

Dictamen nº: **545/19**  
Consulta: **Consejera de Medio Ambiente, Ordenación del  
Territorio y Sostenibilidad**  
Asunto: **Revisión de Oficio**  
Aprobación: **19.12.19**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 19 de diciembre de 2019, sobre la consulta formulada por la consejera de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Sostenibilidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre sobre declaración de nulidad de la modificación del contrato de obras denominado *“sustitución, reparación y mantenimiento del envolvente, solado e instalaciones de iluminación en el recinto ferial del CENSYRA”* adjudicado a la empresa HILARIO RICO MATELLANO S.A. (HIRIMASA).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 19 de noviembre de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen formulada por la consejera de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Sostenibilidad, sobre la revisión de oficio de la modificación del contrato de obras citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se la asignó el número 532/19, comenzando el plazo para la emisión del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, de acuerdo con lo dispuesto en su Reglamento de Organización y

Funcionamiento aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido a la letrada vocal, Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en sesión celebrada el día 19 de diciembre de 2019.

**SEGUNDO.-** Examinado el expediente remitido resultan los siguientes hechos de interés para la resolución del presente procedimiento.

1. Por Resolución de 22 de febrero de 2018 del director gerente del Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (IMIDRA), se aprobaron los pliegos que había de regir la adjudicación y ejecución del contrato de obras denominado “*sustitución, reparación y mantenimiento del envolverte, solado e instalaciones de iluminación en el recinto ferial del CENSYRA*”. Asimismo se aprobó el gasto por importe de 533.509,74 euros distribuido en una sola anualidad (2018).

Del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) interesa destacar los siguientes extremos:

- Según la cláusula 1 del PCAP el contrato tenía por objeto las obras a realizar en el Centro de Selección y Reproducción Animal, situado en la finca “Las Cabezas”, de Colmenar Viejo, consistentes en la renovación del cerramiento perimetral de la fachada, sustituyendo el de poliéster por un panel de policarbonato machihembrado; la reparación de las puertas de chapa exteriores y la eliminación en su totalidad del solado de losetas con extensión de una capa de microasfalto.

- Se estableció como forma de adjudicación el procedimiento abierto con pluralidad de criterios: la oferta económica y la disminución del plazo de ejecución (cláusula 16 en relación con el apartado 10 de la cláusula 1).

- Según la cláusula 25 en relación con el apartado 18 de la cláusula 1, el plazo de ejecución era de tres meses a constar desde el día siguiente a la comprobación del replanteo.

- La cláusula 28 en relación con el apartado 20 del cláusula 1 no contemplaba posibles modificaciones del contrato.

2. Tras la licitación, por Resolución de 20 de junio de 2018 del director gerente del IMIDRA se adjudicó el contrato a la empresa HILARIO RICO MATELLANO S.A (HIRIMASA).

3. El contrato se formalizó el 2 de julio de 2018 por un importe de 350.232,87 euros (IVA incluido) y un plazo de ejecución de 2 meses y 10 días. Para responder de la ejecución del contrato la empresa contratista constituyó una garantía definitiva por importe de 14.472,43 euros.

4. El 9 de julio de 2018 se suscribió el acta de comprobación del replanteo que autorizaba el inicio de las obras.

5. El 24 de julio de 2018 la adjudicataria solicitó una prórroga del plazo de ejecución, aduciendo que no era posible disponer del material de obra hasta el mes de septiembre.

Por Resolución del director gerente del IMIDRA de 30 de julio de 2018 se autorizó una ampliación del plazo de ejecución hasta el 17 de octubre de 2018.

6. El 21 de septiembre de 2018 la Dirección Facultativa elaboró una propuesta de modificación del contrato relativa al cambio de

solución del pavimento y de la pintura sobre cerrajería. En dicho documento figura también la firma del representante de la empresa contratista. Dicha propuesta fue presentada en el registro del IMIDRA el día 26 de septiembre de 2018.

En cuanto a lo primera modificación se indicaba que iniciada la demolición se había comprobado que el espesor del material retirado era considerablemente menor al espesor mínimo de la capa de microaglomerado a ejecutar, por lo que esa circunstancia obligaría a la realización de trabajos complementarios no previstos. Por ello se proponía la ejecución de un pavimento continuo de resinas de espesor más reducido al previsto inicialmente y de mayor resistencia frente a los purines de los animales. Se indicaba que la modificación prevista era conforme al artículo 107.1. a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), respecto a las modificaciones no previstas por *“inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones...de las especificaciones técnicas”*.

En cuanto a la pintura sobre cerrajería, la propuesta señalaba que la colocación de las chapas microperforadas había provocado desperfectos en la pintura de la cerrajería, por lo que dicha modificación podría incluirse en el supuesto del artículo 107.1 c) *“fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos”*.

Por Resolución de 2 de octubre de 2018 del director gerente del IMIDRA se autorizó la redacción del proyecto modificado por un importe aproximado de obra de 34.918,02 euros (IVA, incluido) lo que suponía un incremento del 9,97 % sobre el presupuesto de adjudicación.

Consta en el expediente un proyecto de modificado firmado por el redactor del proyecto y el representante de la empresa fechado en “octubre de 2018”.

7. Mediante Resolución de 9 de octubre de 2018 se autorizó la ocupación temporal de las instalaciones objeto del contrato de obras, entre el 11 y el 26 de octubre de 2018, ambos días incluidos, para la realización de tareas preparatorias, celebración de una exposición ganadera y subasta nacional, y posteriores tareas de recogida y limpieza. Teniendo en cuenta que dicha ocupación suponía la paralización de las obras pendientes, se autorizó la ampliación del plazo de ejecución en 16 días naturales, fijando como fecha de finalización de las obras el 2 de noviembre de 2018.

8. El 18 de octubre de 2018 se elabora la propuesta de modificación del contrato que fue remitida el día 26 de octubre de 2018 para informe de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, que recibieron documentación complementaria el 29 de octubre siguiente.

El 5 de noviembre de 2018 el Servicio jurídico de la entonces Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio emitió informe sobre la modificación del contrato proyectada.

El citado informe comenzó señalando que el contrato, dada su fecha de adjudicación (20 de junio de 2018), se regía por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen 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), por lo que no resultaba aplicable el TRLCSP como se citaba en la propuesta de modificación.

Teniendo en cuenta la legislación que se consideraba aplicable, el informe señaló que las dos modificaciones propuestas podrían tener

cabida en lo dispuesto en el artículo 205.2 b) de la LCSP/2017 *“en cuyo caso habría de justificarse que la modificación se debe a circunstancias sobrevenidas, imprevisibles en el momento de la licitación del contrato, y que tales circunstancias no pudieron ser previstas por la Administración actuando de manera diligente; que la modificación no altera la naturaleza global del contrato, y que la modificación no supone una alteración del 50% del precio inicial del contrato, IVA excluido”*. Por ello el informe dijo, como consideración esencial, que era necesario modificar los términos de la propuesta de modificación del contrato así como de la orden por la que se acordaba el inicio de modificación de la misma y habría de reflejarse en la orden de aprobación de la modificación. Asimismo, habría de explicar las razones por las que se incurrió en errores u omisiones en las especificaciones técnicas, teniendo en cuenta que para poder modificar el contrato por este motivo se exige que *“una Administración diligente no hubiera podido prever”* la necesidad de modificación.

El informe también indica que la modificación proyectada conlleva una ampliación del plazo de ejecución del contrato: de 2 meses y diez días, a 4 meses y 10 días. Subraya que este aspecto, que no ha sido mencionado en la propuesta de modificación del contrato, fue uno de los que se tuvieron en cuenta para adjudicar el contrato. El informe indica que no constando la posible suspensión del plazo, el 21 de septiembre de 2018 el objeto el contrato debería haberse cumplido. Por ello el informe considera imprescindible justificar que la ampliación del plazo, no implica una modificación sustancial del contrato y además incide en que la nueva duración casi alcanza el 100 % de la inicialmente prevista, puesto que se pasa de diez semanas (según el acta de replanteo) a cuatro meses y diez días, lo que supone diecinueve semanas.

Además el informe destacaba que la propuesta de modificación del contrato se inició una vez concluido el plazo de finalización del contrato- el documento relativo a la modificación del contrato data del 21 de

septiembre de 2018- sin que consten períodos de suspensión del contrato ni su resolución. Por ello el informe consideró indispensable justificar que el contrato estaba en vigor.

En cuanto al procedimiento, el informe subrayó que debía cumplimentarse el requisito de publicidad previsto en el artículo 207 párrafo segundo de la LCSP/2017.

Además el informe destacó que era preciso que el precio del modificado atendiera a los precios unitarios integrados en el contrato, sin que procediera una reducción conjunta a posteriori. También indicó que el importe del modificado no podía ser “*aproximado*” como se decía en la propuesta de modificación.

Finalmente el informe concluyó que “*si es posible justificar que el contrato está vigente y se aporta un proyecto de modificación del contrato que se ajuste a lo dispuesto en el RD 1098/2001, la modificación proyectada sólo será ajustada a derecho, si se aplica la LCSP vigente, tanto en cuanto a las causas como en cuanto al procedimiento*”.

9. Paralelamente el 2 de noviembre de 2018 se recibió la certificación final de la obra por la Dirección Facultativa.

10. El 5 de diciembre de 2018 se extiende el acta de medición general de las obras firmada por la dirección facultativa y el representante de la empresa contratista. Se indica que recibidas las obras el 2 de noviembre de 2018 se procedió a su medición, a la que muestran su conformidad.

En la memoria relativa a la medición final de todas las unidades ejecutadas, en la que se desglosan todas las unidades que han sido objeto de variación, se indica que el precio ha sufrido un incremento de 103.473,16 euros, que con la aplicación de la baja suponen un total

80.833,10 euros, equivalente a un incremento del 27,94 % sobre el importe del contrato.

11. El 4 de junio de 2019 el director del Departamento de Producción Animal, con el conforme el 6 de junio siguiente del director gerente del IMIDRA, formula la memoria relativa a la convalidación de la modificación del contrato. En dicha memoria se explican las vicisitudes del contrato. Además se hace referencia al informe del Servicio Jurídico de la Comunidad de Madrid indicando en relación con dicho informe que *“visto por una parte el error en la calificación de la normativa objeto de aplicación, y por otra parte, la orden de cierre del ejercicio contable 2018, se constató la imposibilidad de volver a iniciar la tramitación dentro del ejercicio así como su documento contable, haciendo imposible continuar con la tramitación”*.

En la memoria se recoge que vistas las unidades de obra modificadas u contenidas en la memoria elaborada por la Dirección Facultativa, vista la conformidad de las partes en cuanto a las unidades modificadas y las unidades nuevas, así como su nuevos precios, y teniendo en cuenta que el modificado se encuentra dentro de los supuestos de artículo 205.1 de la LCSP/17, y que se trata un modificado no previsto en el PCAP, se propone la convalidación de los trámites omitidos.

El 22 de julio de 2019 la interventora delegada jefe emite informe en relación con la propuesta de convalidación por el Consejo de Gobierno del gasto derivado de la modificación del contrato de obras. Indica que teniendo en cuenta que el IMIDRA es un organismo autónomo de carácter mercantil, está exento de fiscalización, por lo que no le es de aplicación el artículo 29 del Decreto 45/1997, de 20 de marzo, por el que se desarrolla el Régimen de Control Interno y Contable ejercido por la Intervención General de la Comunidad de Madrid, para

subsana la omisión de fiscalización, por lo que devuelve el expediente a los efectos oportunos.

**TERCERO.-** El 8 de octubre de 2019 el director gerente del IMIDRA formula una propuesta de inicio de un expediente de revisión de oficio de la modificación del contrato al haberse omitido el informe preceptivo del Servicio Jurídico de acuerdo con lo establecido en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) (actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido). Además en cumplimiento de la doctrina del enriquecimiento injusto por los trabajos realizados, en un centro cuyo uso y funcionamiento han sido aceptados por la Administración, se propone el abono a la empresa contratista de un importe de 80.833,10 euros sin IVA.

Conferido trámite de audiencia a la empresa contratista, esta formuló alegaciones en las que manifiesta su discrepancia con la cifra que se proponía abonar pues indica que en la certificación final se consigna un importe de 130.563,67 euros IVA incluido.

El 31 de octubre de 2019 el director gerente del IMIDRA formula propuesta de resolución en la que acoge la alegación de la empresa contratista y propone la elevación al Consejo de Administración del IMIDRA, la aprobación del gasto y su abono a la empresa contratista para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración.

La mencionada propuesta junto con el expediente del contrato de obras, el relativo a la modificación y a la convalidación, fueron remitidos mediante escrito de la consejera de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Sostenibilidad para el dictamen preceptivo de esta Comisión Jurídica Asesora.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

### **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3.f) b. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre y a solicitud de la consejera de Medio Ambiente, Ordenación de Territorio y Sostenibilidad, conforme establece el artículo 18.3.c) del ROFCJA.

Al tratarse de una revisión de oficio en materia de contratación, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 41 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), de aplicación al procedimiento de revisión que analizamos en virtud de su fecha de inicio, que dispone que la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el capítulo I del título V de LPAC.

Conviene precisar, como ya hicimos en nuestro Dictamen 242/17, de 8 de junio, que aunque el citado artículo menciona la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación, esta Comisión considera que la aprobación de una modificación contractual es una formación de la voluntad de la contratación y como tal resulta de aplicación la doctrina de los actos separables. En el citado dictamen nos hicimos eco de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2008, (Asunto C-454/06 Presstetex achrachtenagentur GmbH), que mantiene que las modificaciones de las

disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato.

Por lo que se refiere a la remisión que la LCSP/17 realiza a la LPAC, el artículo 106.1 de este último texto legal regula la posibilidad de que las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, declaren de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. Para ello será necesario que concurra en el acto a revisar alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de la LPAC.

Del referido artículo 106.1 de la LPAC se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente. La referencia que el artículo 106.1 de la LPAC hace al Consejo de Estado “*u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*”, debe entenderse hecha a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

**SEGUNDA.-** En lo que se refiere a la tramitación de la revisión de oficio, la LPAC no contempla un procedimiento específico a seguir para la sustanciación de los expedientes de declaración de nulidad, limitándose a señalar la preceptividad del dictamen previo favorable del órgano consultivo que corresponda.

Por ello, han de entenderse de aplicación las normas generales recogidas en el título IV del citado cuerpo legal, denominado “*de las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común*”, con la singularidad de que el dictamen del órgano consultivo reviste carácter preceptivo y habilitante de la revisión pretendida.

Como hemos tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora, la tramitación de los procedimientos de revisión de oficio comprende, en primer lugar, el acuerdo de inicio del procedimiento adoptado por órgano competente. En este punto el artículo 41.3 de la LCSP/2017 dispone 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, serán competentes para declarar la nulidad de estos actos o declarar su lesividad el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En este último caso, si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria”.*

Debe recordarse en este punto que el IMIDRA forma parte de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid, como Organismo Autónomo de carácter mercantil, tal y como resulta de la Ley 26/1997, de 26 de diciembre, de creación de ese organismo, actualmente adscrito a la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Sostenibilidad, en virtud de lo establecido en el Decreto 278/2019, de 29 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la citada consejería.

En cuanto a la competencia para la revisión de oficio, el artículo 53 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, atribuye al Consejo de Administración de los organismos autónomo la competencia para la revisión de oficio de los

actos nulos dictados por los órganos de ellos dependientes y sus resoluciones agotan la vía administrativa.

En este caso consta que el inicio del procedimiento consistió en una propuesta de revisión formulada por el director gerente del IMIDRA, que no es el órgano competente para la revisión de oficio conforme a lo que hemos expresado en líneas anteriores. No obstante, se trata de una irregularidad no invalidante que quedará subsanada siempre y cuando la resolución que ponga fin al procedimiento se apruebe por el órgano con competencia para la revisión de oficio, que como hemos dicho es el Consejo de Administración del IMIDRA.

Como en todo procedimiento administrativo, aunque no lo establezca expresamente el artículo 106.1 de la LPAC, se impone la audiencia del interesado, trámite contemplado con carácter general en el artículo 82 de la LPAC, que obliga a que se dé vista del expediente a los posibles interesados, a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes en defensa de sus derechos. El correcto desarrollo procedimental demanda que dicho trámite se sustancie una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, según dispone el artículo 82 de la LPAC. En este caso, se notificó a la empresa contratista la propuesta de inicio del expediente de revisión de oficio con indicación de los hechos y fundamentos de derecho en los que se basaba. Como hemos visto en los antecedentes de este dictamen, la mercantil adjudicataria cumplimentó el trámite de audiencia mediante la presentación de las alegaciones que tuvo por conveniente en las que argumentó lo que a su derecho convino en relación con el importe que se le debía abonar por las obras ejecutadas en virtud de la modificación del contrato cuya revisión se pretende.

Finalmente, con carácter previo a la solicitud de dictamen del órgano consultivo, debe redactarse la propuesta de resolución en la que

la Administración consultante se pronuncie sobre la procedencia de la nulidad solicitada, con inclusión de los correspondientes antecedentes, fundamentos jurídicos y parte dispositiva, en la que se concrete, en su caso, la causa en la que se apoya la nulidad con la motivación que exige el artículo 35.1.b) de la LPAC.

En este caso el director gerente del IMIDRA ha elaborado una propuesta en la que se exponen los antecedentes de hecho, la fundamentación jurídica y se valoran y estiman las alegaciones presentadas por la empresa contratista. Dicha propuesta, una vez recabado el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, deberá elevarse al Consejo de Administración del citado organismo, dado que es el órgano competente para la revisión de oficio, tal y como se recoge en la propia propuesta.

En cuanto al plazo, al tratarse de una solicitud de revisión de oficio iniciada por la propia Administración el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución produciría la caducidad del mismo. En este caso, el procedimiento se inició el 8 de octubre de 2019 cuando el director gerente del IMIDRA elaboró la propuesta de revisión que fue notificada al día siguiente a la empresa contratista, confiriéndole el trámite de audiencia. Así las cosas el procedimiento no habría caducado a la fecha de la emisión del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

**TERCERA.-** Respecto de la potestad de revisión de oficio, esta Comisión (por ejemplo en los Dictámenes núm. 522/16 de 17 de noviembre, 82/17, 85/17 y 88/17 de 23 de febrero y 97/18, de 1 de marzo) ha venido sosteniendo reiteradamente que se trata de una potestad exorbitante de la Administración para dejar sin efecto sus actos al margen de cualquier intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, razón por la cual esta potestad de expulsión de los actos administrativos de la vida jurídica debe ser objeto de interpretación

restrictiva tal como recoge la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, nº 458/2016, de 15 de julio de 2016 (recurso 319/2016), que hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 junio 2004, y sólo se justifica en aquellos supuestos en que los actos a revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad, es decir, que estén viciados de nulidad radical o de pleno derecho.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 (recurso 269/2014), que cita reiterada jurisprudencia, la revisión de oficio aparece como “(...) *un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, verdadero procedimiento de nulidad, que resulta cuando la invalidez se fundamenta en una causa de nulidad de pleno derecho, cuya finalidad es la de facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva*”.

Se trata de una potestad cuyo ejercicio requiere una especial ponderación ya que, como recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018 (recurso 122/2016) y de 1 de abril de 2019 (recurso 1187/2017):

*“El procedimiento de revisión de actos nulos de pleno Derecho constituye un cauce extraordinario para, en determinados y tasados supuestos..., expulsar del ordenamiento jurídico aquellas decisiones que, no obstante su firmeza, incurren en las más groseras infracciones del ordenamiento jurídico. Sacrifica la seguridad jurídica en beneficio de la legalidad cuando ésta es vulnerada de manera radical. Por ello, dada la "gravedad" de la solución, se requiere dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano equivalente de la respectiva comunidad autónoma, si lo hubiere (artículo 217.4 LGT segundo párrafo)”.*

Por ello subraya la citada sentencia que se trata de un procedimiento excepcional, que solo puede seguirse por alguno de los supuestos tasados y que *“debe ser abordado con talante restrictivo”*.

En cuanto potestad exorbitante de la Administración frente a la regla general de que nadie puede ir contra sus propios actos, la carga de la prueba de la existencia de motivos de nulidad corresponde a la Administración como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 (recurso 3843/2011).

**CUARTA.-** En el presente caso, la propuesta de resolución sostiene que se ha llevado a cabo la modificación del contrato prescindiéndose del procedimiento legalmente establecido, en particular, al omitirse el informe preceptivo de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid , por lo que invoca como fundamento de la revisión que se pretende la causa prevista en la letra e) del artículo 47.1 de la LPAC (*“los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*).

En relación con la mencionada causa de nulidad es doctrina de este Comisión, en línea con la establecida por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, limitar su aplicación a aquellos casos en que se ha omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido y en los que se han omitido trámites esenciales.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2012 (recurso núm.1966/2011) recuerda lo siguiente:

*“(...) Nuestra jurisprudencia ha señalado que para apreciar esta causa de nulidad de pleno derecho no basta con la infracción de alguno de los tramites del procedimiento, sino que es necesario la ausencia total de éste o de alguno de los tramites esenciales o*

*fundamentales, de modo que el defecto sea de tal naturaleza que sea equiparable su ausencia a la del propio procedimiento como ha entendido esta Sala en sentencias, entre otras, de 5 de mayo de 2008 (recurso de casación núm. 9900/2003) y de 9 de junio de 2011 (recurso de casación núm. 5481/2008)”.*

También hemos señalado en nuestros dictámenes que 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.

Tratándose de la modificación del contrato, la LCSP/2017 al recoger la potestad que ostenta el órgano de contratación para modificar el contrato por razones de interés público (artículo 203), establece que se ejerza de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 191 de la misma ley y con las particularidades previstas en el artículo 207. Además, habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 242 de la citada ley referido a la modificación del contrato de obras.

De acuerdo con la normativa expuesta, el procedimiento de modificación exige la audiencia al contratista, el informe del Servicio Jurídico y el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva cuando la modificación no estuviera prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 de euros ( artículo 191 de la LCSP/2017).

Particularmente, tratándose de un contrato de obras, el apartado 4 del artículo 242 de la LCSP/17, establece lo siguiente:

*“Cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto y se cumplan los requisitos que a tal efecto regula esta Ley, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con las siguientes actuaciones:*

*a) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma.*

*b) Audiencia del contratista y del redactor del proyecto, por plazo mínimo de tres días.*

*c) Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos”.*

Además conforme a lo establecido en el artículo 203.3 de la LCSP/2017, la modificación del contrato debe formalizarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 153 de la misma ley y también tiene que ser objeto de publicación en los términos previstos en el artículo 207 de la LCSP/2017.

Por último debe hacerse mención al necesario reajuste de la garantía prestada por el contratista, cuando, como consecuencia de una modificación del contrato, experimente variación el precio del mismo, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado, en los términos establecidos en el artículo 109.3 de la LCSP/2017.

Partiendo de las citadas prescripciones legales, y examinado el *iter* procedimental del expediente de modificación contractual que analizamos, resulta evidente que se ha prescindido de trámites relevantes para instrumentar la modificación del contrato.

Así, como hemos hecho constar en los antecedentes de hecho, resulta del expediente que los únicos trámites que han sido

cumplimentados consisten en la propuesta de modificación formulada por la dirección facultativa , registrada en el IMIDRA el 26 de septiembre de 2018; la autorización por el director gerente del organismo para la redacción del proyecto modificado el 2 de octubre de 2018 y la elaboración de dicho proyecto , que sin embargo no consta que haya recibido la aprobación técnica que exige el artículo 242.4 letra a) de la LCSP/17. Tampoco está documentada la audiencia a la empresa contratista si bien se observa que tanto la propuesta de modificación del contrato como el proyecto modificado llevan la firma de su representante por lo que cabe pensar que dicha audiencia sí se ha producido.

Continuando con los trámites y descartada en este caso la preceptividad del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora respecto a la modificación del contrato, al no concurrir los presupuestos establecidos en el artículo 191 de la LCSP/17, dado el porcentaje de la modificación y el precio del contrato, debemos referirnos al informe preceptivo de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, respecto al que consta en el expediente que fue solicitado el 26 de octubre de 2018 (con remisión de documentación complementaria el 29 de octubre siguiente) y emitido el 5 de noviembre en el sentido expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen.

Teniendo en cuenta el *iter* que siguió la ejecución del contrato resulta evidente que las obras incluidas en el modificado se realizaron de forma anticipada, pues resulta que dichas obras fueron recibidas el 2 de noviembre de 2018, fecha en la que se realizó la medición y se extendió la certificación final de las obras. Por tanto se llevó a cabo la ejecución de las obras sin esperar a la emisión del informe de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid y sin contar con la efectiva aprobación del modificado por el órgano de contratación, así como los gastos complementarios precisos. Tampoco se llevó a cabo la formalización del modificado a la que se refiere el artículo 203.3 de la

LCSP/2017 y la publicación en los términos previstos en el artículo 207 de la misma ley.

Resulta claro que en este caso se ha producido un supuesto de los llamados “*modificados emergentes*”, “*modificados tácitos*” o “*reformados anticipados*”, caracterizados, según recoge el Dictamen del Consejo de Estado 4350/1997, de 6 de noviembre, por lo siguiente:

*“(…) 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*”.

Además 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, en este caso cabe considerar que las obras se llevaron a cabo de manera anticipada a la tramitación del procedimiento legalmente establecido, incurriéndose en la causa de nulidad establecida en el artículo 47.1 e) de la LPAC.

Procede por tanto acordar la revisión de oficio del contrato no sin antes precisar, respecto de los límites que el artículo 110 de la LPAC establece para el ejercicio de las facultades de revisión, que en el presente caso no ha transcurrido en absoluto un tiempo que permita limitar el ejercicio de la facultad revisora, ni tampoco se evidencia ninguna circunstancia que haga su ejercicio contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes. Antes al contrario, se han incumplido de forma palmaria las previsiones legales en perjuicio del interés general y de terceros, posibles licitadores.

**QUINTA.-** En lo que concierne a los efectos de la declaración de nulidad, el artículo 42 de LCSP/17 indica que el contrato *“entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”*.

En relación con las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad la doctrina de esta Comisión Jurídica Asesora, reflejada entre otros en Dictamen 513/17 de 14 de diciembre, ha venido declarando que, en los casos de nulidad, la restitución sólo puede comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero

no los demás componentes retributivos propios de un contrato válidamente celebrado, dado que, al ser los contratos nulos, no producen efectos económicos propios del contrato eficaz, por lo que la obligación de devolver no deriva, en este caso, del contrato, sino de la regla establecida en el citado artículo 42 de la LCSP/2017.

En este caso se observa que la propuesta de resolución acoge la alegación del contratista y propone el abono de una cantidad en la que se incluyen conceptos como el beneficio industrial, cantidad que esta Comisión Jurídica Asesora (en línea con el criterio de otros consejos consultivos como el de Andalucía) no considera que deba abonarse al contratista, atendidas las circunstancias del caso y en especial el conocimiento que ha tenido la empresa adjudicataria sobre la ilegalidad de la modificación (así nuestro Dictamen 513/17, de 14 de diciembre, entre otros).

Procede en consecuencia que la determinación del coste efectivo a satisfacer se efectúe por el técnico competente en la materia de acuerdo con las premisas establecidas en los párrafos anteriores, previo análisis de los precios pactados en el contrato y de su adecuación a los precios de mercado. Todo ello sin perjuicio de la depuración de responsabilidades conforme a lo expuesto en la consideración anterior.

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

## **CONCLUSIÓN**

Procede la revisión del oficio de la modificación del contrato de obras denominado *“sustitución, reparación y mantenimiento del*

*envolvente, solado e instalaciones de iluminación en el recinto ferial del CENSYRA*” con los efectos previstos en el cuerpo del 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 19 de diciembre de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 545/19

Excma. Sr. Consejera de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Sostenibilidad

C/ Alcalá nº 16 - 28014 Madrid