 2020, la arquitecta del Ayuntamiento de Meco emite informe tras la inspección efectuada el 2 de julio de 2020 en la que se comprueba que no existe acometida eléctrica ejecutada en la parcela municipal EQ-2AA “La Campa”.

Indica que el ámbito de actuación de la UE-La Campa se incluye en el Plan General de Meco, aprobado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid el día 24 de septiembre de 2009.

Explica que la ejecución del planeamiento a efectos jurídicos, se ha realizado a través de convenio urbanístico de ejecución suscrito el 28 de octubre de 2015, y ratificado el 14 de diciembre de 2015; que se ha inscrito en el Registro de la Propiedad de Meco, en el que constan las parcelas que según la reparcelación, deben entregarse al ayuntamiento por haberlas aportado o corresponder por la aplicación de la normativa urbanística de cesión obligatoria.

Señala que la aprobación inicial del proyecto de urbanización se realizó por decreto de la Alcaldía 18/2016 de 21 de enero, expuesto al público durante veinte días hábiles. Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local, celebrada el 16 de marzo de 2016, se aprobó definitivamente el proyecto de urbanización.

El informe indica que, según consta en el expediente municipal del convenio, el 19 de mayo de 2016 se registra de entrada una comunicación de MERLIN LOGÍSTICA S.L.U al Ayuntamiento de Meco, de la compra de la parcela IN-4, del proyecto de reparcelación de La Campa, asumiendo la ejecución de las obras de urbanización del ámbito.

Indica que el 11 de marzo de 2019, se firma el acta de recepción de la urbanización con alguna deficiencia “*según consta en acta*”.

A continuación, incluye imagen de los planos de calificación y gestión del plan general e indica que consta que la parcela municipal de equipamiento grado 2 (EQ-2), grafiado en color rosa pertenece al ámbito de actuación de La Campa, por lo que debe contar con todos los servicios una vez concluidas las obras de urbanización del ámbito para que alcance la condición de solar.

Explica que, de la inspección realizada al ámbito y de la revisión de documentación de la obra de urbanización se constata lo siguiente:

1. Que la acometida de la parcela municipal EQ-2 no se encuentra ejecutada, solo figura la instalación de un cuadro y arqueta sin cableado. Incorpora fotos.

2. Que en las actas de obra aportadas por la dirección facultativa, que también incorpora, consta la instrucción de ejecutar la acometida indicada por la compañía.

3. Que en los planos finales de obra de la urbanización de AA La Campa del Plan General de Meco, consta la acometida.

En el apartado relativo a la normativa de aplicación, reproduce los artículos 71.2.d), 14.1 a), y 204.2 c) de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid –en adelante, Ley 9/2001-, para fundamentar las actuaciones que comprende el proceso de ejecución del planeamiento urbanístico, entre las que se encuentran las relativas a los servicios de suministro de energía eléctrica, y la infracción que supone el incumplimiento de las obligaciones y deberes inherentes a dicha actuación.

Concluye que acuerdo con lo indicado, se requiere de manera urgente la ejecución de la acometida eléctrica de la parcela municipal EQ-2 del ámbito de Actuación "La Campa", con conexión al CT que establezca la compañía suministradora, con la indicación de que, si en el plazo de diez días no se ha iniciado la ejecución de la misma se estará a lo establecido en el artículo 204. 2 c) de la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid –en adelante, Ley 9/2001-.

Indica que, una vez ejecutada, se presentará el certificado en el final de la instalación, visto bueno de la empresa suministradora, y toda la documentación necesaria.

Consta a continuación la notificación efectuada el día 4 de septiembre de 2020 a la empresa MERLIN LOGÍSTICA, S.L.U, de la resolución de la Alcaldía de Meco en virtud de la cual, de acuerdo con el informe anterior, se requiere a la citada empresa la ejecución de la acometida eléctrica de la parcela municipal EQ-2 del ámbito de Actuación "La Campa", con conexión al CT que establezca la compañía suministradora en un plazo de diez días hábiles.

Se acuerda la notificación de la resolución a los interesados y dar traslado a los departamentos municipales correspondientes, así como que se proceda por los departamentos municipales competentes al estudio sobre la viabilidad de la apertura de un expediente sancionador por incumplimiento de lo preceptuado por el artículo 204.2 c) de la Ley 9/2001.

El 10 de diciembre de 2020 la reclamante presentó en el registro electrónico del Ayuntamiento de Meco un escrito en el que indica que, finalizadas las obras de canalización y tendido de los cables para la conexión a la red de distribución de baja tensión de Iberdrola, de la parcela objeto de concesión municipal del aparcamiento de camiones de Meco, según permiso municipal de actuación de fecha 24 de septiembre de 2020, se solicita el abono de coste de la ejecución de la acometida y cableado que asciende a la cantidad de 60.893,48 euros, según documentación registrada vía sede electrónica el 23 de septiembre de 2020, para la obtención del permiso de ejecución mencionado.

Figura en el expediente un presupuesto de ejecución de las citadas obras, de fecha 9 de septiembre de 2020, por importe de 60.893,48 euros; una factura de fecha 11 de noviembre de 2020

“según presupuesto 80/20 de 29-10-20”, por importe total de 50.405,55 euros; y una segunda factura por importe de 23.275,56 euros (“según presupuesto 80/20 de 29-10-20 N° 2”, de 17 de diciembre de 2020” por importe de 60.893,58. (“*descontado el importe certificado anteriormente, de 41.657,48 euros*”).

SEGUNDO.- A causa de la referida reclamación se instruyó un procedimiento de responsabilidad contractual del que constituyen aspectos a destacar en su tramitación, los siguientes:

El 22 de abril de 2021, el arquitecto municipal, “*habiéndose presentado el 10 de diciembre de 2020 con RE 12547 escrito señalando la finalización de las obras y presupuesto de las obras realizadas para la ejecución de la acometida eléctrica de la parcela municipal de Equipamiento EQ del ámbito de actuación "La Campa", y el 10 de febrero de 2021 dos certificaciones de obra realizadas por HOCENSA empresa constructora*”, emite informe en el que se refiere al emitido el 20 de agosto de 2020 por el técnico municipal, e indica que la empresa concesionaria en la parcela municipal de referencia, para ejecutar y gestionar una campa de camiones, al necesitar la acometida eléctrica para su actividad, ha ejecutado la acometida sin perjuicio de las acciones que tome el Ayuntamiento con la empresa MERLIN LOGISTICA S.L.U. como urbanizador del ámbito La Campa.

En el apartado del informe relativo a la revisión de documentación, se indica:

“- Se presenta presupuesto de obra realizado por Hocensa empresa constructora de fecha 9 de septiembre de 2020 que asciende a 60.89343 €

- El 10 de febrero de 2021 se presentan dos facturas emitidas por la constructora: 60.893,48 € sin IVA, que coincide con el

presupuesto presentado, resultando un total con IVA de 73.681,11 €:

41.657,48 € + 21% IVA, 50.405,55 € 11 de noviembre de 2020

19.236,00 € + 21 % de LVA, 23.275,56 € de 17 de diciembre de 2020

- Se les requiere aclaración/justificación del coste de algunas partidas, contestando lo siguiente:

Presentan proyecto de red subterránea de baja tensión de 310 m, visado el 30 de septiembre de 2020 por el COGITI redactado por (...) en el cual se refleja ha sido necesario un cambio de armario, instalando uno de seccionamiento y autorización de grupo lberdrola para realizar las obras.

Fotografías ejecución de la obra.

Justificación de precio de la partida de señales y señalistas para mantenimiento del tráfico, indicando los trabajos realizados en esa partida presupuestaria, justificando entre otros aspectos que incluían un suplemento al realizar los trabajos en fin de semana, sábado y domingo, para evitar tráfico debido al peligro de trabajar en curva que sirve de acceso al polígono industrial. Se aprecia en las fotografías la situación de la zanja ejecutada”.

Concluye indicando que se comprueba que las facturas presentadas se ajustan al presupuesto presentado inicialmente, y que la obra se ha ejecutado. Añade que cabe indicar que el control de la calidad de los materiales, de su ejecución y la medición de las unidades de obra son responsabilidad de la dirección de la obra, debiendo aportar toda la documentación final con la solicitud de primera ocupación de la obra de la campa de vehículos.

El día 17 de mayo de 2021 emite informe la secretaria del Ayuntamiento de Meco.

Tras referirse a la legislación aplicable, consigna en los antecedentes de hecho la solicitud de la reclamante de fecha 10 de diciembre de 2020 y la referencia a los informes técnicos de 20 de junio de 2020 y 22 de abril de 2021.

En los fundamentos de derecho del informe, precisa que corresponde al Pleno del Ayuntamiento de Meco la resolución de incidencias que surjan en la ejecución de los contratos.

Indica que el Ayuntamiento de Meco recepcionó la parcela de UE La Campa el 11 de marzo de 2019, según consta en informe técnico obrante en el expediente, por lo que la parcela de equipamiento grado 2 debía contar con todos los servicios para adquirir la condición de solar. Una vez recepcionadas las obras y de conformidad con lo recogido en el artículo 14.1.b) de la Ley 9/2001, debían contar con la conexión a la red eléctrica.

Señala que el ayuntamiento procede a la licitación de la concesión de obra con los planos finales de obra, donde consta la acometida eléctrica, si bien, comprobado por la arquitecta municipal la parcela no cuenta con conexión a la red eléctrica, el licitador no contaba con los gastos que esto conllevaba.

En cuanto al procedimiento “*para la resolución de la incidencias surgida en el contrato*”, se refiere al artículo 97 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001 , de 12 de octubre.

Indica que consta en el expediente informe técnico en relación con las obras a ejecutar; que se exige informe jurídico, siendo el citado

informe preceptivo; y que debe constar en el expediente informe de Intervención favorable, además de propuesta de Alcaldía motivada que obra en el expediente.

Precisa que, de conformidad con el artículo 190.3.c de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 –en adelante LCSP/17- las reclamaciones dirigidas a la administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, cuando la cantidad reclamada sea superior a 50.00 deben contar con dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

Añade que, atendiendo a la duración del contrato y conformidad con la disposición adicional segunda de la Ley 9/2001, es competencia del Pleno la resolución de la incidencia.

En conclusión, informa favorablemente *“la resolución de incidencia del contrato de concesión de obras de la campa de camiones”* para el pago del contrato de conexión a la red eléctrica condicionada, a la inclusión de informe de Intervención favorable, y a la remisión del expediente a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

A continuación, figura el informe de la Intervención municipal de fiscalización del gasto de referencia por importe de 73.681,11 euros, de 17 de mayo de 2021, en el que consta como único reparo la no constancia del dictamen de esta Comisión, por lo que concluye que procede la suspensión de la tramitación del expediente hasta la subsanación de la incidencia indicada

Finalmente, según certificado de la secretaria del ayuntamiento, el 25 de mayo de 2021 el Pleno acuerda que se inicie el procedimiento

para la resolución de la incidencia en la ejecución del contrato, junto con el pago de la indemnización; solicitar dictamen a la Comisión Jurídica asesora ex artículo 190.3 c) de la LCSP/17; suspender la tramitación hasta la emisión del referido dictamen; y la notificación del acuerdo al adjudicatario del contrato.

El 1 de junio de 2021, el alcalde de Meco solicitó el preceptivo dictamen de esta Comisión que, por medio de oficio del secretario del órgano, de fecha 1 de julio de 2021, requirió de conformidad con el artículo 19.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato de concesión de obra pública de referencia, el contrato suscrito por ambas partes, y el permiso municipal de actuación, de fecha 24 de septiembre de 2020.

El día 27 de julio de 2021, tuvo entrada en esta Comisión la citada documentación.

Tanto el pliego de cláusulas administrativas particulares –PCAP–, como el contrato suscrito el día 29 de marzo de 2019 entre los representantes de la empresa reclamante y el Ayuntamiento de Meco, así como el pliego de prescripciones técnicas –PPT–, indican expresamente que el ámbito geográfico de la obra pública se corresponde con distintas parcelas municipales ubicadas en el ámbito AA-“La Campa” del plan general de Meco, precisando que se trata de suelo urbano.

No obstante, en el PPT se señala que *“en la actualidad se está llevando a cabo la ejecución de las obras de urbanización del ámbito en el que se incluyen, no habiendo sido todavía recibidas las mismas por parte del Ayuntamiento”*.

En cuanto al permiso municipal de actuación de 24 de septiembre de 2020, a que alude el escrito del reclamante, en el mismo se indica lo siguiente:

“(…), Alcalde del Ayuntamiento de la Villa de Meco, ante la petición con registro de entrada número 9637 de 23 de septiembre de 2020, por SECURITY BY PASSAC S.L: solicitando documento acreditativo para la ejecución de la acometida de baja tensión a la parcela de equipamiento de concesión AA-“La Campa” en Meco, (MADRID).

En calidad de Alcalde, declara que el Ayuntamiento autoriza la ejecución de la acometida de baja tensión como parte de las obras no ejecutadas por el urbanizador de la AA La Campa del PG, como queda constancia en el expediente de urbanización del ámbito, no suponiendo en ningún caso la ejecución de estos servicios la concesión de ningún tipo de concesión ni licencia”.

TERCERO.- El alcalde de Meco formula preceptiva consulta por trámite ordinario a través del consejero de Vivienda y Administración Local que tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 7 de junio de 2021, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Laura Cebrián Herranz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberada y aprobada, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 7 de septiembre de 2021.

Previo requerimiento efectuado por el secretario de esta Comisión para el envío de determinados documentos, con suspensión del plazo para la emisión del dictamen ex artículo 19.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFJCA), la documentación remitida, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.2 de la Ley 7/2015, que establece que la Comisión deberá ser consultada en todos aquellos supuestos en los que, por Ley, sea preceptiva la emisión de dictamen por la Administración consultiva.

Al establecer el artículo 191.3 c) de la LCSP/17 que será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros, resulta preceptivo el Dictamen de esta Comisión.

Asimismo, resulta aplicable la LCSP/17 al presente procedimiento.

La solicitud se ha formulado por un órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3. d) del ROFCJA.

SEGUNDA.- La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad contractual al amparo del artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) en relación con el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de

Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) en cuanto al momento de interponer la reclamación era contratista.

La legitimación pasiva del Ayuntamiento de MECO proviene de su condición de parte en el contrato de referencia.

Respecto al plazo de prescripción para formular la reclamación de responsabilidad contractual la legislación de contratos carece de plazo alguno existiendo así un vacío normativo tal y como ha reconocido la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2020 (rec. 7224/2018) que, frente a los plazos de prescripción establecidos en la legislación presupuestaria, considera aplicable el plazo de las acciones personales que no tengan un plazo especial recogido en el artículo 1964.2 del Código Civil. Este precepto que recogía un plazo de quince años fue modificado por la disposición final 1ª de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, reduciendo el plazo a cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan.

Atendiendo a las fechas de las facturas de las obras cuyo importe se reclama -11 de noviembre y 17 de diciembre de 2020- y presumiendo que estas se llevaron a cabo a partir de la fecha del permiso municipal de fecha 24 de septiembre de 2020, la reclamación efectuada el día 10 de diciembre de 2020, ha de considerarse presentada en plazo.

TERCERA.- En cuanto al procedimiento, tal y como ha indicado esta Comisión en sus dictámenes 106/19, de 14 de marzo, 401/20 de 22 de septiembre y 422/20, de 29 de septiembre, han de seguirse los trámites del artículo 97 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) que exige:

1. Propuesta de la Administración o petición del contratista.
2. Audiencia del contratista e informe del servicio competente.
3. Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención.
4. Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato.

En este caso se ha recabado informe del servicio competente.

El artículo 82.4 de la LPAC establece la posibilidad de prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

En aplicación del citado precepto, la omisión del trámite de audiencia a la reclamante no merece ninguna observación.

En cuanto al informe de la Asesoría Jurídica, tal y como indicamos en nuestro Dictamen 401/20, ha de tenerse presente que la disposición adicional 3ª apartado 8 de la LCSP/17 establece que los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el secretario y en este caso la propuesta inicial de resolución estaba suscrita por la secretaria del Ayuntamiento por lo que ha de entenderse cumplido dicho trámite.

Se ha emitido informe por la Intervención Municipal y finalmente se ha emitido una propuesta de resolución.

CUARTA.- La responsabilidad contractual no aparece regulada en la legislación de contratos de una forma sistemática sino que tan solo

en algunos preceptos, como por ejemplo al tratar la suspensión de los contratos, alude a la misma.

La responsabilidad contractual va intrínsecamente unida al incumplimiento de obligaciones contractuales y de hecho el artículo 1101 del Código Civil establece que: *“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”*.

Sin entrar en las discusiones doctrinales sobre la necesidad o no de un elemento subjetivo en el incumplimiento, lo que es esencial tal y como recoge el citado artículo es que haya existido un incumplimiento de las obligaciones contractuales por una de las partes del contrato. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de julio de 2017 (rec. 1203/2016) niega la existencia de responsabilidad contractual de la Administración al haberse cumplido las contraprestaciones a que se obligaron las partes contratantes.

En el caso que se plantea por la reclamante, el incumplimiento por parte del Ayuntamiento de Meco consistiría en que una de las parcelas municipales objeto de la concesión de obra pública, en contra de lo previsto en el PCAP y en el contrato, no reunía la condición de solar, al no haberse ejecutado la acometida eléctrica, por lo que la reclamante no contaba con los gastos que esto conllevaba.

Procede en este punto precisar que, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 26 del PCAP, y artículo 140 del Reglamento general de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre –en adelante, RGLCAP-, ambas partes debieron firmar el acta de comprobación de replanteo, y hacer constar en la misma cualquier punto que pudiera afectar al cumplimiento del contrato. Dicho documento no consta en el

expediente remitido a esta Comisión y en ningún momento se alude a este aspecto, que en todo caso pero especialmente teniendo en cuenta la observación que sobre las obras de urbanización se contempla en el PPT, podría incidir en la responsabilidad que se reclama.

No obstante lo anterior, la escasa documentación remitida y el contenido de los informes emitidos por los técnicos municipales y por la secretaria del Ayuntamiento permiten afirmar que la ejecución de las obras de urbanización pendientes de realizar se llevaron a cabo por una empresa, a través de la reclamante, por importe de 73.681,11 euros en base a un mero “permiso del Alcalde”, y por tanto, con total omisión del procedimiento legalmente establecido en cuanto al cumplimiento de las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas, contempladas con carácter general en el capítulo I del título I del libro segundo de la LCSP/17, y respecto del contrato de obras, en el capítulo I del título II de la citada Ley.

El artículo 47.1 e) de la LPAC establece como causa de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, el haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Cómo hemos señalado en anteriores dictámenes, en el ámbito de la contratación administrativa, la legislación es especialmente rigurosa al exigir el cumplimiento de los trámites en garantía no solo del interés público, sino también del respeto a principios tan esenciales en este ámbito de actuación administrativa como son los de publicidad y concurrencia así como los de igualdad y no discriminación (artículo 1 de la LCSP/17).

En relación con esta forma de proceder, procede traer a colación la doctrina del Consejo de Estado, recogida entre otros en el Dictamen

4350/1997, de 6 de noviembre, que aunque referida a los denominados “*modificados tácitos*”, en la medida en que aborda la ausencia de tramitación del procedimiento en la contratación, se ajusta perfectamente al supuesto que analizamos:

“(...) haberse introducido modificaciones en la obra sin esperar a su aprobación y contraviniendo el procedimiento legalmente establecido. El Consejo de Estado -en no pocas ocasiones (entre ellas, dictámenes 1.834/95, de 11 de octubre, 454/96, de 8 de febrero, etc.)- ha recordado la necesidad de que se cumplan las disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa, pues la búsqueda de una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público desencadena, a veces, efectos contraproducentes y, desde luego, puede implicar una merma de las garantías jurídicas que deben presidir la actuación administrativa en materia de contratación pública”.

En ese supuesto el alto órgano consultivo del Gobierno de la Nación rechaza que su dictamen se recabe “*(...) para convalidar*”, sin duda, la situación creada y consumada “*de facto*” con la ejecución material de la modificación», por lo que “*(...) en el ejercicio de su función garantista y conforme a los razonamientos que anteceden, no puede aceptar la conveniencia de aprobar la modificación pretendida*”.

Tal y como indicamos en nuestro Dictamen 367/20 de 8 de septiembre, sobre la procedencia de iniciar un procedimiento de revisión de oficio en el que se declare la nulidad del contrato en supuestos de contratación verbal, resulta muy significativo el Dictamen del Consejo de Estado de 21 de diciembre 2011 (expediente 1724/2011) en el que pone de manifiesto que por mucho que la práctica y doctrina anterior hubiese utilizado la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración para evitar un efecto antijurídico (la apropiación por la Administración de unos

bienes o servicios sin el correspondiente abono de su precio), lo cierto es que *“en la actualidad, a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se ha instituido una vía precisa y adecuada para alcanzar prácticamente los mismos efectos, la del citado artículo 35.1, que claramente subsume la reclamación objeto del presente expediente en la responsabilidad contractual. Eso sí, para proceder a compensar conforme a lo específicamente regulado ahora en ese artículo 35, hay que decidir previamente si la adjudicación es o no nula de pleno derecho y para ello es necesario seguir el procedimiento específicamente previsto para ello en el ordenamiento. Y es que la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad, por lo que deberá tramitarse el correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato. Por tanto, con el artículo 35.1 de la Ley de Contratos lo que se produce es que las adjudicaciones realizadas prescindiendo totalmente del procedimiento de contratación son supuestos de nulidad de pleno derecho que deben dar lugar a la declaración de tal nulidad a través de los cauces que para ello tiene el ordenamiento (revisión de oficio) para poder procederse a aplicar las consecuencias -la compensación- que el mismo artículo 35 regula para cuando se produzca tal nulidad”*.

Ello no obstante, puntualiza el Consejo de Estado, *“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 (sin necesidad de invocar en abstracto el enriquecimiento injusto como principio general del derecho subsumible en un procedimiento de responsabilidad extracontractual) 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”.

Además, como ya señalamos en nuestro Dictamen 545/19, de 19 de diciembre, el Consejo de Estado, teniendo en cuenta la esencial relevancia que la legislación contractual otorga al cumplimiento del procedimiento legalmente establecido *“como presupuesto de ese efecto novatorio y no de convalidación de una alteración ya producida”* (Dictamen de 8 de junio de 1990) ha subrayado que *“de haberse realizado parte de las obras antes de que se aprobara el correspondiente proyecto reformado (...) procederá depurar las responsabilidades contraídas”* (Dictamen de 21 de junio de 1990).

Sobre esa depuración de responsabilidades, por las graves irregularidades cometidas en la contratación sin ajustarse al procedimiento legalmente establecido, es especialmente significativo el Dictamen del Consejo de Estado n°1037/2016, de 23 de febrero de 2017.

Conforme a lo expuesto, teniendo en cuenta que las obras realizadas por la reclamante se llevaron a cabo sin la previa tramitación del procedimiento legalmente establecido, incurriéndose en la causa de nulidad establecida en el artículo 47.1 e) de la LPAC, procede tramitar un procedimiento de revisión de oficio del referido contrato, con los efectos previstos en el artículo 42 de LCSP/17, en los términos indicados en los dictámenes de esta Comisión a que hemos hecho referencia.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la tramitación simultánea de un procedimiento de revisión de oficio y de la compensación del importe de los trabajos realizados por la reclamante, en los términos expuestos en la consideración de derecho cuarta del presente dictamen.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 7 de septiembre de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 412/21

Sr. Alcalde de Meco

Plaza de la Villa, 1 – 28880 Meco