

En Logroño, a 1 de diciembre de 2016, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros, D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. José Luis Jiménez Losantos y D. Pedro Prusén de Blas, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. José Luis Jiménez Losantos, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**40/16**

Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Logroño, a través del Excmo. Sr. Consejero de Fomento y Política Territorial del Gobierno de La Rioja, sobre el Procedimiento municipal de *Revisión de oficio de diversas actuaciones, que la referida Corporación entiende realizadas al margen de la legalidad contractual, en las obras de remodelación de la Plaza “Primero de Mayo” de dicha ciudad.*

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Único**

Del expediente que nos ha sido remitido, resultan las siguientes actuaciones que, numeradas y convencionalmente denominadas para mayor claridad, exponemos, por orden cronológico:

#### **1. Adjudicación.**

El Ayuntamiento de Logroño decidió realizar obras de remodelación de la Plaza *Primero de Mayo*, a cuyo efecto procedió a contratarlas mediante el correspondiente procedimiento de contratación, el cual finalizó mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16 de octubre de 2013, por el que las mismas se adjudicaron a la Unión Temporal de Empresas (UTE) *U.S.F.S.L.-I.R.S. L*, por un precio de remate de 2.085.147,75 euros; y se nombró director de dichas obras al Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, D. C.S.L, a la sazón Director General de Proyectos e Infraestructuras de dicho Ayuntamiento, quien también había realizado el Proyecto.

## **2. Contrato.**

El contrato fue firmado el 7 de noviembre de 2013 y estipula, en su cláusula 14ª (así como también en la 1,a) del *Pliego de las administrativas particulares -PCAP-*, incorporado al final como Anexo), que, en lo no previsto expresamente, el mismo se regirá por la Ley de Contratos del sector público, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo núm. 3/2011, de 14 de noviembre (LCSP'11) y (hay que entender que, en cuanto no se oponga a la misma) por: i) el Reglamento general de la (derogada) Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas (LCAP'95), aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP'01); iii) el RD 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolló parcialmente la (también derogada) Ley 30/2007, de Contratos del Sector público (LCSP'07); iv) el Pliego de cláusulas administrativas generales de los contratos de obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre (PCAG); y iv) supletoriamente, por el resto de normas de Derecho Administrativo (entre las que destaca la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPAC'92), actualmente derogada por la Ley 30/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común (LPAC'15) y, en último término, por las del Derecho privado, entre las que priman las disposiciones del Código civil (Cc).

## **3. Ejecución del contrato.**

La UTE contratista ejecutó el contrato y fue percibiendo, en consecuencia, el importe de las sucesivas certificaciones mensuales de obras, que fueron numeradas desde la 1ª hasta la 17ª. Dicha ejecución contractual se ajustó al Proyecto, salvo ciertas mejoras que, ordenadas o conocidas y consentidas por el Director de obras, éste consideró necesario acometer y que el mismo detallaría más adelante en su *Informe final de obras* y en otros informes complementarios, a todos los cuales aludiremos.

## **4. Recepción de las obras.**

Con fecha 14 de abril de 2015, se extendió el *Acta de recepción definitiva de obras*, la cual fue firmada por el precitado Director de las obras, así como por las dos facultativas designadas por la Administración y representantes de ésta, y por el representante de la UTE adjudicataria. Dicha Acta hace expresa referencia al buen estado de las obras y a su ejecución conforme al conjunto de prescripciones contractuales previstas, por lo que las mismas se daban por recibidas.

## **5. Certificación final.**

Con fecha 10 de mayo de 2015, el referido Director de las obras emitió, con la conformidad del representante de la contratista, la *certificación final de obras* (última de las emitidas y numerada como 18ª), la cual comportaba un saldo de 127,99 euros favorable al Ayuntamiento, resultante de la diferencia entre lo pagado hasta la certificación inmediata anterior (la núm. 17ª) y el precitado importe líquido del remate.

## **6. Informe final de obra.**

En la misma fecha (10 de mayo de 2015), el reiterado Director de las obras elaboró el *Informe fin de obra* (al que antes aludíamos), en el que consignó la existencia de las siguientes seis *mejoras*, ejecutadas de forma diferente a lo establecido en el Proyecto: i) cambio de arena por césped artificial en zonas estanciales, para un uso más confortable de los usuarios; ii) colocación de vinilos adhesivos en los casetones de acceso al aparcamiento, para mejorar su iluminación, dejando intuir la presencia de personas, con aporte de privacidad; iii) recubrimiento del murete de la rampa del aparcamiento con aplacado tipo *Deployé*, para integrarlo con los accesos y casetones restantes; iv) recolocación y realineación de árboles, para re-impermeabilizar el aparcamiento y facilitar el acceso de los bomberos; v) remodelación de la manta anti-hierbas en los parterres ajardinados, a la vista de su buen resultado en otras zonas de la ciudad; y vi) mejoramiento de las rejillas de los sumideros, para facilitar la evacuación de aguas pluviales.

El informe indica que estas seis mejoras se refieren sólo a algunas partidas en las que se apreciaba exceso o defecto de mediciones, por la dificultad de haber realizado en su momento una medición correcta, o bien por no haber podido tenerlas en cuenta en la redacción del Proyecto inicial.

Añade que tales mejoras se han ejecutado por haberlas considerado (se entiende, el Director de las obras informante) más adecuadas a las necesidades actuales de la Plaza y a las que se han manifestado durante las obras. No obstante, informa también que ello no ha producido incremento sobre el importe de adjudicación, sino, al contrario, pues unas partidas se han compensado con otras, de suerte que el saldo final resultante era favorable al Ayuntamiento en la pequeña cantidad antes expresada.

## **7. Informe de Intervención.**

Facilitada, a la Intervención General del Ayuntamiento de Logroño, la indicada certificación final de obras, acompañada del Acta de recepción y del Informe fin de obra también citados, el Interventor General estimó incorrectamente recibidas las mejoras, en cuanto que, consignándose en el PCAP la precisión textual de que “*variantes o mejoras:*

*no se admiten*”, la norma aplicable y, concretamente, el art. 147 LCSP’11, tan sólo acepta las mismas cuando el PCAP *“haya previsto expresamente tal posibilidad”*.

Consecuentemente, consideraba que las mejoras habían sido incluidas al margen del Proyecto y del PCAP y, por ello, de la legalidad contractual, constituida por los arts. 106 a 108 de la LCSP’11, sobre modificaciones contractuales.

Todo ello quedó reflejado en el oficio de 5 de junio de 2015 que, dirigido a la Dirección General (DG) de Contratación, Calidad y Servicios Comunitarios del Ayuntamiento de Logroño, suscribió el precitado Interventor General, para que se tramitara el procedimiento oportuno y se solicitasen las aclaraciones e informes necesarios.

#### **8. Informes de la Dirección de obra.**

Recibido el expresado oficio del Interventor en la Dirección General de Contratación, la Adjunta a esta Dirección General remitió, el 8 de junio de 2015, un oficio, al Director de las obras, solicitando informe sobre: i) la ejecución de obras con incremento de medición; y ii) la ejecución de obras fuera de proyecto, calificadas como mejoras. Dicho oficio fue contestado mediante los siguientes informes:

##### **A) Informe de 25 de junio de 2015.**

En fecha 25 de junio de 2015, el Director de las obras expide un primer informe, haciendo constar que, en el PCAP, se incluían dos específicos apartados (uno, sobre *“soluciones técnicas y constructivas que supongan una mejora”*; y, el otro, sobre *“propuesta de interpretación paisajística y urbana de los terrenos afectados por las obras”*), los cuales permitían alteraciones en las ofertas que se presentaran, siempre que representasen soluciones más ventajosas y no supusieran incidencia económica en la oferta. Terminaba indicando que, con amparo en ello, se habían desarrollado las alteraciones efectuadas.

##### **B) Informes de 6 de octubre de 2015.**

Dicho informe fue completado por otro, del mismo Director de las obras, denominado *Segunda aclaración*, fechado el 6 de octubre de 2015, y al que se acompañó un tercer informe, de igual fecha y mucha más amplitud que los anteriores, denominado *Complementario al informe de Segunda aclaración*, en el que: **i)** se recoge lo proyectado y lo realmente ejecutado; **ii)** se exponen las razones que justificaron –a juicio del informante– las variaciones y mejoras efectuadas; y **iii)** se acompañan: un *Listado de las soluciones técnicas y/o propuestas de integración paisajística ofertadas por el contratista*; otro *Listado de las partidas realmente ejecutadas a coste cero*; y una *Memoria técnica*

*descriptiva-constructiva*, elaborada por la UTE contratista, que, a su vez, incluye unos *Anexos*, denominados 2 y 5.

### **9. Informe de la DG de Contratación.**

A la vista de todo lo anterior, el Director General de Contratación, conjuntamente con la precita Adjunta a dicha DG, emitió un Informe, en fecha 2 de febrero de 2016, en el que, tras exponer las vicisitudes hasta aquí relatadas, especifica que *“nos encontramos con una serie de actuaciones realizadas al margen de la legalidad contractual, ya que parte de la obra ejecutada no ha sido la adjudicada por el órgano de contratación y no se ha aprobado por éste el correspondiente proyecto modificado”*.

Por ello, concluyen los informantes que, como las modificaciones de los contratos administrativos están sujetas a los requisitos detallados en el Título V del Libro I de LCSP'11, la actuación municipal, al prescindir de tal procedimiento, es nula de pleno Derecho, sin posibilidad de subsanación.

El informe finaliza sugiriendo que la Dirección de obras elabore un nuevo informe técnico, que incorpore el contenido propio de un Proyecto modificado y en el que consten y se valoren las mejoras efectuadas, aunque sean de coste cero para el Ayuntamiento, de suerte que, a la vista de dicho nuevo informe, pueda elaborarse una Propuesta de resolución en la que, entre otras alternativas, pudieran contemplarse las siguientes:

-Si no existiera perjuicio para el Ayuntamiento, declarar la nulidad de las modificaciones introducidas en el contrato y en el Proyecto, conservando las que se hubieran mantenido igual de no haberse cometido la infracción y, en consecuencia, aprobar la certificación final de obras y reconocer extrajudicialmente la obra ejecutada; o

-Si existiera perjuicio para el Ayuntamiento, declarar la nulidad de las modificaciones introducidas, y, posteriormente, proceder a la regularización de las certificaciones que obedezcan a una modificación sustancial y, a la vista de ello, conformar un balance, que, previamente aprobado por el órgano de contratación, sirviera para reclamar al contratista los importes indebidamente percibidos, así como para el reconocimiento extrajudicial de los correspondientes a la obra realmente ejecutada.

### **10. Acuerdo de la Junta de Gobierno local.**

A la vista del precitado Informe de la DG de Contratación, la Junta de Gobierno Local, en su reunión de 17 de febrero de 2016, acordó: **i)** que, por la Dirección de la obra, se elaborase un nuevo informe, concretando y valorando (aunque fueran de coste cero para

el Ayuntamiento) las mejoras ejecutadas en sustitución de las que eran objeto de contrato, así como sobre las alteraciones en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del Proyecto, y constatando si la minoración de un capítulo traía su causa de la incorporación a la obra de alguna de las mejoras; y **ii)** que, a la vista del informe, la Junta instará, en su caso, el procedimiento de nulidad de las modificaciones introducidas en el Proyecto y en el contrato, y, también si procede, aprobará la certificación nº 18, mediante reconocimiento extrajudicial, o regularizará las correspondientes certificaciones.

### **11. Nuevo informe del Director de las obras.**

Notificado tal Acuerdo al Director de la obra, éste emitió otro informe, de 18 de marzo de 2016, en el que detalló las alteraciones de más relieve producidas en los capítulos de la obra, con expresa indicación de la cuantía y el porcentaje de minoración o incremento producido sobre lo previsto en el Proyecto; informe del que se desprende que todas ellas obedecían a ajustes necesarios (por cuanto las mediciones consignadas en el Proyecto no eran, en escasas medidas, ajustadas a la realidad), o a la necesidad de variar la ubicación de determinados elementos, para que el resultado final se correspondiera con lo previsto.

Este informe va acompañado de 5 *Anexos*, denominados, respectivamente: i) Justificación de valores de las soluciones técnicas y propuestas de integración paisajística ofertadas en licitación y de las realmente ejecutadas; ii) Certificación final con mediciones desglosadas; iii) Actas de replanteo y finalización de obras y proyectos conjuntos; iv) Informe del Coordinador de seguridad y salud; y v) Memoria del Proyecto de remodelación de la Plaza *Primero de Mayo*.

Su contenido responde, con el detalle y amplitud solicitados, a la necesidad de conocer adecuadamente los cambios y mejoras llevados a cabo en la ejecución de la obra. De todos ellos, se ha de destacar el Anexo 2, en el que se detallan cada una de las partidas que componen los capítulos de la misma, concretando, de manera comparativa, los valores de Presupuesto (es decir, de lo que el Proyecto indicaba que “debía hacerse”) y de la Certificación (esto es, de lo que realmente “se ha hecho”), de la que resulta una pequeña diferencia económica a favor del Ayuntamiento de 122,28 euros.

### **12. Informe jurídico.**

La Adjunta a la DG de Contratación, a la vista del precitado informe del Director de las obras de 18 de marzo de 2016, elaboró un informe, de contenido jurídico-técnico que fue “*acogido como propio*” por la Jefa de la Asesoría Jurídica, en fecha 20 de mayo de 2016. Para exponer el contenido de este informe, conviene distinguir los siguientes aspectos, que ordenamos convencionalmente para mayor claridad:

### **A) Interés público y tipos de modificaciones producidas.**

El informe considera que, en todas las modificaciones, han concurrido motivos de interés público para acometerlas, pero que hay que distinguir en ellas dos grupos (la denominación es nuestra, para mayor claridad de la exposición), integrados:

-El primero, por las que consisten en *sustituir unidades proyectadas por otras distintas*, circunstancia que concurre, según el informe, en las seis actuaciones antes referidas, todas ellas valoradas conjuntamente en un importe de 36.128,72 euros, y que -recordemos- son las siguientes:

-Modificación de **rejillas** sumidero para su adecuación a la anchura de la cenefa, aumentando las dimensiones previstas en Proyecto y dotándola de una resistencia D-400 frente a la B-125 prevista en Proyecto.

-Colocación de **barandilla Deploye** en la rampa del aparcamiento, por no adecuarse a la altura que requiere la normativa el muro de cierre.

-Disposición de **césped artificial New Estepa** (composición: polietileno y polipropileno, con cuatro colores; peso de 1.000 gr/m<sup>2</sup>; acabado al 100% en látex), a petición de la Dirección facultativa, por el problema que suscitaba la arena de los parterres, y evitar así posibles filtraciones al aparcamiento subterráneo.

-Colocación de **vinilos** decorativos adhesivos que permiten el paso de la luz en los casetones, para dotar de intimidad su interior.

-Plantación de **árboles** especie *morusnigra* (morera), por sustitución de los existentes dispuestos en el paso actual del vehículo de bomberos.

-Colocación de **manta marrón anti-hierbas** de mayor calidad que la proyectada (que era de 6l/m<sup>2</sup>/s) pues se coloca con una permeabilidad de 14,5l/m<sup>2</sup>, que tiene más resistencia y elasticidad de urdimbre y trama.

-El segundo, por las que consisten en *alterar el número de las unidades proyectadas sin incrementar el gasto previsto en más de un 10%*, que son todas las demás referidas en sus informes por el Director de obras y no incluidas en las seis anteriores.

### **B) Calificación jurídica de las modificaciones producidas.**

El informe entiende que la calificación jurídica que conviene a cada uno de ambos grupos de modificaciones producidas es la siguiente:

-Las modificaciones del **primer grupo** (integrado por las seis actuaciones precitadas) son, para los informantes: **i) susceptibles de ser declaradas** (por el órgano de contratación local, previo dictamen habilitante del Consejo Consultivo de La Rioja) **nulas de pleno Derecho** (lo que conlleva reputarlas no convalidables, ya que, *ex art.*

67 LPAC'92, la convalidación sólo es posible en los actos anulables, no en los nullos de pleno Derecho), entendiéndose que esta nulidad radical deriva de que la ejecución de partidas de obra no previstas en el Proyecto aprobado, sin el acto administrativo que las autorizara, constituye en un *vía de hecho*, incardinada, en cuanto que *acto inexistente*, en el régimen jurídico de la nulidad de pleno Derecho, *ex art. 62.1 e)* de la Ley 30/1992 (LPAC'92), por haber prescindido, total y absolutamente, del procedimiento establecido por la LCSP'11 para instrumentar las modificaciones contractuales; pero también **ii) susceptibles de ser conservadas** (por el órgano de contratación local, una vez recaído el dictamen favorable del Consejo Consultivo de La Rioja) todas aquellas que, por ser conformes con el interés público, hubieran podido ser legalizadas por dicho órgano de contratación si se hubiera tramitado, en tiempo y forma, ante el mismo, el oportuno procedimiento de modificación contractual del que ilegalmente se ha prescindido.

-Las modificaciones del *segundo grupo*, entienden los informantes que pueden **quedar amparadas por el art. 160.2 RCAP**, que las permite si se incluyen en un proyecto modificado o, en su defecto -como ha sido el caso- en la certificación final de obras, por lo que no precisan ser objeto de regularización alguna.

#### **D) Actuaciones propuestas al órgano de contratación.**

El informe jurídico que estamos exponiendo es también un *informe-propuesta* pues concluye señalando las actuaciones que, a juicio de las informantes, debe acometer, con unidad de acto, la Junta de Gobierno local, como órgano de contratación, y que, sistematizadas para mayor claridad, son las siguientes:

-**Legalización:** Considerar legalizadas sin necesidad de procedimiento alguno las modificaciones incluidas en el antes señalado grupo segundo, en cuanto que las mismas ya han sido incluidas en la certificación final de obras, como requiere el precitado art. 160.2 del RD 1098/2001.

-**Consulta:** Solicitar el, previo, preceptivo y habilitante, dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja, con objeto de declarar, una vez emitido y en su caso, la nulidad de pleno Derecho de las seis modificaciones incluidas en el grupo primero antes citado, para así regularizar la situación jurídica que actualmente presenta la ejecución del contrato.

-**Conservación:** Declarar la conservación de las actuaciones de ejecución contractual que, aunque sean reputadas nullos de pleno Derecho por el dictamen del Consejo Consultivo, hubieran quedado (por ser conformes al interés público) legalizadas, si se hubiera tramitado, en tiempo y forma, el oportuno procedimiento de modificación contractual;

**-Liquidación:** Proceder (también una vez recaído el dictamen) a la liquidación final del contrato, decidiendo si procede o no reconocer a la UTE contratista el importe de las mejoras realmente ejecutadas (aunque hubieran sido dictaminadas como nulas), en el bien entendido de que tal reconocimiento, en su caso, no implicaría efectuar pago alguno a la misma, ya que dicho importe le habría sido abonado en las correspondientes certificaciones de obra.

**-Finalización.** Proceder a aprobar la certificación final de las obras y darse por enterado de la recepción definitiva de las mismas

**-Responsabilidad.** Decidir si procede o no incoar expediente para la exigencia de responsabilidad funcional (se entiende, que al Director de las obras) por incumplimiento de la legalidad aplicable.

### **13. Informe de Intervención.**

El precitado informe-propuesta fue sometido a informe de la Intervención General, que lo emitió, en sentido favorable, con fecha 23 de septiembre de 2016.

### **14. Procedimiento de revisión de oficio.**

A la vista de todas las actuaciones anteriores, la Junta de Gobierno Local, en su reunión de 28 de septiembre de 2016, acordó: i) incoar el procedimiento para la revisión de oficio y consiguiente de declaración de nulidad de las seis actuaciones que hemos considerado incluidas en el que convencionalmente venimos denominando grupo primero; y ii) recabar nuestro dictamen en la forma procedente.

## **Antecedentes de la consulta**

### **Primero**

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 1 de noviembre de 2016, y registrado de entrada en este Consejo el 3 de noviembre de 2016, el Excmo. Sr. Consejero de Fomento y Política Territorial del Gobierno de La Rioja remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado por el Ayuntamiento de Logroño sobre el asunto referido.

Posteriormente, se recibió en este Consejo, para completar el expediente, copia del contrato y del Pliego de condiciones administrativas particulares (PCAP).

## **Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 3 de noviembre de 2016, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

## **Tercero**

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero**

#### **Determinación de la normativa aplicable**

Debemos comenzar señalando la normativa aplicable al caso tanto en el ámbito contractual como en el de la revisión de oficio.

#### **1. Normativa contractual.**

En cuanto a la normativa contractual, la propia cláusula 14<sup>a</sup> del contrato, cuya ejecución nos ocupa, así como la cláusula 1,a) de su anejo *Pliego de las administrativas particulares* (PCAP), expresan con claridad, tal y como antes hemos resaltado, que dicho contrato, en lo no previsto expresamente, el mismo se regirá por la Ley de Contratos del sector público, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo núm. 3/2011, de 14 de noviembre (LCSP'11) y (hay que entender que, en cuanto no se oponga a la misma) por: i) el Reglamento general de la (derogada) Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas (LCAP'95), aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP'01); iii) el RD 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolló parcialmente la (también derogada) Ley 30/2007, de Contratos del Sector público (LCSP'07); iv) el Pliego de cláusulas administrativas generales de los contratos de obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre (PCAG); y iv) supletoriamente, por el resto de normas de Derecho Administrativo (entre las que destaca la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento

administrativo común (LPAC'92), actualmente derogada por la Ley 30/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común (LPAC'15) y, en último término, por las del Derecho privado, entre las que priman las disposiciones del Código civil (Cc).

En cuanto a la modificación de contratos, hay que tener presente que esta materia ha sido regulada *ex novo* en el Título V de la LCSP'11, que trae causa de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible (LES), para incorporar las prácticas de contratación pública recomendadas por la Unión Europea.

Por lo que respecta a las modificaciones de los contratos de obras, como el que nos ocupa, son aplicables los siguientes artículos de la LCS'11: 105 a 108 (sobre modificaciones en general), 156 (sobre formalización de las mismas), 219 (sobre la potestad administrativa de modificación) y 211 y 234 (sobre el procedimiento para aplicarlas); y también el art. 160 RCAP (sobre pequeñas variaciones en unidades de obra).

## **2. Normativa sobre revisión de oficio.**

En cuanto a la regulación del ejercicio de la potestad de revisión de oficio de actos nulos, dado el lapso de tiempo transcurrido en la tramitación del procedimiento sobre el que se nos consulta, se hace necesario examinar, como cuestión previa, cuál sea la norma de aplicación al mismo, ya que la Ley 39/2015, de 1 de octubre (publicada en el BOE de 2 de octubre de 2015), del Procedimiento administrativo común (LPAC'15), cuya DD Única deroga la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPAC'92), ha entrado en vigor (según la DF 7ª LPAC'15), al año de su publicación en el BOE (es decir, el 2 de octubre de 2016), por lo cual, el expediente objeto de dictamen se ha tramitado bajo la vigencia de la norma actualmente derogada (el último de los Acuerdos adoptados por la Junta Local lo fue en su reunión de 28 de septiembre de 2016).

La cuestión queda resuelta en la DT.3ª LPAC'15, a cuyo tenor: *“a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley, no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior; b) Los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán por las normas establecidas en ésta”*.

La aplicación al caso de esta DT. 3ª LPAC'15 pone de relieve que el procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de dicha LPAC'15 y que se trata de una revisión de oficio no iniciada después de su entrada en vigor, por lo que, en suma, la revisión sobre la que se nos consulta se rige por la precitada LPAC'92.

## Segundo

### **Carácter preceptivo y habilitante del dictamen del Consejo Consultivo en procedimientos de revisión de oficio de actos administrativos de las Entidades locales.**

El carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja (CCR) en los supuestos de revisión de los actos administrativos resulta, con toda claridad, de lo dispuesto en el art. 102.1 LPAC'92, a cuyo tenor *“las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del 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 62.1”*.

El precepto citado deviene plenamente aplicable al expediente dictaminado, por expresa remisión al mismo del art. 147.1 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja (LALR), a cuyo tenor: *“Las entidades locales podrán declarar la nulidad de sus actos o acuerdos o revocarlos, en los términos establecidos en la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las peculiaridades establecidas en la legislación básica de régimen local y en la presente Ley”*. Igual previsión efectúa el art. 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL).

Reiteran la necesidad del dictamen del CCR en estos casos nuestra Ley reguladora (LCC, Ley 3/2001, de 31 de mayo, art. 11.f) y el Reglamento que la desarrolla (RCC, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, art. 12.2.f), aun tratándose de actos provenientes de Administración local, por así disponerlos los arts. 10.2 LCC y 9 RCC, al consignar, el primero de ellos, que: *“2. Las entidades que integran la Administración local de La Rioja, ... podrán solicitar del Consejo Consultivo de La Rioja exclusivamente los dictámenes que sean preceptivos y se refieran a asuntos de su competencia, y siempre a través del titular de la Consejería competente por razón de la materia”*.

Como aclara nuestro dictamen D.135/08 (FJ.3º, A), la expresión *podrán solicitar* que emplea este precepto no significa que las consultas en el mismo contempladas sean facultativas, sino que las personas jurídico-públicas a las que se refiere están habilitadas para consultarnos cuando lo consultado verse sobre una materia en la que sean competentes y respecto a la cual la legislación vigente requiera preceptivamente la emisión de dictamen por parte de un alto órgano consultivo.

Por tanto, como señaló el referido dictamen, cuya doctrina ratificamos ahora, los dictámenes del CCR, son, para la Administración local de la Comunidad Autónoma de La Rioja (CAR), preceptivos, en los mismos términos en que lo son para la Administración pública general de la CAR.

Así lo establecen ahora, con toda claridad, los arts. 11 g) y 12 d) de la misma Ley 3/01 (LCC) que (en la redacción dada a los mismos por el art. 44.1 de la Ley 7/2011, de 22 de diciembre, de Medidas fiscales y administrativas para el año 2012, BOR núm. 166, del 28, c.e. BOR núm. 167, del 30, vigente desde 1 de enero de 2012) incluyen “*en todo caso*” a los entes a los que se refiere este art. 10.2, entre los que se encuentran las Entidades locales de La Rioja.

Es clara, pues, la obligación legal que tiene la Corporación municipal de Logroño para solicitar este dictamen, por lo que, al efectuar la presente consulta, se cumple adecuadamente tal exigencia legal y se observa la competencia atribuida al Excmo. Sr. Consejero de Fomento y Política Territorial, para canalizarla, en aplicación del art. 1.1, del Decreto 29/2015, de 21 de julio, por el que se establece la estructura orgánica y funciones de dicha Consejería, a cuyo tenor: “*La Consejería de Fomento y Política Territorial es el órgano de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja al que le corresponden las competencias en materia de... Administración Local y asistencia a municipios...*”.

Por lo demás, como claramente se infiere del art. 102.1 LPAC’92, el dictamen del Consejo Consultivo en materia de revisión de actos administrativos es, además de previo y preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, ya que ésta sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen es favorable, o sea, estimatorio de la nulidad denunciada.

### **Tercero**

#### **Órgano local competente para iniciar y resolver el procedimiento de revisión de oficio en el Ayuntamiento de Logroño**

Para determinar el órgano local competente en el Ayuntamiento de Logroño para incoar y resolver los procedimientos de revisión de oficio, relativos a actuaciones realizadas en materia de contratos del sector público, no resultan de mucha ayuda el art. 147.1 LRLR, puesto que hace mención a la potestad de las Entidades locales para declarar la nulidad de sus actos, limitándose a remitirse a la legislación reguladora del procedimiento administrativo común en cuanto los términos en que puedan ejercitarla; ni el art. 102 LPAC’92 que, al regular el procedimiento de revisión de oficio, se limita a mencionar al

**“órgano competente para la revisión”**, dejando a las distintas normas que lo regulen la determinación de cuál sea ese “órgano competente”.

Tampoco es demasiado preciso el art. 34 LCSP’11, regulador de la revisión de oficio en los supuestos de contratación administrativa, aunque específica, en su núm. 2, que: *“Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, será competente, para declarar la nulidad de estos actos o declarar su lesividad, el **órgano de contratación**, cuando se trate de contratos de una Administración pública”*.

Más precisa es la DA. 2ª LCSP’11, pues recoge normas específicas en materia de contratación para las Entidades locales, estableciendo, en sus números 1 y 2, cuándo corresponde la competencia para adoptar los pertinentes acuerdos en la materia a los Alcaldes y Presidentes de las Entidades locales, respectivamente, y añadiendo, que: *“en los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, las competencias que se describen en los apartados anteriores se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo”*.

Pues bien, siendo Logroño un municipio considerado legalmente de gran población, por reunir los requisitos exigidos en el referido art. 121 LBRL (como declara la Ley 1/2004, de 16 de febrero, del Parlamento de La Rioja, para la aplicación al municipio de Logroño del régimen de organización de los municipios de gran población), es evidente que es la Junta de Gobierno Local de su Ayuntamiento quien tiene la competencia para adoptar el acuerdo o los acuerdos cuya nulidad se pretende en el expediente objeto de este dictamen.

Así pues, en el presente caso, ninguna duda existe sobre la competencia a estos efectos, y, por ello, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Logroño, en su reunión de 20 de mayo de 2016, adoptó, como órgano competente, el Acuerdo de iniciar el procedimiento de revisión de oficio para anular las seis actuaciones antes referidas que, en la ejecución del *contrato de obras de remodelación de la Plaza Primero de Mayo de Logroño*, se entienden adoptadas al margen del procedimiento legalmente previsto para efectuar modificaciones contractuales y alcanzan un valor global de 36.128,72 euros, por más que la liquidación del contrato no suponga perjuicio económico alguno para el Ayuntamiento, sino incluso un pequeño saldo a favor del mismo de 122,28 euros.

## Cuarto

### **Cuestiones que plantea el expediente y determinación de los actos a los que se refiere**

#### **1. Cuestiones que plantea el expediente.**

La Junta de Gobierno Local de Logroño propone la revisión de oficio de las seis actuaciones antes referidas por entenderlas incursas en la causa de nulidad del art. 62.1, e) LPAC'92, en cuanto que calificables de modificaciones realizadas, en la ejecución del contrato de obras de *Remodelación de la Plaza Primero de Mayo*, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para instrumentar modificaciones contractuales, ya que la parte de la obra ejecutada que las mismas comprenden no ha sido la adjudicada por el órgano de contratación y no se ha aprobado por éste un *Proyecto modificado* -el cual ni tan siquiera se ha elaborado-, que recogiera las obras que se iban a ejecutar realmente.

Para dilucidar si esta propuesta es o no ajustada a Derecho, es preciso aclarar previamente las siguientes cuestiones consecutivamente enlazadas a las que dedicaremos consecutivamente los siguientes Fundamentos de Derecho de este dictamen: i) si existen y, en su caso, cuáles son los actos cuya revisión de oficio se propone; ii) en caso de que existan y sean determinados, si tales actos implican o no modificaciones contractuales; iii) si, en su caso, tales modificaciones están o no sujetas a un procedimiento administrativo del que se haya prescindido total y absolutamente; y iv) cuáles son las consecuencias jurídicas que se deriven, no tanto de todas las hipótesis anteriores, cuanto de aquella que se estime producida en el presente caso.

#### **2. Actos cuya revisión de oficio se pretende.**

Antes de dilucidar qué actos pretende el Ayuntamiento de Logroño declarar nulos en este caso, entendemos que conviene prescindir de su calificación –empleada en el expediente– como *inexistentes* o consistentes en una *vía de hecho* y optar por considerarlos cautelarmente como *modificaciones contractuales posiblemente irregulares*, para así no hacer supuesto de la cuestión dando por inexistentes e inválidos los actos de cuya existencia, validez o tipo de invalidez, precisamente se trata en este procedimiento de revisión.

Pues bien, conviniendo en esta terminología cautelar, el expediente que nos ha sido remitido presenta seis actuaciones (que son las antes referidas en el Antecedente del asunto Único, núm 12 A) de este dictamen), que deberíamos calificar como modificaciones contractuales irregulares si, cuando concluyamos nuestro análisis, llegamos a la conclusión de que han sido ordenadas o consentidas por el Director de las

obras designado por la Administración local contratante, sin sujetarse a los trámites establecidos por los arts. 107 y concordantes LCSP'11 para modificaciones no previstas en la documentación que rige la contratación.

Esta matización terminológica se impone por el hecho de que, en este caso, se pretende, precisamente, la revisión de oficio de actuaciones caracterizadas por su ausencia de plasmación formal en un procedimiento de modificación contractual y cuyo objeto son meras actuaciones materiales, ordenadas o consentidas por el Director de las obras.

Tales circunstancias explican que la tramitación del expediente que se nos ha remitido haya sido bastante compleja en cuanto que ha exigido de sus instructores una constante y meritoria actividad dirigida a allegar los informes y precisiones necesarios sobre las variaciones contractuales cuestionadas.

Pero, pese a dicha complejidad, el expediente ha logrado concretar los actos cuya revisión se propone en las seis actuaciones que hemos recogido en el referido Antecedente del asunto núm. 12, A) de este dictamen, al que nos remitimos, por lo que podemos dar por fijado suficientemente el objeto del procedimiento revisor que nos ocupa.

Ahora bien, debemos precisar que la falta de formalización de estas actuaciones no impide descubrir tras ellas los actos administrativos susceptibles, en su caso, de revisión de oficio, ya que el verdadero objeto de tal revisión no son tanto las seis actuaciones materiales ordenadas o consentidas por la Dirección de las obras cuanto las declaraciones de voluntad administrativa que dicha Dirección plasmó en órdenes de ejecución dirigidas a la UTE contratista o en aceptaciones, expresas o tácitas, prestadas por dicha Dirección a concretas propuestas de ejecución formuladas, expresa o tácitamente, por dicha UTE.

Son, pues, dichas órdenes y aceptaciones las manifestaciones de voluntad en las que consisten, en este caso, los actos administrativos cuya revisión de oficio se nos propone y sobre los ha de versar este dictamen.

## Quinto

### **Análisis sobre si los actos cuya revisión se pretende constituyen o no modificaciones contractuales amparadas por la normativa vigente.**

Como hemos advertido, la modificación de contratos ha sido regulada *ex novo* en el Título V de la LCSP'11, que trae causa de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible (LES), para incorporar las prácticas de contratación pública recomendadas por la Unión Europea; y, así, frente a la anterior amplitud en esta materia, el art. 105 LCSP'11 sólo permite ahora la modificación de los contratos en dos supuestos: i) cuando se haya previsto en la documentación que rige la licitación, y ello con los requisitos establecidos

en el art. 106 LCSP'11; y ii) cuando no se haya previsto en dicha documentación, pero se justifique la concurrencia de las circunstancias establecidas en el art. 107 de la misma LCSP'11.

Fuera de ambos supuestos, el art. 105.1 *in fine* LCSP'11 requiere que se celebre otro contrato distinto, que es también lo procedente (*ex art. 105.2 LCSP'11*) si la modificación pretende: i) adicionar *prestaciones complementarias* a las inicialmente contratadas; ii) *ampliar el objeto del contrato* para que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la licitación; o iii) incorporar una *prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente*.

Debemos, pues, analizar si, en este caso, se han cumplido o no todas estas *condiciones iuris* que la LCSP'11, aplicable al mismo, establece para la regularidad de las modificaciones contractuales. Este análisis es procedente ya que, al pretenderse una revisión de oficio por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento administrativo legalmente establecido para efectuar modificaciones contractuales, dicha revisión presupone necesariamente que la referida modificación contractual fuera jurídicamente posible en este caso, ya, si no lo fuere, carecería de sentido postular una nulidad por haber prescindido del procedimiento correspondiente.

### **1. Falta de amparo de las modificaciones contractuales en el art. 106 LCSP'11, al no estar previstas específicamente en los documentos contractuales.**

El primer supuesto en que el art. 105.1 LCSP'11 admite la modificación de contratos públicos se produce cuando la misma haya sido prevista, en los documentos contractuales (pliegos o anuncios de licitación), no sólo de forma genérica, sino con las precisiones específicas que se detallan en el art. 106 LCSP'11, el cual exige que, en tales documentos, se hayan advertido, de forma clara, precisa e inequívoca, las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma y el alcance y límites de las modificaciones que puedan acordarse, lo cual requiere, en concreto: i) una expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que, como máximo, pueden alcanzar y del procedimiento que haya de seguirse para ello; ii) una definición, con total concreción, de los supuestos en los que podrá modificarse el contrato, por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva; y iii) una precisión, suficientemente detallada, de las condiciones de la eventual modificación. Estas exigentes precisiones tienen por objeto permitir, a los licitadores, valorarlas a efectos de formular sus ofertas, y, al órgano de contratación, tenerlas en cuenta para ponderar la aptitud de dichos licitadores y valorar sus ofertas.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, los documentos contractuales contienen una previsión genérica de la potestad administrativa de modificación contractual, pero también una declaración específica de que no se prevé la realización de las mismas. En efecto: i)

por un lado, las cláusulas 4.1, 25 y 26 del PCAP reconocen (como no podía ser de otro modo, a la vista de los arts. 105 a 108 y 219 LCSP'11), a la Administración contratante, la *prerrogativa o, potestad administrativa de modificar el contrato por motivos de interés público*; pero ii) por otro lado, la cláusula 26, A) PCAP, tras reproducir prácticamente el contenido del precitado art. 106 LCSP'11, se remite, en materia de modificaciones contractuales, al apartado 23 del Anexo I del mismo PCAP, donde se expresa claramente que no está prevista la modificación de este contrato.

En suma, la genérica previsión del *ius variandi* que, por la vía del art. 106 LCSP'11 efectúa la cláusula 26 A) del PCAP, deviene ineficaz, merced a la declaración negativa obrante en el apartado 23 del Anexo I del propio PCAP. Sin embargo, como enseguida analizaremos, son posibles las modificaciones contractuales efectuadas, tal y como prevé la cláusula 26 B) del PCAP, al amparo del art. 107 LCSP'11, ya que éste último precepto habilita, precisamente, una vía para realizar modificaciones no previstas en los documentos contractuales,

Esto dicho, hemos de precisar que algunos de los informes obrantes en el expediente argumentan que, en este caso, no estaban previstas modificaciones contractuales en los documentos rectores de la contratación, puesto que, al amparo de la habilitación conferida en el art. 147 LCSP'11, el punto 13 del Anexo I del Pliego de sus condiciones administrativas particulares (PCAP) establece que *no se admiten variaciones o mejoras*.

Estimamos que esta argumentación (posiblemente inducida, por la paranomasia entre los términos *variante* y *variación* y por la sinonimia de ambos con el de *modificación*) no es correcta, pues confunde, a nuestro juicio, dos instituciones contractuales diferentes cuales son el *ius variationis* de los licitadores y el *ius variandi* de la Administración contratante. En efecto:

-En los documentos de contratación pública, cabe admitir la posibilidad de que las ofertas de los licitadores aporten *variantes* que luego puedan ser tenidas en cuenta por el órgano de contratación para adjudicar el contrato. Se trata de una facultad legalmente ofrecida a los contratistas en fase de licitación, a la que podríamos denominar *ius variationis*. En nuestro caso, esta posibilidad está expresamente descartada por el referido punto 13 del Anexo I del PCAP, el cual tiene, por tanto, el carácter de norma prohibitiva para los licitadores en el momento de presentar sus ofertas. Pero tal norma no impide eventuales y posteriores modificaciones contractuales.

-Pero la admisión o prohibición en los documentos contractuales de dicha facultad de variación para los ofertantes en la fase de licitación (cuando el contrato está en situación *in fieri*, es decir, aún no perfeccionado), es neutral, es decir, no implica una correlativa admisión o prohibición de modificaciones en la fase de ejecución (cuando el contrato, una vez perfeccionado, entra en situación *in facto esse*, es decir,

cumplíndose), porque, entonces, puede entrar en juego una potestad jurídico-pública (*ius variandi*) legalmente conferida a la Administración contratante cuando el interés público requiera romper el principio general *ne varietur* o de inalterabilidad de los contratos (*pacta sunt servanda*).

Pues bien, en nuestro caso, el punto 13 del Anexo I del PCAP excluye el *ius variationis* ésta última que es admitida genéricamente en las cláusulas 4.1, 25 y 26 del propio PCAP de los licitadores, pero no el *ius variandi* de la Administración contratante, potestad o prerrogativa.

## **2. Posible amparo de las modificaciones en el art. 107 LCSP'11, que las admite en ciertos casos, aunque no estén específicamente previstas en los documentos contractuales.**

Aclarado que el contrato que nos ocupa no admite modificaciones específicamente previstas en la documentación que sirvió de base a la licitación, procede analizar si, no obstante, cabría dicha modificación al amparo de la precitada cláusula 26.1 B) PCAP que, a su vez, se remite al artículo 107 LCSP'11, complementado por los arts 105.2 y 108 LCSP'11 (este último en materia de procedimiento) y por el art. 160 RCAP'01 (en materia de variación de pequeñas unidades de obra), preceptos todos ellos que admiten modificar los contratos, en ciertos casos, aunque ello no estuviera previsto específicamente en los documentos contractuales.

Distingamos, pues, los requisitos sustantivos y los procedimentales que se desprenden de tales preceptos, para analizar si se han cumplido o no en el presente caso.

### **A) Exposición de los requisitos sustantivos.**

El art. 107 LCSP'11, bajo el epígrafe *Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación*, establece lo siguiente:

*1. Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:*

*a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.*

*b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.*

*c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.*

*d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.*

*e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.*

*2. La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.*

*3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:*

*a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.*

*b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.*

*c) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.*

*d) Cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.*

*e) En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.*

Además, el antes citado art. 105.2 LCSP'11 requiere que no se modifique el contrato sino que se celebre otro contrato distinto, si la modificación pretende: i) *adicionar prestaciones complementarias* a las inicialmente contratadas; ii) *ampliar el objeto del contrato* para que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la licitación; o iii) *incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente.*

Por su parte, el art. art. 160 RCAP'01, admite variaciones de obra, sin previa aprobación de un proyecto modificado, cuando consistan en la *alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto*, siempre que: i) no representen un incremento del gasto superior al 10 % del precio de remate, sin IVA; y ii) sean recogidas en las certificaciones, mensuales o final, de obras.

En suma, desde el punto de vista *sustantivo*, podemos entender que las modificaciones a que alude el art. 107 LCSP'11 requieren: i) una justificación (objetiva y positiva) de los motivos de interés público que las fundamentan, amparada en alguna de las circunstancias señaladas en los arts. 107.1 LCSP'11 o 160 RCAP'01; y ii) una justificación (también objetiva, pero negativa) de que no concurre ninguna de las circunstancias alteradoras de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación del contrato señaladas en el art. 107.2 LCSP'11; ni tampoco alguna de las circunstancias a las que el art. 105.2 LCSP'11 anuda la necesidad de celebración de un nuevo contrato.

### **B) Análisis sobre el cumplimiento de dichos requisitos sustantivos.**

Pues bien, a nuestro juicio, en el caso presente, concurren todas esas justificaciones. En efecto:

-Las seis modificaciones a las que se ciñe la revisión de oficio que nos ocupa *pueden encajar en alguno de los supuestos previstos en el art. 107 LCSP'11*; concretamente: i) en su apartado 1,a), la modificación de rejillas de los sumideros, la colocación de vinilos en los casetones, la sustitución de árboles, y la colocación de manta marrón anti-hierbas; ii) en su apartado 1,b), la disposición de césped artificial; y iii) en su apartado 1,e), la colocación de barandilla en la rampa del aparcamiento.

-Además, el Director de obras, en sus tres detallados informes (de 25 de junio y 6 de octubre de 2015), *justifica, cumplida y suficientemente, las razones objetivas y de interés público* que fundamentan las modificaciones introducidas en el contrato.

-Por otro lado, ninguna de las seis modificaciones altera las *condiciones esenciales* de la licitación y adjudicación del contrato a que se refiere el art. 107.3 LCSP'11 (que, con esta expresión, toma del Derecho comparado la figura de la *consideration* o *base del negocio jurídico* como elemento de funcionamiento estructural similar a la tradicional “causa” del mismo, aunque consista en el conjunto de circunstancias básicas tenidas en cuenta por las partes al contratar). En efecto, a ninguna de las seis actuaciones que nos ocupan puede anudarse un efecto de alteración de las condiciones fundamentales de esta contrata, pues sólo consisten en variaciones, cuantitativa y cualitativamente, de escasa entidad y coste cero, que se limitan a mejorar las previsiones inicialmente proyectadas, sin afectar sustancialmente a las prestaciones del contrato ni al precio de remate y que, además, no requieren, para ejecutarlas, ninguna cualificación distinta a la inicialmente exigida a la UTE contratista, sin que queda presumir que, de haberlas conocido previamente, se hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes.

-Tampoco parece que las modificaciones efectuadas requirieran *celebrar otro contrato distinto*, puesto que no pretenden ninguna de las espurias finalidades contempladas en el art. 105.2 LCSP'11, ya que: i) no suponen adicionar *prestaciones complementarias* a las inicialmente contratadas; ii) *no amplían el objeto del contrato* para que pueda

cumplir finalidades nuevas no contempladas en la licitación; y iii) no incorporan ninguna *prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente*.

-Especial interés reviste la circunstancia económica de que estas modificaciones suponen un *coste cero* para la Administración local contratante (incluso con un pequeño y testimonial saldo a favor de la misma de 127,99 euros), pues, aunque su evaluación global asciende a 36.128,72 euros, dicha cuantía se compensa con la baja de otras unidades presupuestadas; y, además, ascendiendo el precio de remate a 2.085.147,75 euros, dicha valoración sólo representa su 1,7 %, que es un porcentaje muy inferior al 10% que establecen, como máximo admisible, los arts. 107.3 b) LCSP'11 y 160 RCAP'01. Téngase en cuenta que la compensación entre unidades de obra es práctica contractual admitida por la jurisprudencia (al menos desde la STS, 3ª, 21-06-66), la doctrina consultiva (cfr, entre otros, los Dictámenes, del Consejo de Estado, de 23-01-92 y 29-07-92, y del Consejo Consultivo de Andalucía, D.6/98) y la doctrina administrativa (cfr, por ejemplo, los Informes 28/71, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y 6/15, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía).

-Por lo que se refiere al *resto de modificaciones* (distintas a las seis referidas) producidas en la ejecución del contrato y que son detalladas en los distintos informes obrantes en el expediente, hay que considerarlas amparadas por el art. 160.2 RCAP'01, como acertadamente señala el informe jurídico municipal, puesto que no alcanzan el 10% del precio de remate sin IVA y han sido recogidas puntualmente en las certificaciones mensuales y final de las obras, como exige el citado precepto reglamentario.

En suma, a nuestro criterio, **las seis referidas actuaciones irregulares constituyen verdaderas modificaciones contractuales**, no previstas en el PCAP y, por tanto, no amparadas por el art. 106 LCSP'11 ni, al contrario que las demás recogidas en el expediente, tampoco por el art. 160.2 RCAP'01, **pero que resultan amparadas por el art. 107 LCSP'11, en cuyos supuestos encajan, sin que se aprecie en las mismas infracción jurídica alguna de carácter sustantivo.**

### **C) Exposición de los requisitos procedimentales.**

Ahora bien, las modificaciones que pudiesen ser adoptadas al amparo del referido art. 107 LCSP'11 y no quedasen amparadas por el art. 160.2 RCAP'01, han de sujetarse al procedimiento previsto en el art. 108.2 LCSP'11 que, a su vez, se remite al art. 211 LCSP'11, si bien, al tratarse de un contrato de obras, resultan también aplicables sus arts. 219 (que se remite al art. 156 para la formalización) y 234 (sobre trámites procedimentales específicos). A ello hay que añadir los trámites previstos en el RCAP'01, arts. 97 (para resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos) y 102 (para

modificaciones contractuales); y, en este caso, los contemplados en las cláusulas 25 y 26 *in fine* PCAP (sobre trámites procedimentales), que son aplicables directamente, aunque también por la remisión que el art. 108.1 LCSP'11 hace a los Pliegos de condiciones.

Pese a esta -criticable por dispersa- regulación, lo cierto es que la misma resulta bastante simple, ya que los citados preceptos se limitan a exigir los siguientes trámites para las modificaciones de contratos de obras de las Entidades locales, como el que nos ocupa:

-**Propuesta** de la Administración o **petición** del contratista (art. 97 RCAP'01), integrada por los documentos que la justifiquen, describan y valoren (art. 102 RCAP'01).

-**Proyecto modificado** y técnicamente aprobado, pero sólo cuando el Director de obra considere necesario proceder a modificar el Proyecto inicial para recoger la modificación (art. 234.3 c) LCSP'11).

-**Audiencia**, por plazo mínimo de tres días, **al redactor del Proyecto**, pero sólo si éste se hubiera elaborado por un tercero ajeno al órgano de contratación (arts. 108.2 y 234.3 b) LCSP'11).

-**Audiencia**, por plazo mínimo tres días, **al contratista** (arts. 211.1 y 234.3 b) LCSP'11, art. 102 RCAP'01 y cláusula 26 *in fine* PCAP, directamente y también por remisión del art. 108.1 LCSP'11), ya que el art. 97 RCAP'01 exige un “expediente contradictorio”.

-**Informe** previo **de la Asesoría Jurídica** del órgano de contratación (art. 97 RCAP'01).

-**Informe** previo y fiscalización posterior **de la Intervención** del órgano de contratación (arts. 97 y 102 RCAP'01)

-**Dictamen** previo del Alto Órgano Consultivo correspondiente al ámbito del órgano de contratación, pero únicamente cuando la cuantía de las modificaciones supere, aislada o conjuntamente, el 10% del precio de remate o éste sea superior a seis millones de euros (art. 211.3 b) LCSP'11).

-**Aprobación**, por el órgano de contratación (mediante Resolución, motivada y notificada al contratista), tanto del expediente de modificación como de los gastos complementarios precisos (art. 97 RCAP'01), si bien este requisito: i) sólo es exigido en el caso de que el Director de obra haya considerado necesario modificar el Proyecto inicial para recoger la modificación (art. 234.3 c) LCSP'11); y ii) queda excepcionado si el coste de la modificación no excede del 10% del precio de remate sin IVA (arts. 234.3 *in fine* LCSP'11 y 160.2 RCAP'01), lo que sucede, *a fortiori*, si

es de coste cero para la Administración contratante. En éste último caso, el art. 160.2 RCAP'01 permite que estas variaciones sean recogidas y abonadas en las certificaciones, mensuales o en la final, de obra.

-**Formalización** de la modificación en un documento administrativo (arts. 219.2 y 156 LCSP'11 y cláusula 26 *in fine* PCAP), aunque, si se trata de modificaciones que consistan en meras sustituciones de obra a coste cero para el Ayuntamiento, simplemente se exige como trámite que se documenten por escrito (cláusula 25 PCAP).

-**Ajuste previo de la garantía** prestada por el contratista (cláusula 26 *in fine* PCAP, directamente y también por remisión del art. 108.1 LCSP'11), que implica también el previo **cumplimiento de los normales requisitos exigidos por la legislación presupuestaria y contable**, como son la existencia previa de crédito para proceder a la modificación propuesta y la posterior correcta contabilización de la misma de suerte que pueda ser fiscalizable por los órganos de control interno y externo.

#### **D) Análisis sobre el cumplimiento de dichos requisitos procedimentales.**

Pues bien, aplicando estos preceptos al presente caso, resulta el siguiente panorama respecto a su cumplimiento:

-La **propuesta o petición de modificación** en la que se concrete la modificación de que se trate, no consta documentada en el expediente que se nos ha remitido. Ahora bien, del mismo, resulta con claridad: i) que las modificaciones contractuales han existido y se han llevado a la práctica; ii) que han derivado de órdenes de ejecución, expresas o tácitas, que el Director de obras, de manera explícita, aunque no escrita, ha adoptado, de oficio, o bien a instancia de la UTE contratista o incluso meramente consintiendo lo propuesto o ejecutado por ésta, por lo que, en suma, constituyen (en cuanto que manifestaciones de voluntad administrativa productoras de efectos jurídicos externos) auténticos actos administrativos de la Dirección de obras, los cuales han sido conocidos y consentidos por la UTE contratista, que no se ha opuesto a los mismos; y iii) que tales órdenes (aunque no sabemos si han sido reflejadas en el *Libro de órdenes* previsto en la cláusula 11 del PCAP, porque no se nos ha remitido) se encuentran recogidas -cierto que *a posteriori*-, en las certificaciones de obras núms. 1 a 17, emitidas durante la ejecución del contrato y, posteriormente, en la certificación final de obras (núm. 18), en el informe final de obras y en los distintos informes posteriores obrantes en el expediente y emitidos por el Director de las obras y por la UTE contratista.

-La **audiencia al proyectista** no se ha producido formalmente, aunque no era precisa en este caso ya que el propio Director de la obra (que ha ordenado o consentido las modificaciones) es el autor del Proyecto y, por tanto, quien mejor conoce las limitaciones del mismo que eran susceptible de mejora.

-La **audiencia al contratista**, que es un requisito siempre esencial, tampoco se ha producido formalmente, aunque poca relevancia práctica cabe atribuir a su omisión en este caso, ya que las modificaciones han sido solicitadas o consentidas por propio contratista, como lo prueba el que ha aceptado su resultado económico al cobrar las distintas certificaciones de obra que las contienen, sin haberse opuesto a ninguna de ellas, máxime cuando éstas no le suponen coste alguno, pues el importe de las unidades de obra de que se aumentan o introducen se han compensado con el de las que disminuyen o desaparecen, de suerte que el resultado ha sido económicamente neutro para la UTE contratista (ya que no procede dar relevancia al mínimo saldo desfavorable a la misma en 127,99 euros, que, a la vista del precio del remate, más bien sugiere la búsqueda de amparo contable en la doctrina de las operaciones *nummo uno*).

-La elaboración de un **Proyecto modificado** y técnicamente aprobado, sólo es exigida por el art. 234.3 c) LCSP'11 cuando el Director de obra considere necesario proceder a modificar el Proyecto inicial para recoger la modificación, lo cual consiste en una condición potestativa de dicho Director que, en este caso, no ha considerado necesario realizar un Proyecto modificado, por la pequeña entidad de las modificaciones introducidas en la ejecución del contrato.

-Los **informes jurídicos y de intervención** no han sido solicitados; pero, cuando han recaído posteriormente, se han mostrado más bien favorables a la regularización del expediente.

-El **dictamen consultivo** no era preciso para efectuar estas modificaciones contractuales, por razón de su escasa cuantía y la del contrato, que no alcanza los límites cuantitativos establecidos en el precitado art. 211.3,b) LCSP'11.

-La **aprobación por el órgano de contratación** (mediante Resolución, motivada y notificada al contratista) tampoco se ha producido, aunque más bien parece que este requisito no era exigible, en este caso, ya que la LCSP'11 lo exceptúa: i) cuando el Director de obra no considera necesario modificar el Proyecto inicial (art. 234.3,c); y ii) cuando el coste de la modificación no excede del 10% del precio de remate sin IVA (art. 234.3 *in fine*), lo que sucede, *a fortiori*, si es de coste cero para la Administración contratante. En éste último caso, el art. 160.2 RCAP'01 permite que estas variaciones sean recogidas y abonadas en las certificaciones, mensuales o en la final, de obra, como ha sucedido en este caso.

-El **ajuste de la garantía definitiva**, exigido por la cláusula 26 *in fine* PCAP, no se ha producido, pero no era necesario debido al coste cero de las modificaciones realizadas,

que también relativiza las exigencias presupuestarias y contables exigidas por la normativa vigente.

-La **formalización** de las modificaciones en un documento administrativo (como exigen los arts. 219.2 y 156 LCSP'11 y la cláusula 26 *in fine* PCAP) o, al menos, en un escrito (como, para las modificaciones consistentes en sustitución de unas unidades de obra por otra, requiere la cláusula 25 PCAP), no se ha producido, aunque su resultado económico ha sido recogido en las certificaciones mensuales y final de obras.

En estas condiciones, entendemos que, ciertamente, **se ha prescindido de trámites, algunos importantes, del procedimiento legalmente establecido para las modificaciones contractuales**, lo que requiere, por un lado y en primer lugar, calificar jurídicamente esta situación y, por otro y después, determinar sus consecuencias jurídicas. A ambos aspectos dedicaremos los siguientes Fundamentos jurídicos.

## Sexto

### **Calificación jurídica de la omisión de trámites importantes del procedimiento administrativo legalmente previsto para efectuar modificaciones contractuales**

Tras la exposición y análisis de los requisitos sustantivos y formales exigidos por la legislación vigente para realizar modificaciones contractuales, hemos detectado irregularidades consistentes en la omisión de varios trámites, algunos de ellos importantes, del procedimiento legalmente establecido al efecto, por lo que ahora es preciso calificarlas jurídicamente o, lo que es lo mismo, determinar si constituyen o no irregularidades invalidantes y, en caso positivo, concretar el tipo de invalidez que les afecta.

#### **1. Sobre si las irregularidades detectadas determinan la invalidez de las respectivas actuaciones administrativas.**

Aunque el análisis del cumplimiento de los requisitos sustantivos exigibles a las modificaciones contractuales por la normativa aplicable al caso nos ha conducido a la conclusión de que no existe irregularidad jurídica alguna, sin embargo el resultado no ha sido el mismo al analizar el cumplimiento de los requisitos procedimentales.

Ello exige precisar si las irregularidades procedimentales detectadas en el expediente vician o no de invalidez a las respectivas actuaciones. La respuesta a este interrogante ha de ser positiva por cuanto, como seguidamente se razonará, en este caso, no procede considerarlas simples *irregularidades no invalidantes*, pero, a nuestro juicio, tampoco procede considerarlas incursas en ninguna causa de *nulidad radical o de pleno Derecho*,

ya que entendemos que deben ser calificadas, dentro del género de los actos inválidos, como afectadas de mera *anulabilidad* en cuanto que constituyen infracciones de la normativa aplicable.

**A) No constituyen irregularidades no invalidantes del art. 63.2 LPAC'92.**

La categoría de las irregularidades no invalidantes resulta indirectamente del art. 63.2 LPAC'92, a cuyo tenor: “...*el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad del acto cuando carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados*”.

Pues bien, en el presente caso, es dudoso que las irregularidades detectadas hayan dado lugar a la indefensión de los interesados, ya que la UTE contratista, si bien no ha sido oída en un trámite de audiencia formalmente conferido, no parece que, en ningún momento haya sido ajena a las modificaciones operadas en el contrato, las cuales se han realizado a propuesta del Director de obra o incluso a petición de la propia contratista quien, en cualquier caso, las ha consentido al cobrar sin oposición alguna las distintas certificaciones de obras que las han recogido.

Sin embargo, el conjunto del expediente revela que tanto la Dirección de obra como la UTE contratista han prescindido de trámites importantes para instrumentar debidamente las modificaciones contractuales, especialmente al no formalizar por escrito las propuestas correspondientes, no recogerlas en un proyecto modificado (o no justificar por escrito las razones que hubiera para no elaborarlo) y no recabar los informes jurídicos y de fiscalización que debían preceder a una aprobación formal del órgano de contratación que tampoco se ha producido.

No es que tales defectos han impedido que las correspondientes actuaciones hayan alcanzado su fin, sino que los mismos no pueden ser reputados meramente “formales”, como requiere el art. 63.2 LPAC'92, ya que, más que simples vicios “de forma”, constituyen infracciones y omisiones de trámites procedimentales importantes que, si bien presentan cierto amparo en la normativa reguladora de las modificaciones contractuales, sin embargo y en rigor, la conculcan al prescindir de tales trámites.

**B) Tampoco implican una nulidad radical o de pleno Derecho del art. 62.1 e) LPAC'92.**

Ahora bien, que las infracciones detectadas en el expediente no constituyan simples *irregularidades irrelevantes*, sino verdaderos casos de *invalides*, no significa que ésta haya de ser encuadrada en la tipificación más rigurosa de nuestro ordenamiento jurídico, cual es el de la *nulidad radical o de pleno Derecho* del art. 62.1, e) LPAC'92, que legitime una revisión de oficio *ex art. 102.1 LPAC'92* por haber prescindido, *total y*

*absolutamente*, del procedimiento legalmente establecido para realizar modificaciones contractuales; y ello por las razones que exponemos seguidamente.

Téngase en cuenta, en primer lugar, que nuestro presente dictamen no tiene por objeto determinar si, en este caso, era o no necesario haber tramitado un procedimiento de modificación contractual, sino si las irregularidades manifestadas en el expediente conllevan o no la nulidad radical o de pleno Derecho de las actuaciones municipales correspondientes que las haga merecedoras de ser expulsadas del orden jurídico mediante el ejercicio de la potestad administrativa de revisión de oficio.

Esto dicho, repárese también en que la revisión de oficio constituye técnicamente una potestad (en el sentido de potestad conferida a la Administración pública directamente por la ley por exigencias de interés público) o una prerrogativa (en el sentido de privilegio exclusivo de la Administración cuando actúa como contratante en un negocio jurídico-público), que debe ser reputada *extraordinaria*, ya que implica una *autotutela* de la Administración pública, en cuanto que permite a la misma expulsar del orden jurídico actos declarativos de derechos que repute radicalmente nulos, y ello por su propia y sola autoridad, esto es, sin tener que recabar al efecto la tutela judicial efectiva, como los demás sujetos jurídicos desprovistos de una posición de supremacía general (*imperium*).

Por eso, las causas de nulidad radical o de pleno Derecho que puedan dar lugar a una revisión de oficio: i) deben ser interpretadas de manera *estricta* e incluso *restrictiva*, como ha declarado la jurisprudencia (cfr. SS TS, 3ª, de 22-04-80 y 15-06-90) y nuestra propia doctrina (cfr. dictámenes D 20/06, D.88/07, D.2/12 y D.1/16, entre otros); ii) deben ser *motivadas* claramente en el previo expediente, determinando las que concretamente afecten a los actos que se trate de revisar y probando que las mismas concurren en el caso (D.48/10); y iii) deben ser *concretadas* exactamente en el expediente, donde la Administración revisora ha de efectuar una, previa y adecuada, valoración de los hechos (la cual puede ser examinada por el Consejo Consultivo) para evitar así un erróneo ejercicio de la potestad de revisión por no concurrir el presupuesto habilitante para ello (D.2/12).

En cuanto a la concreta causa de nulidad radical, contemplada en el art. 62.1 e) LPAC'92, al que se remite el art. 32,a) LCSP'11, no sólo exige *prescindir del procedimiento* administrativo legalmente establecido, sino *prescindir total y absolutamente* del mismo, circunstancias éstas con las, como hemos señalado en dictámenes anteriores (pe, D. 2/12), el legislador advierte que no comporta nulidad radical cualquier infracción o preterición procedimental, sino una omisión completa de todo procedimiento, es decir, de todos los trámites del mismo o, como ha admitido la jurisprudencia (cfr, p.e, SS TS, 3ª, 17-11-98 o 03-04-00) de algunos que sean reputados *esenciales* de suerte que la actuación carezca del preciso soporte procedimental.

Pues bien, en el caso que se nos ha remitido las infracciones detectadas no son sustantivas sino sólo procedimentales y, aunque afectan a algunos trámites importantes, concurren en ellos tales matizaciones (que antes hemos expuesto al ponderar el cumplimiento de los requisitos procedimentales) que no parece adecuado sostener que se ha prescindido *total y absolutamente* del procedimiento.

Por de pronto, las actuaciones que nos ocupan se han producido en el seno de *un procedimiento* de contratación formalizado y se ciñen exclusivamente al cumplimiento de un sub-procedimiento incluido en el mismo, como es el llamado a instrumentar modificaciones que el interés público requiera durante la fase de ejecución del contrato.

Advertimos esto porque no puede olvidarse que la causa de nulidad radical consistente en prescindir, *total y absolutamente*, del procedimiento legalmente establecido no tiene la misma operatividad en el ámbito extracontractual de la Administración (es decir, en actividades administrativas no contractuales) que en el contractual (es decir, en actividades administrativas realizadas en el seno de la ejecución de un contrato público previamente formalizado, como sucede en el caso de las modificaciones); porque, mientras que, en las extracontractuales, el procedimiento administrativo opera como único soporte de la actividad de la Administración, en las contractuales, la Administración contratante siempre actúa en el marco de la contrata perfeccionada y de cuya mera ejecución se trata.

Eso implica que las actuaciones de la Administración contratante en orden a la modificación del contrato difícilmente carezcan de todo soporte procedimental, como requiere la causa de nulidad radical que examinamos, ya que lo frecuente, como revela este caso, es que la mayor parte de las actuaciones de la Dirección de obra (es decir, del órgano a través del cual interviene la Administración contratante en la ejecución del contrato) busquen o encuentren amparo en alguna norma que las legitime más o menos directamente.

No queremos con esto minimizar ni relativizar en absoluto la importancia del procedimiento administrativo de las modificaciones contractuales, sino simplemente resaltar que la aplicación al mismo de la causa de nulidad radical que nos ocupa no puede ser automática, sino que requiere un detenido examen de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, examen que, en el expediente que nos ocupa, nos lleva a concluir la improcedencia de revisar de oficio las actuaciones que se nos han consultado. Este criterio es el seguido por la jurisprudencia en algunos casos en que también se había prescindido de algunos trámites importantes (cfr, p.e, SS TS 12-12-90, 31-01-92 o 26-03-01).

### C) Implican anulabilidad del art. 63.1 LPAC'92.

Ahora bien, si las irregularidades detectadas no son irrelevantes, sino que comportan invalidez y ésta no es tipificable como *nulidad radical o de pleno Derecho*, es forzoso concluir que nos encontramos ante un caso de *anulabilidad* del art. 63.1 LPAC'92, ya que, obviamente, tales irregularidades constituyen sendas infracciones del ordenamiento jurídico, concretamente de las normas, antes expresadas, que establecen los trámites procedimentales conculcados u omitidos.

Hemos llegado a esta conclusión, no sólo como consecuencia necesaria del razonamiento anterior, sino también para preservar el rigor jurídico de la institución en que la revisión de oficio consiste y el de nuestra propia intervención consultiva en ella, en cuanto que tal revisión envuelve el ejercicio de una potestad administrativa *extraordinaria*, que sólo debe emplearse cuando, de su aplicación, se deriven consecuencias jurídicas verdaderamente restablecedoras del orden jurídico alterado por los actos que se declaren radicalmente nulos de pleno Derecho; por lo que no debe ser utilizada para fines meramente convalidatorios de la situación producida por los mismos.

En otras palabras, la revisión de oficio, cuyo objeto es *declarar la nulidad radical* de los actos incurso en causas que legalmente la determinan, no debe emplearse para *legalizar* los efectos producidos por los actos radicalmente nulos, sino para *impedir* que tales efectos se produzcan, lo que, normalmente, requiere ejercitar la revisión antes de la consumación de tales efectos, pues, si esos efectos ya se han producido (que es lo que sucede con frecuencia en la contratación administrativa), la revisión queda desvirtuada y se reconduce en la práctica al ejercicio de las acciones de reclamación por el enriquecimiento injusto que se haya generado o, en ausencia de éste, al reconocimiento extrajudicial de la situación producida, esto es, a una *legalización* asimilada en sus efectos a la *convalidación* de los actos anulables.

En el expediente que nos ocupa, la Administración actuante se ha centrado en considerar que concurría una causa de nulidad radical y ese enfoque jurídico ha conducido a plantear, no sólo la presente revisión de oficio, sino también el conjunto de medidas de regularización que se propone acometer, ya que la invalidez por nulidad radical o de pleno Derecho (como ha señalado la jurisprudencia, p.e. en STS, 3ª, de 21-03-14, y hemos recordado reiteradamente, p.e. en nuestros dictámenes D.31/15, D.32/15 y D.45/15) no es susceptible de *convalidación* al amparo del art. 67 LPAC'92, sino sólo de la (en este caso inútil) *conversión* del acto nulo en otro cuyos requisitos de validez reúna (*ex art. 65 LPAC'91*) o, como propone el informe jurídico obrante en el expediente: i) de una *conservación* de actuaciones no viciadas (*ex art. 66 LPAC'92*); y ii) de un *reconocimiento extrajudicial* de la obra hecha y eventualmente impagada, cuyo objeto no es otro que evitar reclamaciones cuasi-contractuales (*acciones de in rem verso*) de la UTE contratista por enriquecimiento

injusto (*condictio sine causa*) o gestión espontánea de negocios sin mandato (*actio negotiorum gestorum*), que han sido admitidas por la jurisprudencia para posibilitar el pago de la obra realmente ejecutada de buena fe por el contratista siguiendo órdenes de la Administración (cfr. SS TS 15-03-78, 13-04-81, 20-03-85, 23-11-87 y 26-01-88, entre otras muchas).

Sin embargo, en nuestro criterio, como acabamos de indicar: i) dicha revisión de oficio no procede, ya que no apreciamos la concurrencia en el caso de ninguna causa de nulidad radical; y ii) la regularización propuesta en el expediente al Ayuntamiento puede conseguirse más fácilmente si, como acabamos de razonar, concurre en el caso mera anulabilidad, susceptible de convalidación al amparo del art. 67.1 LPAC'92.

La razón de esta postura no es sólo dogmática sino también pragmática, pues deriva de la experiencia consultiva y jurisprudencial de que, en estos casos (en los que se plantea, por la vía de la revisión, la ilegalidad de modificaciones contractuales que afectan a obras ya hechas y pagadas), no es tan importante la declaración de nulidad radical o de mera anulabilidad de los respectivos actos, cuyos efectos ya han sido consumados, cuanto las consecuencias, jurídicas y económicas, que de dicha declaración se desprendan, pues son éstas las que confieren relevancia a la eventual revisión de oficio de los actos correspondientes puesto que revelan el *interés público* subyacente y su grado de afectación en cada caso.

Y, en el presente caso, la afectación del *interés público* resulta, en nuestro criterio, muy difusa, ya que:

-Las obras de cuya modificación se trata, son de escasa consideración, circunstancia ésta que, aplicando la proscripción del enjuiciamiento *de minimis* (que, en nuestros dictámenes D.83/09 y D.2/12, cuya doctrina ratificamos, hemos deducido de los arts. 63.2 y 102.3 LPAC'92, para no revisar actos que presenten irregularidades meramente formales o irrelevantes), nos impele a no conferir demasiada trascendencia jurídica a estas modificaciones, debido a la escasa entidad, cuantía y al coste cero que las mismas representan en el contrato.

-Dichas obras, además, ya han sido realizadas y abonadas a la UTE contratista, doble circunstancia ésta que revela que la revisión de oficio que se nos pide dictaminar favorablemente, sólo persigue (como se desprende del completo informe jurídico municipal obrante en el expediente), una regularización *formal*, es decir, un efecto de convalidación, de las irregularidades procedimentales detectadas.

En otras palabras, nuestra opinión contraria a la nulidad radical y consiguiente revisión de oficio se refuerza ante la inoperancia práctica de la misma en el presente caso. Pero esta consideración nos sitúa ya en línea del último de los aspectos que debemos

tratar, cual es el de las consecuencias jurídicas del tipo de invalidez detectado en este expediente.

## Séptimo

### Consecuencias jurídicas

Al ser nuestro dictamen obstativo de una declaración de nulidad radical o de pleno Derecho, la Administración consultante no puede jurídicamente seguir al pie de la letra las propuestas efectuadas en el expediente sobre la base de que nuestro dictamen fuera favorable a una revisión de oficio por nulidad radical o de pleno Derecho de las actuaciones consultadas.

Por el contrario, la anulabilidad de las actuaciones de modificación contractual que postulamos conlleva, como primera consecuencia jurídica, que la Junta de gobierno local de Logroño, como órgano de contratación, debe decidir si declara lesivas o conformes al interés público y a la buena fe contractual las actuaciones realizadas.

-En el primer caso, contemplado en el art. 103 LPAC'92, tras la *declaración de lesividad*, el Ayuntamiento actuante podría proceder a impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa los actos correspondientes y, sólo, si y cuando recayese, en su caso, una sentencia firme y de condena que fuera favorable a la municipalidad, podría ésta ejecutarla, exigiendo, al contratista, la reposición, a su costa, de las obras al estado previsto en el proyecto inicial, la devolución de lo cobrado por ellas, con los intereses, daños y perjuicios irrogados al Ayuntamiento, así como, en su caso, las responsabilidades pertinentes.

-En el segundo caso, contemplado en el art. 67 LPAC'92, la Administración contratante debería proceder a la *convalidación* de las actuaciones, tanto si discrepa de este dictamen y las considera como irregularidades no invalidantes al amparo del art 63.2 LPAC'92, como si lo sigue y las reputa anulables. Para este segundo caso, en línea con la muy trabajada propuesta de resolución obrante en el expediente, aunque *mutatis mutandis*, la Junta de Gobierno local, como órgano de contratación, podría acordar, en unidad de acto, considerar conformes a Derecho y al interés público las modificaciones operadas en el proyecto inicial del contrato, darse por enterada de la recepción definitiva de las obras, aprobar la certificación final de las mismas a coste cero y disponer la liquidación del contrato, sin reclamaciones de ningún tipo.

## **CONCLUSIONES**

### **Primera**

No concurre causa legal alguna para la revisión de oficio de las actuaciones objeto de consulta, las cuales no son nulas de pleno Derecho, sino, en nuestro criterio, meramente anulables.

### **Segunda**

La Junta de Gobierno local del Ayuntamiento consultante puede, si así lo decide, resolver el procedimiento contractual en la forma sugerida en el Fundamento Jurídico Séptimo de este dictamen.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

**EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO**

Joaquín Espert y Pérez-Caballero